

30

ISBN - 978-85-60360-47-5

# Colóquio

## Panorama da Pesquisa Jurídica

Organizadores

Alcindo Fernandes Gonçalves  
Maria Luiza Machado Granziera



Editora Universitária  
**Leopoldiana**  
Universidade Católica de Santos

**30**

**Colóquio**

**Panorama da  
Pesquisa Jurídica**



# UNISANTOS

Universidade Católica de Santos

<b>Chanceler</b>	Dom Jacyr Francisco Braidó, CS
<b>Reitor</b>	Prof. Me. Marcos Medina Leite
<b>Pró-Reitora Acadêmica</b>	Prof <sup>ª</sup> . Me. Roseane Marques da Graça Lopes
<b>Pró-Reitora Administrativa</b>	Prof <sup>ª</sup> . Me. Mariângela Mendes Lomba Pinho
<b>Pró-Reitor Comunitário</b>	Prof. Cláudio José dos Santos
<b>Pró-Reitor de Pastoral</b>	Prof. Pe. Cláudio Scherer da Silva



## **Coordenador:**

Prof. Me. Marcelo Luciano Martins Di Renzo

## **Conselho Editorial 2013**

Prof. Gildo dos Santos  
Prof. Luiz Carlos Moreira  
Prof. Luiz Carlos Barreira  
Prof. Luiz Gonzaga Lourenço  
Prof<sup>ª</sup>. Marcia Fernandes Melzer  
Prof. Marcelo Luciano Martins Di Renzo  
Prof<sup>ª</sup>. Maria Aparecida Meneguim  
Prof<sup>ª</sup>. Marlene Rosimar da Silva Viera  
Prof. Paulo Roberto Bornsen Vibian  
Prof. Sérgio Olavo Pinto da Costa  
Prof<sup>ª</sup>. Thais dos Santos L. G. Rocha

---

**Editora Universitária Leopoldianum**  
Av. Conselheiro Nébias, 300 - Vila Mathias  
11015-002 - Santos - SP - Tel.: (13) 3205.5555  
[www.unisantos.br/edul](http://www.unisantos.br/edul)

**Atendimento**  
[leopoldianum@unisantos.br](mailto:leopoldianum@unisantos.br)

# 30

## **Colóquio** **Panorama da** **Pesquisa Jurídica**

*Alcindo Fernandes Gonçalves*

*Maria Luiza Machado Granziera*

*(Organizadores)*



*Editora Universitária*  
**Leopoldinum**  
Universidade Católica de Santos

Santos, SP  
2014

G635t      Gonçalves, Alcindo Fernandes  
2013      3º Colóquio : panorama da pesquisa jurídica / [recurso  
eletrônico] / Alcindo Gonçalves, Maria Luiza Machado  
Granziera.-- Santos : Editora Universitária Leopoldianum,  
2013.

467 p.

ISBN:9788560360475

1. Direito. I. Granziera, Maria Luiza Machado. II.  
Título.

CDU 1997 - 340

---

#### Capa / Editoração

Elcio Prado

#### Revisão:

Rosa Varalla

#### Projeto gráfico para impressão

- **Formato:** 160 x 230 mm • **Mancha:** 120 x 190 mm
- **Tipologia:** Minion Pro (Textos e Títulos)

Esta obra foi finalizada em 2013.

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	09
<i>Capítulo 1</i>	
O EXPERIMENTALISMO E A NATUREZA DO COMPORTAMENTO INDIVIDUAL .....	11
Anna Luiza Carvalhido	
<i>Capítulo 2</i>	
DO UTILITARISMO AO PRAGMATISMO: CONVERGINDO OS NOVOS MEIOS DE DIREITO E DESENVOLVIMENTO AOS SEUS NOVOS FINS.....	29
Vicente Piccoli Medeiros Braga	
<i>Capítulo 3</i>	
GOVERNANÇA GLOBAL DO SISTEMA FINANCEIRO VERSUS AUTONOMIA DAS POLÍTICAS NACIONAIS: EVIDÊNCIAS A PARTIR DA RECENTE CRISE FINANCEIRA (2008-2012).....	51
Caio de Souza Borges	
<i>Capítulo 4</i>	
AS MUDANÇAS DISCURSIVAS DO PODER JUDICIÁRIO PAULISTA.....	71
Sandra Regina Valério de Souza	
<i>Capítulo 5</i>	
INFRAÇÕES PENAIIS COMETIDAS EM FACE DOS BENS AMBIENTAIS CULTURAIS PELOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E SEUS RESPECTIVOS INSTRUMENTOS DE TUTELA.....	91
Daniel Soares de Arruda Filho	
<i>Capítulo 6</i>	
O SUPERENDIVIDAMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	123
Renata Merico Heusi	

### *Capítulo 7*

A CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E MENTAL.....143

Juliana Cristina Borcat

Livia Pelli Palumbo

### *Capítulo 8*

A INCLUSÃO SOBRE O “OLHAR DO OUTRO”.....165

Aline Tozato Centinari

Alinne Cardim Alves

### *Capítulo 9*

DIREITO À EDUCAÇÃO: INSTRUMENTO DE CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL.....183

Leiliane Rodrigues da Silva Emoto

### *Capítulo 10*

O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO À SAÚDE DO DEPENDENTE DE CRACK E A CRISE ESTATAL DO BEM-ESTAR SOCIAL: A DROGADIÇÃO CONTINUA.....197

Ricardo Augusto Bragiola

### *Capítulo 11*

A VISÃO DOS TRIBUNAIS SOBRE A LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E A PROPORCIONALIDADE: A RESERVA DO POSSÍVEL SOB INVESTIGAÇÃO.....219

Alexandre Luna da Cunha

### *Capítulo 12*

AINDA AS COTAS RACIAIS ENQUANTO CRITÉRIO DE RESERVA DE VAGAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS.....231

Reinaldo Moreira Bruno

### *Capítulo 13*

OS MECANISMOS DE CONTROLE DA INFLAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE USO DO CADE.....253

Daniel Francisco Nagao Menezes

Rafael Quaresma Viva

#### *Capítulo 14*

A REPRESENTAÇÃO DAS MINORIAS E OS SISTEMAS ELEITORAIS: QUAL A MELHOR OPÇÃO?.....269

Vivian de Almeida Gregori Torres

Maria Augusta Ferreira da Silva Castanho

#### *Capítulo 15*

(E-) DEMOCRACIA: OS RUMOS DA REPRESENTATIVIDADE NOS ESTADOS MODERNOS.....279

Karina Denari Gomes de Mattos

#### *Capítulo 16*

UM OLHAR SOBRE A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA NO SÉCULO XXI – A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO EVOLUÇÃO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.....297

Rodrigo Lopes dos Santos

#### *Capítulo 17*

O POTENCIAL DO GERENCIAMENTO DE PROCESSOS PARA REDUZIR A DURAÇÃO DAS DEMANDAS E ASSEGURAR O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....317

Márcio de Sessa

#### *Capítulo 18*

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUSTENTABILIDADE DO ESTADO..337

Rodolfo Luiz Maderic Richardo

#### *Capítulo 19*

A CRISE DO MODELO BUROCRÁTICO DE GESTÃO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....349

Daniela Almeida Bittencourt

#### *Capítulo 20*

A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA JURÍDICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....361

Luiz Roberto Carboni Souza

#### *Capítulo 21*

CENSURA TOGADA: O BRASIL DE COSTAS PARA O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....379

Vanessa de Castro Rosa



*Capítulo 22*

DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE MORADIA POR MEIO DE AS ZONAS  
ESPECIAIS DE INTERESSE SOCIAL (ZEIS).....397

Carlos Alberto Carmello Junior

*Capítulo 23*

O PODER NAVAL E MEDIDAS DE PROTEÇÃO E PREVENÇÃO CONTRA  
ACIDENTES NAS ÁREAS DE EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO EM ALTO  
MAR.....409

Gerson Luis Lima Ramos

*Capítulo 24*

OCUPAÇÃO HUMANA EM ESPAÇOS PROTEGIDOS E A RESPONSABILIDADE  
DO ESTADO.....421

Gabriela Soldano Garcez

*Capítulo 25*

QUANDO AMAR É CRIME: DIREITOS HUMANOS E O PEDIDO DE REFÚGIO  
PELA COMUNIDADE LGBT.....445

Patrícia Cristina Vasques de Souza Gorisch

# APRESENTAÇÃO

*Alcindo Fernandes Gonçalves*<sup>1</sup>

*Maria Luiza Machado Granziera*<sup>2</sup>

Esta obra consiste no resultado dos trabalhos de pesquisa de alunos de pós-graduação *stricto sensu* no campo de direito, apresentados no 3º Colóquio *Panorama da Pesquisa Jurídica*, realizado em agosto de 2012, na Universidade Católica de Santos (Unisantos), que teve a honra de receber as demais instituições por intermédio de seus professores e alunos.

A primeira edição foi realizada na Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, em 2010 e a segunda, no Centro Universitário FIEO, em Osasco, SP. Os Colóquios denominados: *Panorama da Pesquisa Jurídica* são produto do convênio firmado entre oito instituições paulistas, mantenedoras de Programas de Pós-Graduação, *stricto sensu*, em Direito: as Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), a Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV), o Instituto Toledo de Ensino de Bauru (ITE), a Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACK), o Centro Universitário FIEO (UNIFIEO), a Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES), a Universidade Católica de Santos/SP (UNISANTOS) e a Universidade de São Paulo (FADUSP). Na presente edição, registra-se a participação dos alunos da Universidade Nove de Julho (UNINOVE).

Entre os objetivos visados pelo convênio, destaca-se a preocupação com o desenvolvimento da pesquisa, do intercâmbio e das atividades de extensão, sobretudo com a participação de seus mestrandos e doutorandos. A sistemática adotada é que cada instituição, por intermédio de uma comissão previamente nomeada, realize internamente uma seleção de trabalhos de seus alunos, escolhendo-se três deles para serem apresentados no colóquio. Durante a realização dos colóquios, ocorre uma intensa articulação entre professores e alunos, cuja proximidade e troca de experiências enriquecem cada participante.

Nessa terceira edição, o 3º Colóquio *Panorama da Pesquisa em Direito* atingiu plenamente seu objetivo, no sentido de incentivar o intercâmbio acadêmico, as pesquisas e a produção discente na Pós-Graduação *stricto sensu* nas instituições convenientes.

---

<sup>1</sup> Professor e Coordenador do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* da UNISANTOS

<sup>2</sup> Professora e Vice-Coordenadora do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* da UNISANTOS



# O EXPERIMENTALISMO E A NATUREZA DO COMPORTAMENTO INDIVIDUAL

Anna Luiza Carvalhido<sup>1</sup>

## Introdução

Com as diversas crises enfrentadas pelo sistema capitalista, e uma sociedade com exigências cada vez mais complexas, o papel que o Estado deve desempenhar nesse contexto é uma questão essencialmente controversa. O processo de globalização da economia exige do Estado e, por extensão, do direito dos países, exigências novas que fazem com que as categorias jurídicas tradicionais e o direito enquanto um sistema seja repensado e, em alguma medida, reinventado. (FARIA, 1999, p. 39)

Frente a esse constante questionamento do papel do direito e das instituições dos países, muitas pesquisas e elaborações teóricas foram surgindo com a preocupação de prover o seu diagnóstico e, sempre que possível, a sua solução aos gargalos de desenvolvimento enfrentados pelos países, bem como o papel do direito nesse tema. Como o desenvolvimento de um país pode ser encarado sob muitas óticas, que não a exclusivamente econômica, as soluções apontadas são das mais diversas.

Podemos isolar, em um primeiro momento, a julgar pelo tipo de solução oferecida, duas amplas correntes preocupadas com o papel do direito e das instituições nas sociedades em desenvolvimento: (i) a solução dita predominante ou minimalista; e (ii) a solução experimentalista. Internamente a cada eixo existem nuances e diferenças que, apesar de relevantes, não descaracterizam a primeira divisão aqui proposta.

O objetivo deste artigo é compreender a solução experimentalista e a resposta que a solução dita predominante (*mainstream*) poderia dar às suas recomendações, em um esforço de compreender os pontos reais de atrito entre essas duas abordagens, bem como as eventuais compatibilidades – se é que estas existem.

## 1. A SOLUÇÃO PREDOMINANTE OU MINIMALISTA

Essa frente é caracterizada por soluções associadas à economia neoclássica e àquelas abordagens do direito que são amigáveis a essas soluções econômicas.

Assim, a solução minimalista aqui proposta comporta tanto soluções propriamente econômicas quanto soluções jurídicas, com a característica comum de: (1) aceitarem o

---

<sup>1</sup> Economista formada pela Fundação de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (FEA-USP) em 2011, mestranda em Direito e Desenvolvimento pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP) desde o 1º semestre de 2012. Pesquisadora do Núcleo de Justiça e Constituição da FGV. Projeto de mestrado focado no tema “acesso à justiça”. E-mail para contato: anna.carvalhido@gvmail.br

individualismo metodológico e a existência de indivíduos racionais autointeressados<sup>2</sup> como pressuposto; (2) apresentarem uma perspectiva essencialmente liberal das relações econômicas; e (3) apresentarem uma visão de estado mínimo. O papel do direito, dentro dessa solução, é geralmente instrumental no sentido de assegurar baixos custos econômicos e a maior eficácia possível das trocas. Com isso em vista, podemos isolar cinco recomendações presentes nessa abordagem: (1) assegurar os direitos de propriedade; (2) garantia do enforcement dos contratos; (3) existência de segurança jurídica; (4) ênfase na estabilidade macroeconômica; e (5) a importância das instituições como meio para assegurar esses fins, considerando um arranjo pré-definido.

A respeito da perspectiva econômica, podemos reunir um amplo rol de teóricos que produziram soluções aos gargalos do desenvolvimento e das economias. Inicialmente, o trabalho de economistas neoclássicos e a preocupação deles com o crescimento econômico como um sinônimo de desenvolvimento geraram uma série de receitas ao desenvolvimento, derivadas da inter-relação lógica de variáveis macroeconômicas consideradas relevantes. O Consenso de Washington é um exemplo emblemático desse “estado da arte”, assim, como as exigências do Fundo Monetário Internacional (FMI) à época, como pré-requisito aos empréstimos. (RODRIK, 2002, p. 10) A característica mais importante do pensamento ortodoxo que deve ser aqui ressaltado é a sua adoção de diagnósticos e receitas formatadas a partir de abstrações matemáticas econômicas, além de sua perspectiva essencialmente liberal do indivíduo e do mercado: o mercado deveria ser deixado livre da influência de um Estado que é visto como um gerador de ineficiências alocativas, enquanto o indivíduo deve ser deixado livre para exercer suas potencialidades dentro desse contexto.

De forma análoga, sob uma perspectiva jurídica, também podemos isolar teóricos preocupados em organizar uma lista de características que o direito idealmente deveria possuir, de modo a facilitar o desenvolvimento e as trocas econômicas. O campo denominado análise econômica do direito (*law and economics*), por exemplo, estrutura-se a partir de uma perspectiva essencialmente econômica em que o direito é visto como um aliviador ou intensificador de custos. A sua função primordial é a de garantir a segurança jurídica, a liberdade individual, os contratos e a resolução de conflitos de forma rápida e efetiva. A análise econômica do direito pode, assim, ser dividida em duas frentes: (i) descritiva; e (ii) normativa. (SHAVELL, 2004, p. 1) A abordagem descritiva assume indivíduos racionais que maximizam a própria utilidade (satisfação)

<sup>2</sup> O individualismo metodológico é um pressuposto filosófico a respeito da forma de agir dos indivíduos, utilizado amplamente na economia. Grosso modo, encara os fenômenos sociais como soma das partes individuais. A racionalidade individual, por sua vez, é vista como autointeressada. As decisões são tomadas a partir de uma análise custo-benefício, em que se opta sempre por aqueles caminhos com maiores vantagens individuais (maior satisfação ou utilidade) e menores custos. Nesse sentido, ações voltadas para o bem estar coletivo só serão feitas desde que produzam um tangível benefício individual, superior aos demais comportamentos possíveis em um determinado cenário. Para uma discussão aprofundada a respeito desse assunto. (Cf. Amartya Sen, 1977)

esperada e, dessa forma, uma regra é descrita a partir da influência que causa sobre esse comportamento individual racional. No entanto, a abordagem normativa avalia as regras legais a partir da capacidade pessoal de trazer maior ou menor bem-estar social. (SHAVELL, 2004, p. 2)

A forma de encarar o direito enquanto um instrumento à disposição de fins econômicos – como o direito de propriedade formal visto como um meio para facilitar as trocas econômicas – pode também ser denominada “direito enquanto dotação” (*endowment*). Essa visão pode ser assim denominada à medida que encara o espaço jurídico como um dote que, uma vez possuído, facilita e provê uma situação econômica global melhor. Malhault e Pistor chegam a equacionar essa visão, numa alusão crítica a sua base matemática considerada ingênua, que consistiria em “*good law + good enforcement = good economic outcomes*”. (MALH AULPT; PISTOR, 2008, p. 5)

É reconhecido, dentro desse pensamento, o papel do direito de propriedade. Este seria o instrumento primordial da economia, que garantiria segurança aos atores do mercado em suas transações econômicas. Sob essa esteira, estaria presente, por exemplo, o trabalho do economista peruano Hernando De Soto, um teórico entusiasta da importância da formalização dos títulos de propriedade nos países em desenvolvimento. Considerados vitais no processo de obtenção de crédito e, portanto, de capital, os títulos de propriedade das sociedades em desenvolvimento deveriam ser formalizados de modo a ganharem reconhecimento do mercado. (DE SOTO, 2000) Segundo o autor, “é por isso que a propriedade formal deve ser universalmente acessível: para trazer todos a único contrato social em que possam cooperar para aumentar a produtividade da sociedade.” (DE SOTO, 2001, p.254) Assim, considerando que este elege, *ex-ante*, uma característica desejável do direito nas sociedades em desenvolvimento, visto que levaria a um ganho econômico, podemos colocar De Soto dentro da classificação geral “direito como *dotação*”.

O desenvolvimento não é, em realidade, sob essa perspectiva, encarado como um fenômeno singular e contexto específico. As recomendações a respeito de (i) qual deveria ser a política econômica e (ii) qual deveria ser o direito são *sempre* válidas, já que estão situadas dentro de um *plateau* abstrato que não necessita se deter sobre elementos mais concretos. Esses dois itens contêm recomendações que sempre levam a melhores resultados econômicos. O elemento particular das economias em desenvolvimento seria sua maior ou menor escassez em determinadas variáveis (maiores ou menores juros, maior ou menor presença de direito de propriedade formal, maior ou menor poupança). Portanto, trata-se de uma visão muito mais *quantitativa*, operante em torno da polarização maior/menor.

Considerando-se a sua relevância e aparente boa receptividade por parte de (a) organismos multilaterais<sup>3</sup> e (b) *policy makers*, a solução *minimalista* é bastante influente.

<sup>3</sup> Por exemplo, o Banco Mundial. A recepção dessas soluções ao problema do desenvolvimento por parte

Considerando-se essa ampla influência, coloca-se uma nova solução que, em relação a essas recomendações expostas aqui, busca desenhar um novo caminho institucional aos problemas dos países em desenvolvimento, a chamada (ii) solução *experimentalista*. Suas recomendações divergem, seja implícita ou explicitamente, das propostas vistas até aqui. Por esse motivo, em larga medida se propõe a ser uma *nova via*.

## 2. A SOLUÇÃO EXPERIMENTALISTA

Vários teóricos já utilizaram, de formas um pouco distintas, a expressão “experimentalismo”. Esse parece ser o caso de Charles Sabel, William Simon, Roberto Mangabeira Unger e Dani Rodrik. (Cf. SHAPIRO, 2011) O ponto comum no uso que esses diferentes teóricos fazem da palavra reside no fato de considerarem a importância de se inovar institucionalmente em relação às propostas vistas na chave anterior.

Essa seção está focada no pensamento de Charles Sabel e de William Simon e na sua solução para o desenho de um Estado administrativo diferente.

Contudo, no início do texto “(...) *Beyond principal-agent governance: experimentalist organizations, learning and accountability*,” Sabel (2004) aponta sua discordância em relação ao modelo agente-principal, que é um suposto de duas formas de se pensar a estrutura do Estado administrativo: (i) a *New Public Management* (NPM); e a (ii) *governança interativa*.

O NPM é identificado, segundo Sabel, como um modelo de estado administrativo hierarquizado, em que as figuras políticas relevantes determinam o que deve ser feito, e isso é levado a cabo por agentes subordinados a esses políticos. Há, assim, uma ênfase na hierarquia, pois, os responsáveis pela execução da política não participam da esfera decisória dos tecnocratas, apenas agem em seu nome. Trata-se de um modelo que permite grande *accountability*, vez que as divisões de trabalho estão muito claras e as propostas a serem alcançadas são enumeradas de forma minuciosa e até mesmo documentadas formalmente por meio de uma regra que as especifique. Além disso, os resultados possíveis são medidos em termos de custo-benefício, permitindo uma avaliação do público externo. Por seu caráter hierárquico, tal modelo pode ser denominado como sendo cima-baixo (*top-down*).

Alternativamente, outro modelo importante é aquele que Sabel denomina governança interativa. Baseia-se em um caminho contrário àquele preconizado pelo NPM, sendo considerado um modelo baixo-cima (*bottom-up*). Nesse modelo de estado administrativo, os atores locais (clientes) das políticas – como ONGs, associações

---

do Banco Mundial mudou ao longo do tempo. Essa organização, segundo a análise de Álvaro Santos, teria passado por três fases: a primeira em que prepondera o denominado “ajuste estrutural” e o Consenso de Washington; a segunda preocupada com a questão da crise africana e da governança; e a terceira, que seria associada ao momento presente, em que o desenvolvimento passaria a ser visto como um fenômeno abrangente, em que variáveis extra-econômicas deveriam ser consideradas em conjunto com as variáveis propriamente econômicas. (SANTOS, 2006, p. 267)

profissionais, conselho de cidadãos, firmas – controlam a provisão do bem público localmente, e ocasionalmente são os próprios responsáveis pela política.

A despeito de suas diferenças, Sabel afirma que ambos os modelos concordam em um aspecto crucial: acreditam na existência de um agente bem informado que deve direcionar as políticas e criar, sozinho, os objetivos a serem alcançados, vez que sabe com alta precisão o que deve ser feito. (SABEL, 2004, p. 6)

Esse suposto criticado por Sabel é o modelo de agente-principal. Trata-se, basicamente, de um modelo microeconômico que considera indivíduos racionais e autointeressados, num ambiente com assimetria de informação entre dois atores: o agente e o principal. Essa relação existe sempre quando há uma relação de emprego, em que a atuação de um deles afeta o bem-estar do outro. O agente é aquele, que age e está no campo da ação, enquanto o principal é a parte afetada pela atuação do agente. Em uma firma, os funcionários e o gerente são agentes, enquanto o dono é o principal. (PINDYCK; RUBINFELD, 1995, p. 608) Alternativamente, os principais podem ser vistos como os formuladores de políticas públicas e os agentes como os executores.

A cisão de Sabel e William Simon com esse modelo é crucial para o desenrolar de suas recomendações, já que partem essencialmente do suposto de que nenhum agente sabe com alta precisão o que deve ser feito. A negação da existência de uma assimetria de informação entre esses dois atores e uma visão de que o indivíduo não é um “individualista metodológico” vai ficando mais clara à medida que avançaremos nos comentários a respeito desses autores.

Com isso em mente, nos baseamos tanto no texto de autoria exclusiva de Sabel(2004), denominado *Beyond principal-agent governance: experimentalist organizations, learning and accountability*, quanto no texto de Sabel em coautoria com William Simon(2011), denominado *Minimalism and Experimentalism in the Administrative State*. Os argumentos dos autores podem ser sintetizados em torno dos seguintes pontos: (1) **elaboração e monitoramento coletivo, por pares, das políticas**; (2) **objetivos sempre provisórios**; (3) **conceituação e execução são etapas que se confundem**; (4) **regras plásticas** (*rolling rules*); e (5) **o arranjo experimental cria melhores condições democráticas**. Na sequência, analisamos com maior detalhe cada um desses itens.

### **(1) Elaboração e monitoramento coletivo, por pares, das políticas**

Como vimos, Charles Sabel discorda da configuração de assimetria de informação presente no modelo agente-principal, pois acredita que nenhum ator detém informação suficiente sobre o desenho que as políticas devem ter. A respeito desse ponto, o autor afirma: “(...) what if, as I and many other assume, there are no principals in civil society (...) with the robust and panoramic knowledge needed for this directive role?” (2004, p. 3) Uma vez que o autor assume que esse conhecimento não é especialmente detido



por ninguém, resta que a produção desse conhecimento seja coletivamente elaborada pelos atores envolvidos no processo de implementação de uma determinada política pública. A implementação se daria, portanto, em três etapas: (i) o centro (e.g. governo federal) delega às unidades locais (e.g. municipalidades) um objetivo amplo que deve ser perseguido; (ii) as unidades locais podem definir a melhor maneira de aproximação a esse objetivo; e (iii) as unidades locais devem informar ao centro e aos seus pares as razões e os motivos das suas escolhas. (SABEL; SIMON, 2011, p. 79) Em caso de existência de resultados inferiores por parte de algum dos atores locais em relação a outros, este deve prestar contas e explicar as suas razões para o desempenho inferior ao da média. Assim, vê-se que tanto a elaboração da política quanto o monitoramento é legado à coletividade, **e a noção de hierarquia é criticada**. A construção e execução da política são colocadas em termos de um **diálogo horizontal**. (SCHAPIRO; TRUBEK, 2012)

A noção exposta no parágrafo anterior, de que os objetivos devem ser sempre amplos e apenas definidos na prática, nos leva a outra característica do argumento de Sabel, isto é, a noção de objetivos sempre provisórios e a confusão entre meios e fins.

## **(2) Os objetivos são sempre provisórios;**

## **(3) Conceituação e execução são etapas que se confundem;**

Charles Sabel defende a importância de se definir objetivos amplos e provisórios. Isso é uma decorrência direta da visão do autor de que há uma interação entre os meios e os fins das políticas públicas: só é possível determinar o objetivo específico que se quer após uma interação com a realidade, que acaba por alterar, necessariamente, o que foi inicialmente pensado como sendo uma meta interessante. Por isso, as organizações experimentalistas devem institucionalizar o **aprendizado** social, para que os meios e fins de uma determinada política sejam sempre questionados e revisados em face dos resultados obtidos na prática. (SABEL, 2004, p. 4)

A respeito desse ponto, Dani Rodrik tem uma visão muito similar, chegando mesmo a afirmar o seguinte: “when it comes to industrial policy, specifying the process is more important than specifying the outcome”. (RODRIK, 2004, p. 18) O economista afirma isso convergindo, nesse ponto, com a visão de Sabel de que o processo de execução das políticas é crucial ao seu desenrolar, muito mais do que as “fórmulas prontas” do fetichismo institucional presente na solução minimalista descrita acima.

Em uma primeira leitura, esse enfoque no formato e no modo de deliberação e execução das políticas parece ser aberto o suficiente para permitir um possível “acomplamento” entre a visão experimentalista a respeito do estado administrativo e aquela visão dita *mainstream*. Essa dúvida permeia este artigo: é possível, pelo fato de haver

tanta ênfase no formato das políticas, conciliar experimentalismo com a visão *mainstream*? Seria possível utilizar fins tipicamente *mainstream* por meios de execução tipicamente experimentalistas? A leitura das propostas de Charles Sabel e Simon, assim como a análise das críticas a essa visão parece sugerir que a resposta é “não”.

Em suma, esse **caráter essencialmente dinâmico e focado no processo de execução** das políticas públicas nos leva ao quarto argumento de Sabel e Simon, *regras plásticas*.

#### **(4) Regras plásticas (*rolling rules*);**

A noção de regras plásticas vem da noção de objetivos sempre provisórios. Como Sabel enfatiza a natureza essencialmente dinâmica das políticas públicas, as regras que comportam um tal empreendimento só podem ser, também, mutáveis. (SABEL, 2004, p. 12) Isso, mais uma vez, entra em atrito com a visão predominante de regras rígidas e bem detalhadas.

#### **(5) O experimentalismo tem grande sensibilidade à variação de resultados;**

O diálogo horizontal permite maior sensibilidade à variação de resultados, pois, cria uma relação distinta entre sociedade civil e tecnocratas, em que todos os atores responsáveis pelo projeto se monitoram mutuamente, além de construírem juntos o conteúdo mesmo da política. Conforme visto acima, quando um ator apresentar um desempenho inferior aos de seus pares, terá de explicar os motivos por seu desempenho inferior ao dos demais. (SABEL; SIMON, 2011, p. 79) Esse cenário tornaria mais difícil, para os autores, atuações ineficientes ou mesmo corruptas, já que logo seriam descobertas.

#### **(6) O experimentalismo cria condições democráticas interessantes;**

Charles Sabel ainda defende que o experimentalismo criaria uma melhor condição para o ideal democrático<sup>4</sup>. Isso seria decorrência da maior a **sensibilidade à variação dos resultados** descrita acima, que seria um grande aliado para a descoberta de áreas

<sup>4</sup> O trecho completo em que Sabel defende tal ideia é o que segue: “Because they are polycentric or polychic, experimentalist institutions are always out of reflective equilibrium: Inevitable variations in the performance of the various units provokes ongoing review and criticism of each in the light of the others’ experience. This means that professionals—technocrats of all stripes—and the more or less formally organized interests with which they are affiliated must frequently explain why their actions differ from those of peers in like situations. Experts and interests, in other words, must justify themselves, again and again, in public, to deeply informed challenges to, respectively, their expertise and their claims of the legitimacy (or at least inevitability) of their interpretation of what their needs compel.” (SABEL, 2004, p.19).

de “sombra de eficiência”, seja por uma falha genuína, seja por uma atuação corrupta. (SABEL, 2004, p. 19)

Resumindo, existiram quatro razões pelas quais o experimentalismo superaria os modos de organizações públicas concorrentes (minimalistas e centralizadas): (i) o experimentalismo responde aos sinais fracos com autodiagnóstico e ação corretiva – maior sensibilidade à variação; (ii) o experimentalismo diminui o fardo sobre o regulador, que não precisa mais definir os objetivos *ex-ante*, tendo ajuda de maior número de indivíduos para a definição do objetivo; (iii) a descentralização decisória permite que o risco seja mitigado; e (iv) a análise por pares permite um aprendizado rápido e convergência em direção a melhores práticas. (HEMEL, 2011, p. 8-9)

Esses argumentos constituem o cerne da proposta denominada experimentalista a partir da visão de Sabel e Simon.

Pelo o que foi exposto nos parágrafos anteriores, algumas conclusões são possíveis. Em primeiro lugar, a ênfase que a abordagem experimentalista dá ao caráter essencialmente dinâmico das políticas públicas tem uma grande compatibilidade com a ideia de se atentar às particularidades locais de cada país. Isto é, há afirmação mais avassaladora do que a de que objetivos não podem ser fixados *ex-ante*, pois, a realidade e a prática de uma determinada política sempre acabam por alterar tanto o objetivo quanto o formato em que esse objetivo é alcançado? Portanto, em relação à chamada solução minimalista ou predominante, logo de saída encontramos uma clara divergência. A esse respeito, podemos recorrer às palavras de Mario Schapiro:

Para o autor, Charles Sabel, o equívoco das análises do *mainstream* estaria em assumir o padrão institucional do Rule of Law como se fosse uma espécie de dotação natural de fatores, uma fórmula correta e única para a organização dos processos econômicos. Em outros termos, haveria nessas análises e proposições reformistas de Washington [...] um fetichismo institucional: uma crença de que haveria um leque limitado de alternativas institucionais adequadas e portadoras da capacidade de promover mercados eficientes, de tal modo que, uma vez de posse desse arcabouço, os países assumiriam rigorosamente uma rota proeminente de crescimento. (2011, p. 342)

Esse seria um dos pontos principais, portanto, de divergência entre experimentalistas e teóricos minimalistas.

A princípio, a chamada solução pragmática, iniciada por John Dewey (SABEL; SIMON, 2011, p. 78), poderia parecer, em tese, compatível com a solução minimalista, muito focada no *formato* das políticas.

Como já foi mencionado, a pergunta que moveu este artigo foi: a ênfase no formato e na prática de *policymaking* não acaba por tornar o experimentalismo compatível com as próprias recomendações minimalistas de cunho liberal? A resposta a que se chegou após a análise minuciosa destes dois textos de Sabel e de Simon é negativa. O motivo central pelo qual esta resposta é negativa advém do fato de que ao propor essa relação horizontal entre tecnocratas e clientes das políticas, Sabel e Simon supõem uma determinada natureza do comportamento individual que, embora não explicitada nestes dois textos, é claramente destoante do “*rational fool*”<sup>5</sup> proposto pela teoria dominante. Essa divergência fica ainda mais nítida a partir das críticas feitas à abordagem experimentalistas, apresentadas na próxima seção.

### 3. EXPERIMENTALISMO: UMA CRÍTICA

Os dois pontos mais contrastantes entre a proposta de Sabel e o formato de um Estado administrativo centralizado são: (i) a centralização da autoridade; e (ii) a confiança na produção normativa procedimental ou rigidez normativa – ambas presentes na abordagem minimalista. (Cf. HEMEL, 2011, p.1)

Podemos, com isso em mente, dividir os argumentos críticos dirigidos ao experimentalismo de Sabel e Simon em torno dos seguintes tópicos: (a) a descentralização decisória não se sustenta se consideramos os incentivos; (b) as regras plásticas são mais suscetíveis ao clientelismo; (c) o aprendizado por monitoramento não leva, necessariamente, a decisões melhor informadas; (d) o experimentalismo cria um desenho de democracia que é pouco estável. Veremos, a seguir, o detalhe de cada um desses argumentos.

a) A descentralização decisória não se sustenta se consideramos os incentivos das unidades locais e a posição da sociedade civil diante das políticas públicas:

Segundo Hemel, as unidades locais que participam da política não teriam incentivos para mitigar devidamente os riscos do processo de execução da política pública. Isso se deveria, segundo o autor, a uma tendência já apontada por Richard Posner, de que os atores enxergariam a mitigação como um custo que poderia ser deixado de lado, vez que, caso a política vier a falhar, o ônus da perda não recairá sobre nenhuma unidade específica, gerando um incentivo perverso para que agentes incorram em altos riscos. (HEMEL, 2011, p. 25)

Além disso, a etapa em que há avaliação dos resultados não fará, necessariamente, com que esses riscos sejam identificados. Isso ocorreria, segundo Daniel Hemel, porque é difícil perceber subinvestimento em mitigação de risco. (HEMEL, 2011, p. 25)

---

<sup>5</sup> Conforme provocação feita por Amartya Sen (1977)

Outro ponto interessante a ser notado é que Sabel e Simon parecem defender um comportamento individual bastante dirigido ao compromisso em contextos de bem público. Essa visão não é compatível com o pressuposto de indivíduos absolutamente autointeressados, presente na abordagem minimalista.

Considerando que a existência de uma sociedade civil ativa é um ponto controverso, em que medida o pressuposto de Sabel e Simon acerca desse comportamento voltado para o compromisso é realista? A respeito dessa questão, os autores se referem criticamente ao fato de minimalistas acreditarem que “people have limited time and energy for politics except in times of crisis”. (SABEL; SIMON, 2011, p. 57) No entanto, será essa ideia realmente imprecisa? Aqui há bastante espaço para discussão, que deriva tanto de estudos<sup>6</sup> a respeito do ativismo cívico em cada sociedade, quanto da visão que se tem da natureza da ação individual.

Assim, descentralizar as políticas públicas, não seria, muito mais, uma maneira de esconder da visão pública os bastidores do processo? (Cf. HEMEL, 2011, p. 26) Acredito que aqui fica clara a ruptura de pressuposto de comportamento individual de Sabel e Simon daquela presente na visão de advogados das estruturas hierárquicas e daqueles especialmente simpáticos à lógica do mercado. Trata-se, acima de tudo, de uma cisão filosófica a respeito do pressuposto que se tem a respeito da natureza do comportamento individual.

Uma terceira crítica, relacionada com a vista nos parágrafos anteriores, é a de que os votantes não conseguiriam distinguir os verdadeiros responsáveis pelas decisões políticas, vez que uma produção compartilhada implica responsabilidade compartilhada, o que pode implicar *nenhum* responsável<sup>7</sup>. Isso pode se tornar especialmente perverso em casos de envolvimento de muitos níveis governamentais. (HEMEL, 2011, p. 27)

Essa análise também poderia ser feita por meio de argumentos similares, utilizados pelo economista Mancur Olson em seu livro *A lógica da ação coletiva*. Mancur considera que as partes envolvidas em um bem comum terão, quanto maior for o grupo, maiores incentivos a participarem menos do que seria socialmente eficiente, numa tendência de “efeito carona”. No entanto, em casos em que o seu ganho advindo da participação supere muito o seu custo, esta tenderá a ser maior – o que poderia, eventualmente, permitir um uso clientelístico do espaço decisório público, visto que muitos simplesmente serão caroneiros, por uma análise custo-benefício. (OLSON, 1999)

<sup>6</sup> Para uma abordagem quantitativa visitar, por exemplo, o website do *Indices for Social Development*: <<http://www.indsocdev.org/>>. Nesse endereço são disponibilizados índices de ativismo cívico para todos os países da América Latina, incluindo o Brasil. Foi feita uma simulação e constatou-se que o Brasil apresenta um índice de ativismo cívico de 0,517 enquanto um país como a França apresenta um índice de 0,600. O uso de estudos comparativos acerca desse tema talvez seja útil para delinear em quais ocasiões o suposto de Sabel e Simon são especialmente acurados, e em quais situações não o são.

<sup>7</sup> “In a mixed system, voters are likely to spread their ire across levels of government, which may mean that no level of government bears the full political costs of risk regulation failures.” (HEMEL, 2011, p. 27)

b) As regras plásticas são mais suscetíveis a clientelismo:

Para Daniel Hemel, atores especialmente interessados no resultado de determinada política poderiam se aproveitar de sua constante porosidade, capturando sua estrutura de forma a gerar o resultado que melhor lhe servir. (HEMEL, 2011, p. 29)

c) O aprendizado por monitoramento não leva, necessariamente, a decisões melhor informadas:

Sabel e Simon acreditam que se pode aliviar o fardo sobre o regulador quando há descentralização, vez que, teoricamente, isso levaria a um maior número de unidades captadoras de informação. (SABEL; SIMON, 2011, p. 88) Isso pressupõe ao menos dois elementos: (i) aqueles envolvidos com a ação da política pública tem interesse genuíno em entregá-la da melhor forma possível, e não, por exemplo, de forma clientelística; (ii) a captação de informação com valor real é tanto maior quanto maior for o grupo com o qual se lida. Charles Sabel e William Simon chegam mesmo a afirmar o seguinte:

[...]experimentalist regulation reduces the information burden on the regulator in determining initial levels of acceptable performance. To the extent that performance standards are based on questions of technical or economic feasibility, they can be set based upon observed experiences across the full population of regulated actors. The regulator can require that plants that fail to perform at some fraction of average industry performance be subject to remedial or punitive consequences, or both. (SABEL; SIMON, 2011, p. 88)

Esses dois pontos podem ser questionados de duas formas distintas: (i) pode não haver incentivo real ou genuíno para entregar os melhores resultados possíveis entre esses diferentes atores; e (ii) o argumento trazido por Daniel Hemel de que o aumento da amostragem de captação de informação *per se* não leva, necessariamente, a uma maior captação de informação. (HEMEL, 2011, p. 33) Considerando uma amostra suficientemente grande, e com um comportamento aleatório (o que é o caso das muitas ações que podem tomar forma dentro da execução de uma política com um amplo objetivo), a conversão desse comportamento aleatório em possível informação só pode acontecer à medida que essa aleatoriedade seja propriamente descrita. Em termos matemáticos, teríamos de chegar a uma função para a qual se colocaria um operador estatístico (denominado “esperança”) que ajudaria a isolar os possíveis resultados relevantes. Em termos mais concretos, isso significa dizer que só seria possível converter as experiências de muitos atores em informação substancial, se essa informação pudesse ser propriamente “organizada”. Assim, se tornaria praticamente impossível diante de

um fluxo contínuo de informações concluir qual deve ser o resultado futuro e, em caso dessa predição mostrar resultados alarmantes, o que deve ser evitado.

d) O experimentalismo cria um desenho de democracia que é pouco estável;

A relação entre regras plásticas e a existência de uma democracia estável também merece destaque crítico. Em que medida é desejável, em termos de criação de expectativas, regras que sempre se alteram? Para colocar o mesmo problema em outros termos, em que medida é desejável, do ponto de vista de “accountability”, regras constantemente cambiantes? Não seria uma relativa estabilidade algo positivo ao ambiente democrático, que assim teria, por exemplo, o tempo necessário para: (i) assimilação do conteúdo das normas; e (ii) eventual posicionamento crítico e político em torno dessas mesmas regras?

Considerando as críticas feitas nesta seção, que têm a tônica comum de serem uma resposta da teoria minimalista, podemos tecer algumas conclusões iniciais.

Em primeiro lugar, Sabel parece supor um certo ativismo cívico por parte dos atores sociais. Essa é uma percepção claramente distinta da visão de seu crítico, Daniel Hemel, que demonstra ter uma abordagem compatível com a *solução minimalista*, vez que o fundamento de todas as suas críticas contém o pressuposto de indivíduos racionais autointeressados. Isso fica especialmente claro na análise que este autor faz das situações de risco, por exemplo, em que a mitigação não acontece pelo fato dos indivíduos se posicionarem de forma essencialmente egoísta. Sob essa perspectiva, o indivíduo não tem realmente uma noção de compromisso em torno do que faz, não atua pelo valor que pode ser extraído da prática com a qual está envolvido, não age por princípio. Essa ausência de noção de compromisso é o que, acredito, permite que as críticas estruturadas sobre Sabel e Simon sejam logicamente coerentes e consistentes. No entanto, não é fato novo que essa concepção do indivíduo – egoísta – é bastante questionada por outros teóricos, por exemplo, Amartya Sen e Elinor Ostrom.

A respeito do comportamento individual, a economista Elinor Ostrom afirma que existem muitos tipos de indivíduos no mundo, alguns mais dispostos a adquirir os benefícios de ações coletivas do que outros. (OSTROM, 2000, p. 138) Além disso, a economista aponta para o grande êxito que a economia teve em explicar de forma adequada o comportamento do mercado e de seus componentes, assim como situações de leilão, levando em consideração o indivíduo “egoísta racional”. No entanto, afirma Ostrom, as situações de ações coletivas são inteiramente distintas. (OSTROM, 2000, p. 139) Em alguns casos documentados, indivíduos deram grandes contribuições das próprias dotações para que um bem público fosse provido. A partir disso, a economista divide os indivíduos em três grupos: (i) os cooperadores condicionais; (ii) os punidores dispostos; e (iii) o egoísta racional, isto é, o indivíduo já traçado pela

economia neoclássica. Os coordenadores condicionais seriam aqueles indivíduos que tenderiam a iniciar uma ação cooperativa desde que estimem que haverá reciprocidade por parte dos demais jogadores. No entanto, teriam alguma sensibilidade a caroneiros (*free riders*), tendendo a baixar sua contribuição ao passo que percebessem uma baixa contribuição dos demais. O interessante é que sua contribuição inicial tende a incentivar a participação dos egoístas racionais. Para evitar esse movimento de queda de contribuição em cascata, um mecanismo institucional deve atuar. (OSTROM, 2000, p. 142) A economista chega a afirmar que uma parcela significativa da população seria a de “cooperadores condicionais”, considerando que em muitos experimentos houve contribuição voluntária e relativamente alta por parte de indivíduos em situações de bem público. (OSTROM, 2000, p.142) Os chamados “punidores dispostos” (*willing punishers*) são aqueles indivíduos que, numa dada oportunidade, tenderiam a repreender verbalmente a ação de caroneiros. Assim, como tendem a repreender, também tendem a premiar, o que ocorre quando há contribuição superior à necessária. Eventualmente, os cooperadores condicionais podem se tornar punidores dispostos. Um arranjo que contar tanto com cooperadores condicionais, quanto com punidores dispostos, terá uma primeira rodada de contribuições mais robusta e mais favorável à construção de um bem público. (OSTROM, 2000, p. 143) A contribuição de Ostrom é inovadora por considerar respostas alternativas ao problema do uso do recurso comum, justamente pelo fato de alguns experimentos mostrarem algum nível de compromisso entre os indivíduos de determinados grupos, como a da comunidade de pescadores. No entanto, conclui a economista, as condições exatas em que essas cooperações acontecem e as diferentes variáveis que podem ou não afetar tal comportamento ainda devem ser mais estudadas. (OSTROM, 2000, p. 154)

Sabel e Simon, a respeito da visão que possuem do comportamento individual<sup>8</sup>, tecem as seguintes afirmações: (i) o experimentalismo não se baseia em uma participação universalista e voluntarista (engajada) que os minimalistas menosprezam; (ii) o experimentalismo enfatiza a participação de *stakeholders* como um meio para evocar e reconciliar as muitas visões e interesses dos atores envolvidos; (iii) os autores dos regimes experimentalistas não precisam confiar em disposições cooperativas, pois

<sup>8</sup> O trecho original aqui tratado é o que segue: “Experimentalism has a more sanguine attitude than minimalism toward participation, but the type of participation it relies on is not the universalist and voluntarist kind that minimalists disparage. [...] Experimentalism emphasizes stakeholder participation to elicit and reconcile the diverse views and interests of people distinctively affected by and knowledgeable about the matters in issue. The problems of apathy and ignorance that constrain participation in generalist processes are less severe here. Moreover, some cognitive biases may be mitigated when people have strong incentives to win the cooperation of people with whom they disagree. [...] Moreover, we’ve seen that designers of experimentalist regimes do not need to rely on common interests or cooperative dispositions; they can alter default rules or allocate rewards in ways that motivate responsible participation. [...] These regimes [experimentalists] are responses to uncertainty. They arise in situations in which public officials are uncertain about both the definition of the problem and its solution. In these situations, stakeholders may find it difficult to map proposed solutions onto their selfish interests. To this extent, they may be more open to good-faith deliberations focused on public interests”. (SABEL; SIMON, 2011, p. 82)



podem alterar as regras padrão ou alocar recompensas de modo a motivar participação responsável; e (iv) os regimes experimentalistas são respostas a contextos de incerteza, o que torna difícil para os *stakeholders* mapearem soluções de modo a atenderem a seus interesses egoístas – isso talvez os torne mais propensos a deliberações de boa-fé focadas no interesse público.

Embora os autores afirmem que os *stakeholders* não precisem, necessariamente, apresentar um caráter engajado, parecem acreditar que, de alguma forma, a interação entre esses atores possa levar a algum tipo de diálogo em que interesses egoístas fiquem em segundo plano. Isso poderia se dar tanto pela criação de incentivos via regras plásticas, quanto pelo “poder de coleiira” do Estado, que em um estágio final exigiria explicações por parte dos atores com resultados inferiores a de seus pares. No entanto, como vimos no argumento de Hemel, é questionável a capacidade de organizar as diferentes informações em fluxo contínuo do experimentalismo de modo a poder punir determinados agentes, o que torna esse mecanismo questionável. A respeito dos incentivos das regras plásticas, veremos o argumento em maior detalhe abaixo. Talvez os autores estejam usando um modelo de cooperação similar àquele parcialmente apresentado neste artigo, desenvolvido por Elinor Ostrom. No entanto, tal passagem não é trivial vez que a economista enfatiza que as instâncias em que se dá a cooperação por compromisso, em prol de um bem público, não são autoevidentes. Caberia, portanto, estudar em que medida existe uma adequação na descentralização decisória proposta por Sabel e Simon em relação aos modelos propostos por Elinor.

O ponto de número (iii) visto acima entra em atrito direto com a crítica exposta no tocante à possível captura clientelística das *regras plásticas*: (1) em que medida a livre capacidade de alteração de regra não seria justamente a forma mais fácil de se capturar a política em prol de um interesse “homogêneo” e de baixo custo, em suma, clientelístico? (HEMEL, 2011) Parece que, neste ponto, existe a esperança de que dois níveis de escolhas diferentes coincidam: (i) uma escolha pró-bem público; (ii) uma escolha essencialmente egoísta. Em que medida essas duas escolhas podem coincidir?

O ponto de número (iv) parece destoar dos supostos de Simon e Sabel. Afinal, não deve existir construção e diálogo horizontal em torno das políticas públicas precisamente pelo fato disso aumentar a captação de informação? Logo, por que razão essa “fonte captadora de informação”, quando o assunto em questão é a sua capacidade de uso de má-fé, pode ser considerada desinformada? Supondo que a troca de informações se consolide em algum momento, talvez a incerteza não seja necessariamente tão grande do ponto de vista do agente individual a ponto de evitar qualquer tipo de captura clientelística.

Por fim, um último ponto merece ser ressaltado. A despeito de qual seria o modelo que melhor descreveria o comportamento individual subjacente às propostas

experimentalistas aqui em tela, é interessante notar que, de forma implícita, a análise dos dois autores lembra bastante a ideia de ordem espontânea, defendida por Hayek. A ampla confiança na livre coordenação dos indivíduos (exitosa) parece sugerir isso<sup>9</sup>.

No entanto, a questão de qual é, de fato, o modelo de comportamento do indivíduo adotado pelos autores é uma questão em aberto. O objetivo de apresentação das críticas à abordagem experimentalista foi a de entender as suas fraquezas e os seus atritos com a abordagem denominada minimalista ou dominante. A hipótese inicial, de “acoplamento” entre as abordagens minimalista e experimentalista, parece ter caído por terra. O fato de haver grande foco em procedimentos (por exemplo, a analogia que Sabel (2007) faz ao chão de fábrica da Toyota) faz com que haja, sim, um corpo teórico robusto em que o mérito se apresenta como uma *nova via*. Resta agora, saber se os pressupostos em torno do comportamento individual dos *stakeholders* são realistas. Este artigo não se propõe a responder a esta última pergunta, que parece ser de especial interesse ao crescimento da teoria experimentalista frente às soluções dominantes - ainda que o experimentalismo já esteja ganhando bastante espaço nas políticas públicas, conforme os inúmeros estudos de caso apresentados por Sabel e Simon demonstram.

#### 4. CONCLUSÃO

O pressuposto relativo ao comportamento individual, na abordagem experimentalista aqui analisada, é divergente daquele adotado pela teoria dominante ou minimalista. Isso faz com que as abordagens relativas à estrutura do Estado administrativo não sejam complementares - a opção pelo modelo centralizado supõe um comportamento individual muito distinto do comportamento suposto pela abordagem experimentalista. Tendo isso em vista, parece-me que as críticas mais eficazes ao experimentalismo sempre abordarão esse tema, direta ou indiretamente. No entanto, por mais que o “rational fool” pareça um estereótipo demasiado pobre para descrever o comportamento humano, tem ajudado os economistas a descreverem com êxito o comportamento constatado no mercado e em leilões<sup>10</sup>, conforme afirma Elinor Ostrom, o que cria um ônus para a abordagem experimental. Essa abordagem poderia aprofundar os estudos acerca do comportamento individual em situações de bem público. Parece possível afirmar que Charles Sabel e William Simon trabalham com indivíduos que se aproximam dos “cooperadores condicionais”. Outra possibilidade é a de que esses indivíduos estejam presentes em arranjos em que esses cooperadores atuem, o que poderia levar a um comportamento mais aproximado ao de um “compromisso” com o grupo. No

<sup>9</sup> Para ver um argumento nesse sentido, Cf. RALSTON; S. J., DEWEY; Hayek on democratic experimentalism (April 5, 2012). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2035112> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2035112>. Acesso em: 20 jul. 2012

<sup>10</sup> O que tem sido amplamente criticado em face da recente crise de 2008. No entanto, os liberais respondem a essa crítica, o que torna esse assunto ainda mais controverso.

entanto, essa hipótese aprofundada e testada. Ainda que as ditas fórmulas e recomendações não devam ser transportadas do Atlântico Norte, cabe aos países criarem, num esforço criativo, seus próprios arranjos. É possível que a abordagem desconstrutivista da visão predominante proposta pelos experimentalistas possibilite uma verdadeira atitude criativa, uma imaginação institucional. (Cf. UNGER, 2005) Essa primeira aproximação à abordagem experimentalista sugere que o pressuposto a respeito do comportamento individual merece ser mais detalhado, empírica e analiticamente, até mesmo para que os *policymakers*, sempre atuantes em cenários de incerteza, optem pela solução experimental.

## Referências

BOURDIEU, P.; CHAMBOREDON, J.-C.; PASSERON, J.-C.. *O ofício de sociólogo: metodologia da pesquisa na sociologia*. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.

COUTINHO, D.. *Roles of law in development policies: decentralization and coordination in the Bolsa Familia Program*. No prelo.

SOTO, H. DE. *O mistério do capital*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

FARIA, J. E.. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

HEMEL, D.. *Minimalism, experimentalism and the regulation of risk: a reply to Sabel and Simon*. Yale student prize papers. paper 80. 2011. Disponível em: [http://digital-commons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1080&context=yllspps\\_papers](http://digital-commons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1080&context=yllspps_papers). Acesso em: 01 jul.2012.

MILHAULT, C.; PISTOR, K.. *Law and capitalism – what corporate crises reveal about legal systems and economic development around the world*. Chicago: Chicago Press, 2008.

OLSON, M.. *A lógica da ação coletiva*. São Paulo: EDUSP, 1999.

OSTROM, E.. Collective action and the evolution of social norms. *The journal of economics perspective*. v.14, nº 3, p. 137-158. American Economic Association. Summer, 2000.

RODRIK, D.. *After neoliberalism, what?* Apresentação ao BNDES, ago. 2002. Disponível em: < [http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/seminario/novosrumos\\_Dani.pdf](http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/seminario/novosrumos_Dani.pdf)>. Acesso em: 01 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. *Industrial policy for the twenty-first century*. Harvard Paper, Sept. 2004. Disponível em: <http://www.hks.harvard.edu/fs/drodrik/Research%20papers/UNIDOSep.pdf>. Acesso em: em 01 jul. 2012.

SABEL, C.. *Beyond Principal-agent governance: experimentalist organizations, learning and accountability*. Wetenschappelijke raad voor het regeringsbeleid. Amsterdam University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. Bootstrapping development: rethinking the role of public intervention in promoting growth. In: LEE, V.; SWEDBERG, R. (Ed.). *On Capitalism*. Stanford Univ. Press, 2007.

\_\_\_\_\_. SIMON, W.. *Minimalism and experimentalism in the administrative state*. Columbia Law School Paper. Nov. 2011.

SCHAPIRO, M.. Amarrando as próprias botas do desenvolvimento: a nova economia global e a relevância de um desenho jurídico-institucional nacionalmente adequado. *Revista Direito GV*, v.7(1). p. 341-352, jan./jun. 2011.

\_\_\_\_\_. TRUBEK, D.. Redescobrimdo o Direito e Desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: SCHAPIRO, M.; TRUBEK, D. *Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*, São Paulo: Saraiva, 2012. No prelo.

SEN, A.. Rational Fools: A critique of the behavioral foundations of Economic Theory, *Philosophy & Public Affairs*, v. 6, nº 4, p. 317-344. Summer, 1977.

SCHUMPETER, J.. *Capitalism, socialism and democracy*. New York: Harper & Row, 1942.

SHANE J., Dewey; Hayek. *Democratic Experimentalism*. April 5th, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2035112> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2035112>. Acesso em: 20 jul.2012.

SHAVELL, S.. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

UNGER, R. M.. *Democracy realized: the progressive alternative*. New York: Verso, 1998.

\_\_\_\_\_. *Necessidades Falsas*. São Paulo: Boitempo, 2005.

# DO UTILITARISMO AO PRAGMATISMO: CONVERGINDO OS NOVOS MEIOS DE DIREITO E DESENVOLVIMENTO AOS SEUS NOVOS FINS

Vicente Piccoli Medeiros Braga<sup>1</sup>

## Introdução

A ideia do potencial influenciador do direito no desenvolvimento não surgiu *ab ovo* e remonta à *Rechtssoziologie* de Max Weber.

Contudo, foi apenas após a Segunda Guerra Mundial que o trabalho de algumas agências de desenvolvimento internacional e uma série de empreitadas jurídico-políticas na tentativa de fomentar o desenvolvimento em diversos países deram impulso para o surgimento de uma vigorosa literatura sobre o tema.

Tais acontecimentos impulsionaram e por vezes foram impulsionados por essa literatura<sup>2</sup>, que se intitula: *Direito e Desenvolvimento* (D&D). Dessa forma, acompanhando esses eventos por meio de uma relação dinâmica de mútua imbricação, houve mudanças de tendência na literatura, que permitiram a alguns autores constatar a existência de três fases distintas nela. (TRUBEK; SANTOS, 2006)<sup>3</sup>

O primeiro momento, que teria emergido nas décadas de 1950 e 1960, considerava o direito como uma ferramenta para a efetiva intervenção do Estado na economia, sendo esse que era considerado o principal indutor do desenvolvimento. Historicamente, havia uma tendência mundial de maior participação do Estado na economia que havia se iniciado com o *New Deal* em 1933, que surgiu como resposta à crise de 1929 e se baseava em concepções econômicas keynesianas.

A partir da década de 1980, contudo, houve uma mudança no entendimento geral de qual seria o papel do Direito no desenvolvimento. Portanto, diferentemente de um instrumento para a ação indutora do Estado, o Direito passou a ser visto como um limite para o Estado e como fundação para as relações de mercado.

A ênfase passa, dessa forma, a ser posta na constituição de um ambiente de *rule of law* (KENNEDY, 2006), em que direitos de propriedade e o enforcement dos contratos fossem assegurados para que se pudessem obter os preços certos com a diminuição

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito e Desenvolvimento na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV), bolsista Mário Henrique Simonsen, pesquisador da Direito GV e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

<sup>2</sup> Pelas mesmas razões de Tamanaha (2010, p. 179), aqui se tratará o D&D como uma literatura/movimento acadêmico em vez de como “campo”.

<sup>3</sup> Trubek e Santos (2006, p. 8) caracterizam o D&D como a intersecção entre os estudos do direito, da economia e das instituições.

dos custos de transação e o aumento da previsibilidade. Também aqui, se olharmos para a história política do mundo ocidental, podemos ver clara influência da onda neoliberal de Reagan e Thatcher, que em resposta a um modelo de Estado em crise surgiram com reformas que pretendiam liberar a atividade econômica das amarras estatais.

Porém, a partir da década de 1990, a literatura do D&D ingressa em um novo momento em função não só da ineficiência de algumas reformas ditas neoliberais como também de uma mudança na definição de desenvolvimento. Afinal de contas, quando se altera a visão do que se quer, quando se diz querer “desenvolvimento”, uma mudança no direcionamento de políticas se faz obrigatória.

Como já foi dito, essa terceira fase se baseia numa crítica ao ideário neoliberal, mas uma crítica que não deixa de ver, no mercado, uma das principais forças do desenvolvimento. Portanto, procura-se superar falhas de mercado e entender melhor como funciona a relação do Direito com a efetiva ocorrência do desenvolvimento. Foi observado que um mero transplante institucional (de leis, no caso) não conseguiria alterar uma realidade substancialmente. Além disso, também se argumentou que não bastava procurar proteger os direitos de propriedade e buscar os “preços certos” para que o desenvolvimento almejado acontecesse. Ainda mais, se estivermos falando de um conceito mais abrangente de desenvolvimento.

Portanto, hoje é argumentável que o movimento ainda se encontra em sua terceira fase, mas é possível notar um fortalecimento da crítica ao ideário neoliberal e às soluções “de mercado”. Isso basicamente porque a recente (e quiçá atual) crise financeira que teve seu ápice em 2008 é comumente diagnosticada como advinda da incapacidade dos mercados de se autorregularem.<sup>4</sup>

Contudo, o que o presente trabalho buscará demonstrar é para além dessas três fases, dentro do D&D houve dois processos diferentes de evolução da literatura. Por um lado, novos métodos para o alcance do desenvolvimento foram analisados e propostos. Por outro, o próprio conceito de desenvolvimento foi sendo revisto e complementado.

O que se tentará mostrar nas próximas páginas é que esses dois processos nem sempre andaram de mãos dadas e por vezes caminharam em sentidos contrários, de modo que alguns meios analisados e sugeridos para o desenvolvimento eram e são incompatíveis com o conceito atual e mais elaborado de desenvolvimento. Assim, argumenta-se que não há sincronia entre os métodos mais bem aceitos e o conceito de desenvolvimento.

---

<sup>4</sup> Mesmo sem que se discuta o mérito, é importante frisar duas coisas: Primeiro, que as economias que entraram em colapso em 2008 só muito forçosamente poderiam ser classificadas como dotadas de livres mercados autorregulados. Segundo, que tal diagnóstico (de responsabilização exclusiva dos agentes privados) não é unânime, havendo obras vigorosas que argumentam em sentido contrário. (Cf. TAYLOR, 2008; KLING, 2009)

Para além de, apontar esse problema, buscar-se-á apontar uma solução possível, baseada em uma mudança de perspectiva filosófica. Mais precisamente: serão apresentadas as concepções filosóficas do Utilitarismo e do Pragmatismo, será argumentado que o que se pode chamar de atual mainstream do D&D aborda a questão por meio de uma perspectiva utilitarista e por fim será sugerida uma mudança para uma abordagem filosófica pragmática da questão.

Tal será feito através da sugestão de uma revisita ao paradigma do rule of law como meio e fim compatível às novas concepções de desenvolvimento. Após, serão feitas algumas considerações finais.

## 1. NOVOS MEIOS

Agora serão abordadas algumas ideias que surgiram nesse terceiro momento da literatura de D&D, mais especificamente, algumas novas concepções sobre meios para o alcance do desenvolvimento.

### *- A economia é uma atividade institucionalizada*

A sociologia econômica de POLAYN, (1976), em conjunto com a própria sociologia jurídica ensinariam que o modelo da economia neoclássica é inadequado para o entendimento do problema do desenvolvimento. Afinal, a teoria neoclássica na maioria de suas conjecturas pressupõe ambientes compostos por indivíduos racionais, maximizadores de sua utilidade (propensos à troca e à barganha, Cf. SMITH, 1985) e que transacionam num ambiente sem custos de transação e em que não há assimetria de informação.

A realidade em muito divergiria desses pressupostos e o faria de tal modo que se torna impossível compreender o papel do direito no desenvolvimento sem considerar todo o entorno em que está inserido. O direito, portanto, não atuaria no vácuo, mas sim como uma instituição dentro de uma série de outras instituições (aqui entendidas no mais amplo conceitual de North(1990)) formais e informais. Mais do que isso, são todas essas instituições que presidiriam a organização do sistema capitalista e não os simples anseios dos indivíduos, pelo que o individualismo metodológico típico da economia neoclássica se tornaria ultrapassado para os estudos de D&D.

### *- One size does not fits all*

O entendimento da economia como atividade institucionalizada traria como consequência que o mero transplante de instituições jamais conseguiria lograr êxito na mudança de uma realidade. Uma determinada sociedade possui diversas idiossincrasias que obrigam novas construções legais a considerá-las sob pena de inefetividade.



Assim, se o direito não opera no vácuo, seria inócua a tentativa de estabelecimento de fórmulas mágicas universais, que não contemplem as peculiaridades de cada local. Nesse sentido, De Soto (2000), expõe um poderoso caso no qual a compreensão e consideração das peculiaridades locais mostrou-se fundamental para o êxito de determinada política pública e Rodrik (2003) também constata a importância do contexto e a necessidade do desenvolvimento de políticas de longo prazo para o estabelecimento e fortalecimento de determinadas instituições necessárias para que alguns modelos de desenvolvimento econômico obtenham êxito.

Na mesma linha, Ohnesorge (2006), verifica o pragmatismo puro por vezes necessário para a instituição de um direito administrativo na China, demonstrando a diferença entre o direito *on the books* para o direito *in action* e que a chave para alguns reformas passava por incorporar interesses privados ao governo. Também Pistor (1998), em sua análise comparativa do desenvolvimento econômico asiático conclui que o desenvolvimento institucional sofre com uma inexorável dependência de trajetória (*path dependence*) em decorrência da relevância dos entornos em que políticas são implementadas. Seguindo a linha de que a dependência de trajetória é fundamental de ser levada em conta na implementação de projetos de desenvolvimentos também Prado e Trebilcock (2009) e Tamanha (2010), fazem interessantes análises e fornecem valiosas considerações.

Tudo isso acompanha o raciocínio de que o direito não é apenas um *endowment* (entendido como dotação de fatores) transponível e que condiciona o desenvolvimento, mas sim produtor e produto de uma realidade complexa, contingente e profundamente imbricada.

#### - *Desenvolvimento capitalista como fenômeno singular*

Não só cada novo país, que busca, desde o século passado, o desenvolvimento, possuiria peculiaridades locais, como o próprio fenômeno do desenvolvimento no século 20 seria um processo singular. Isso, pois, como afirma Amsden (2001), pela primeira vez teria havido uma tentativa/necessidade de industrialização sem *proprietary innovations*.

Tal perspectiva demonstra que o desenvolvimento não é um processo linear e necessariamente evolucionário, tal como também demonstra North (2005), que com exemplos históricos aponta a possibilidade até mesmo de retrocessos nesse processo. Logo, através desse diagnóstico de singularidade do subdesenvolvimento dos países do 'resto', extrai-se que soluções singulares também deveriam ser buscadas.

- *Do círculo vicioso ao círculo virtuoso*

Martinussen (1997), ao analisar os modelos de Nurkse e Hirschman, procura demonstrar a invalidade prática do raciocínio ricardiano de vantagens comparativas em razão da deterioração dos termos de troca, fato esse exposto pela análise de Prebisch (2000). Assim, passar-se-ia a buscar uma saída para o círculo vicioso de baixa produtividade, baixa renda e baixo investimento, para o que são analisadas soluções vão da teoria do “Big Push” até uma atividade mais direcionante do Estado.

Amsden (2001) corrobora tal entendimento ao buscar uma saída do Estado para que a atividade econômica quebre essa corrente e entre em um círculo virtuoso de maior produtividade, renda e investimento.

- *Embeddedness e a Tríplice Aliança*

Seguindo a linha de que seria necessária uma atuação diferenciada do Estado para lograr êxito no singular fenômeno do desenvolvimento que os países do “resto” enfrentam desde o século 20, Evans (1995), defende um Estado inserido na atividade produtiva, de modo a melhor suportá-la e direcioná-la. Como exemplo desse tipo de atuação, Evans (1979), trabalha o caso brasileiro em que uma tríplice aliança entre capital multinacional, estatal e local trabalhariam em conjunto visando o desenvolvimento do País.

Analisando planos governamentais antigos e a trajetória do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), Schapiro (2007 e 2010) demonstra de que maneira o Estado brasileiro buscou com relativo êxito algumas alternativas institucionais para lograr resultados em áreas que o desenvolvimento do mercado foi insuficiente para o desenvolvimento, como no mercado de crédito de longo prazo.

- *Novo desenvolvimentismo*

Para além de as ideias do que Bresser (1998) afirma ser um esgotado sistema de desenvolvimentismo, que tinha em Furtado (1963) e Prebisch (2000), autores clássicos, parece surgir uma nova tendência. Essa tendência é caracterizada por uma melhor noção dos limites da atividade estatal, bem como por uma visão do mercado como vetor do desenvolvimento, ainda que um vetor direcionado pelo Estado.

A concepção básica desse pensamento é traduzida por Arbix e Martin (2010), como uma nova forma de ativismo estatal, pela qual o Estado engendra uma postura pró-ativa, mas sem estatismo econômico. O Estado passaria também, pois, a fornecer condições institucionais para o funcionamento adequado dos mercados, bem como a utilizá-lo por meio de sua atuação mais inserida (*embedded*).

Tais ideias são bastante sofisticadas e interessantes, mas em sua maioria guarda em comum a tradução em propostas que visam uma maior participação do Estado na economia, bem como colocam em segundo plano (quando não desdenham) a instituição de um *rule of law* mais robusto. Como antes, apontado a ressaca trazida pela crise de 2008 pode ter tido um importante papel no fortalecimento dessas ideias que vieram a assumir o mainstream do D&D5, pelo que é prudente não deixar o calor do momento obstar uma análise mais pormenorizada dessas soluções.

## 2. NOVOS FINS

Outra ideia chave do estado atual da arte do D&D é a mudança de perspectiva que passou a adotar critérios extraeconômicos para medir o desenvolvimento.

Assim, se antes possuíamos concepções de desenvolvimento que consideram desenvolvimento como sendo o “processo pelo qual a renda nacional real de uma economia aumenta durante um longo período de tempo” (MEIER; BALDWIN, 1968, p. 12), hodiernamente conceitos mais sofisticados passaram a imperar.

Nessa linha, podemos citar não só a contribuição decisiva de Sen(2000), para quem o desenvolvimento passa por uma construção de liberdades efetivas, como também North et al (2007) que vê o desenvolvimento como uma passagem de ordens de acesso restrito para ordens de acesso aberto.

Mais detalhadamente, Sen define o desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades reais de que as pessoas desfrutam. Para ele, a expansão das liberdades não é apenas o fim primordial do desenvolvimento, mas é também seu principal meio, ou seja, atua como causa do processo de desenvolvimento. Tais liberdades não dependem apenas do crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) ou das rendas individuais, da industrialização, do progresso tecnológico e da modernização social, dependem também de determinantes como as disposições sociais e econômicas, tais quais saúde e educação, e dos direitos civis, como a liberdade de participar de discussões públicas.

Ao caracterizar a expansão das liberdades como um meio necessário para o desenvolvimento, pode-se afirmar que ele requer a remoção das principais fontes de privação de liberdade, tais quais: pobreza, tirania, carência de oportunidades econômicas e negligência dos serviços públicos. Quanto ao papel da liberdade no desenvolvimento, Sen define um papel constitutivo e outro instrumental. O primeiro está relacionado à importância da liberdade substantiva (a qual inclui capacidades como ter condições de evitar privações como a fome, e liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos arit-

---

<sup>5</sup> Ainda que as bases filosóficas (POLAYNI; FURTADO; PREBISH; EVANS; AMSDEN) sejam muito anterior à crise de 2008, as sugestões apresentadas e que têm ganhado força hodiernamente foram e estão sendo apresentadas num contexto acadêmico e social de enfraquecimento (merecido ou não) do liberalismo econômico.

méticos) no enriquecimento da vida humana, enquanto o papel instrumental refere-se ao modo como diferentes tipos de direitos, oportunidades e intituleamentos (entitlements) contribuem para expandir a liberdade humana em geral, e assim, promover o desenvolvimento.

Partindo de tal constatação, Sen identifica cinco tipos distintos de liberdade: 1) liberdades políticas; 2) facilidades econômicas; 3) oportunidades sociais; 4) garantias de transparências; e, 5) segurança protetora. Tais liberdades apresentam uma interrelação, de modo que um tipo de liberdade pode contribuir imensamente para promover liberdades de outros tipos, sendo o processo de desenvolvimento crucialmente influenciado por essas interrelações.

Cabe detalhar tais tipos de liberdade, as quais, conforme dito anteriormente, uma vez que, contribuem para a capacidade geral de a pessoa viver mais livremente, acabam atuando como causas do processo de desenvolvimento. O primeiro dos tipos se refere às oportunidades que os indivíduos têm para escolher seus governantes, para fiscalizar e criticar as autoridades, bem como à existência de uma imprensa sem censura e de liberdade de expressão.

As facilidades econômicas, por sua vez, constituem as oportunidades que os indivíduos têm para utilizar os recursos econômicos com fins de consumo, produção ou troca, enquanto as oportunidades sociais referem-se às disposições estabelecidas pela sociedade, nos setores de educação e saúde. A sociedade opera com base em certa presunção de confiança, ou seja, alguma suposição acerca do que lhes está sendo oferecido e o que podem esperar receber.

Assim, são necessárias garantias de transparência, as quais se identificam pelas necessidades de sinceridade que as pessoas podem esperar, ou seja, a liberdade de lidar com outros com dessegredo e clareza. Essas garantias têm claro papel instrumental como inibidores da corrupção, da irresponsabilidade financeira e de transações ilícitas.

Por fim, a segurança protetora, é necessária para proporcionar uma rede de segurança social, impedindo que a população afetada seja reduzida à miséria e, em alguns casos, à fome e à morte, o que privaria esse grupo de pessoas de liberdades essenciais.

No entanto, para North o desenvolvimento pode ser definido como uma transformação da ordem social que permita a competição política e a competição econômica num ambiente de rule of law, a fim de moldar os sistemas de incentivos e garantir a todos os cidadãos acesso aberto às atividades econômicas, políticas, religiosas e educativas (p. 36). Ou seja, na terminologia northiana e segundo a tradução de Salama (2011): a passagem de uma Ordem de Acesso Limitado (OAL)<sup>6</sup> para uma Ordem de Acesso Aberto (OAA), a qual pode conduzir ou ser conduzida pelo crescimento econômico, mas não o é necessariamente. Trata-se, portanto, de uma maturação essencialmente social que tem como seus pilares a competição política e econômica e como uma de

<sup>6</sup> Essas podem ser frágeis, básicas ou maduras. (Cf. SALAMA, 2011, p. 26-27).

suas circunstâncias necessárias a existência de um *rule of law*<sup>7</sup> aplicado de forma imparcial a todos os cidadãos.

Tais concepções são aqui mais esmiuçadas não de modo aleatório, mas porque são noções sofisticadas, atuais e provenientes de dois autores extremamente reconhecidos e possivelmente os principais nomes vivos quando se fala em desenvolvimento e instituições.

Cabe também fazer menção a Amsden (2001), que categorizava o desenvolvimento como a passagem da produção de ativos baseada em produtos primários para a produção de ativos baseados em conhecimento, embora essa classificação tenha um caráter mais estritamente econômico (evidencia-se, sobretudo, a influência do pensamento de Schumpeter nas concepções da autora) e a Nussbaum (2011), e seu *insights* acerca do aprimoramento das capacitações dos indivíduos.

De toda sorte, essas novas concepções de desenvolvimento requerem a implementação de políticas que não se preocupem tão somente em garantir as condições do desenvolvimento econômico, mas que também tenham um papel fundamental na inclusão social e no desenvolvimento humano de sua população.

### 3. REAVALIANDO A IDONEIDADE ENTRE FINS E MEIOS

Olhando em perspectiva, parece não haver problemas com as novas ideias de como auferir o desenvolvimento por parte da literatura de D&D.

Afinal se a economia é um atividade institucionalizada, pressuposto neoclássicos não são aptos a explicar o fenômeno e o individualismo metodológico deve ser abandonado. Políticas padronizadas também devem ser abandonadas, cada país tem problemas próprios e características únicas. O próprio fenômeno do subdesenvolvimento experimentado pelas nações na segunda metade do século 20 é um episódio único, que traz consigo a necessidade da quebra de um ciclo vicioso. Claro que tal quebra exige um esforço concentrado de um ator especial que possa canalizar recursos e impor algumas restrições, o Estado. O Estado que não é mais aquele que subjugava a atividade privada, mas sim um que se insere na atividade privada, se relaciona com os atores de modo a estar melhor posicionado para agir estrategicamente, afinal, sua ação é necessária para que se quebre um ciclo vicioso que impede o desenvolvimento da nação.

*- Tudo parece muito correto, muito razoável, muito bonito.*

Mas da mesma forma que a economia neoclássica ignora que existam, sim, custos de transação, que exista, sim, assimetria de informação e de que os agentes não são de

<sup>7</sup> Rule of law é entendido por North ainda que não explicitamente, sobretudo como a proteção dos direitos de propriedade da sociedade civil não só perante outros membros dessa sociedade, mas também da arbitrariedade estatal. Outro aspecto curioso do papel do rule of law na obra de North é que ele é entendido como protetor das elites numa OAL, mas mesmo assim indispensável para a efetiva passagem de OAL para OAA.

todo racionais; essas teorias parecem ignorar que exista corrupção, que exista o problema de agência e que a capacidade cognitiva humana é limitada, sobretudo quando contraposta à pujante e complexa realidade. Tudo isso de tal forma que mesmo sendo os políticos muito bem intencionados, os efeitos das ações deles são incalculáveis *ex ante* e por vezes irrastráveis *ex post*, de modo que, mesmo uma boa *accountability* eleitoral pode não ser uma ferramenta suficiente. Nesse sentido, nunca são inoportunas as palavras de Hayek: “(...) the curious task of economics is to demonstrate to men how little they really know about what they imagine they can design”.(1988,p.76)

O crescimento do Estado é, portanto, mais perigoso do que pode parecer. Não é à toa que o Estado seja visto como inimigo número um daqueles que mais alto colocam a liberdade na hierarquia de valores, os liberais. Entre eles, Hayek(1948, 1982, 1988, 2001) e Mises (2002, 2004) desenvolveram vastas e rica literatura acerca dos perigos à liberdade dos indivíduos trazidos por um estado muito forte. Mas não são os únicos.

Weber era visto como um *liberal in despair*, tal como frisa José Eduardo Faria no prefácio à obra de Kronman (2009), pois, se via amargurado entre a noção da essencialidade de um Estado e das vantagens da burocracia frente ao risco dela ganhar vida própria e atrofiar a vida (as liberdades) a pretexto de regulá-la<sup>8</sup>.

Uma das mais antigas publicações internacionais e quiçá a mais respeitada, a revista britânica *The Economist*, faz questão de frisar, semanalmente, os perigos de um Estado fora de controle.

O cientista político Bremmer (2010), com base na observação vasta de diversos países vem atentando para os riscos do “capitalismo de Estado”, cada dia mais em voga desde a crise de 2008 e que ameaça as populações pelo risco de um Estado cuja atuação se pauta não por fins econômicos e sociais, mas por finalidades políticas.

Indo além, mesmo a crença de que são as “alternativas institucionais” que trazem melhores resultado econômicos é altamente questionável e questionada. À guisa de exemplo, é necessário avaliar se houve um efetivo fracasso das políticas neoliberais ou se o problema se restringe a uma má implementação. O caso do Chile, que obteve um desenvolvimento bastante considerável e com efetivas reduções nos níveis de pobreza sob a égide de políticas neoliberais é um caso paradigmático e que merece melhor estudo. O próprio caso brasileiro, com a atual estagnação econômica, traz a

---

<sup>8</sup> Mais que isso, Weber estava convencido da impossibilidade de se viver, no mundo moderno, sem regras e sem organizações administrativas ao passo em que também duvidava da exequibilidade de um regime democrático efetivamente capaz de converter representação em poder. Isso pois, pois, embora no plano formal os governados possam dar aprovação às decisões dos governantes – por meio do voto – em termos concretos, a legitimidade dos representantes eleitos vai depender da capacidade que os eleitos possuem para resolver questões que são, na maioria das vezes, fora do alcance da compreensão do cidadão comum. As eleições se tornariam, conseqüentemente, verdadeiros plebiscitos, quando não palcos para líderes carismáticos, e a disputa passa a envolver estratégias de manipulação do consentimento dos homens. Qualquer semelhança com a realidade é mais que mera coincidência.

desconfiança de que talvez tenham sido as reformas neoliberais que possibilitaram o recente crescimento e não algumas doses de heterodoxia mais recentes.

Para além disso, as políticas de ‘desenvolvimentismo’ têm outras sensibilidades evidentes.

As consequências econômicas, por exemplo, de um crescimento em “marcha forçada” são bem conhecidas pelo Brasil. Sabe-se, pois, que uma vultuosa dívida pode tardar a causar seus efeitos nefastos, mas não falha. Entre tais efeitos temos não só recessão e desemprego, mas também a possibilidade de índices alarmantes de inflação que, como bem se reconhece, cobra o maior dos impostos daqueles menos afortunados.

Esses são pequenos exemplos de uma preocupação maior cujo excesso de exemplos atuais e históricos não se deixa olvidar. Mas para o objeto do presente trabalho a preocupação é mais específica.

Importa observar aqui que o desenvolvimento tal como hoje é compreendido (e aqui se usa Sen (2000) e North (2007), como marcos teóricos) é pautado em liberdades e em indivíduos. Liberdade política, liberdade econômica, liberdade religiosa, liberdade educativa.

Assim, seria mais lógico se os acadêmicos do D&D estivessem mais atentos à busca por garantias dessas liberdades e não majoritariamente por melhorias industriais e comerciais de determinados setores, que ainda por cima se utilizam da imposição de restrições às populações e a canalização de vultuosos recursos públicos.<sup>9</sup>

Preocupa também o fato de que ainda são índices como o PIB que sempre popularmente se discutem para observar o desenvolvimento. E isso ao ponto de se questionar e criticar a efetividade de pressupostos do *rule of law* frente ao sucesso do desenvolvimento da China. Ainda que, sob o risco de fazer-se uma leitura completamente errada do D&D, acredita-se que não é demais apontar o absurdo da proposição. Afinal, se as discussões acerca do que é desenvolvimento estão tão avançadas como se argumenta (e se percebe nas obras de Sen (2000) e North *et al.*, (2007)) o modelo chinês não deveria jamais ser invejado por qualquer outro país. Afinal, se as discussões sobre direitos humanos estão tão avançadas como se reputa, o caso da China deveria ser de profunda lástima e nunca de veneração.

#### 4. DO UTILITARISMO AO PRAGMATISMO: UMA SOLUÇÃO

A solução sugerida para o problema acima exposto pode parecer estranha, vez que, a própria distinção entre Pragmatismo e Utilitarismo pareça ser por vezes pouco clara, mas se casualmente se atentar para o efetivo significado dessas palavras, e não

---

<sup>9</sup> Políticas industriais agressivas, por exemplo, que por um lado são vistas como ações estratégicas provenientes de alternativas institucionais e que visam quebrar um ciclo vicioso, são naturalmente conhecidas por se utilizarem de crédito subsidiado pelos contribuintes, renúncias fiscais e de restrições de importações, que limitam o escopo de escolha dos indivíduos.

ao seu uso corriqueiro, poderá se perceber que tal distinção tem significativas implicações práticas. Para que isso se verifique, contudo, se faz necessário um exercício de contextualização, pelo que se explicitará o que de fato constitui a filosofia Utilitarista, o porquê de se caracterizar o atual *mainstream* do D&D como utilitarista, o que é constitui o Pragmatismo filosófico e por que uma abordagem pragmática do D&D se acredita mais proveitosa.

Começando pelo Utilitarismo, este tem raiz no pensamento de Bentham(1780), que defendendo um modelo comportamental hedonista, tratava como correto o ato ou a política que causasse o maior bem para o maior número de pessoas, no que ficou conhecido como o “Cálculo da Felicidade”. Dessa forma, Bentham sugere a utilização da legislação para colocar o utilitarismo em prática e uma análise consequencialista dos atos. Em outro manuscrito (PAREKH,1973,p.121), Bentham defende o dinheiro como instrumento para medir a quantidade de prazer ou dor, ressaltando, porém, que aqueles insatisfeitos com a precisão desse instrumento poderiam optar por outro ou dizer “adeus” ao estudo das ciências políticas e morais.

Posteriormente, Mill (1863), pautado nas ideias de Bentham e de seu pai, James Mill, define os limites e implicações do Utilitarismo, defendendo-o de algumas críticas e mal-entendidos comuns e formulando no conceito de “Cálculo da Felicidade” de Bentham assim, o único princípio ético, do qual ele diz todos os outros princípios utilitaristas serem derivados, o princípio da “Maior Felicidade Possível”.

Feita essa breve exposição, acredita-se poder caracterizar o atual *mainstream* do D&D como adepto de uma perspectiva filosófica utilitarista, vez que, não busca outra métrica que não o desenvolvimento econômico para seus sucessos e fracassos, ainda que isso seja feito por meio de favorecimentos e restrições à liberdade de outros conterrâneos. O que passa a importar é, portanto, o crescimento do PIB, independentemente do “arranjo institucional” utilizado para tanto.

Entretanto, o Pragmatismo é um pouco - mas essencialmente – diferente, a despeito do uso corriqueiro do adjetivo “pragmático”. Foi na obra de Peirce (1878) que o pragmatismo filosófico teve sua gênese. Nela, o autor fixa a ideia de que uma coisa é o seu efeito e que, portanto, não havendo diferença entre o efeito de duas coisas, essas não guardam qualquer diferença entre si, vez que, a ideia que possuímos e qualquer coisa é necessária e obrigatoriamente nossa ideia de seus efeitos a nós sensíveis. Portanto, caso compreenda-se o efeito de uma coisa, entende-se a coisa, vez que, ela não é nada mais que seus efeitos, da mesma forma que dois caminhos são equivalentes, se, saindo do mesmo ponto, levam ao mesmo ponto. Essa ideia surge como base para a construção do pragmatismo e finca as bases de seu correlato consequencialismo.

Contudo, a obra, no parágrafo anterior, citada não logra explicar todas as implicações decorrentes dessa nova visão. Tal é feito por James (1907), que esclarece as ideias



do pragmatismo. Nesse sentido, ele assevera que muito embora a denominação seja nova, o pragmatismo não tem nada de novo em sua essência, portanto, suas principais concepções podem ser facilmente verificáveis no pensamento de filósofos como Sócrates, Aristóteles, Locke, Berkeley, Hume e Hodson, contudo, nesses o pragmatismo se encontra apenas em fragmentos. Eram apenas prelúdios do que estava por vir. O método pragmático, em sua essência, seria o de interpretar cada noção ao traçar suas respectivas consequências práticas. Repete-se assim a concepção de Peirce, segundo a qual a nossa concepção dos efeitos produzidos por um objeto são a inteira concepção do que é para nós o objeto. Para James, o pragmatismo incorpora uma atitude já conhecida da filosofia, qual seja a atitude empiricista, contudo, de um modo mais radical e menos repreensível. De qualquer sorte, James ressalta que o pragmatismo não espera nenhum resultado especial, tratando-se de um método apenas, um instrumento para a obtenção de respostas, sejam elas quais forem. Daí a metáfora elaborada por Papini de uma “teoria corredor”, vez que todos possuem o corredor e não importa em qual quarto você queira chegar, você deve passar por ele.

Isso constrói a noção de uma teoria que não tem uma máxima prévia eleita, nem limites claros. Uma teoria instrumental que pode eleger qualquer valor e quaisquer limites dentro dos quais passará a perseguir aquele valor eleito.

Uma mudança de perspectiva filosófica que abandone o Utilitarismo e abrace o Pragmatismo teria a vantagem para o D&D de possibilitar a eleição de finalidades mais complexas que a “maior felicidade para o maior número de pessoas” traduzida em termos monetários. Possibilitaria, sim, a utilização de objetivos em compasso com as novas e mais sofisticadas noções de desenvolvimento.

## 5. REVISITANDO O *RULE OF LAW*

Em um determinado momento dentro da trajetória do D&D o *rule of law* era tido com uma panaceia. Tal como uma profecia, pregava-se que as boas leis com um bom *enforcement* garantiriam o desenvolvimento. Essa ideia não resistiu aos fatos e o *rule of law* passou a perder a sua importância. Não só. A ideia passou a ser rechaçada e até mesmo atacada com intensidade equivalente à sua veneração prévia. Em seu lugar, novas concepções foram surgindo e um novo paradigma de “alternativas institucionais” toma forma.

Acreditar que o *rule of law* possuía todas as respostas era um erro. Mas em verdade, acreditar que qualquer fator (ou pequeno conjunto de fatores) isolado é capaz de explicar a ausência ou incidência de um complexo processo de desenvolvimento em contextos geográfico-culturais diversos é por demais cândido. O desenvolvimento ou subdesenvolvimento de uma nação é resultado de uma conjunção de diversos fatores

afetados por uma miríade de outros fatores<sup>10</sup>. Certezas em um campo tão complexo só podem ser fornecidas por grandes doses de ignorância.

Considerando isso, não cabe mais falar em “problema da Inglaterra” (SWEDBERG, 2005), ou mesmo em ‘problema da China’, porque o estado atual da arte da literatura de D&D já nos mostrou que o *rule of law* não é elemento obrigatório – muito menos único – de um processo de desenvolvimento. Muitos elementos estão em jogo, mas isso também não significa de modo algum a total inefetividade do *rule of law*.

Teoria da modernização *versus* teoria da dependência? A humildade científica exige que se compreenda que tanto fatores internos quanto fatores externos influenciam no fenômeno do desenvolvimento.

Partindo desse pressuposto básico, a pergunta não é mais: “pode o *rule of law* explicar tudo”? Mas sim ‘o que de bom pode o *rule of law* fazer’?. O argumento em seu favor não é mais ‘o *rule of law* tudo resolve’; mas sim ‘o *rule of law* pode fornecer uma excelente contribuição’.

Adaptando para a proposta oferecida neste artigo, o questionamento chave é: “seria adequado o uso do *rule of law* como um meio, fim e limitação de uma postura filosoficamente pragmática que busque o conceito moderno de desenvolvimento”? Para que se argumente em favor disso – haja vista que uma resposta categórica o seria na mesma medida de sua ignorância – é necessário elucidar alguns pontos: (i) o que se entende por *rule of law*; (ii) qual a sua relevância no processo de desenvolvimento; e (iii) em que medida é desejável e compatível com os conceitos almejados de desenvolvimento.

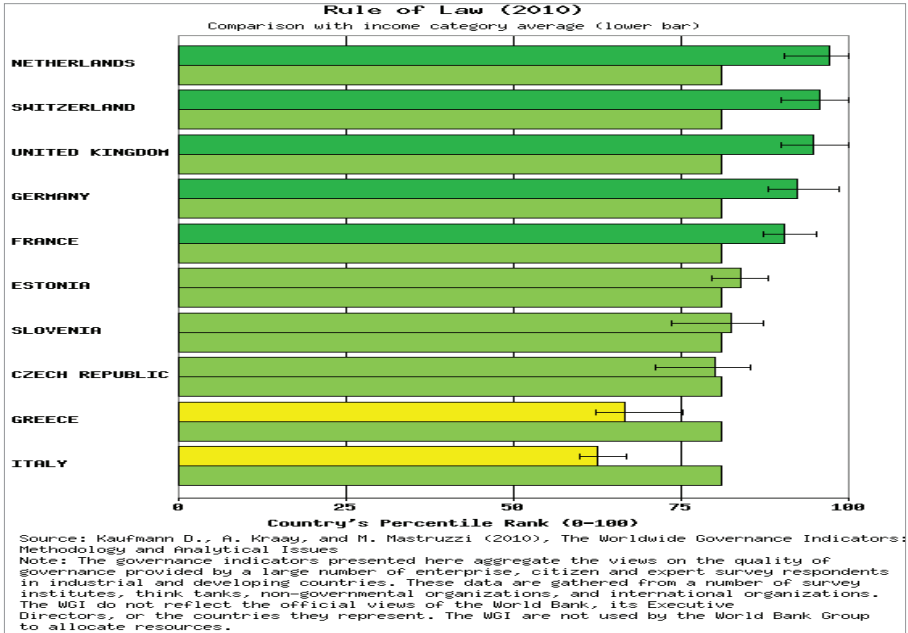
Por necessidade de um realismo pragmático mensurável, não se considerarão para o fim deste artigo diversas elucubrações acerca do que estaria na essência do *rule of law* ou se se deve adotar definições “thick or thin” do conceito. A ideia aqui considerada é a mesma métrica utilizada pelo Banco Mundial<sup>11</sup> (KAUFMANN; KRAAY; MASTRUZZI, 2010, p. 4). Ou seja, o conceito é composto por um critério geral e cinco critérios particulares. O critério geral é da percepção da confiança na obediência das regras da sociedade. Os cinco critérios específicos dizem respeito à obrigatoriedade (enforcement) dos contratos, aos direitos de propriedade, à polícia, aos tribunais e à probabilidade da ocorrência de crimes e de violência.

Diversos autores (KRONMAN, W. 2009; RODRIK, 2002, 2003, 2003b; KAUFMANN; KRAAY, 2002) citaram a relevância do *rule of law* para o desenvolvimento. A previsibilidade e a segurança seriam importantes componentes de um projeto de desenvolvimento. Mais que isso, a correlação desses fatores com o desenvolvimento pode ser vista em algumas estatísticas básicas. Citem-se aqui dois estudos.

<sup>10</sup> Dentre esses fatores, um que nos parece ter enorme importância, mas ser igualmente difícil de se mensurar, é o componente cultural. (Cf. PEYREFITTE, 2000)

<sup>11</sup> Disponível em: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/pdf/rl.pdf>

Primeiro, a medida anual do Banco Mundial<sup>12</sup> que se utiliza de diversas fontes para tentar medir o grau do *rule of law* em cada país. De acordo com esses dados, todos os países ricos, com as eloquentes exceções da Itália e da Grécia<sup>13</sup> (tal como demonstra a tabela a seguir, têm boas notas no critério *rule of law*. Mais especificamente, verifica-se que dentro de uma escala de - 2,5 até 2,5, o aumento de um ponto no critério *rule of law* representa um aumento de 300% na renda per capita do país. Os dados não falam por si, mas demonstram números convincentes e quiçá sejam uma boa *proxy*.



Outra medida interessante é o também relatório anual *Economic Freedom of the World*, do Fraser Institute<sup>14</sup>. Apesar de esse relatório medir liberdade econômica<sup>15</sup>, ele o faz por meio de vários critérios, um deles sendo *legal structure and security of property rights*, que compreende medidas de independência judicial, imparcialidade dos tribunais, proteção dos direitos de propriedade e obrigatoriedade dos contratos, o que faz com que também esses dados ofereçam uma boa *proxy* para o conceito de *rule of*

<sup>12</sup> Disponível em: [http://info.worldbank.org/governance/wgi/mc\\_countries.asp](http://info.worldbank.org/governance/wgi/mc_countries.asp)

<sup>13</sup> Frise-se que as notas discrepantes com a média dos outros países de renda similar assim o são para esses dois países desde 2003, o que poderia apontar para uma deterioração de fundamentos.

<sup>14</sup> Disponível em: [http://www.freetheworld.com/2011/reports/world/EFW2011\\_complete.pdf](http://www.freetheworld.com/2011/reports/world/EFW2011_complete.pdf)

<sup>15</sup> Interessante notar que tal relatório divide os países do mundo em quatro categorias de acordo com o quão livre cada país é considerado ser. Em todas as estatísticas comparadas entre os grupos, as quais variam desde renda per capita até crescimento anual, passando por renda per capita dos 10% mais pobres, expectativa de vida, desigualdade de gênero e qualidade de educação, os países mais livres possuem indicadores consideravelmente maiores que os demais, que se alternam em todas essas estatísticas como degraus, os mais livres se saindo melhor que os menos.

*law* aqui apreciado. Também nesse índice é notável a diferença entre a colocação geral entre países ricos e países pobres, com a exceção de países hoje em crise como a Itália e a Grécia.

Ainda que não o faça de maneira contundente, os dados apresentados relacionam o desenvolvimento com o *rule of law*, ainda que esta não seja uma relação de causalidade direta. Frise-se que em razão do assunto já abordado de que vários são os fatores que contribuem e influenciam no desenvolvimento, tal causalidade nem se pretendia direta.

Falta, porém, relacionar a compatibilidade dos valores erigidos pelo *rule of law* com aqueles dos novos conceitos de desenvolvimento.

Pela construção de (NORTH, 2007), podemos perceber que não só o autor cita o *rule of law* – ainda que compreendido apenas como direitos de propriedade e enforcement dos contratos – diretamente como necessário para que haja a passagem de uma OAL a uma OAA (SALAMA, 2011, p. 30), como ele também coloca a questão da violência como um grande diferenciador entre ordens menos e mais desenvolvida.

No entanto, se analisarmos a obra de Sen(2000), também podemos observar que os elementos da concepção aqui observada de *rule of law* se coadunam com diversas das liberdades apregoadas como chaves do desenvolvimento para o autor. A proteção dos direitos de propriedade se relaciona às facilidades econômicas citadas por Sen. A obrigatoriedade dos contratos entra no quesito garantias de transparência. A performance da polícia e a probabilidade de crimes e de violência fazem parte do que Sen denomina segurança protetora. Enquanto a garantia de tribunais imparciais e independentes se relaciona com a ideia de liberdades políticas.

Logo, mesmo o *rule of law* não sendo uma panaceia econômica (mas sem esquecer que também nesse quesito parece trazer vantagens), podemos perceber que ele é desejável de acordo com as novas concepções de desenvolvimento. Por essas razões aqui se argumenta em favor de se erigir o *rule of law* como sendo um meio, um norte e um limite axiológico à persecução do desenvolvimento por meio de uma perspectiva filosófica pragmática, tal como apresentada.

## 6. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou argumentar que haveria um descompasso entre novas soluções provenientes da literatura de D&D com os novos conceitos de desenvolvimento. Para solucionar esse aparente problema foi sugerida uma mudança de perspectiva filosófica do utilitarismo para o pragmatismo. Como tal mudança necessitava de um novo norte axiológico, foi aqui sugerido um retorno ao paradigma do *rule of law*, não como solução única e onipotente, mas como um dentre outros instrumentos possíveis, sobretudo por possuir valores intrínsecos.

A ideia básica por trás da solução apresentada é de que mesmo dentro de uma realidade complexa, os mecanismos do *rule of law* aparentam ser eficazes, ainda que não suficientes, na obtenção de graus satisfatórios de desenvolvimento econômicos. Mas mais do que disso, o fato de que os elementos que compõe a ideia do *rule of law* – ainda que não fossem ou não sejam economicamente eficazes – são desejáveis e intrínsecos aos novos conceitos de desenvolvimento, fazem dele uma aposta com excelentes perspectivas.

## Referências

AMSDEN, A.. *The Rise of the Rest – Challenges to the west from late-industrializing economies*. New York: Oxford Press, 2001.

ARBIX, G.; MARTIN, S.. *Beyond developmentalism and market fundamentalism in Brazil: Inclusionary State Activism without Statism*, working paper presented at Center for World Affairs and the Global Economy (WAGE) University of Wisconsin-Madison, 2010.

BENTHAM, J.. Introduction to the Principles of Morals and Legislation. In: *BENTHAM, J. The Works*. [S.l. s.n.], 1780. 11 vols. v. 1. Disponível em: [http://files.libertyfund.org/files/2009/Bentham\\_0872-01\\_EBk\\_v5.pdf](http://files.libertyfund.org/files/2009/Bentham_0872-01_EBk_v5.pdf)

BREMMER, I. A.. *The end of the free market: who wins the war between states and corporations*. New York: Portfolio, 2010. Kindle Edition.

BRESSER, P. L. C.. A Reforma do Estado dos Anos 1990 – lógica e mecanismos de controle. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*, nº 45, 1998.

COUTINHO, D.. Law and development in brazilian social polices: the Bolsa Família Program. In: TRUBEK, D. et al. *Law, State and Development in Latin America - Case Studies from Brazil, Colombia, Mexico and Venezuela* (no prelo).

SOTO, H. DE. *The mystery of capital: why capitalism triumphs in the west and fails everywhere else*. New York: Basic Books and London: Bantam Books, 2000.

EVANS, P.. *Embedded autonomy – States and industrial transformation*. New Jersey: Princeton Press, 1995.

\_\_\_\_\_. *Dependent Development: The alliance of multinational, state, and local capital in Brazil*. New Jersey: Princeton Press, 1979.

FURTADO, C.. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1963.

HAYEK, F. *Individualism and Economic Order*. The University of Chicago Press, Chicago, 1948.

\_\_\_\_\_. *Law, Legislation and Liberty*. Routledge: Londres, 1982.

\_\_\_\_\_. *The Fatal Conceit: The errors of Socialism*. The University of Chicago Press, Chicago, 1988.

\_\_\_\_\_. *The Road to Serfdom*. Routledge: Londres, 2001.

JAMES, W. *Pragmatism: or A new name for some old ways of thinking*. 1907. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/ebooks/5116>.

KAUFMAN, D.; KRAY, A.. *Growth without Governance*. The World Bank. 2002. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/DEC/Resources/GGLAC11.pdf>

\_\_\_\_\_. KRAY, A.; MASTRUZZI, M.. *The Worldwide Governance Indicators: Methodology and Analytical Issues*. The World Bank. 2010. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1682130](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1682130).

KENNEDY, D.. The “Rule of Law”, Political Choices, and Development Common Sense. In: TRUBEK, D.; SANTOS, A.. *The New Law and Development – a critical appraisal*. New York: Cambridge Press, 2006.

KLING, A.. *Not What They Had in Mind: A history of policies that produced the financial crisis of 2008*. Mercatus Center, George Mason University, 2009. Disponível em: <http://mercatus.org/publication/not-what-they-had-mind-history-policies-produced-financial-crisis-2008>.

KRONMAN, A.. *Max Weber*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MARTINUSSEN, J.. *State, Market & Society: a guide to competing theories of development*. Londres: Zed Books, 1997.

MEIER, G. M.; BALDWIN, R. E.. *Desenvolvimento Econômico*. Tradução: Augusto Reis e Luiz F. Pereira Vieira.. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

MILL, J. S.. Utilitarianism. 1863. In: STUART, M. J. *The Collected Works Volume X - Essays on Ethics, Religion, and Society*, v.10. Disponível em: <[http://files.libertyfund.org/files/241/Mill\\_0223-10\\_EBk\\_v.5.pdf](http://files.libertyfund.org/files/241/Mill_0223-10_EBk_v.5.pdf)>.

MISES, L. Von.. *Liberalism in the Classic Tradition*. Foundation for Economic Education: Nova York, 2002.

\_\_\_\_\_. *The Free Market and its Enemies: Pseudo-Science, Socialism and Inflation*. Foundation for Economic Education: Nova York, 2004.

NORTH, D. C.; WALLIS, J. J.; WEBB, S. B.; WEINGAST, B. R.. *Limited Access Orders in the Developing World: A New Approach to the Problems of Development*. World Bank, Policy Research working paper n° WPS 4359. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1015978>. 2007.

NORTH, D.. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

NUSSBAUM, M. C.. *Creating Capabilities – The human development approach*. Cambridge: Belknap Harvard, 2011.

OHNESORGE, J.. Chinese Administrative Law in the Northeast Asian Mirror. *16 Journal of Transnational Law & Contemporary Problems* 103, 2006.

PAREKH, B. C. . *Bentham's Political Thought*. Croom Helm: Londres, 1973. Disponível em: [http://books.google.com.br/booksid=Mb4OAAAAQAAJ&pg=PA123&lp-g=PA123&dq=jeremy+bentham+money+is+the+instrument+for+measuring&source=bl&ots=aZmTN4Vz1x&sig=GshPYo3l3siyXNbA6joPm1t76Ms&hl=pt-BR&ei=ebpiTOTNM4GC8gb9xOygCQ&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CBUQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/booksid=Mb4OAAAAQAAJ&pg=PA123&lp-g=PA123&dq=jeremy+bentham+money+is+the+instrument+for+measuring&source=bl&ots=aZmTN4Vz1x&sig=GshPYo3l3siyXNbA6joPm1t76Ms&hl=pt-BR&ei=ebpiTOTNM4GC8gb9xOygCQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CBUQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false).

PEIRCE, C. S.. How to Make Our Ideas Clear. *Popular Science Monthly* 12, p. 286-302, 1878. Disponível em: <http://www.peirce.org/writings/p119.html>.

PEYREFITTE, A.. *Os “milagres” na economia*. São Paulo:Edusc, 2000.



PISTOR, K.; WELLONS, P. *The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development*. 1960-1995 (1998).

POLANYI, K.. La Economía como Actividad Institucionalizada. In: POLANYI, K.. *Comercio y Mercado en los Imperios Antiguos*. Tradução Alberto Nicolás. Barcelona: Labor Universitaria, 1976.

PRADO, M. M.; TREBILCOCK, M.. Path Dependence, Development and the Dynamics of Institutional Reforms. *University of Toronto Law Journal* 59 (3). Summer, 2009.

PREBISCH, R.. O Desenvolvimento Econômico da América Latina e Alguns de seus Problemas Principais. In: BIELSCHOWSKY, R.. *Cinquenta Anos de Pensamento na CEPAL*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

RODRIK, D.. *In Search of Prosperity – analytic narratives on economic growth*. Nova Jérsei: Princeton Press, 2003.

\_\_\_\_\_. SUBRAMANIAN, A.; TREBBI, F. *Institutions Rule: The Primacy of Institutions Over Geography and Integration in Economic Development*. 2002. Disponível em: <http://www.hks.harvard.edu/fs/drodrik/Research%20papers/institutionsrule,%205.0.pdf>.

\_\_\_\_\_. SUBRAMANIAN, A.. *The Primacy of Institutions* (and what this does and does not mean). *Finance & Development*, 2003b.

SALAMA, B. M.. Sete Enigmas do Desenvolvimento em Douglass North. In: VILHENA, D. O. (Org.). *Desenvolvimento e Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, p. 21-58, 2011.

SANTOS, A.. Carving out Policy Autonomy for Developing Countries. In the WTO. In: TRUBEK, D. et al. *Law, State and Development in Latin America - Case Studies from Brazil, Colombia, Mexico and Venezuela* (no prelo).

SCHAPIRO, M.; TRUBEK, D.. Redescobrimo o Direito e Desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In SCHAPIRO, M.; TRUBEK, D.. *Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva, 2012 (no prelo).

\_\_\_\_\_. Estado, direito e economia no contexto desenvolvimentista: breves considerações sobre três experiências - governo Vargas, Plano de Metas e II PND. In: DINIZ, S. M. E. DE (Org.). *Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas - do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 280-300, 2007.

\_\_\_\_\_. Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais. *Revista Direito GV*, v. 6, pg. 213-252, 2010.

SEN, A.. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SMITH, A.. *Investigação sobre a Natureza e as Causas das Riquezas das Nações*. São Paulo: Abril, 1985.

SWEDBERG, R.. *Max Weber e a Idéia de Sociologia Econômica*. Tradução Dinah Abreu Azevedo. Rio de Janeiro: UFRJ, 2005.

TAMANAH, B.. O Primado da Sociedade e as falhas do Direito e Desenvolvimento. *Revista Direito GV*, v. 6, 2010.

TAYLOR, J. B.. *The Financial Crisis and the Policy Responses: An Empirical Analysis of What Went Wrong*. 2008. Disponível em: <http://www.stanford.edu/~johntayl/FCPR.pdf>.

TRUBEK, D.; SANTOS, A.. *The New Law and Development – a critical appraisal*. New York: Cambridge Press, 2006.

\_\_\_\_\_. Max Weber and the Rise of Capitalism. *Wisconsin Law Review*. 1972.



# GOVERNANÇA GLOBAL DO SISTEMA FINANCEIRO *VERSUS* AUTONOMIA DAS POLÍTICAS NACIONAIS: EVIDÊNCIAS A PARTIR DA RECENTE CRISE FINANCEIRA (2008-2012)

*Caio de Souza Borges<sup>1</sup>*

## **Introdução**

Uma crise global requer soluções globais. Assim sentenciaram os líderes do G-20 em sua declaração final do encontro de abril de 2009. Juntamente com essa constatação, foram lançadas diversas propostas para enfrentar “o grande desafio para a economia mundial dos tempos modernos” (G-20, 2009). Duas delas interessam ao presente estudo: (i) a reconstrução do sistema financeiro global e (ii) o fortalecimento das instituições financeiras internacionais, para que estas deem “suporte ao crescimento global sustentável e para que possam servir às necessidades das empresas e dos cidadãos”. (G-20, 2009).

Conforme a declaração dos líderes do G-20 evidencia, a recente crise financeira internacional propiciou condições favoráveis à reestruturação da chamada “arquitetura financeira global”: o conjunto de instituições internacionais que dão forma e escopo ao regime regulatório do sistema financeiro global e que envolve agências multilaterais, órgãos colegiados, comitês de reguladores, fóruns de *experts* e instituições financeiras internacionais tradicionais (FMI e Banco Mundial).

Partindo-se da constatação que o Brasil tem se engajado ativamente nas discussões empreendidas em fóruns internacionais de regulação financeira, seja através de representantes políticos dos poderes Executivo e Legislativo, seja por meio dos órgãos reguladores do sistema financeiro, o Banco Central (BC) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ou, ainda, por meio de representantes das instituições financeiras domésticas ou estrangeiras que operam no país, este trabalho tem como objetivo avaliar criticamente o fenômeno de internalização de padrões internacionais de regulação do sistema financeiro.

O raciocínio empreendido, nesse estudo, toma como pressuposto a incidência do “trilema de Rodrik”, pelo qual não é possível compatibilizar soberania estatal, valores democráticos e hiperglobalização, três “drivers” da economia mundial contemporânea, sem que um deles ceda espaço aos demais. (RODRIK, 2012) A

---

<sup>1</sup> Aluno do Mestrado Acadêmico em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo – SP (EDESP-FGV/SP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

prevalência de dois deles necessariamente subjuga o terceiro e, se realizadas combinações ‘dois a dois’ dessas opções, cada resultado implicará em distintos arranjos de economia política, bem como serão atraídos dogmas ideológicos que permeiam a discussão sobre a abertura das economias nacionais aos mercados globais e as consequências da liberalização financeira para a autonomia da política nacional.

Neste estudo, buscaremos contribuir com o debate sobre as questões envolvendo a aderência ou não do Brasil aos padrões internacionais de regulação dos mercados financeiros por duas frentes principais. A primeira contribuição é por meio do método histórico, isto é, serão recapitulados eventos marcantes que influenciaram a construção do desenho institucional do sistema financeiro brasileiro, a partir de um marco temporal inicial bem definido e sob o contexto da abertura econômica realizada pelo País. A segunda, consiste na reflexão acerca das principais características e limitações do paradigma que suporta o deslocamento dos poderes regulatórios da esfera nacional para a internacional: o paradigma da governança global.

Dividimos o texto em cinco seções, além desta introdução. A seguir, será apresentada uma breve reflexão sobre a importância do sistema financeiro para o desenvolvimento econômico. Na terceira seção, serão apresentados episódios importantes que conformaram o desenho institucional atual desse setor da economia brasileira. A quarta seção será dedicada à reforma da “arquitetura financeira global”. A quinta seção discute as tensões entre a tríade liberalização financeira, governança global e democracia nacional. Na última parte teceremos nossas considerações finais.

## **1. SISTEMA FINANCEIRO E FINANCIAMENTO DO DESENVOLVIMENTO**

O sistema financeiro pode ser entendido como o conjunto de atividades bancárias e das operações com valores mobiliários, que se encarrega da transferência de recursos de atores superavitários (poupadores) para aqueles que demandam tais montantes (firmas). (STIGLITZ, 1994 *apud* SCHAPIRO, 2012, p. 132) Os intermediários financeiros (bancos, corretoras de valores mobiliários, sociedades de crédito, bolsas de valores, fundos mútuos de investimento, etc.) exercem um papel crucial na canalização da poupança popular para investimentos em atividades produtivas que, em última análise, são as fontes de geração de emprego e renda.

Enquanto a teoria econômica neoclássica entende que o mercado financeiro é um subproduto dos custos de transação entre emprestadores e tomadores de

fundos de investimentos, estudos microeconômicos modernos buscam compreender a intermediação financeira sob um viés mais ativo, pelo qual este desempenha diversas funções além de a primordial tarefa de canalizar recursos no tempo e no espaço, facilitando as trocas e aumentando a eficiência da utilização dos recursos da sociedade (ALCÂNTARA, 2010, p. 25) São elas: (i) a mobilização sistêmica da poupança, que permite a agregação de poupanças individuais para o financiamento de projetos de maior escala, possibilitando assim a diversificação de investimentos por parte dos poupadores e potencializando a disponibilidade de crédito para investimentos de maior produtividade; (ii) o gerenciamento de riscos envolvendo atividades de avaliação, controle e mitigação; (iii) a alocação de recursos e a diminuição do custo da informação, reduzindo assimetrias características desse mercado; (iv) monitoramento e controle corporativo: o conhecimento acumulado e a escala das operações sujeita o emprestador ao escrutínio do intermediário financeiro, pois, a este cabe a decisão de investimento, além de ter interesse no cumprimento dos contratos firmados, proporcionando-se assim a adoção de boas práticas de governança corporativa; (v) facilitação das transações, o que decorre da redução dos custos de transação e de obtenção e manejo da informação, ampliando-se o número de transações executadas e promovendo-se rendimentos crescentes de escala e especialização na produção de bens intermediários. (ALCÂNTARA, 2010, p. 33-35)

Não resta dúvida de que as múltiplas funções exercidas pelos sistemas financeiros são essenciais para a alocação eficiente dos recursos da sociedade em projetos, que favoreçam a acumulação de capital e o aumento da produtividade, sendo estes entendidos como indicadores tradicionais de crescimento econômico de um país. No caso de países como o Brasil, cuja deficiência de recursos disponíveis para o investimento é tratada como um das causas primordiais para a persistência do ciclo vicioso do subdesenvolvimento, o bom funcionamento do sistema financeiro pode dar origem a ganhos de escala na mobilização da poupança e uma maior eficiência na alocação desses recursos que, em seu conjunto, podem contribuir significativamente para o processo de crescimento econômico.

Seguindo o raciocínio de que um sistema financeiro em bom funcionamento tem o condão de influir na produtividade e na acumulação do capital, fatores indispensáveis do crescimento econômico, é de fundamental importância que a base institucional formadora desse setor da economia seja desenvolvida o suficiente para que a oferta e a demanda por serviços financeiros acompanhem o ritmo geral de crescimento da atividade econômica. Sistemas financeiros aptos a desempenhar um papel positivo nesse sentido podem ser formados a partir de diversas estruturas institucionais ajustadas ao contexto de cada realidade.

Não obstante, os estudos que buscam compreender o impacto do padrão de financiamento brasileiro nas decisões de investimentos empresariais têm evidenciado um grau insatisfatório de desenvolvimento financeiro da economia brasileira, o que concorre para a repressão de decisões de investimento e a criação de obstáculos ao crescimento sustentado dos níveis de emprego e renda. (BIANCARELI, 2010, p. 95) O resultado é uma economia que opera aquém de sua capacidade de acumulação de capital e que funciona seletivamente quanto à alocação dos recursos, porém de maneira regressiva, isto é, apenas empresas de grande porte têm acesso às linhas e aos instrumentos de financiamento sofisticados ofertados pelos mercados financeiros e de capitais compatíveis com os rendimentos esperados pela maturação dos projetos. (BIANCARELI, 2010, p. 96)

## **2. A ESTRUTURA INSTITUCIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO BRASILEIRO: MARCO REGULATÓRIO E INSTRUMENTOS DESENVOLVIDOS A PARTIR DOS ANOS 90**

Razões de ordem histórica, política, econômica e social podem ser invocadas para explicar os arranjos institucionais que dão forma e substância ao sistema financeiro nacional. A formação do sistema financeiro brasileiro teve um caráter marcadamente estatal e nacionalista durante a maior parte de sua existência em virtude de sua instrumentalidade na consecução de políticas de Estado, em especial os projetos de desenvolvimento e as políticas industriais que requeriam fontes adequadas de financiamento, suprimindo lacunas existentes nos mercados bancários e de capitais que não contaram com o desenvolvimento espontâneo dos agentes privados. (SCHAPIRO, 2012, p. 142) Durante toda a fase do Estado-desenvolvimentista brasileiro, que grosso modo vigorou desde os anos de 1930 até a década de 1980, pode-se afirmar, com evidente grau de imprecisão, que as estruturas regulatórias e os instrumentos financeiros sucessivamente criados e transformados durante o período, assimilavam o perfil acentuadamente interventor do Estado e uma vocação expressa para a prestação de serviços financeiros voltados ao mercado interno, o que também significa que havia uma forte exclusão do capital financeiro estrangeiro e das instituições financeiras de outros países no mercado doméstico. (MIRANDOLA, 2010, p. 45-49)

Na linha da chave institucionalista do desenvolvimento, a dinâmica dos arranjos institucionais tende a ser dependente da sua trajetória pregressa [*path dependence*], de forma que, as alterações abruptas são menos prováveis que as acomodações incrementais. Schapiro(2010, p. 30) e Prado e Trebilcock(2009, p. 14-20) desdobram a dependência da trajetória em dois subconceitos: os custos de transição [*switching costs*] e os mecanismos de autorreprodução [*self-reinforcing mechanisms*] e, relacio-

nando a presença destes com o aumento daqueles, aduzem que os arranjos jurídico-institucionais, políticos e sociais têm um alto grau de estabilidade durante tempos de relativa normalidade política e econômica. É necessário o advento de acontecimentos que rompam com a “inércia institucional” para que um conjunto de instituições arraigadas em uma sociedade possa entrever uma janela de oportunidade à sua transformação. Esses eventos são conhecidos como “conjunturas críticas” [*critical junctures*]: eventos que alteram o curso da trajetória institucional de uma determinada realidade e abrem novos caminhos de desenho institucional que podem explicar parte dos diferentes arranjos institucionais existentes entre os países.

Seguindo o raciocínio de Yazbek(2012), uma  *juncture* que alterou profundamente o perfil do sistema financeiro nacional foi o advento do Plano Real. Calçado em cinco pilares<sup>2</sup> que visavam garantir primordialmente a estabilidade de preços e romper com o processo inflacionário, o referido plano desnudou as fragilidades financeiras sob as quais operavam bancos públicos estaduais e bancos privados<sup>3</sup>, levando à implementação de regimes inovadores de intervenção e liquidação extrajudicial de instituições bancárias e financeiras no geral.

As medidas intervencionistas da autoridade financeira e monetária para o fortalecimento do sistema financeiro e enfrentamento de crises bancárias resultaram na ampliação das capacidades regulatórias do Banco Central e na instituição de um regime de proteção contra riscos de crises sistêmicas que conferiram um grau razoável de estabilidade ao sistema bancário, cujos efeitos positivos foram evidenciados durante as fases mais agudas da recente crise financeira. Entretanto, o móvel que impulsionou as alterações legislativas e regulatórias do segundo quinquênio da década de 1990 não se limitou à estabilização do sistema de maneira a evitar novas crises. A reforma do sistema financeiro empreendida durante esse período está inserida no contexto de reformas estruturais voltadas à liberalização financeira, sob o raciocínio de que a entrada do capital estrangeiro possibilitaria a melhor alocação dos investimentos privados e a formação e poupança.

Mirandola (2010,cap.2) expõe com precisão as transformações pelas quais o arranjo institucional do sistema financeiro brasileiro teve de se submeter para se integrar aos mercados globais e as respectivas estruturas jurídicas que convergiram para a referida integração. Esquemáticamente, os processos e respectivos arranjos jurídicos podem ser resumidos da seguinte maneira:

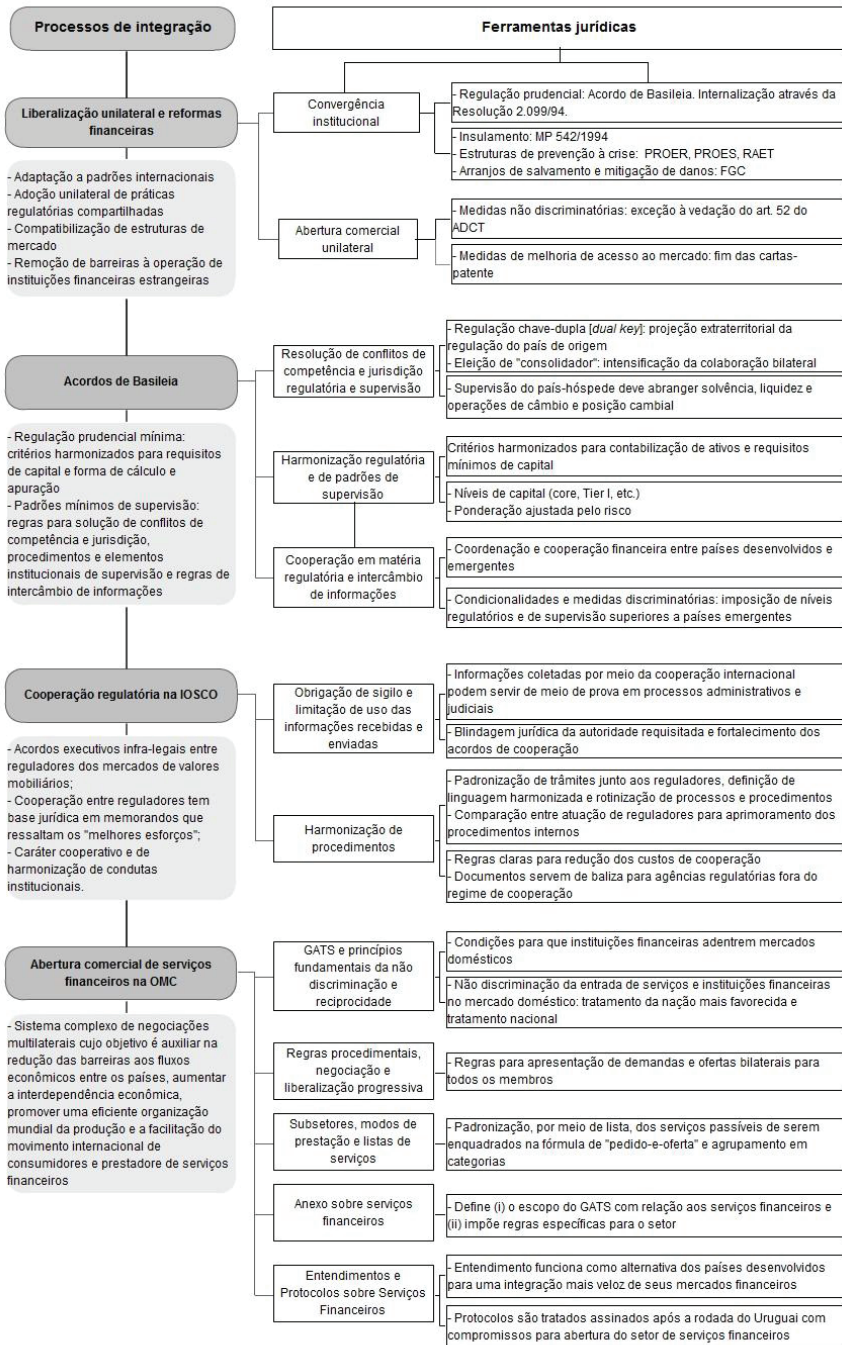
---

<sup>2</sup> São eles: (i) controle da inflação; (ii) privatização; (iii) abertura ao investimento estrangeiro; (iv) abertura comercial; e (v) ajuste fiscal. (Cf. GIAMBIAGI *et al.*, 2005)

<sup>3</sup> Sob dois aspectos principais: (i) acarretou a perda das receitas de floating e inflacionárias (PRATES, 2010) e (ii) exerceu pressão sobre os balanços dos bancos públicos estaduais que mantinham uma relação promíscua com os governos a que serviam, geralmente seus controladores, financiando gastos de empresas estatais e emitindo moeda para a rolagem da dívida pública dos erários estaduais. (MOURA, 2012)



**ORGANOGRAMA I: Processos de Integração dos Sistemas Financeiros e Ferramentas Jurídicas**



Fonte: Elaboração através de adaptação de MIRANDOLA (2010)

Um balanço das reformas empreendidas desde a década de 1990 e da reestruturação dos mecanismos de regulação pode ser sumarizado no seguinte rol de arranjos institucionais e elementos que configuram o sistema financeiro nacional nos dias atuais:

a) O Banco Central foi dotado de amplos poderes para a prevenção e combate a crises de confiança no sistema bancário, através do aumento de suas capacidades regulatórias e fiscalizatórias que lhe conferiram grau razoável de discricionariedade na decretação de intervenções liquidatórias extrajudiciais, no desempenho da função de emprestador de última instância [*lender of last resort*] e na imposição de regras prudenciais. (MOURA, 2012, p. 245);

b) A redistribuição de poderes entre o Banco Central e a CVM foi bem delimitada, sendo reservado ao primeiro “o papel de regulador ‘prudencial e sistêmico’” e ao segundo um regulador de ‘condutas’”.(YAZBEK, 2012, p. 94);

c) Houve uma alteração do ambiente concorrencial do mercado financeiro a partir da abertura do mercado doméstico às instituições financeiras estrangeiras, o que desencadeou uma série de ações reativas por parte dos bancos brasileiros, em especial os privados, de maneira que suas receitas pudessem ser diversificadas e seus ganhos de escala viessem a ser traduzidos em fatias crescentes de *market share*, o que se concretizou por meio de fusões e aquisições. (PRATES, 2010, p. 132);

d) Há um forte caráter de *path dependence* na configuração institucional do sistema financeiro, que se traduz na clássica divisão entre bancos públicos como intermediadores de empréstimos de longo prazo e bancos privados como emprestadores de operações de curto prazo.<sup>4</sup> (SCHAPIRO, 2010) Além disso, os spreads bancários brasileiros continuam em patamares *sui generis* com relação a países avançados e em desenvolvimento, evidenciando a preferência pela liquidez dos bancos privados mesmo após o fim da era de alta inflação<sup>5</sup>;

e) A produção regulatória financeira brasileira tem sido fortemente influenciada por padrões internacionais de regulação e os órgãos

---

<sup>4</sup> A participação dos bancos públicos acentuou-se após a crise de 2008, em especial no mercado de crédito. Para uma narrativa sobre a utilização dos bancos públicos como instrumentos de política anticíclica na contenção dos impactos da crise. (Cf. NOZAKI, 2010)

<sup>5</sup> Tal manutenção de estratégia de alocação de portfólio estaria associada a uma política macroeconômica adversa que confere atratividade a uma aplicação que combina alta rentabilidade e baixíssimo risco: os títulos públicos indexados à taxa de juros básica.(Cf. PRATES, 2010)

reguladores nacionais têm justificado parte de suas iniciativas com base nas recomendações dos *rule-setters* internacionais (ex.: Acordos de Basileia, Organização Internacional das Comissões de Valores (OICV) ou (IOSCO, etc.).

### **3. A ARQUITETURA DO SISTEMA FINANCEIRO INTERNACIONAL: DESAFIOS À COORDENAÇÃO, COOPERAÇÃO E ESTRUTURAÇÃO DE UM REGIME MULTILATERAL**

O aspecto básico da governança do sistema financeiro internacional é que este carece de estruturas institucionais que repliquem, no nível supranacional, as suas equivalentes domésticas. Embora a crise tenha precipitado uma reorganização de atribuições regulatórias no âmbito dos órgãos que compõem a chamada “arquitetura financeira global”, conforme esquema exposto na Tabela I, abaixo, os avanços obtidos não lograram preencher o vácuo estrutural que priva a dimensão internacional das finanças do suporte e robustez institucional presente nos sistemas nacionais.

Não há um órgão único responsável pela elaboração de padrões regulatórios e de supervisão, fiscalização e *enforcement* das regras estabelecidas em nível global, nem também há, no atual regime, um organismo que ofereça as mesmas facilidades de estabilização e contenção de crises sistêmicas, como linhas de crédito, capitalização, resconto, seguro para depositantes, *lender-of-last-resort*, etc.

Há, na verdade, uma teia de organismos cujas funções estão em pleno processo de redistribuição e acomodação, sem que qualquer deles usufrua da titularidade da coordenação da atividade regulatória e esteja hierarquicamente acima dos demais, com a ressalva de que, dentre todos, o Financial Stability Board (FSB) talvez esteja mais bem posicionado para assumir responsabilidades de consolidação, gerenciamento e monitoramento da adoção das práticas elaboradas pelos demais órgãos. (BLACK, 2010, p. 20-25) A reorganização dessas instituições envolve uma profunda dinâmica institucional e o rearranjo de políticas, que se expressam em movimentos concretos como a dilatação de seu perímetro regulatório, alterações nos critérios de composição, a redistribuição de suas funções, a redefinição do alcance normativo das suas regras ou recomendações e o estabelecimento de canais de comunicação e *feedback* entre as estruturas internacionais e os governos nacionais.

**Tabela I: Arquitetura do Sistema Financeiro Internacional**

Órgão	Composição	Funções	Limitações
<b>Financial Stability Board</b> (órgão ligado ao G-20)	- 35 autoridades regulatórias nacionais; 18 órgãos políticos nacionais (ex.: Treasury); seis organismos internacionais; seis órgãos de elaboração de standards	- Coordenação do trabalho de outros órgãos internacionais; monitoramento da implementação dos padrões e políticas regulatórias; formulação de princípios	- Desenvolvimento de identidade própria e independente das visões divergentes de seus membros; criação de mecanismos eficientes e democráticos de monitoramento e <i>compliance</i> dos padrões e princípios recomendados.
<b>Comitê de Basileia</b>	- 27 bancos centrais - 15 órgãos supervisores	- Recomendação de padrões internacionais de regulação prudencial para entidades bancárias.	- Princípios não são cogentes; governança baseada em expertise de técnicos questionada após a crise.
<b>IOSCO*</b>	- 199 membros, sendo: 114 ordinários (comissões de valores mobiliários); 11 associados (outros órgãos de regulação de valores mobiliários); 74 afiliados (órgãos de autorregulação)	- Cooperação para a promoção de altos níveis de regulação; intercâmbios de informação interórgãos; Reunião de esforços para aplicação de padrões comuns de regulação e supervisão do mercado de valores mobiliários.	- Desenvolvimento de expertise quanto à vigilância dos riscos sistêmicos dos mercados de valores mobiliários; coleta de informações dos associados para a criação de bases de dados que possam servir de fonte para o monitoramento de riscos do “shadow banking system”.
<b>FMI</b>	- 188 Estados-membros da ONU	- Assistência financeira a países pobres e em desenvolvimento; monitoramento de políticas econômicas nacionais; supervisão do sistema monetário/ financeiro internacional.	- Mandato legal limita comunicação direta com firmas individuais e coordenação multilateral do sistema financeiro.
<b>Banco Mundial</b>	- 188 Estados-membros do BIRD	- Concessão de empréstimos para países pobres e de renda média (governos e	- Baixa representatividade de países pobres e de renda média; credibilidade em xeque após

	- 172 membros da Agência Internacional para o Desenvolvimento (AID) (IDA)	iniciativa privada); resolução de conflitos e conciliações envolvendo disputas relacionadas a investimentos.	agenda de reformas estruturais dos anos 90 e 90; mandato legal limita acesso a firmas individuais e formulação coordenação do sistema financeiro.
<b>Colégios de Super- - visores</b>	Há diversos colégios de supervisores em funcionamento	- Cooperação e intercâmbio de informações entre autoridades financeiras de diferentes países para supervisão de firmas que operam em mais de uma jurisdição.	- Superposição de colégios; baixa coordenação e dificuldades de troca de informações; inexistência de órgão responsável pela fixação de padrões comuns e procedimentos para colégios em funcionamento.
<b>CNIC** (IASB)</b>	Mais de 140 entidades profissionais de contabilidade	- Estudo, preparo e emissão de normas e padrões internacionais de contabilidade	- EUA não aderem ao IRFS; padrões contábeis sancionados pelo CNIC se mostraram indesejáveis e pró-cíclicos durante a crise.
<b>AISS*** (IAIS)</b>	Mais de 180 jurisdições representadas por reguladores nacionais de seguros privados e órgãos políticos nacionais	- Cooperar para a contribuição de uma melhor supervisão da indústria do seguro em um nível nacional e internacional	- Incorporação da dimensão sistêmica das atividades das seguradoras às regulações nacionais; coleta de informações sobre posições das seguradoras em mais de uma jurisdição.
<b>OCDE**** (OECD)</b>	34 países-membros (Brasil não é membro)	- Promoção de políticas destinadas a atingir o máximo crescimento econômico dos países membros e contribuir para a expansão do comércio internacional.	- Baixa representatividade do quadro de membros; dependência de outros órgãos, com o FSB, para a implementação ampla das políticas recomendadas.

Fonte: do autor

\* International Organization of Securities Commissions;\*\* Comitê de Normas Internacionais de Contabilidade;\*\*\* Associação Internacional de Supervisores de Seguros;\*\*\*\* Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

Até antes da recente crise financeira, reformar a arquitetura do sistema financeiro internacional significava essencialmente remodelar as Instituições Financeiras Internacionais (IFIs): o Banco Mundial e o FMI. É certo que todas as entidades listadas acima já existiam no período pré-crise<sup>6</sup>, mas o alcance de seus poderes regulatórios eram consideravelmente mais reduzidos e as propostas que visavam reformular a configuração desse desenho institucional angariavam poucos adeptos, principalmente entre os líderes e burocratas dos países avançados. O principal motivo para essa inércia institucional que vigorou, durante um bom tempo, no âmbito da arquitetura financeira global é endógeno à própria existência do sistema, que vai sendo aprimorado através de “solavancos” causados pelos episódios de crise. Torna-se mais fácil compreender o desenvolvimento dessa rede de órgãos e reguladores a partir do entendimento de que tais estruturas são essencialmente subprodutos de acordos e iniciativas responsivas às crises que se instalam nos diversos segmentos dos mercados financeiros.

O fato de a crise atual ter precipitado um “salto cognitivo” [cognitive shift] a respeito do funcionamento dos mercados financeiros e de suas complexas interações e interdependências (BLACK, 2010, p. 2) é determinante na compreensão do atual estágio de reformas da arquitetura financeira global. O que se viu na recente crise, que não havia sido corretamente internalizado pelos modelos que sustentavam o modelo de financiamento de hipotecas nos países avançados, foi a transmissão da deterioração das condições financeiras de um subgrupo de intermediários para outro por meio de uma cadeia intrincada de agentes que detinham pouca informação a respeito da posição financeira dos demais. Viu-se também que os efeitos negativos dessa interconexão entre múltiplos agentes financeiros extrapolaram as fronteiras dos países e irradiaram-se para virtualmente todas as jurisdições, trazendo à tona uma questão até então insuficientemente enfrentada na esfera internacional da regulação do sistema financeiro: o caráter sistêmico das regulações nacionais e os potenciais efeitos-contágio e externalidades gerados por um determinado arranjo regulatório doméstico sobre os demais.

Fato é que apenas com o advento dessa crise pode-se perceber uma gradual mudança na condução das iniciativas regulatórias supranacionais para um formato menos top-down e mais participativo, ainda que o estado atual esteja longe de superar as assimetrias que vigoraram durante décadas e ainda haja críticas de que mesmo o grupo supostamente mais plural e poroso à participação dos emergentes nas discussões sobre os rumos da economia global, o G-20, seria sub-representativo.

Ainda assim, isso só foi possível porque os próprios fundamentos sobre os quais repousavam os sistemas financeiros dos países avançados foram postos em xeque. A crise logrou evidenciar que, se são os países emergentes e pobres os principais

---

<sup>6</sup> Vale ressaltar que o Financial Stability Board era denominado *Financial Stability Forum*, criado após o colapso do fundo de *hedge Long Term Capital Management (LTCM)*, no auge da crise russa de 1998.

acometidos por situações de instabilidade econômica, não é necessariamente a fragilidade de suas estruturas institucionais a causadora das crises endêmicas das economias mais vulneráveis (cambiais e bancárias) (RODRIG, 2012, cap. 8), mas também: (i) o efeito *spillover* e as externalidades negativas geradas por regulações lenientes e exageradamente confiantes na capacidade dos mercados em se autorregular em prática nos países avançados (BRESSER; PEREIRA, 2010) e (ii) as distorções inerentes a uma economia global profundamente integrada e calcada no dogma do livre fluxo de capitais, em especial as assimetrias financeira, monetária e macroeconômica entre países avançados e os demais. (BIANCARELI, 2010, p. 94)

#### 4. O PARADIGMA DA GOVERNANÇA GLOBAL DO SISTEMA FINANCEIRO *VERSUS* DEMOCRACIAS NACIONAIS NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO FINANCEIRA

Uma vertente da literatura produzida desde o agravamento da crise, em meados de 2008, tem atribuído suas causas principais à intensa desregulação do setor financeiro associada ao caráter globalizado das finanças, de natureza inerentemente instável e especulativa<sup>7</sup>, que teriam ampliado as oportunidades de aplicação do capital em operações de curto prazo cuja finalidade seria apenas o retorno financeiro imediato e a antecipação das tendências de mercado – operações que foram multiplicadas por fator quase infinito sob os incentivos gerados pelas aberturas unilaterais dos mercados nacionais, em especial dos países emergentes, nas décadas de 1980 e 1990. (BIANCARELI, 2010, p. 61) Para os proponentes da liberalização financeira, a livre circulação de capitais possibilitaria a melhor alocação dos investimentos privados e a formação de poupança, assim o capital teria uma propensão a fluir das regiões em que é mais abundante para os lugares em que é escasso, contribuindo para o desenvolvimento.

A integração do sistema financeiro doméstico aos internacionais, traduzida na eliminação de diversas barreiras à entrada de competidores estrangeiros, por meio da aquisição de participações societárias em instituições nacionais ou a instalação de filiais ou subsidiárias por parte dos bancos estrangeiros, bem como os estímulos à internacionalização das firmas financeiras brasileiras tinha como objetivos<sup>8</sup>: (i) estimular a concorrência do setor bancário, forçando os bancos brasileiros a adotarem melhores práticas e ferramentas de gerenciamento interno, monitoramento e mitigação de riscos (PRATES, 2010, p. 131); (ii) melhorar a oferta de crédito, com grande expectativa de redução dos *spreads* bancários e de alteração do perfil dos empréstimos ofertados pelos bancos privados, que deixariam de ser orientados para o curto prazo e seriam canalizados para operações de longo prazo e investimentos de

<sup>7</sup> A teoria da instabilidade dos mercados financeiros foi bastante desenvolvida por Minsky.

<sup>8</sup> Sobre o ingresso de bancos estrangeiros no Brasil, a internacionalização dos bancos nacionais e os efeitos desse movimento bidirecional no sistema financeiro nacional. (Cf. FREITAS, 2010; COSTA, 2001)

alto risco e complexidade; (iii) o aumento do grau de sofisticação do sistema como um todo, por meio de aprimoramento institucional do e da diversificação e criação de melhores produtos e serviços financeiros ofertados a tomadores e clientes em geral (MEYER, 1997); (iv) a renovação dos movimentos tradicionais de intermediação entre agentes superavitários e deficitários para abranger residentes e não-residentes em trajetórias transnacionais de capitalização aptas a servir de base para as transações produtivas externas e para a internacionalização de empresas brasileiras e o aumento dos investimentos estrangeiros nos mercados domésticos (MIRANDOLA, 2010, p. 139)<sup>9</sup>; e (v) possibilitar ao governo o uso instrumental do sistema financeiro como ferramenta para a prevenção e gestão de crises como as que assolaram os mercados emergentes durante a década de 1990<sup>10</sup>, sob o fundamento teórico de que os mercados deveriam encontrar condições estáveis para que pudessem operar de maneira eficiente nesses mercados.

Retornando ao “trilema de Rodrik”, há farta literatura que aborda as tensões entre globalização financeira e valores democráticos nacionais. Uma extensa gama de estudos demonstra que a liberalização financeira tolhe a capacidade do Estado de executar políticas de incentivo ao crescimento econômico e gera externalidades sobre a condução da economia doméstica, sendo uma delas o comprometimento da eficácia do manejo dos pilares da política econômica, isto é, a política monetária (âncora cambial e âncora monetária, ou taxa de juros) e o controle de capitais<sup>11</sup>. Para Rodrik (2012, p.264), os países devem ser mais seletivos quanto à abertura de suas economias, em especial das contas de capital do balanço de pagamentos, por serem canais por excelência de transmissão de instabilidade financeira dos demais países. A liberação da conta de capital é um vaso comunicante altamente atrativo aos efeitos deletérios da integração financeira, dentre eles os efeitos de contágio, spillover, dentre outros<sup>12</sup>.

Em sintonia com diversos trabalhos produzidos pela literatura nacional<sup>13</sup>, Rodrik(2012, p. 264) considera como condição *sine qua non* à existência de uma “diversidade regulatória” substantiva a restrição à liberdade das finanças globais como forma de evitar a arbitragem regulatória e proteger a integridade dos regimes regulatórios nacionais. Sem que os fluxos financeiros estejam sujeitos a controles e restrições, as regulações nacionais ficam sujeitas ao risco de ineficácia e as firmas domésticas tornam-se

<sup>9</sup> Mirandola (2010, p. 138-139) agrupa os objetivos a serem atingidos pela modernização das finanças em quatro grupos: (i) aumento de competição; (ii) aumento da competitividade; (iii) maior investimento estrangeiro; e (iv) desenvolvimento institucional.

<sup>10</sup> Apenas como referência, têm-se as crises do México (1994), das economias asiáticas (1997), da Rússia (1998), do Brasil (1999) e da Turquia (2001).

<sup>11</sup> Em conjunto, taxa de juros, taxa de câmbio e controle do movimento de capitais são chamados de “trindade impossível”, vez que apenas dois desses elementos seriam passíveis de controle pela política econômica nacional uma vez concluído o processo de abertura unilateral. (BIANCARELLI, 2003, p. 76)

<sup>12</sup> Para uma distinção dos diferentes tipos de transmissão de crises entre os países, Cf. Barba (2011).

<sup>13</sup> Para um apanhado dos trabalhos que enfrentam os dilemas de política econômica brasileira originados pela liberalização financeira, Cf. Biancarelli. (2003, 2010).



vulneráveis à competição de entidades prestadoras de serviços financeiros originadas de jurisdições cujos padrões regulatórios são inferiores aos do país de destino dos principais agentes da globalização financeira.

#### **4.1. Limitações do paradigma da governança global aplicado à regulação do sistema financeiro internacional**

A governança global é uma questão complexa, repleta de ambiguidades e armadilhas e a governança da economia global não difere muito dessa regra. (TRUMAN, 2010, p. 7) Como visto no item três, a arquitetura do sistema financeiro global é composto por uma miríade de entidades que operam sob interações complexas e variadas, além de possuírem diferentes critérios de associação, regimes jurídicos, mandatos e poderes. (BLACK, 2010, p. 6)

Regimes regulatórios em que diversos atores coexistem em distintos níveis (internacional, regional e local), sem um escalonamento hierárquico rígido entre eles, são chamados de policêntricos. (BLACK, 2008, p. 6) Regimes policêntricos de regulação, por sua vez, usualmente se utilizam do paradigma da governança para lograr seus objetivos<sup>14</sup>. O paradigma da governança pode ser entendido como “governar sem um governo”, isto é, a partir do envolvimento e cooperação de múltiplos stakeholders, é produzida uma regulação alternativa à que se perfaz no seio do Estado, de maneira top-down, ou mesmo àquela que é desenvolvida pelo processo de autorregulação. (RODRÍGUEZ; GARAVITO, 2011, p. 15)

É bem verdade que, desde seus primeiros desdobramentos, a crise financeira expõe com frequência as severas limitações enfrentadas pelo Estado para intervir em um sistema cuja atuação transnacional não coincide com o espaço territorial do Estado-nação, isto é, a eficácia de mecanismos legais, regulatórios, administrativos e políticos, à mão do Estado restam seriamente debilitados na medida em que as fronteiras positivas e legislativas não coincidem com o espaço territorial. (FARIA, 2009)

Por sua vez, regimes regulatórios policêntricos não têm se encontrado diante de dificuldades menos tortuosas, decorrentes de sua natureza complexa, fragmentada, multifacetada, cujas relações de interdependência entre os atores frequentemente expõem o conflito entre os interesses individuais dos participantes em detrimento de uma real cooperação para a consecução de finalidades comuns aos próprios atores e, eventualmente, de interesse daqueles que estão posicionados fora do regime. Dentre as principais dificuldades com que os regimes de regulação policêntrica se deparam estão: (i) legitimidade democrática e *accountability*; (ii) organização e cooperação

<sup>14</sup> Vale trazer a observação de Black sobre a diferença entre “regulação” e “governança”: “Regulation is a particular form of governance. All forms of regulation are governance, but not all forms of governance are regulation. Regulation is a distinct activity which engages with a particular social problem: how to change the behaviour of others”. (2008, p. 8)

interna e inter-relacional; (iii) coordenação com regimes regionais e nacionais; e (iv) dificuldades cognitivas.

Cabe ressaltar que estas frequentemente se superpõem e se retroalimentam [*overlapping and feedback loop*]. A existência de vários impedimentos à construção de um sistema hegemônico de regulação do sistema financeiro internacional impõe a revisão de velhos conceitos e a abertura para adoção de novas táticas. Sendo a dinâmica regulatória sujeita a intensos influxos entre reguladores e regulados, um processo eficaz que vise à elaboração de regulações aptas a cumprir com as suas finalidades deve se revestir de elementos adaptativos e abertos a experimentações, principalmente pela sua porosidade à participação de diversos grupos interessados e pelo constante aprimoramento de sua qualidade através de análises quantitativas e qualitativas de sua eficácia no domínio fixado para sua aplicação.

## 5. CONSIDERAÇÕES

Ainda que os aspectos negativos das crises predominem, eventos dessas proporções podem trazer algumas externalidades positivas ao forçarem os atores a saírem da zona de conforto. A julgar pelas recentes declarações emitidas por grupos representantes de governos nacionais, os países de economia avançada parecem ter-se dado conta, ainda que sob a pressão dos acontecimentos, que os mecanismos de cooperação internacional não podem ser destinados exclusivamente para reformas voltadas para a estabilização econômica de países emergentes, sejam elas quais forem – monetária, cambial, estrutural, institucional, etc.. Insistir que os fundamentos das economias em desenvolvimento sempre estarão deslocados é um argumento que traz consigo certo ranço colonialista.

Por outro lado, aos países emergentes foi concedida uma oportunidade única de resistir aos padrões internacionais fixados à revelia da sua participação substancial e democrática. A crescente complexidade e integração de economias nacionais, regionais e globais, e também dos sistemas financeiros, aponta no sentido da instituição de regras comuns e padrões aplicáveis a todos os países, porém é possível que alguns Estados resistam a essa tendência na mesma intensidade em que resistem à integração global em si. (TRUMAN, 2010, p. 19) Evidentemente os resultados para a economia global serão tão mais positivos quanto menor for a radicalização das posturas de cada um dos lados.

A eficácia dos padrões regulatórios internacionais depende fortemente da consciência dos atores de que estão diante de um problema de ação coletiva. Dentre os desafios que se apresentam aos órgãos de cooperação internacional em regulação financeira está o de obtenção da legitimidade política e das capacidades técnicas necessárias para consolidar em novos princípios e recomendações de melhores

práticas regulatórias os padrões não obrigatoriamente emanados das potências centrais, mas sim um conjunto criativo e original de propostas que não se submetam às visões estreitas que imperavam no período pré-crise sobre os temas que compõem o seu recém-alargado perímetro regulatório, dentre eles a rede de prevenção do risco sistêmico, padrões prudenciais e requisitos de capital, regimes de falência, regras de conduta, supervisão, dentre outros.

A recente crise financeira reúne elementos que a qualificam como uma autêntica “*juncture*”. O formato empregado às instituições hoje lançará as bases para um novo ciclo de desenvolvimento dos países emergentes. Entretanto, é preciso sanar as deficiências persistentes do passado. A aderência aos padrões e às reformas propaladas em nível internacional pode contribuir para o aprimoramento institucional do país, porém não se deve superestimar a sua capacidade de corrigir os gargalos que ainda impedem que o sistema financeiro nacional seja um motor do desenvolvimento. Essas deficiências são velhas conhecidas, sendo as principais: (i) a existência de altos spreads bancários, que tornam o acesso ao crédito uma ação proibitiva para a maioria dos agentes; (ii) um mercado de capitais fechado às pequenas e médias empresas; (iii) a segregação das operações de curto prazo pelos bancos privados e de longo prazo por bancos públicos, especialmente o banco de desenvolvimento nacional, o BNDES Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); e (iv) o financiamento do desenvolvimento mediante poupança externa, que além de tornar vulneráveis as contas da balança de pagamentos também não tem se revelado uma alternativa sustentável de financiamento das empresas brasileiras.

Conforme a experiência demonstra, existem consideráveis limitações de ordem cognitiva a respeito da evolução dos mercados e do tipo de regulação que melhor se ajusta a um ambiente dominado por agentes de racionalidade limitada, falhas, assimetrias, insegurança jurídica, etc., de modo que se torna premente a adaptação dos padrões jurídicos e institucionais erigidos em sistemas regulatórios internacionais às estratégias de desenvolvimento econômico e social nacionais.

## Referências

ALCÂNTARA, D. P. R.. *Instituições, Sistema Financeiro e Desenvolvimento Econômico*. Instituto de Economia da Unicamp (IE) - Campinas: Unicamp. 2010.

BARBA, F. G.. *Impacto da crise de 2007/2008 nos mercados de capitais latino-americanos*. 2011. Dissertação. (Mestrado em Administração) - Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria – RS. . 2011.

BIANCARELI, A. M.. *Liberalização Financeira, Fluxos de Capital, Financiamento Externo: Três Momentos de um Debate no Brasil (1989-2002)*. Instituto de Economia da Unicamp (IE) - Campinas: Unicamp. 2003.

\_\_\_\_\_. *A abertura financeira no Brasil: um balanço crítico*. ,In: CARNEIRO, R.; MARCOLINO, L. C. *Sistema Financeiro e desenvolvimento no Brasil: do Plano Real à crise financeira*. São Paulo: Atitude, 2010.

BLACK, J.. *Constructing and Contesting Legitimacy*. In: *Polycentric Regulatory Regimes*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 2/2008, London School of Economics and Political Science, Law Department, 2008. Disponível em: <[www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm](http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm)>.

\_\_\_\_\_. *Restructuring Global and EU Financial Regulation: Capacities, Coordination and Learning*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 18/2010, London School of Economics and Political Science, Law Department, 2010. Disponível em: <[www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm](http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm)>.

BRESSER. PEREIRA, L. C.. *A crise financeira global e depois: um novo capitalismo?* [S.l.] Novos Estudos, nº 86, 2010.

CARNEIRO, R. M.. *Dinâmica e crise do capitalismo com dominância financeira*. In: CARNEIRO, R.; MARCOLINO, L. C.. *Sistema Financeiro e desenvolvimento no Brasil: do Plano Real à crise financeira*. São Paulo: Atitude, 2010.

CASTRO, L. B.; GIAMBIAGI, F.; HERMANN, J.; Villela, A. (Org.). *Economia Brasileira Contemporânea*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2005.

COSTA, S. P. *Crise Bancária no Brasil após o Plano Real: Uma Análise a partir da Falência de Bancos Privados Varejistas*. Instituto de Economia da Unicamp (IE). Campinas, 2001.

FARHI, M.. Os impactos dos derivativos no Brasil. In: CARNEIRO, R.; MARCOLINO, L. C. *Sistema Financeiro e desenvolvimento no Brasil: do Plano Real à crise financeira*. São Paulo: Atitude, 2010.

FREITAS. M. C. P.; PRATES, D. M.. Abertura financeira na América Latina: as experiências da Argentina, Brasil e México. *Economia e Sociedade*. Campinas, nº 11, p. 173-98, dez. 1998.

\_\_\_\_\_. A abertura financeira no governo FHC: impactos e consequências. *Economia e Sociedade*. Campinas, nº 17, p. 81-111, dez. 2001.

FARIA, J. E.. Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira. *Revista DIREITO GV*. São Paulo: DIREITO GV, v. 5, nº 2, p. 297-324, jul./dez. 2009.

FSB - Financial Stability Board (2011). *Consultative Document on Effective Framework Resolution of Systemically Important Financial Institutions: Recommendations and Timelines*, jul. / 2011. Disponível em: <<http://www.financialstabilityboard.org>>. G-20 (2009). London Summit, Leaders' Statement (2009). Disponível em: <<http://www.g20.org>>.

LUNDBERG, E.. Saneamento do Sistema Financeiro – A Experiência Brasileira dos Últimos Anos. In: SADDI, J. (Org.). *Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional – 25 anos da Lei 6.024/74*. São Paulo: Texto Novo, 1999. Disponível em <<http://bcb.gov.br>>.

MESQUITA, M.; TORÓS, M.. *Considerações sobre a atuação do Banco Central na crise de 2008*. Trabalhos para Discussão nº 202, Banco Central do Brasil, 2011.

MEYER, V.. *Internacionalização dos Bancos Brasileiros: Motivações Produtivas ou Parasitárias (Indagações Para uma Pesquisa)*. Sitientibus, Feira de Santana, nº 17, p. 101-115, jul./dez. 1997.

MIRANDOLA, C. M. S.. *Globalização Financeira e Integração dos Mercados Financeiros Nacionais* - Faculdade de Direito da USP, São Paulo: USP, 2010.

MOURA, A. R.. Regulação nos Mercados Financeiros e de Capitais no Brasil: Um Sistema à Prova de Crises? In: PÁDUA L. M. L.. *Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOZAKI, W. V.. A crise financeira internacional e a originalidade do Estado nacional: a originalidade do caso brasileiro. *Revista Oikos*, v. 10, n° 1, p. 38-57, 2011.

PRADO, M. M.; TREBILCOCK, M.. Path Dependence, Development and the Dynamics of Institutional Reforms - *University of Toronto Law Journal* 59 (3), 2009.

PRATES, D. M.. O efeito-contágio da crise global sobre os países emergentes. In: *Dossiê da Crise II*, agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.ppgge.ufrgs.br/akb>>

OLIVEIRA, G. C.. O mercado de capitais brasileiro no período recente: evolução e singularidades. In: CARNEIRO, R.; MARCOLINO, L. C. (Org.). *Sistema Financeiro e envolvimento no Brasil: do Plano Real à crise financeira*. São Paulo: Atitude, 2010.

RODRÍGUEZ, G. C.. Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields. *Indiana Journal of Global Legal Studies* v. 18, n° 1, p. 263-305, Winter 2011.

RODRIK, D.. *The Globalization Paradox: Why Global Markets, States and Democracy Can't Coexist*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SCHAPIRO, M. G.. Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma *rule of law* e a relevância das alternativas institucionais. *Revista Direito GV*, v. 6, p. 213-252, 2010.

\_\_\_\_\_. Estado, Economia e Sistema Financeiro: Bancos Públicos como Opção Regulatória e como Estrutura de Governança. In: PÁDUA L. M. L. ( ) *Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRUMAN, E. M.. *The G-20 and International Financial Institution Governance*. Asian Development Bank, Working Paper Series, 2010. Disponível em: <<http://petersoninstitute.org>>.

YAZBEK, O.. Crise Financeira e Risco Sistêmico: A Evolução Recente da Regulação Sistêmica no Brasil. In: PÁDUA L. M. L. *Agenda contemporânea: direito e economia: 30 anos de Brasil*. São Paulo; Saraiva, 2012.

# AS MUDANÇAS DISCURSIVAS DO PODER JUDICIÁRIO PAULISTA

*Sandra Regina Valério de Souza<sup>1</sup>*

## **Introdução**

**P**retendemos estudar nesta pesquisa mudanças discursivas diante de condicionantes históricas e ideológicas ocorridas na esfera do Poder Judiciário Estadual, por meio da metodologia da análise do discurso, com a finalidade de identificar os aspectos das mudanças institucionais e sociais que envolvem a crise do Poder Judiciário e sua reforma, tendo como objeto o Planejamento Estratégico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

As mudanças institucionais do Poder Judiciário e atuação do governo no Brasil se iniciam em 1999, quando, com a intenção de acelerar o crescimento econômico, o governo lançou o programa “Avança Brasil”, em que uma das metas era promover a universalização de acesso às tecnologias da informação. Nesse contexto, foram selecionados diversos especialistas em áreas distintas para a elaboração do “Livro Verde, Sociedade da Informação no Brasil”. Ele prevê a implantação da informatização dos sistemas públicos e privados.

Em 2010, o Poder Judiciário Paulista publicou Planejamento Estratégico<sup>2</sup>, que prevê mudanças e a modernização dos serviços prestados por ele. O texto foi proferido após a realização de estudo técnico, que determina quais medidas serão tomadas pelo Poder Judiciário no Estado de São Paulo no período de 2010 – 2014, com a finalidade enunciada de adequar e nortear o crescimento da instituição judiciária no Estado a uma prestação de serviço mais eficaz. O texto resultou da união de esforços entre a Fundação Getúlio Vargas e diversos outros órgãos internos e externos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e foi produzido para cumprir a Resolução nº 70 de 18 de março de 2009, do Conselho Nacional de Justiça.

Com o discurso o Tribunal assume seu papel no mundo social, como sendo a favor do que a sociedade espera dele, a tentativa de aproximação do Judiciário para com o cidadão é evidente, tanto pelo fato de que o Poder Judiciário assume sua crise, quanto no fato de que utilizou linguagem comum, em detrimento da linguagem jurídica, e ainda se mostra predisposto à realização

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito da Sociedade da Informação pela UniFMU, advogada especialista em Direito Empresarial.

<sup>2</sup> Disponível em: [www.tjsp.gov.br](http://www.tjsp.gov.br)



de mudanças concretas. Estamos certos de que um discurso não tem força para mudar toda a sociedade, mas demonstra a acomodação e a aceitação de parâmetros descritos no discurso. Os discursos são atos controlados, pois que, todo dito cumpre uma série de exigências e possibilidades sociais, sendo a enunciação controlada por condicionantes culturais, históricas e sociais.

Neste estudo, analisaremos três mudanças significativas, que se encontram descritas e citadas no Planejamento Estratégico, e indicam a adesão e aceitação de novas condicionantes pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo. São elas: a mudança da forma de atuação do serviço judicial no país, a adesão do Poder Judiciário à ideologia da sustentabilidade e a autodescrição do Poder Judiciário como Poder dependente dos demais Poderes da República e do Conselho Nacional de Justiça.

Esses três aspectos, que se encontram presentes no texto causam uma mudança substancial na forma como o Poder Judiciário atua e como ele se coloca na sociedade. Essa mudança de postura, certamente causará, ao passar do tempo, uma renovação e uma nova forma de aplicação das leis aos casos concretos no país, sendo até possível uma mudança no papel do Poder Judiciário no Brasil.

## **1. O PODER JUDICIÁRIO COMO PRESTADOR DE SERVIÇO DE JUSTIÇA**

Segundo Newton de Lucca, os direitos do consumidor surgiram com o Direito Romano. Em algumas situações específicas e dispersas, não se podia falar em teoria do direito do consumidor nessa fase inicial. Após a Segunda Guerra Mundial, com a elaboração de novas Constituições e Códigos de Leis na Europa, seguiu-se, então, as três fases abaixo descritas:

Na primeira delas, ocorrida após a Segunda Grande Guerra [...] não se distinguiam os interesses dos fornecedores e consumidores, havendo apenas uma preocupação com o preço, a informação e a rotulagem adequada dos produtos [...]. Na segunda fase, já se questionava com firmeza a atitude de menoscabo que grandes empresas e multinacionais tinham em relação aos consumidores [...]. Finalmente, na terceira fase, corresponde aos dias atuais, de mais amplo aspecto filosófico – marcada por uma consciência ética mais clara da ecologia e da cidadania [...]. (LUCA, 2008, p. 47)

Seguindo as tendências legislativas mais modernas, o legislador constituinte fez por bem determinar a proteção ao consumidor<sup>3</sup> e ainda obrigou o legislador ordinário a elaborar um código próprio<sup>4</sup>, com a matéria de consumo. Essa formulação, entretanto, não era nova, mas já usual em diversos países. Newton de Lucca citando Jhering (1946, p. 17), afirma:

Jhering, entre tantas passagens de sua monumental obra, assinalou que o Direito, seguindo a ideia que dele se tem atualmente, é um organismo objetivo da realidade humana. Já não é dito, como se acreditava em outras épocas, ser ele um conjunto de disposições arbitrárias que deve sua origem exclusivamente ao pensamento do legislador, mas, pelo contrário, diz-se que ele brota como se fosse o idioma do povo, produto interno e ordenado da História. (LUCCA, 2008, p. 64)

Essa citação demonstra que a formulação da nova regra legislativa depende do momento histórico e das condições do construto social, muito mais do que do legislador em si, pois as normas nascem no seio da sociedade e não na vontade única do legislador. Dessa forma, nasceu também o Código de Defesa do Consumidor, como uma adesão do direito brasileiro aos moldes europeus de modernização da legislação.

Segundo a Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, para o Direito, o que se torna relevante é o fato (evolução do Direito para abarcar as relações do consumidor), o valor (valoração de relações de consumo na sociedade) e a norma (Código de Defesa do Consumidor). Consumidor, juridicamente, envolve não apenas a relação fática, mas a importância de seu ato de consumo na sociedade e o regramento sobre esse ato.

Com a definição dos conceitos de consumidor e empresa, a prestação de serviço se incorporou como relação de consumo, em que se fala em fornecedor e consumidor de produtos ou de serviços. São ainda reconhecidos pela doutrina três fatores para conceituar essa relação: fator subjetivo (a existência de fornecedor e consumidor), fator objetivo (produto ou serviço), finalidade (a aquisição ou utilização como destinatário final). O fator 'finalidade' é o que diferenciaria uma relação mercantil da relação de consumo, pois pode se adquirir um produto ou serviço tanto para a atividade mercantil como para o uso ou aquisição fora da atividade mercantil, sendo esta segunda a relação de consumo.

Definem os léxicos como consumidor quem compra para gastar em uso próprio. Respeitada a concisão vocabular,

<sup>3</sup> CF, art. 5º, inciso XXXII: O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

<sup>4</sup> Art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: O Congresso Nacional, dentro de 120 dias da promulgação da Constituição, elaborará o código de defesa do consumidor.

o direito exige explicação mais precisa. Consumidor é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, para sua utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação de vontade; isto é, sem forma especial, salvo quando a lei expressamente a exigir. Em regra imemorial recolhida do artigo 1.583 do Código Napoleônico e universalmente aceita, a transação exige por si; por contrato consensual, concluído e perfeito, desde que as partes acordem sobre a coisa e o preço. (LUCCA, 2008, p.112)

Do outro lado da relação jurídica, está o fornecedor, que, pelo Código de Defesa do Consumidor, artigo 3º, é definido como:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou serviços. (BRASIL, 2012)

Concluimos que o serviço público é também abarcado pelas relações de consumo; que pessoa pública também é fornecedora e o cidadão é quase sempre destinatário final dos serviços públicos prestados. No caso da Justiça, não há dúvida de que as partes processuais são os destinatários finais, e que a prestação de serviços é a aplicação da lei ao caso concreto.

O CDC contemplou, em várias passagens, essa subsunção dos serviços públicos à sua disciplina normativa, seja ao estabelecer a racionalização e melhoria dos serviços públicos como um dos princípios da Política Nacional de Relação de Consumo (inciso VII do artigo 4º); seja quando mencionou como um dos direitos básicos do consumidor a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (inciso X do artigo 6º); seja, ainda, quando obrigou ao fornecimento de serviços adequados, eficientes e seguros – e quanto aos essenciais, contínuos – os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer forma de empreendimento (art. 22). (LUCCA, 2008, p. 215)

Fica evidente que a relação de consumo do serviço público torna o consumir ainda mais vulnerável, devido ao poder que envolve o prestador de serviço, ou seja, o ente

público, mas a mudança de postura do ente público causada pelo governo eletrônico, torna a noção de prestador de serviço clara e inegável.

Além de ser uma das principais formas de modernização do Estado, o governo eletrônico está fortemente apoiado numa visão do uso das tecnologias para a prestação de serviços públicos, mudando a maneira pela qual o governo interage com o cidadão, empresas e outros governos. (DINIZ, 2009, p. 27)

A transformação do Poder Judiciário em prestador de serviço de Justiça passa pelo processo de informatização, que é apresentada como a forma mais eficaz de melhorar esse serviço. O Estado centralizador, burocrático e autoritário foi superado, com o advento do Estado neoliberal, afinado com a agenda econômica mundial do processo de globalização. O próprio Estado assume função econômica, se dizendo prestador de serviços e não mais detentor de poder e centralizador de todo bem público.

O texto do Planejamento Estratégico reconhece essa mudança institucional por diversas ocasiões e também que o Tribunal de Justiça é um órgão prestador de serviços, e o cidadão, o consumidor.

A autodescrição apresentada - perfil da instituição, missão, valores, objetivos e metas - são, normalmente, utilizados por empresas privadas, e aqui Tribunal se apropria desses atributos, se comparando a qualquer outro prestador de serviço.

Como se sabe o desenvolvimento estratégico de uma entidade de administração pública, que não visa lucros, deve compreender a visão do futuro, uma análise de seu perfil e definição de sua missão, bem como de seus valores, objetivos e metas, para, finalmente, estabelecer indicadores que permitam monitorar as medidas estratégicas estabelecidas, para que ao longo do tempo sejam ajustadas e aprimoradas, até que sejam atingidos os objetivos. (TJSP, 2010, p. 2)

O texto do Planejamento Estratégico contempla o processo eletrônico em várias das suas vertentes. Vemos, abaixo, que o Objetivo 5 trata da digitalização das decisões judiciais, disponibilizadas ao consumidor-cidadão pelo *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Admite ainda que a disponibilidade por meio digital gera segurança, celeridade e economia:

#### **Objetivo 5**

Ampliar o número de Varas Digitais.

**Justificativa 5:** A tendência da modernização no Judiciário é busca da celeridade com segurança e economia.

As Varas Digitais têm apontado para tal trinômio. Assim, na medida em que o Tribunal conta com experiências positivas que estão sendo adequadas e aprimoradas, novas Varas “sem papel” deverão ser criadas. A primeira prioridade é a instalação do sistema SAJ nas Varas das Execuções Criminais.

**Ação 5:** Instalar o sistema SAJ nas Varas das Execuções Criminais. (TJSP, 2010, p.13)

A utilização dos canais digitais como forma de comunicação entre o prestador de serviço e o consumidor também é apresentada como de grande importância para uma melhoria da prestação de serviço judicial, bem como a instrumentalização do governo eletrônico.

#### **Objetivo 11**

Utilizar os portais da Internet como canal de comunicação e de transparência, inclusive para publicação de informações administrativas de interesse público.

**Justificativa 11:** Utilizar o Portal Internet para divulgação de matéria de interesse da sociedade, nele inserindo, ainda, os dados necessários atinentes à Justiça em Números de São Paulo e todos aqueles que se fizerem necessários para dar cada vez mais transparência à Justiça Paulista.

**Ação 11:** Inserir no Portal, gradativamente, dados que resultem em maior transparência e outros que divulguem com maior clareza os serviços desenvolvidos, colocados à disposição da sociedade. (TJSP, 2010, p.16)

No Objetivo 17, o Planejamento Estratégico enuncia categoricamente que é prestador de serviços, serviços que também são oferecidos pela internet, bem como o de Portal de Custas, que trata das custas processuais, que o usuário da Justiça deve recolher.

#### **Objetivo 17**

Aperfeiçoar o sistema de divulgação, em tempo real, de andamento dos processos e de outros serviços via Internet.

**Justificativa 17:** Aprimorar a divulgação, em tempo real, de todos os atos do processo pela Internet, e oferecer, pelo mesmo sistema, outros serviços para diminuir o fluxo de pessoas aos cartórios e para que os feitos tenham maior celeridade.

**Ação 17:** Implementar o Portal de Custas do Tribunal.  
(TJSP, 2010, p. 18)

Encontramos, portanto, no texto, objeto desse estudo, todas as características que tornam a relação judiciário x cidadão um fornecedor de serviços x consumidor e também todos os aspectos que fizeram com que o Poder Judiciário atingisse o patamar de prestador de serviço público.

## 2. SUSTENTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Sustentabilidade deve ser entendida por um conceito mais amplo. É tudo aquilo que se sustenta, que tem a possibilidade de se manter vivo, o que nos dá a liberdade de explorar diversos ramos econômicos. A sustentabilidade vem tomando destaque, inclusive no meio digital, por conta da globalização e da insustentabilidade<sup>5</sup>, exigida pelos valores pós-modernos, que tornou a vida acelerada e descartável.

No universo discursivo da internet, ela também se encontra presente. Os serviços, os *sites* e os usuários devem ser sustentáveis, e até mesmo o sistema não deve ser interrompido; deve se sustentar. As ferramentas virtuais e as operações eletrônicas também estão imersas em novos conceitos de sustentabilidade. No Brasil, a principal preocupação que envolve a sustentabilidade é o acesso universal à web. O texto de Wilson Vedana, consultor da Câmara dos Deputados, prevê e descreve essa sustentabilidade:

O título deste artigo poderia ser também “*Modelos de Sustentabilidade de uma Internet para Todos*”. Este talvez fosse um título mercadologicamente mais correto, mas não transmitiria a ideia central que o permeia, que é a de que é possível implantar uma Internet, em banda larga, pela qual o usuário nada tenha que pagar, ao menos diretamente.

Isto porque existe uma tendência crescente, no Brasil e no mundo, para que a Internet em banda larga seja fornecida a toda a população, gratuitamente, ao menos em velocidade básica. “Como não há almoço grátis”, isto pressupõe um modelo de sustentabilidade diferente do adotado até agora, baseado no pagamento pela conexão, pelo tráfego, ou por ambos. (VEDANA, 2012)

Segundo as premissas do governo eletrônico no Brasil, a sustentabilidade se dá também por meio da interoperabilidade dos serviços prestados pelo governo ao cidadão e na disponibilidade de serviços pela internet. Dessa forma, se encontra ligada à

<sup>5</sup> Insustentabilidade no sentido da rapidez com as coisas perdem o valor.

noção de desenvolvimento, visto que é uma nova ideologia dominante e inquestionável.

Desenvolvimento é uma das noções mais inclusivas existentes no senso comum e na literatura especializada. Sua relevância na organização das relações sociais, políticas e econômicas levou alguns antropólogos a considerá-la não apenas como “uma das ideias básicas na cultura moderna da Europa Ocidental” (DAHL e HJORT 1984,p.166) mas também “algo como uma religião secular”, inquestionável, já que “se opor a ela é uma heresia que é quase sempre severamente punida” (MAYBURY-LEWIS, 1990, p. 1). (RIBEIRO, 2000, p. 131)

A visão desenvolvimentista e sua obrigatoriedade para o mundo pós-moderno, passou a ser uma obrigação nas pautas políticas, econômicas e em diversos ramos da vida cotidiana, juntamente a ela está a noção de sustentabilidade, pois que o desenvolvimento deve ser autosustentado (ou somente sustentável), voltando para uma teoria evolutiva, já superada.

A sustentabilidade entra em pauta por conta do fim das ideias predatórias sobre o capitalismo, bem como com a falência do sistema político comunista. Antes desses discursos, o discurso evolucionista, já falido desde o fim da segunda guerra mundial, parece retornar, com a máscara de sustentabilidade e modernização digital constante. O discurso do ambientalismo engloba a sustentabilidade e a volta a uma vida ligada à natureza, bem como a necessidade de melhoria constante das condições da vida humana, dentro de uma escala evolutiva, cujo fim esperado (evolução do ser humano), parece nunca ser atingido. Este novo discurso foi apropriado pelas elites discursivas, como obrigatoriedade para o mundo.

Sintetizando: no momento em que se assiste à perda da eficácia relativa de algumas principais ideologias/utopias ancoradas no século XIX, vemos a penetração, por um lado, do pós-modernismo, um discurso antiutópico e in-fenso a categorias, interpretações e propostas totalizantes e, por outro lado, do ambientalismo se traduz na sua transformação em movimentos sociais e na sua visível penetração nos sistemas de decisão contemporâneos. É, hoje, um interlocutor aceito pelos principais participantes do campo da discussão sobre desenvolvimento. (RIBEIRO, 2000,p. 138)

O texto do Planejamento Estratégico também prevê a sustentabilidade e tem na celeridade o meio para atingir a sustentabilidade; dando a impressão que não é a

celeridade pura, mas sim, a ‘celeridade segura’. Isso seria, conforme a descrição do texto, uma decisão célere, como se houvesse uma justiça universal, agindo de forma transparente e com a fiscalização disponível a todos.

Cedição é o entendimento de que só poderemos conquistar e ser merecedores de uma confiança maior se tivermos condições de decidir com celeridade, sem perder a segurança; se garantirmos o acesso ao sistema a todos; se agirmos com transparência, inclusive, para demonstrar a imparcialidade, a ética, probidade e eficiência com que atuamos em nossos atos. (TJSP, 2010, p. 2)

É preciso termos em mente que o conceito de sustentabilidade é ligado à ideologia da sustentabilidade, no qual existe um ocultamento da realidade, acortinando os problemas reais e trata os sistemas políticos e econômicos com a bandeira de serem sustentáveis. A sustentabilidade ganha força quando falamos em informatização dos sistemas, pois que, informatizados, eles não apenas se desenvolvem (evoluem), mas também se revestem de maior qualidade com celeridade.

O Planejamento Estratégico prevê essa responsabilidade sustentável por meio de mudanças na atitude dos funcionários, da busca de responsabilidade social e ambiental. Determinou a redução do consumo de energia elétrica e de água, pela manutenção dos sistemas. Essas medidas se dão por meio de campanhas educativas, fazendo parte do princípio da eficiência.

#### **Objetivo 14**

Promover ações de responsabilidade social e ambiental, atuando de forma a garantir a sustentabilidade por meio de ações educativas, de inclusão social e de práticas ecoeficientes. (TJSP, 2010, p. 17)

O acesso físico também faz parte da responsabilidade sustentável, pois deve ser garantido a todos o acesso físico aos locais públicos. O Planejamento Estratégico reconhece a falta de acesso aos deficientes e propõe a realização de obras de acessibilidade.

#### **Objetivo 13**

Fazer adaptações necessárias nos prédios existentes e cuidar para que os novos sejam dotados de facilidades para acesso de pessoas com deficiência física. (TJSP, 2010, p. 16)

O acesso constitucional à justiça (princípio de acesso à justiça), não foi esquecido e deve acontecer de forma sustentável, satisfatória às necessidades sociais, à melhoria dos métodos de trabalho e ao uso responsável e adequado dos recursos. O texto prevê



quatro ações específicas, descritas com a finalidade de prestar um serviço sustentável ao cidadão:

- **Sociedade:** ações para atender às necessidades e expectativas dos usuários/cidadãos, visando valores que envolvem: acessibilidade, celeridade, credibilidade, ética, imparcialidade, modernidade, probidade, responsabilidade social e ambiental e transparência. Esta perspectiva direciona as ações para as necessidades e a satisfação dos usuários/cidadãos; (TJSP, 2010, p. 5)

A acessibilidade aqui descrita é a da Justiça, envolvendo o usuário/cidadão. O texto descreve que uma de suas finalidades é atender as necessidades e a satisfação do público. O que o Planejamento Estratégico descreve como processos internos é a adequação e o respeito aos valores ambientais existentes (construtores da pós-modernidade).

- **Processos Internos:** ações para melhoria e modernização constantes dos métodos de trabalho, visando a atuação institucional, responsabilidade social e ambiental e eficiência do serviço. Esta perspectiva analisa os procedimentos de trabalhos críticos para a Organização, visando melhoria constante; (TJSP, 2010, p. 5)

O texto afirma, categoricamente, que a responsabilidade ambiental se daria por meio de um processo de melhoria e modernização constante dos métodos de trabalho. Certamente que a importância dos produtos da informação faz parte integrante dessa modernização e melhoria, como demonstra todo o conteúdo do texto. Manuel Castells afirma que a urgência da adequação tecnológica é uma obrigatoriedade, como uma das formas, senão a única, para solucionar os problemas da humanidade - também vista como quase a única maneira para solucionar os problemas do Poder Judiciário do Estado de São Paulo. É preciso que tenhamos a certeza de que o uso das tecnologias da informação para a solução dos problemas da humanidade não é nova; mas constituiu-se em uma saída possível e sustentável, para uma Justiça que se mostra impossível de agradar a toda a sociedade.

Desta forma, a aceitação do extraordinário caráter da revolução tecnológica em curso comportaria a aceitação, no essencial, da proposta segundo a qual a ciência e a tecnologia, utilizadas racionalmente, solucionarão os principais problemas da humanidade. Ainda reconhecendo obstáculos no processo de difusão e desenvolvimento, a crítica aos usos da tecnologia se identifica com resistência obscurantista à mudança social. A ideologia da bondade tecnológica e a ideologia

de uma globalização fundamentalmente orientada pela lei do mercado reforçam uma a outra. Em ambos os casos, desaparece a sociedade como processo autônomo de decisão em função dos interesses e valores de seus membros, submetidos a forças externas do mercado e à tecnologia. (CASTELLS, 2006, p. 226)

O uso eficiente e responsável dos recursos também é atitude sustentável, prevista no Planejamento Estratégico. O texto fala em ações, infraestrutura e tecnologia, pretendendo ainda estabelecer e atingir o sucesso da instituição judicial. Esse recurso aqui descrito não é o recurso financeiro, mas o material, de infraestrutura e de tecnologia disponível para o aprimoramento do Poder Judiciário. A previsão de utilização eficaz de recursos financeiros veio com nome de orçamento. Ela prevê a sustentabilidade dos recursos orçamentários e financeiros, tal sustentabilidade é ligada ao princípio da eficiência, por meio de gastos públicos responsáveis.

**Recursos:** ações para promover o desenvolvimento das pessoas, da infraestrutura e da tecnologia, bem como seu bom aproveitamento. Esta perspectiva direciona a atenção para as pessoas, para a infraestrutura e para a tecnologia, necessária ao sucesso da instituição;

[...]

**Orçamento:** ações para utilizar, de forma adequada, os recursos orçamentários e financeiros. Essa perspectiva reúne os objetivos estratégicos ligados à utilização adequada dos recursos orçamentários e financeiros. (TJSP,2010,p.5).

Essa múltipla vertente do Poder Judiciário quanto à sustentabilidade é descrita por diversos pesquisadores que estudam as dimensões apontadas pelo desenvolvimento sustentável que passa, necessariamente, pela mudança da atuação política estatal. Novamente, a dimensão do desenvolvimento sustentável tem aspecto tridimensional, envolvendo vertentes econômicas, biofísicas e sociopolíticas.

### 3. A DEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

A divisão de poderes descrita por Montesquieu previa um equilíbrio entre os poderes estatais, de forma que cada órgão atuasse com uma função e fosse fiscalizado. Nunca houve, desde a instauração do Estado em três poderes distintos, a liberdade completa da atuação na sociedade. Se assim fosse, faria parte de abuso de poder, pois,

a balança deve estar equilibrada, não sendo permitido que qualquer um exerça mais 'poder' que o outro.

Hely Lopes Meirelles conceitua os Poderes do Estado da seguinte forma:

Esses poderes são imanentes e estruturais do Estado, a cada um deles correspondendo a uma função que lhe é atribuída com precípua. Assim a função precípua do Poder Legislativo é a elaboração da lei (função normativa); a função precípua do Poder Executivo é a conversão da lei em ato individual e concreto (função administrativa); a função precípua do Poder Judiciário é a aplicação coativa da lei aos litigantes (função judicial). Referimo-nos à função precípua de cada Poder do Estado porque, embora ideal fosse a privatividade de cada função para cada Poder, na realidade isso não ocorre, uma vez que todos os Poderes tem a necessidade de praticar atos administrativos, ainda que restritos a sua organização e seu funcionamento, e, em caráter excepcional, admitido pela Constituição, desempenham funções e praticam atos que a rigor seriam do outro Poder. O que há, portanto, não é a separação de Poderes com divisão absoluta de funções, mas, sim, distribuição das três funções estatais precípua entre órgãos independentes, mas harmônicos e coordenados no seu no seu funcionamento, mesmo porque o poder estatal é uno e indivisível. (MEIRELLES, 1989, p. 51)

O doutrinador prevê a mudança da função precípua. Descreve que a função de cada Poder é capaz de se modificar; um interferindo no exercício do outro. Ressalta a independência dos Poderes e a importância imensa para a sociedade. Tanto que, ao classificar o Poder Judiciário, descreve-o como um órgão independente.

Órgãos independentes – Órgãos independentes são os originários da Constituição e representativos dos Poderes do Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário – colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um Poder pelo outro. Por isso também chamados de órgãos primários do Estado. (MEIRELLES, 1989, p. 61)

Celso Fernandes Campilongo descreve a dependência da atuação do Poder Judiciário como uma consequência inerente a sua função de aplicador das leis aos casos concretos.

Em resumo: a função do sistema político – tomar decisões coletivas – não se confunde com a do sistema jurídico – garantir os direitos. Apesar dessa diferenciação, o sistema político fornece ao sistema jurídico prestações fundamentais, vale dizer, as premissas decisórias (leis) e o reforço da eficácia das decisões jurídicas (polícia, prisões, enfim, os meios coercitivos). Igualmente relevantes são as prestações dadas no sentido inverso, isto é, do sistema jurídico ao sistema político, na forma de legitimação das decisões políticas (aplicação das leis) e de oferecimento das premissas para o uso da violência (regulação jurídica do monopólio estatal da força). Por isso, apesar de paradoxal, quanto maior a independência de um sistema maior também a dependência em relação ao outro. (CAMPILONGO, 2001, p. 78)

Entendemos correta a análise do doutrinador. Não há, como indicava Hely Lopes Meirelles, independência real dos Poderes, que são dependentes entre si. No entanto, quando se declara dependente, o texto do Planejamento Estratégico, além de negar a independência, ainda expõe que não se trata de harmonia de atuações, no qual um campo invade o outro precipuamente, mas de uma dependência real, a dependência financeira. O texto descreve:

Efetivamente, a não independência do Poder Judiciário vem impedindo que ele se modernize, se aparelhe, se estructure no campo material e humano de forma adequada e necessária. (TJSP, 2010, p. 2)

A gravidade dessa afirmação deve ser considerada, visto que os Poderes são e devem ser independentes, e a partir do momento que isso deixar de ocorrer, descaracteriza a noção da atuação do Judiciário como um dos Poderes da República, sendo apenas prestador de serviço. O Poder Judiciário demonstra no texto que não é soberano, mas está abaixo do CNJ, órgão fiscalizador e vinculativo.

Fica evidente que toda essa situação incomoda o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: o uso constante da expressão “Não só em observância ao que ficou estabelecido na Resolução 70 do CNJ” (TJSP, 2010, p. 2) ou “em especial com o próprio Conselho Nacional de Justiça” (TJSP, 2010, p. 3) ou “além de atender as normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça” (TJSP, 2010, p. 9), ou “que se afinam com os fixados na Resolução 70/2009” (TJSP, 2010, p. 9), ou iniciar seu texto com a frase, são descrições, em primeira análise, positivas, mas que, no contexto, são entendidas como negativas. Até mesmo a constante em querer agradecer é característica de negatividade da situação em que o Tribunal se encontra perante o CNJ, ou seja, em uma posição de

inferioridade. Perde a condição de autoridade máxima da Justiça, dando ao Conselho total condição de decidir sobre a atuação do Judiciário no país. A situação é de extrema gravidade, tanto que foi criada uma corregedoria própria, não estando carente de órgão fiscalizado, como fizeram parecer os instrumentos de *marketing*, que legitimaram o CNJ perante a população.

É manifestamente claro o papel e o monopólio que a Carta Magna atribui ao Judiciário. Assim, é inquestionável que a sua missão perante a sociedade é a de fazer Justiça, servir como garantidor dos direitos fundamentais da pessoa humana e, conseqüentemente (sic), como instrumento de estabilidade social. (TJSP, 2010, p. 2)

O único monopólio legítimo é a Constituição Federal - fato que também é mencionado no texto - restando para nós uma pergunta difícil: a possibilidade de uma Emenda Constitucional modificar os Poderes do Estado. Consta no art. 60, § 4º da Constituição que a separação dos Poderes não pode ser modificada; sequer pode ser proposta uma Emenda sobre esse assunto.

O próprio Poder Judiciário afirma não ser um órgão independente, sem referir à sua vinculação às normas constitucionais, que se afirmam pela legitimidade do monopólio constitucional, nem sequer ao CNJ, que obviamente atrapalha, mas não engessa completamente o Poder. Aqui, se faz referência ao Poder Executivo, que retém a verba orçamentária do Judiciário: “(...) impede que ele se modernize, se aparelhe, se estruture no campo material e humano”.

Ignorando os designios da instituição e tendo em vista a vontade da lei e a incoerência dessas afirmações, o Poder Judiciário não poderia ser manipulado e comandado, o que constitui um verdadeiro abuso de poder. Paradoxo ainda maior é o fato de que o poder que causa a reforma agora a inviabiliza quase que totalmente.

As ameaças mais relevantes detectadas foram: escassez de recursos e cortes orçamentários; pouco conhecimento da sociedade sobre os serviços prestados pelo Poder Judiciário; agravamento dos problemas sociais (desemprego, falta de moradias, falta de atendimento médico, etc.); superpopulação carcerária e falência do sistema prisional; falta de atualização da legislação processual, em especial no que tange à parte que trata de recursos, que está inadequada e emperrando a máquina judiciária; e, finalmente, aumento crescente dos litígios na sociedade. (TJSP, 2010, p. 8)

A falta de habilidade do Poder Legislativo para criar leis compatíveis com o sistema da Justiça é aqui uma ameaça. No entanto, temos de ponderar o seguinte: qualquer lei que diminuísse o acesso à Justiça, impedindo os recursos, seria inconstitucional, ainda que pese a própria Emenda Constitucional de Reforma do Judiciário, que criou a Súmula Vinculante, determinando a relevância jurídica. Essa legislação não bastou ao Judiciário Paulista, que ainda entende que a quantidade de recursos impede a realização de uma justiça célere e justa, representando uma ameaça.

#### 4. CONSIDERAÇÕES

Os discursos estudados foram acompanhando as políticas públicas, se moldando ao momento político em que vivemos, criando uma base comum de informações quase sempre inquestionáveis pelo sujeito ouvinte, que tem pouca ou nenhuma opção para contestações.

Novamente, percebemos o discurso a respeito da necessidade de reformas sob a ideia de evolução social, bem como a importância que é dada para a informatização dos sistemas sociais, evidenciando se essa é uma preocupação dos atores estatais. Constando-se que a informatização facilita e possibilita a realização da sociedade do espetáculo, e do controle do Estado frente ao cidadão, que novamente, não é chamado a contestar, reduzindo-se o seu papel ao de aceitar e se render às novas tecnologias existentes.

A visão do Tribunal como prestador de serviço de justiça implica diretamente na transformação das partes processuais em consumidores dessa prestação de serviço, por isso, foram analisados os parâmetros de consumidor e prestador de serviço, dentro de um estudo de direito do consumidor. Nessa perspectiva, entendemos que o serviço público é também abarcado pelas relações de consumo; que pessoa pública também é fornecedor; cidadão é quase sempre destinatário final dos serviços públicos prestados. No caso da Justiça, não há dúvida de que as partes processuais são os destinatários finais, e que a prestação de serviços é a aplicação da lei ao caso concreto. No entanto, devido à relação de poder existente entre o cidadão e o governo, o consumidor de serviço da justiça encontra-se em situação de extrema vulnerabilidade diante do Poder Judiciário.

Assim, mais uma vez pudemos perceber que a informatização é ditada como solucionadora para todos os problemas, pois a transformação do Poder Judiciário em prestador de serviço de Justiça passa pelo processo de informatização, que é tido como a forma mais eficaz de melhorar esse serviço, lembrando que o Estado centralizador, burocrático e autoritário foi superado, com o advento do Estado neoliberal, afinado com a agenda econômica mundial do processo de globalização, em que o próprio

Estado assume função econômica, se dizendo prestador de serviços e não mais detentor de poder e centralizador de todo o bem público.

Por sua vez, seguindo a necessidade do discurso ambientalista, advindo da globalização, demonstra que o Planejamento Estratégico englobou os valores da sustentabilidade. No entanto, a pesquisa não tratou apenas da sustentabilidade ambiental, mas também da sustentabilidade do próprio Poder Judiciário que decorre da ideologia mais ampla relativa à sustentabilidade criada pelas elites após o fim das ideologias capitalistas e comunistas, resultando que atualmente a sustentabilidade tornou-se discurso dominante, o que exigiu a necessidade de haver sustentabilidade da própria instituição do Poder Judiciário: sustentabilidade financeira, sustentabilidade ambiental e em razão disso há a previsão em diversos aspectos descrita no texto do Planejamento Estratégico, que assume a responsabilidade de ser um Poder Judiciário sustentável, mas, por outro lado, não prevê as condições para que esse parâmetro se efetive.

Os diversos tipos de dependência do Poder Judiciário, no qual identificamos as diversas formas de dependência do Poder Judiciário e sua adequação ao modelo de separação de poderes existente no Brasil, verificando o fato de extrema gravidade de o próprio Poder Judiciário se declarar dependente, assumindo um papel totalmente diferente daquele ditado pela Constituição Federal, que descreve o Judiciário como Poder, sendo pautado pela independência. A análise do discurso demonstra que tal afirmação não ocorre por conta de que o Poder Judiciário tem função precípua, mas que ela pode ser modificada e não é privativa, mas uma dependência verdadeira. O Poder Judiciário se coloca abaixo dos demais poderes, se dizendo dependente dos demais poderes da república e essa situação incomoda ao Tribunal e é causada, principalmente, pela condição da crise entre os Poderes da República, sugerindo que o Tribunal se preocupa mais com essa situação do que com a realização efetiva das reformas.

Concluindo, salientamos que não nos propusemos a expor todas as possíveis conclusões a que uma análise como a empreendida poderia conduzir, pois, adotamos a postura metodológica segundo a qual a tarefa do analista discursivo é o desvelamento, e não a tomada de conclusões, para não cair no efeito subjetivo da pesquisa. Por conta disso, é possível que o texto do Planejamento Estratégico seja apreendido como mero discurso, sem qualquer aplicação prática, cabendo ao leitor, após a presente explanação, seguir as próprias convicções.

## Referências

BOURDIEU, P. *A distinção – crítica social do julgamento*. Tradução de Daniel Kern; Guilherme J. F. Teixeira. 1ª reimpressão. São Paulo: Edusp, 2008.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal*. São Paulo: AASP, 2008.

\_\_\_\_\_. Ministério da Ciência e Tecnologia. *Livro Branco: ciência, tecnologia e inovação*. Brasília, Jun. 2002.

\_\_\_\_\_. Ministério da Ciência e Tecnologia. *Livro Verde: sociedade da informação no Brasil*. Brasília, Set. 2000.

CAMPILONGO, C. F. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIA, J. E.. *O direito na economia globalizada*. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

IHERING, R. V. *A luta pelo direito – texto integral*. Tradução de João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.

LUCCA, N. DE.. *Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LYOTARD, J. F. *A condição pós-moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 8. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004.

MEDAUAR, O.. *Direito Administrativo Moderno*. 5. ed. São Paulo, RT, 2001.

MEIRELLES, H. L.. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. atualizada pela Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

REALE, M.. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, G. L.. *Cultura e Política no Mundo Contemporâneo*. Brasília: UNB, 2000. p. 138.



ROCHA, Z. M. DA. *A reforma do judiciário*. Uma avaliação jurídica e política. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, A. L. L. DOS; ANDRADE, R. E. DE. (Coord.). *Direito e política*. Nos marcos da interdisciplinaridade. Campinas: Edicamp, 2003.

### **Artigos Jurídicos**

ASCENÇÃO, J. O.. *Propriedade intelectual e internet*. Texto correspondente à Conferência pronunciada na II Ciberética, Florianópolis, 14.XI.03. Disponível em: <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira1.pdf>.

BARBOSA, M. A.. *Pós-modernidade: a identidade – real ou virtual? Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 5, n. 8, p. 75 – 92, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/viewFile/358/215>.

CASTELLS, M.. Inovação, liberdade e poder na era da informação. In: MORAES, D. (Org.). *Sociedade midiaticizada*. Traduções de Carlos Frederico Moura da Silva, Maria Inês Coimbra Guedes e Lucio Pimentel. Rio de Janeiro: Mauad, 2006.

DINIZ, E. H.; BARBOSA, A. F.; JUNQUEIRA, A. R. M. ; PRADO, O.. O governo eletrônico no Brasil: perspectiva histórica a partir de um modelo estruturado de análise. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro n.43, jan/fev 2009, p. 23-48. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122009000100003&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122009000100003&lang=pt). Acesso em: 08 mar. 2012.

MEDEIROS, P. H. R.; GUIMARÃES, T. A. DE. A institucionalização do governo eletrônico no Brasil. *Revista de Administração de Empresas*, vol. 46, n.4. São Paulo, out/dez 2006. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-75902006000400007&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75902006000400007&lang=pt).

MIGUEL, L.F. Os meios de comunicação e a prática política. *Revista Lua Nova* [S.L.] n. 55 – 56 – 2002, p. 156 – 184. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n55-56/a07n5556.pdf>.

VEDANA, V.. O futuro da Internet gratuita. *Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados*. Disponível em: [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1161/futuro\\_Internet\\_vedana.pdf?sequence=3](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1161/futuro_Internet_vedana.pdf?sequence=3). Acesso em: 2 mar. 2012.

**Páginas de internet:**

TJSP. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Planejamento Estratégico*. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/PlanejamentoEstrategico/PlanejamentoEstrategicoTjspFinal.pdf> . Acesso em: 30 ago. 2010.

TJSP. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Comunicado CG n.º 125/2011*. [http://www.tj.sp.gov.br/Handlers/FileFetch.ashx?id\\_arquivo=28050](http://www.tj.sp.gov.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=28050).



# INFRAÇÕES PENAIS COMETIDAS EM FACE DOS BENS AMBIENTAIS CULTURAIS PELOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E SEUS RESPECTIVOS INSTRUMENTOS DE TUTELA

*Daniel Soares de Arruda Filho<sup>1</sup>*

## **Introdução**

Nesta valiosa oportunidade, falaremos dos impactos cometidos pelos meios de comunicação, em desfavor dos bens ambientais culturais protegidos tanto no âmbito constitucional, quanto em legislações esparsas; bem como das consequências jurídicas (sanções penais) a serem aplicadas em desfavor de referidos infratores; à luz das disposições constitucionais e infralegais, constantes de nosso Ordenamento Jurídico.

Para tanto, objetivando dar vazão à nossa exposição, far-se-á necessário abordar-mos algumas noções elementares sobre o meio ambiente cultural e a sociedade da informação (em que os meios de comunicação evidentemente estão inseridos).

Necessário também tecermos alguns conceitos sobre crimes cometidos pelos meios de comunicação contra os bens ambientais culturais, e a sua consequente responsabilidade civil e penal; além de a tentativa de ampliar o conceito de “poluição”, da mais recorrente “poluição ambiental natural”, para incluir-se a “poluição ambiental cultural”.

Trataremos ainda dos fundamentos constitucionais do Direito Ambiental, e a sua relação com a aplicação das sanções penais ambientais em face dos meios comunicacionais; previstas tanto no próprio texto constitucional, quanto em legislações infraconstitucionais esparsas; tais como: a Lei de Crimes Ambientais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso, a Lei de Combate ao Racismo; e por fim, os Crimes contra a Honra, previstos no próprio Código Penal.

Ao final, procuraremos demonstrar que, ao contrário do que defende parte da doutrina; não existe, por ora, necessidade de um novo marco regulatório a versar sobre figuras típicas penais descritivas de ofensas causadas pelos meios de comunicação; eis que o Ordenamento Jurídico pátrio efetivamente possui em seu bojo, previsão legal suficientemente ampla a versar sobre a matéria; conforme veremos adiante.

---

<sup>1</sup> Advogado em São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, SP. Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (SP).

Conforme o exposto, e sem a pretensão de esgotarmos o tema em tão singelo trabalho, antes de ingressarmos diretamente no mérito de nossa pesquisa, procuraremos, então, abordar questões de suporte pertinentes ao tema, que facilitarão o entendimento de nosso trabalho como um todo.

## **1. NOÇÕES ELEMENTARES SOBRE MEIO AMBIENTE CULTURAL, COMUNICAÇÃO, E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

O art. 215 de nossa Constituição Federal dispõe sobre o meio ambiente cultural: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. [*grifo nosso*].

Note-se que o supracitado artigo menciona expressamente que o Estado apoiará e incentivará a difusão das manifestações culturais; que, a nosso ver, necessariamente dar-se-ão por meio de os meios comunicacionais (aulas, palestras, livros, jornais, revistas, rádio, televisão, cinema, teatro, internet, videogames, etc.).

Dá a importância do estudo e análise, sob o enfoque jurídico, quanto às iniciativas desempenhadas pelos meios de comunicação em nosso contexto social contemporâneo; pois, conforme já vimos, a difusão das manifestações culturais dar-se-ão necessariamente (exclusivamente) por meio de os meios comunicacionais.

Já o art. 216 de nossa Carta Constitucional, dispõe sobre o patrimônio cultural brasileiro:

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (*grifos nossos*)

Mais uma vez, importante notar que o supracitado artigo determina que fazem parte de patrimônio cultural brasileiro as formas de expressão, e os espaços destinados às manifestações artístico-culturais; que, a nosso ver, necessariamente se darão por meio de os meios comunicacionais (aulas, palestras, livros, jornais, revistas, rádio, televisão, cinema, teatro, internet, videogames, etc).

Necessário frisar nesta oportunidade (embora debateremos o tema com mais profundidade adiante), que o mesmo art. 216, § 3º, determina que: “Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.”

Assim, temos que, em linhas gerais, o próprio texto constitucional dispõe sobre os elementos que compõem o patrimônio cultural brasileiro, dispondo expressamente que a COMUNICAÇÃO integra o patrimônio cultural pátrio; e que os danos e ameaças ao patrimônio cultural brasileiro serão punidos, na forma da lei. Quanto às comunicações, que conforme já vimos, estão inseridas no meio ambiente cultural de nosso Ordenamento Jurídico, temos que o art. 220 da Constituição Federal assim dispõe:

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição .

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no Art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV .

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º - Compete à lei federal:

[...]

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no Art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. (*grifos nossos*)

Dessa forma, temos que a liberdade de expressão, criação, informação e manifestação através dos meios de comunicação, segundo o próprio texto constitucional, não é absoluta; pois deve observar os princípios contidos na própria Carta Constitucional; em especial quanto ao contido nos art. 1º (que estabelecem os fundamentos da República Federativa do Brasil: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e livre iniciativa e pluralismo político); e art. 5º da Constituição Federal (especialmente quanto aos incisos IV, V, X, XIII e XIV: vedação ao anonimato, direito de resposta, indenização por dano material ou moral, inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem; atendimento à qualificação para o exercício profissional e acesso à informação).

Deixa ainda bem claro o texto constitucional, mais uma vez, que as pessoas que forem prejudicadas pelo conteúdo transmitido pelos meios de comunicação, poderão

se defender; em especial quando se tratar de ofensa ao disposto no art. 221 da Constituição Federal; que assim determina:

A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

- I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
- II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
- III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
- IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Com o advento da sociedade da informação, representada pelo avanço tecnológico, e pela convergência da informação e do conhecimento transformados em dados (bytes), que podem ser compartilhados eletronicamente, numa velocidade, quantidade e qualidade jamais vistas na história humana; os meios de comunicação passaram a englobar também os meios comunicacionais eletrônicos (celulares, smartphones, videogames, DVDs, blu-rays, e em especial a internet; por meio de seus infinitos blogs, microblogs, redes sociais, páginas de conteúdo, portais, etc...).

Dessa forma, e levando-se em conta o atual estágio de nosso processo civilizatório, temos que os meios comunicacionais eletrônicos, embora não sejam expressamente mencionados pelos art. 220 a 224 da Constituição Federal, obviamente dele fazem parte integrante; e por consequência, os meios eletrônicos de comunicação estão sujeitos a todas as regras constitucionais direcionadas aos meios tradicionais expressamente mencionados por nossa Carta Constitucional (TV, meio impresso e rádio).

Nesse sentido, o professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo assim se manifesta a respeito do tema:

O meio ambiente digital, por via de consequência, fixa no âmbito de nosso direito positivo deveres, direitos, obrigações e regime de responsabilidades inerentes à manifestação de pensamento, criação, expressão e informação realizados pela pessoa humana com a ajuda de computadores (art. 220 da CF) dentro do pleno exercício dos direitos culturais assegurados a brasileiros e estrangeiros residentes no País (arts. 215 e 5º da CF) orientado pelos princípios fundamentais da Constituição Federal (arts. 1º a 4º). (FIORILLO, 2012, p. 547)

## 2. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO CULTURAL COMETIDOS PELOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Uma vez que, do ponto de vista econômico, parece ser muito mais interessante ingressar com ações judiciais para a reparação de danos materiais e morais (esfera civil) em face de ofensas causadas pelos meios de comunicação; referidas lesões, de repercussão civil, parecem supostamente ser muito mais corriqueiras.

Outrossim, a influência ou dizendo mais propriamente: o temor causado pelo poder da mídia, faz com que não só as pessoas comuns, que eventualmente possam sentir-se ofendidas criminalmente por iniciativas perpetradas pelos meios de comunicação, mas também as próprias autoridades públicas (Ministério Público, por exemplo), que teriam o dever legal de combater as lesões ou ameaças de lesões realizadas pelos meios comunicacionais; muitas vezes quedam-se inertes em face de boa parte das infrações de âmbito penal cometidas pelos órgãos de imprensa.

Entretanto, é sabido que, além das consequências civis, uma lesão ambiental cultural, causada por um dado meio de comunicação, também poderá gerar repercussões na esfera penal; conforme veremos a seguir.

O professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo menciona, em sua já anteriormente citada e célebre obra, jurisprudência interessantíssima sobre o tema:

Recurso de jornal que divulgou e-mail em situação constrangedora é arquivado

Sob o argumento de que era intempestivo (apresentado fora do tempo processual adequado), o presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ministro César Asfor Rocha, determinou o arquivamento de um recurso apresentado pela editora do jornal 'Diário da Manhã', de Pelotas (RS). Com o recurso, a empresa pretendia reformar sentença desfavorável num caso envolvendo a divulgação do nome do remetente de um e-mail em situação constrangedora. A controvérsia teve origem em outubro de 2004, quando o referido jornal publicou, na seção intitulada 'Coluna do Meio', uma nota em que um servidor público tem seu nome expressamente citado. O espaço é assinado por "Capitão Gay", pseudônimo do colunista responsável pela seção. O servidor sentiu-se ofendido, tanto pelo teor do texto, que sugeria que ele fosse homossexual, quanto pela divulgação em si, já que jamais teria enviado e-mail ao jornal ou ao colunista para tratar de assuntos dessa natureza.

[...]



Na decisão, o valor da reparação foi reduzido para R\$ 3.000,00. A justificativa foi de que o autor da ação é funcionário público que litiga com gratuidade e a editora é de pequeno porte. Além disso, o colunista responsável pela nota é advogado e colaborador do periódico, não mantendo vínculo de emprego com a companhia jornalística. (FIORILLO, 2012, p. 544)

Dessa forma, a despeito de seu exercício (em maior ou menor grau) pelos prejudicados ou interessados, faz-se necessário mencionar que nosso Ordenamento Jurídico também prevê sanções de ordem penal para certas condutas típicas, cometidas em desfavor do patrimônio cultural (e de seus destinatários), pelos meios de comunicação; conforme apontam alguns julgados mencionados pelo professor Fiorillo:

Processo de Gilmar Mendes contra jornalistas será julgado em São Paulo

O processo movido pelo ex-presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) Gilmar Mendes contra os jornalistas Paulo Henrique Amorim, Mino Pedrosa, Luiza Villaméa e Hugo Marques, por calúnia e difamação, será julgado pelo Juízo Federal da 4ª. Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo. Os jornalistas publicaram matérias supostamente caluniosas dirigidas ao ministro do STF no site *Conversa Afiada*, mantido por Amorim, e na *Revista Isto É*. A decisão é do Ministro Arnaldo Esteves Lima, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao decidir conflito negativo de competência entre a vara paulista e a 10ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal (*grifo nosso*).

[...]

STJ, AG 1295699, j. 20.05.2010. (FIORILLO, 2012, p. 543)

Observemos a seguir, outro julgado bastante interessante sobre o mesmo tema, citado pelo renomado autor:

O superior Tribunal de Justiça julgou em 18 de dezembro de 2001 (HC 15155 – Impetrante: Werner Cantalício João Becker; Impetrado: Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul), tendo como relator o ilustre Ministro Gilson Dipp, a

incitação ao preconceito ou à discriminação de raça ou prática racista, mantendo a condenação de um editor de livros chamado Siegfried Ellwanger por editar bem como vender obras ou mensagens antissemitas, interpretando, pela primeira vez, o art. 20 da Lei nº 7.716/89. (FIORILLO, 2012, p. 445, nota 26) (*grifo nosso*).

Porém, de que forma poderíamos diferenciar as ofensas cometidas em desfavor do patrimônio cultural, cometidas por intermédio de os meios de comunicação, que mereçam uma sanção de ordem civil ou penal? É o que procuraremos tratar no próximo tópico.

### **3. RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL POR OFENSAS CAUSADAS AO PATRIMÔNIO CULTURAL POR MEIO DE OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO**

Parece-nos que, para determinada conduta tornar-se objeto de uma sanção civil ou penal, o critério utilizado pelo legislador será o de política criminal; na medida que utilizará um juízo de valores que determine ser um fato merecedor da sanção civil (mais branda); e outro (mais grave), seja “contemplado” pela sanção penal.

Assim, temos que a conduta será sempre ilícita. Mas a sua gravidade é que elevará o seu status, de um ilícito civil para um ilícito penal.

No dizer do professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

A distinção fundamental trazida pelos doutrinadores está baseada numa sopesagem de valores, estabelecida pelo legislador, ao determinar que certo fato fosse contemplado com uma sanção penal, enquanto outro com uma sanção civil ou administrativa.

[...]

Ontologicamente, como se costuma afirmar, os ilícitos não se diferem, ocorrendo apenas uma distinção de gravidade do ato. Como afirma o i. Magistrado Flávio Augusto Monteiro de Barros: “as razões que inclinam o legislador a conduzir a punição de certos ilícitos na esfera do direito administrativo ou do direito civil, ao invés de puni-lo na órbita do direito penal, são de política criminal”.

Na verdade, a ilicitude é uma só. Em regra, deveria importar sempre uma pena, porém esta é tida como um mal não só para o delinquente sua família, como para o

próprio Estado; obrigado a gastos e dispêndios. (FIORILLO, 2012, p. 153)

Assim, para as condutas típicas lesivas do patrimônio cultural, que merecem uma sanção penal, o legislador infraconstitucional elaborou a Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais); atendendo o disposto no art. 216, § 4º, da Constituição Federal (“os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei”); estabelecendo ainda, a possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria de crimes ambientais.<sup>2</sup>

Obviamente, no caso da pessoa jurídica (cujas penas às mesmas aplicáveis são as de multa, prestação de serviços comunitários, restritiva de direitos, liquidação forçada e desconsideração da personalidade jurídica) o cumprimento da pena restritiva de liberdade (se aplicável ao caso concreto) se dará através do representante legal desta, do administrador ou do responsável direto pelo setor da organização que diretamente tenha relação com a conduta típica; conforme ensina o professor Fiorillo:

Observados os critérios do direito penal constitucional em vigor, entendeu por bem a Carta Magna sujeitar qualquer infrator, seja ele pessoa física (portadora de DNA com atributos que lhe são inerentes por força do meio ambiente cultural), seja ele pessoa jurídica (unidade de pessoas naturais ou mesmo de patrimônios, constituídas tanto no plano chamado “privado” como no plano chamado “público”, regradas por determinação da Constituição Federal em vigor e submetidas a direitos e deveres), às sanções penais ambientais, desde que observada a existência de crime ambiental.

Dessarte, resta evidente que, em face do princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF), caberá ao legislador infraconstitucional, observado o critério de competência definido no art. 22, I, da CF, fixar as sanções penais mais adequadas em decorrência de diferentes hipóteses de responsabilidade criminal ambiental: sanções penais para pessoas físicas, jurídicas de direito privado, jurídicas de direito público, etc.

Claro está que a finalidade maior da Constituição Federal é trazer efetividade e utilidade para o direito criminal ambiental, bem como para o direito penal ambiental, estabelecendo sanções penais concretas para aqueles

---

<sup>2</sup> “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.” (CF, art. 225, § 3º).

que, na ordem jurídica do capitalismo, lesam ou mesmo ameaçam a vida em todas as suas formas. (FIORILLO, 2012, p. 761)

## **4. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO AMBIENTAL E A APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PENAIS**

Para que as sanções penais previstas para as ameaças ou lesões, cometidas pelos meios comunicacionais, em desfavor dos bens culturais e de seus destinatários, tenham eficácia e aplicabilidade; faz-se necessária a observância dos fundamentos constitucionais expressamente previstos em nossa Carta Magna; que analisaremos a seguir.

### **4.1 Estado democrático de direito**

Qualquer sanção penal ambiental só terá eficácia e aplicabilidade, se observar os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, CF); não podendo, portanto, atentar contra a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.

### **4.2. Objetivos fundamentais da República**

Qualquer sanção penal ambiental só terá eficácia e aplicabilidade, se observar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, CF); não podendo, portanto, atentar contra a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

### **4.3 Direitos e Garantias Fundamentais**

Qualquer sanção penal ambiental só terá eficácia e aplicabilidade, se observar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana (art. 5º, CF); não podendo, portanto, atentar contra a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

### **4.4 Piso Vital Mínimo**

Qualquer sanção penal ambiental só terá eficácia e aplicabilidade, se observar o piso vital mínimo (art. 6º, CF); não podendo, portanto, atentar contra a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados.

## **4.5 Proteção do Meio Ambiente**

Qualquer sanção penal ambiental só terá eficácia e aplicabilidade, se observar a proteção do meio ambiente (art. 225, CF); não podendo, portanto, atentar contra o equilíbrio ecológico do meio ambiente, e a defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

## **5. LEI DE CRIMES AMBIENTAIS (LEI FEDERAL Nº 9.605/98)**

### **5.1 Lei Federal nº 9.605/98**

A Lei Federal nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), além de estabelecer as penas aos crimes ambientais cometidos por pessoas físicas (art. 2º), dispõe também sobre as penas aplicáveis às pessoas jurídicas (art. 3º); tratando também das hipóteses em que o juiz poderá declarar a desconsideração da personalidade jurídica da empresa (art. 4º); entre outros aspectos relevantes que trataremos a seguir.

### **5.2 Aplicação da Pena**

A partir de seu art. 8º, a Lei Federal nº 9.605/98 passa a tratar da aplicação das diversas modalidades de penas impostas às diferentes condutas típicas ambientais.

Nota-se claramente que o legislador infraconstitucional utilizou-se francamente dos dispositivos contidos no art. 5º, XLVI da Constituição Federal para dispor sobre a aplicação de penas para crimes ambientais.

Temos como exemplos, a previsão das penas de prestação de serviços comunitários (art. 9º), de interdição temporária de direitos (art. 10), da suspensão de atividades (art. 11), da prestação pecuniária (art.12) e mesmo a de recolhimento domiciliar (art. 13).

Trata ainda a supracitada lei, das circunstâncias atenuantes (artigo 14) e agravantes (artigo 15) para a aplicação da pena; levando em consideração o atual estágio do processo civilizatório em que se encontra nosso país (artigo 14, I e II; e artigo 15, II).

### **5.3 O Inquérito Civil**

Baseando-se claramente no art. 129, III da Constituição Federal, o legislador infraconstitucional estabeleceu também, no âmbito da Lei nº 9.605/98, o instituto do inquérito civil, para fins de perícia para a constatação de dano ambiental (art. 19, § único).

O inquérito civil, desde que respeite rigorosamente o contraditório e a ampla defesa, poderá ser aproveitado na ação penal ambiental, como elemento comprobatório da conduta típica.

## 5.4 Ação Penal

A ação penal ambiental (art. 26 a 28) guarda semelhanças com a ação penal comum; fazendo-se, no entanto, necessário, destacar o objetivo do legislador infraconstitucional em adaptar o teor da Lei nº 9.605/98 às necessidades da tutela ambiental; conforme se depreende da simples leitura dos art. 26 a 28 do dispositivo citado no parágrafo anterior:

Art. 26. Nas infrações penais previstas nesta Lei, a ação penal é pública incondicionada.

Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Art. 28. As disposições do art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações:

I - a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5º do artigo referido no caput, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do mesmo artigo;

II - na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo referido no caput, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição;

III - no período de prorrogação, não se aplicarão as condições dos incisos II, III e IV do § 1º do artigo mencionado no caput;

IV - findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser

novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inciso II deste artigo, observado o disposto no inciso III;

V - esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano.

Quanto à competência jurisdicional da ação penal, após a célebre decisão da 3ª. Seção do Superior Tribunal de Justiça, que por unanimidade decidiu cancelar a sua Súmula 91, que determinava ser de competência da Justiça Federal processar e julgar delitos ambientais (CC 61.588-RJ, DJ 17-9-2007. CC. 88.013-SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 27-2-2008); temos que a Justiça Estadual é a competente (por regra) para processar e julgar delitos ambientais; com a única exceção do envolvimento de bens e serviços de interesse da União, quando então a competência passa à Justiça Federal.

### **5.5 Poluição *lato sensu* e Outros Crimes Ambientais**

A Lei Federal nº 9.605/98, em seus art. 54 a 61, trata diretamente da proteção à incolumidade física e psíquica da pessoa humana, do meio ambiente do trabalho e de outros bens ambientais fundamentais; transcrevendo quase que literalmente o teor do art. 225 da Constituição Federal.

Faz ainda a supracitada lei, alusão às atividades descritas na Lei Federal 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), considerando como crimes as atividades descritas no art. 3º, III 'a' a 'e' desta (a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a biota; afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente e/ou lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos).

Cuidou ainda o legislador infraconstitucional, de tutelar alguns dos pisos mínimos normativos previstos em nossa Constituição Federal (art. 6º, CF); como por exemplo, a proteção ao lazer (art. 54, IV).

Nesse momento, necessário se faz perquirir quanto ao sentido e amplitude que o termo “poluição” juridicamente comporta, tanto no próprio texto constitucional quanto nos textos infralegais inseridos em nosso Ordenamento Jurídico; segundo o atual estágio de nosso processo civilizatório.

É óbvio que, tanto a Constituição Federal, quanto a legislação infraconstitucional (em especial quanto à Lei nº 6.938/81, em seu art. 3º, III 'a' a 'e'), quando mencionam o termo “poluição”, abarcam necessariamente qualquer tipo de poluição, e não somente a que mais recorrentemente cogitamos; qual seja: a poluição ao meio ambiente natural (a folclórica fumacinha cinza, que é ‘aspergida’ pelas indústrias na atmosfera).

Assim, necessário se faz esclarecer também que a poluição ao meio ambiente, quando tratada no texto constitucional, ou mesmo infralegal, abrange qualquer tipo de poluição (a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a biota; afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente e/ou lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos).

A qualidade do meio ambiente cultural degrada-se, por exemplo, quando há um crime de calúnia, injúria ou difamação (poluição ambiental cultural), praticado por um dado meio de comunicação, em desfavor de determinada vítima; segundo o raciocínio que acabamos de explanar.

E assim o é, porque a calúnia, a injúria ou a difamação; praticadas por um dado meio de comunicação, é, parafraseando o próprio art. 3º, III 'a' a 'e' da Lei 6.938/81, uma atividade que direta ou indiretamente prejudica o bem-estar ou cria condições sociais adversas ao destinatário da ofensa; e tratar-se-á, portanto, de uma espécie do gênero “poluição ambiental cultural”; da mesma forma que a já supracitada e folclórica fumacinha cinza ‘aspergida’ pela indústria, poderá ser considerada uma “poluição ambiental natural”.

## **5.6 Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio**

### **Cultural**

O Ordenamento Urbano e o patrimônio cultural ambiental também mereceram a tutela da Lei dos Crimes Ambientais (Lei Federal nº 9.605/98); que buscou salvaguardar a natureza imaterial dos bens ambientais culturais, bem como quanto aos inerentes ao Ordenamento Urbano (moradia, trabalho, consumo, etc).

Os art. 62 a 65 de supracitada lei, a nosso ver, aplicam-se amplamente sobre todo o meio ambiental cultural pátrio disposto em nossa Constituição (artigos 215 e 216); especialmente em relação aos delitos cometidos pelos meios de comunicação em desfavor do patrimônio cultural brasileiro; senão vejamos. O art. 62 da Lei nº 9.605/98 assim dispõe:



Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar:

*I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial (grifo nosso).*

[...]

Pena – reclusão de um a três anos e multa.

Pela inteligência de supracitado dispositivo legal, tendemos a crer que qualquer conduta que vise destruir, inutilizar ou deteriorar um bem cultural, seja ele qual for, inclusive por intermédio dos meios de comunicação, é conduta típica; e sujeitará o infrator a uma pena de 1 a 3 anos de reclusão, mais multa.

Esta seria a regra geral para a sanção das infrações cometidas pelos meios comunicacionais em desfavor do patrimônio cultural nacional.

Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro ainda contém em seu bojo, dispositivos legais específicos, que também tratam da matéria; conforme veremos alguns exemplos no tópico a seguir; sem, no entanto, pretendermos esgotar a temática por meio de tão singela pesquisa.

## **6. CRIANÇAS E ADOLESCENTES, CONSUMIDOR, IDOSOS E RACISMO**

### **6.1 Criança e Adolescente**

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069/90) possui regras muito específicas em relação às limitações dos meios de comunicação em face da criança e do adolescente; regras estas, relativas à prevenção de ofensas, regulação de diversões e espetáculos; programação de rádio, televisão e demais meios de comunicação; venda ou aluguel de fitas de programação em vídeo, revistas e publicações, e casas de jogos; conforme se depreende da simples leitura dos art. 70 a 80 da legislação em questão, transcritos a seguir:

Título III

Da Prevenção

Capítulo I

Disposições Gerais

Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

Art. 71. A criança e o adolescente têm direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Art. 72. As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção especial outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

Art. 73. A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta Lei.

## Capítulo II

### Da Prevenção Especial

#### Seção I

#### Da informação, Cultura, Lazer, Esportes, Diversões e Espectáculos

Art. 74. O poder público, através do órgão competente, regulará as diversões e espetáculos públicos, informando sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

Parágrafo único. Os responsáveis pelas diversões e espetáculos públicos deverão afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza do espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação.

Art. 75. Toda criança ou adolescente terá acesso às diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua faixa etária.

Parágrafo único. As crianças menores de dez anos somente poderão ingressar e permanecer nos locais de

apresentação ou exibição quando acompanhadas dos pais ou responsável.

Art. 76. As emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.

Parágrafo único. Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição.

Art. 77. Os proprietários, diretores, gerentes e funcionários de empresas que explorem a venda ou aluguel de fitas de programação em vídeo cuidarão para que não haja venda ou locação em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente.

Parágrafo único. As fitas a que alude este artigo deverão exibir, no invólucro, informação sobre a natureza da obra e a faixa etária a que se destinam.

Art. 78. As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo.

Parágrafo único. As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca.

Art. 79. As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Art. 80. Os responsáveis por estabelecimentos que explorem comercialmente bilhar, sinuca ou congêneres ou por casas de jogos, assim entendidas as que realizem apostas, ainda que eventualmente, cuidarão para que não seja permitida a entrada e a permanência de crianças e

adolescentes no local, afixando aviso para orientação do público.

Já o art. 149 da mesma lei, trata das medidas judiciais protetivas às crianças e adolescentes, em relação à disciplina de eventos e estabelecimentos que impliquem a participação ou permanência tanto das crianças, quanto dos adolescentes, conforme se depreende da leitura de supracitado dispositivo abaixo transcrito:

Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

I - a entrada e permanência de criança ou adolescente, desacompanhado dos pais ou responsável, em:

- a) estádio, ginásio e campo desportivo;
- b) bailes ou promoções dançantes;
- c) boate ou congêneres;
- d) casa que explore comercialmente diversões eletrônicas;
- e) estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão.

II - a participação de criança e adolescente em:

- a) espetáculos públicos e seus ensaios;
- b) certames de beleza.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

- a) os princípios desta Lei;
- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de frequência habitual ao local;

e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes;

f) a natureza do espetáculo.

§ 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.

Já no título reservado aos crimes praticados em desfavor da criança e do adolescente, temos a previsão de condutas típicas cometidas especificamente pelos meios de comunicação; conforme se depreende da leitura dos artigos transcritos a seguir:

## Título VII

### Dos Crimes e Das Infrações Administrativas

#### Capítulo I

#### Dos Crimes

#### Seção I

#### Disposições Gerais

[...]

Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente: (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracenar. (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime: (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la; (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

[...]

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

I – assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

II – assegura, por qualquer meio, o acesso por rede de computadores às fotografias, cenas ou imagens de que trata o caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

§ 2º As condutas tipificadas nos incisos I e II do § 1º deste artigo são puníveis quando o responsável legal pela prestação do serviço, oficialmente notificado, deixa de desabilitar o acesso ao conteúdo ilícito de que trata o caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

§ 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

§ 2º Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

I – agente público no exercício de suas funções; (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo; (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

§ 3º As pessoas referidas no § 2º deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

[...]

Art. 252. Deixar o responsável por diversão ou espetáculo público de afixar, em lugar visível e de fácil acesso, à entrada do local de exibição, informação destacada sobre a natureza da diversão ou espetáculo e a faixa etária especificada no certificado de classificação:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Art. 253. Anunciar peças teatrais, filmes ou quaisquer representações ou espetáculos, sem indicar os limites de idade a que não se recomendem:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, duplicada em caso de reincidência, aplicável, separadamente,



à casa de espetáculo e aos órgãos de divulgação ou publicidade.

Art. 254. Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em horário diverso do autorizado ou sem aviso de sua classificação:

Pena - multa de vinte a cem salários de referência; duplicada em caso de reincidência a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão da programação da emissora por até dois dias.

Art. 255. Exibir filme, trailer, peça, amostra ou congêneres classificados pelo órgão competente como inadequados às crianças ou adolescentes admitidos ao espetáculo:

Pena - multa de vinte a cem salários de referência; na reincidência, a autoridade poderá determinar a suspensão do espetáculo ou o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

Art. 256. Vender ou locar a criança ou adolescente fita de programação em vídeo, em desacordo com a classificação atribuída pelo órgão competente:

Pena - multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

Art. 257. Descumprir obrigação constante dos arts. 78 e 79 desta Lei:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, duplicando-se a pena em caso de reincidência, sem prejuízo de apreensão da revista ou publicação.

Art. 258. Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo:

Pena - multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

## 6.2 Consumidor

A Lei Complementar nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) contém regras específicas relacionadas à educação, divulgação e informação, por parte dos meios de comunicação, quanto aos produtos e serviços direcionados ao consumidor; disciplinando também sobre os respectivos crimes praticados pelos meios de comunicação em desfavor dos consumidores, quando da indevida e suprarreferida veiculação; conforme veremos a seguir:

### CAPÍTULO III Dos Direitos Básicos do Consumidor

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas à liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

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;

[...]

No tópico reservado à oferta e publicidade de produtos e serviços, assim manifesta-se o CDC:

### SEÇÃO II Da Oferta

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de

comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado (grifo nosso).

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

[...]

### SEÇÃO III Da Publicidade

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

§ 4º (Vetado).

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Concluindo, em relação aos delitos cometidos pelos meios de comunicação em desfavor do consumidor, temos que o CDC prevê as seguintes condutas típicas:

## TÍTULO II Das Infrações Penais

Art. 61. Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes.

[...]

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa:

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade:

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

[...]

Art. 78. Além das penas privativas de liberdade e de multa, podem ser impostas, cumulativa ou alternadamente, observado o disposto nos arts. 44 a 47, do Código Penal:

[...]

II - a publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação;

### 6.3 Idosos

A Lei Federal nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) prevê regras específicas relacionadas a crimes praticados pelos meios de comunicação em desfavor dos idosos; conforme veremos a seguir:

#### CAPÍTULO II Dos Crimes em Espécie

Art. 95. Os crimes definidos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada, não se lhes aplicando os arts. 181 e 182 do Código Penal.

Art. 96. Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade:

Pena – reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem desdenhar, humilhar, menosprezar ou discriminar pessoa idosa, por qualquer motivo (grifos nossos).

[...]

Art. 105. Exibir ou veicular, por qualquer meio de comunicação, informações ou imagens depreciativas ou injuriosas à pessoa do idoso (grifo nosso):

Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

## 6.4 Racismo

Temos ainda a Lei Federal nº 7.716/89 (Combate ao Preconceito Racial), alterada pela Lei Federal nº 12.288/2012; que prevê regras específicas relacionadas a crimes praticados pelos meios de comunicação em desfavor de grupos raciais “minoritários”; conforme veremos a seguir:

Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.

[...]

§ 2º Ficarà sujeito às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências (grifo nosso).

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

[...]

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97) (grifo nosso).

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

## 7. CRIMES CONTRA A HONRA

Aos delitos contra a honra, praticados pelos meios de comunicação, após o célebre julgado em que o STF determinou a não recepção da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967) pela atual Constituição Federal (ADPF 130/2009); o nosso entendimento é o de que se aplicam, em princípio, as vias ordinárias; quais sejam: o art.138 e seguintes do CP; e o art. 69 e seguintes do CPP.

Logo, nos crimes contra a honra, praticados por meio de publicação impressa, em periódico de circulação nacional, deve-se fixar a competência do juízo pelo local em que ocorreu a impressão; uma vez que se trata do primeiro lugar em que as matérias produzidas chegaram ao conhecimento de outrem, de acordo com o art. 70 do CPP.

Quanto aos crimes contra a honra praticados por meio de reportagens veiculadas através do espectro eletromagnético ou pela internet, temos que a competência fixa-se em razão do local na qual foi concluída a ação delituosa; ou seja, onde se encontra

o responsável pela veiculação e divulgação das notícias; indiferente à localização do provedor de acesso à rede mundial de computadores ou sua efetiva visualização pelos usuários (Precedentes citados do STF: ADPF 130-DF, DJE 6/11/2009; do STJ: CC 29.886-SP, DJ 1º/2/2008. CC 106.625-DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 12/5/2010). Dessa forma, desde que o “veículo” da conduta típica seja um meio de comunicação, temos que os delitos previstos no art. 138 e seguintes, do Código Penal, praticados por órgãos de imprensa, já possuem enquadramento legal (sendo, portanto, desnecessário um novo marco regulatório a versar sobre o tema), que é o seguinte:

Código Penal

Parte Especial

Título I

Dos Crimes Contra a Pessoa

Capítulo V

Dos Crimes Contra a Honra

Calúnia

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

§ 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:

I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do Art. 141;

III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Difamação

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.



Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Injúria

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º - Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou à condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

## 8. CONCLUSÃO

Sem a pretensão de ter esgotado um tema tão polemico e tão vasto, como o que fora o objeto de nossa humilde pesquisa, esperamos de alguma forma ter contribuído para a propagação de referido conhecimento; que buscou demonstrar cabalmente a responsabilidade criminal que deve ser imposta aos meios de comunicação, quando da prática de condutas tipificadas em nosso Ordenamento Jurídico, tanto no próprio texto constitucional quanto infralegal; em desfavor do patrimônio cultural brasileiro, bem como de seus destinatários; através do que entendemos por bem denominar “poluição ambiental cultural praticada pelos meios de comunicação”.

Esperamos ter também contribuído para o debate favorável à extensão interpretativa do termo “poluição” para o nosso Ordenamento Jurídico; ampliando-o, nos termos do que fora debatido nesta oportunidade (poluição ambiental cultural); além de concluirmos, após analisarmos o farto material legislativo que versa sobre a matéria, e atualmente em vigor; pela desnecessidade, por ora, de um novo marco regulatório a

versar sobre condutas típicas e suas respectivas consequências penais, aplicáveis sobre ofensas causadas pelos meios de comunicação; uma vez que a matéria, conforme já demonstrado, encontra-se suficientemente regulada, tanto pela própria Constituição Federal, quanto por considerável legislação infraconstitucional esparsa (incluindo-se o próprio Código Penal, conforme analisamos nesta oportunidade).

## Referências

- BONAVIDES, P.. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CRETELA JÚNIOR, J.. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 7, 1993.
- DELMANTO, C.. *Código Penal Comentado*. 4. ed. São Paulo: Renovar, 1998.
- FIORILLO, C. A. P.. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GASPARINI, D.. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRECO, FILHO, V.. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MENDES, G.. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SILVA, J. A.. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SIQUEIRA JUNIOR, P. H.. *Direito Processual Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TEMER, M.. *Elementos de Direito Constitucional*. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

# O SUPERENDIVIDAMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

*Renata Merico Heusi<sup>1</sup>*

## **Introdução**

O presente trabalho tem por objetivo abordar o fenômeno do superendividamento, seu conceito, classificação e as principais causas. Trata-se de um problema social, econômico e jurídico, caracterizado pela impossibilidade de o devedor, pessoa física de boa-fé, honrar com o conjunto de dívidas atuais e futuras, de cunho pessoal, sem que prejudique o sustento próprio e de sua família. Nesse contexto, a boa-fé do consumidor materializa-se na iniciativa de quitar o total dos débitos, dentro de sua possibilidade financeira, condição esta essencial para a incidência do instituto.

Dentre as inúmeras causas ensejadoras do superendividamento destacam-se a concessão ilimitada do crédito; o descontrole emocional e financeiro; as circunstâncias imprevisíveis (desemprego, divórcio, morte, doença, acidente); a ausência de informações objetivas ao consumidor; os juros altos e a cultura do consumismo, estimulada pelos meios de comunicação, em especial, pela internet, responsáveis por veicularem propagandas e campanhas publicitárias de consumo de produtos e serviços, bem como de crédito.

Assim, o crédito e o endividamento dos consumidores devem ser tratados conjuntamente, como causa e efeito do novo modelo de sociedade de consumo, qual seja, a Sociedade da Informação, em que as relações são cada vez mais céleres e impessoais, tendo em vista que a informação, matéria prima desta sociedade, é a mercadoria basilar que sustenta o mercado.

Toda a abordagem realizada ao longo desse estudo demonstrará a necessidade de estimular o debate acerca do tema, uma vez que se trata de um fenômeno que se alastra com rapidez e atinge todos sem distinção, independentemente da posição social ou econômica do indivíduo na sociedade, pois nem os países considerados desenvolvidos estão imunes a este grave problema. É essencial que o Estado proteja o superendividado de boa-fé e o auxilie a renegociar as dívidas a fim de evitar-lhe a ruína e, conseqüentemente, prejuízos à economia local e mundial.

---

<sup>1</sup> Advogada, Professora e Mestranda do Curso de Mestrado da Sociedade da Informação da FMU-SP. professora e mestranda

## 1. SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Com o fim da era industrial e com o advento de novas tecnologias, em especial a internet, surgiu uma nova sociedade, conhecida como Sociedade da Informação, baseada no acesso, aquisição, processamento e difusão da informação pelos meios eletrônicos.

Os avanços tecnológicos, aliados ao processo de globalização, contribuíram para a propagação instantânea da informação que influenciou a vida das pessoas e modificou o meio social onde vivem, criando um novo formato de organização da economia e da sociedade, tanto no âmbito local quanto global.

A internacionalização da economia mundial, iniciada desde a Segunda Guerra Mundial, repercutiu no processo de globalização cujo objetivo é a integração política, social, cultural e, em especial, econômica, ampliando e consolidando o sistema capitalista.

A revolução tecnológica das comunicações auxiliou sobremaneira na globalização, uma vez que possibilitou a interligação mais efetiva e célere da comunicação entre os países, em tempo real e, como consequência, o redimensionamento das noções de tempo e espaço geográfico, fazendo com que as relações se tornem global.

Para Paulo Hamilton Siqueira Junior:

A Sociedade da informação é aquela em que o desenvolvimento encontra-se calcado em bens imateriais, como os dados, informação e conhecimento. O conceito de sociedade da informação é amplo, e não se reduz ao aspecto tecnológico, abrangendo qualquer tratamento e transmissão da informação, que passa a possuir valor econômico. (SIQUEIRA JUNIOR, 2011, p. 234)

Esse novo paradigma possui, segundo Manuel Castells, as seguintes características fundamentais:

a) A informação é sua matéria-prima: as tecnologias se desenvolvem para permitir o homem atuar sobre a informação propriamente dita, ao contrário do passado quando o objetivo dominante era utilizar informação para agir sobre as tecnologias, criando implementos novos ou adaptando-os a novos usos; b) os efeitos das novas tecnologias têm alta penetrabilidade porque a informação é parte integrante de toda atividade humana, individual ou coletiva e, portanto, todas essas atividades tendem a ser afetadas diretamente pela nova tecnologia; c) Predomínio da lógica de redes. Esta lógica, característica de todo tipo

de relação complexa, pode ser, graças às novas tecnologias, materialmente implementada em qualquer tipo de processo; d) Flexibilidade: a tecnologia favorece processos reversíveis, permite modificação por reorganização de componentes e tem alta capacidade de reconfiguração; e) Crescente convergência de tecnologias, principalmente a microeletrônica, telecomunicações, optoeletrônica, computadores, mas também e crescentemente, a biologia. O ponto central aqui é que trajetórias de desenvolvimento tecnológico em diversas áreas do saber tornam-se interligadas e transformam-se as categorias, segundo as quais pensamos todos os processos. (CASTELLS, 2000, p. 39)

Referida sociedade iniciou-se no final do século 20, entre as décadas de 1970 e 1990, e tem seus alicerces fundados no desenvolvimento de tecnologias de comunicação e no surgimento de computadores pessoais (década de 1960) que posteriormente foram conectados à internet, proporcionando a dispersão da informação a velocidades nunca antes registradas na história da humanidade.

Assevera a respeito Roberto Senise Lisboa, com a reconhecida proficiência:

Os principais efeitos obtidos a partir da revolução informacional foram: a) a transnacionalização e o surgimento de blocos econômicos; 2) o e-commerce, proporcional à aquisição de produtos e serviços através da rede, o que ocasiona inúmeras questões sobre: o problema da atribuição da autoria de documentos eletrônicos e da assinatura digital; o problema da validade do documento eletrônico original e copiado; a proteção dos direitos intelectuais, a título de propriedade industrial ou de direito autoral; a proteção dos direitos de propriedade na web; a oferta e publicidade eletrônicos; a proteção do consumidor; 3) a economicidade da informação, que possui valor econômico reconhecido, integrando-se como ativo intelectual da pessoa e, portanto, vindo a fazer parte do patrimônio pessoal; 4) a formação de banco de dados, extremamente útil para análise e situações relativa a negociações preliminares, estratégias de negociação, contratos preparatórios e repercussão de eventual responsabilidade pré-contratual; 5) a transferência eletrônica de dados, proporcionando se o acesso à informação e o estabelecimento de novas limitações; 6) o estabelecimento de normas comunitárias, com vistas a uma uniformização do tratamento legislativo sobre a matéria. (LISBOA, 2012)

Essa sociedade tem na informação o seu principal valor,<sup>2</sup> pois, diferentemente de outras épocas, não é a informação a grande novidade, mas, sim, a quantidade em que é produzida e a velocidade com que esta se expande pelo mundo, influenciando e modificando a vida dos indivíduos. Por esta razão, atualmente, enaltece-se a importância da informação, transformando-a em moeda de troca.

José de Oliveira Ascensão alega que a Sociedade da Informação não é um conceito técnico: é um *slogan*. Melhor seria falar até em sociedade da comunicação, uma vez que o que se pretende impulsionar é a comunicação, e só em um sentido muito lato se pode qualificar toda a mensagem como informação. (ASCENSÃO, 2002, p.71)

Esse novo modelo de organização das sociedades assenta num modo de desenvolvimento social e econômico em que a informação, como meio de criação de conhecimento, desempenha um papel fundamental na produção de riqueza e na contribuição para qualidade de vida dos cidadãos. Para tanto, os meios de comunicação, como rádio, televisão, telefone e internet, têm papel determinante na acessibilidade e propagação de conteúdos e dados.

A Sociedade da Informação é marcada pelos avanços tecnológicos e pela rede de comunicações interligadas e instantâneas, que revolucionam os conceitos de fronteiras entre os países, bem como, desafiam o direito a discutir e constituir novos institutos, a fim de regular as novas relações jurídicas.

Acerca da matéria, assevera Irineu Francisco Barreto Junior:

A principal transformação recente nas sociedades contemporâneas envolve uma verdadeira revolução digital em que são dissolvidas as fronteiras entre telecomunicações, meios de comunicação de massa e informática. Convencionou-se nomear esse novo ciclo histórico de Sociedade da Informação, cuja principal marca é o surgimento de complexas redes profissionais e tecnológicas voltadas à produção e ao uso da informação, que alcançam ainda sua distribuição através do mercado, bem como as formas de utilização desse bem para gerar conhecimento e riqueza. (BARRETO JUNIOR, 2009, p. 41)

Indubitavelmente, o surgimento da rede mundial de computadores incrementou sobremaneira o intercâmbio de informações, mudando de forma definitiva a interação dos indivíduos com a sociedade.

A internet foi criada pelos norte-americanos, na Guerra Fria, com objetivos militares de manter a comunicação em caso de destruição dos meios convencionais de

---

<sup>2</sup> A informação tem valor econômico quando leva à satisfação dos desejos humanos. Uma pequena parcela é formada por produtos finais, que derivam seu valor da oferta e da procura. A porção majoritária, porém, cabe aos bens intermediários, cujo valor deriva substancialmente do valor dos bens e serviços que deles se utilizam. (DERTOUZOS, 1997, p. 297)

telecomunicações. Nas décadas de 1970 e 1980, a internet passou a ser utilizada como meio de conversação entre estudantes e professores universitários americanos, mas, somente em 1990, com a invenção do *World Wide Web* (www), a internet foi disponibilizada para a população em geral e para todo o mundo.

Com o desenvolvimento de navegadores e aperfeiçoamento dos provedores, o acesso à rede mundial de computadores tornou-se mais rápido e fácil, contribuindo para seu crescimento e expansão. Como consequência, a internet facilitou a realização das tarefas cotidianas nas mais diversas áreas, mediante a disponibilização de serviços reais no meio virtual.

Logo, inúmeras empresas públicas e privadas, indivíduos e até o poder público criaram sítios na internet para ofertarem seus serviços e produtos, transpondo suas atividades também para o mundo virtual, como é o caso de lojas, bancos e instituições de ensino.

Surge, assim, o comércio eletrônico ou *e-commerce*, responsável por atender a demanda crescente de consumo da população que, na grande maioria, prefere realizar compras ou tarefas na comodidade de sua casa, bastando para isso, um aparelho eletrônico conectado à internet.

A ampliação dos negócios em meio eletrônico (*e-business*) e do comércio eletrônico (*e-commerce*); a facilitação do acesso ao conhecimento e à informação; a transferência eletrônica de dados; os sistemas de pagamento eletrônicos; a formação de bancos de dados dos consumidores e, acessos eletrônicos ao sistema bancário, dentre outros, são apenas algumas novidades trazidas pela internet que facilitaram a prática de diversos atos do dia a dia, antes restritos ao âmbito pessoal e territorial, bem como criou novos produtos e métodos de *marketing*.

O acesso à internet reformulou a noção de tempo e contribuiu para a rapidez, agilidade e praticidade das tarefas rotineiras, por meio da economia de tempo em relação ao espaço, sem a qual seria inimaginável viver no momento presente. Por esse motivo, a internet é, atualmente, o principal canal de difusão de informação e de prestação de serviços, pois, atinge milhares de pessoas ao mesmo tempo.

A criação de redes sociais culminou no encontro de pessoas e ideologias, bem como desenvolveu um local virtual em que é possível postar comentários pessoais, críticas, elogios, reivindicações, desabaços e, até mesmo, organizar movimentos, passeatas ou, ainda, revoluções sociais e políticas, como a ocorrida no Oriente Médio, conhecida por *Primavera Árabe* cuja utilização das mídias sociais virtuais foi determinante para estimular e sensibilizar a comunidade local e internacional.

Hodiernamente, a informação passa a ser um item indispensável para a sobrevivência do indivíduo na Sociedade Contemporânea, a qual deve ser constantemente



atualizada e absorvida para a execução das mais diversas atividades contemporâneas, inclusive como fator econômico.

A Sociedade da Informação, pelos meios de comunicação, também foi determinante para a disseminação do consumo de massa, mediante a propagação de ofertas, produtos e serviços de modo amplo e irrestrito, como nunca antes registrado. Por meio da televisão, rádio, computador e pelo acesso à internet é possível estabelecer padrões de beleza, moda, cultura, sociedade, comportamento, enfim, consumo em geral, que passam a ser adotados como ideais pela sociedade.

O avanço da mídia e das tecnologias da informação instrumentalizou o novo consumidor que tem à disposição meios para embasar o comportamento consumista, pautado na busca do prazer e do reconhecimento social, na priorização do desejo pela necessidade.

Além de os ideais de consumo veiculados pelos meios de comunicação, o crédito também passa a ser disseminado em larga escala, a fim de garantir o acesso de todos ao mercado de consumo, resultando no binômio, vontade de comprar e possibilidade de adquirir, combinação esta decisiva para a propagação do hiperconsumo.

Não resta dúvida que a revolução digital contribui muito para o aumento da venda de produtos, serviços e disponibilização de crédito, principalmente em decorrência da praticidade e conforto das compras e realização de negócios jurídicos *on line*, além de a publicidade agressiva e incessante veiculada nos *sites* da rede mundial de computadores.

Acerca do assunto, professa Adalberto Simão Filho:

Com o advento da sociedade da informação como ambiente de interação e de convivência e o crescimento das operações empresariais por intermédio da rede de computadores mundial, o crédito passa a ser disseminado a ponto de estar ao alcance de qualquer pessoa que o queira. Se no passado se concedia com extrema cautela e verificação da qualidade de lastros garantidores e capacidade de pagamento própria daqueles que figuravam no topo da pirâmide econômica e compunham as classes A e B, passou o crédito a se colocar em outra fase e perspectiva econômica, atingindo classes menos favorecidas do ponto de vista financeiro e, ainda, classes de pessoas que sempre ficaram ao largo do sistema financeiro. O crédito passa a ser concedido em larga escala de forma direta por parte dos agentes financeiros, ou de forma indireta no financiamento dos bens de consumo ou serviços. O sistema de instigação da pessoa ao consumo se sofisticou com o implemento das diversas formas de mídias voltadas para o mercado. (SIMÃO FILHO, 2009, p. 238)

Ainda:

Por intermédio da Internet, tudo se pode adquirir e parcelar, pois há sempre um agente financeiro pronto para conceder o crédito de qualquer forma que este venha a se materializar na operação específica. Trata-se de um ciclo vicioso onde todos ganham em cadeia. O consumidor porque passa a ter a posse do bem desejado, o fornecedor porque consegue multiplicar pela rede as suas chances de vendas e distribuição de produtos e serviços. O agente financiador porque, a depender da forma de financiamento, pode ganhar um percentual sobre o valor da venda, como é o caso dos cartões de crédito e, ainda, os juros das parcelas. (SIMÃO FILHO, 2009, p. 238-239)

Indubitavelmente, o estágio atual do hiperconsumo foi fomentado pela revolução tecnológica e informacional da Sociedade da Informação, a qual impulsionou o processo de comercialização de produtos e serviços, existente desde os primórdios da civilização, agregando valores e transformando o processo comunicacional, antes restrito às relações humanas, em globais e virtuais.

Como resultado da massificação do consumo e da banalização do crédito, ambos estimulados pela mídia apelativa, está o aumento do endividamento das pessoas, resultando na impossibilidade de adimplir as próprias obrigações atuais e futuras.

## 2. SUPERENDIVIDAMENTO

O consumo e o crédito são responsáveis pelo sustento do capitalismo, que tem na comercialização de produtos e serviços a sua principal atividade de lucro. Diante disso, o consumidor, incentivado pela publicidade veiculada pelos meios de comunicação e pelas pressões sociais impostas pelos padrões culturais, consome além do necessário e, por esse motivo, está constantemente endividado.

O endividamento é algo intrínseco ligado à sociedade de consumo, financiada pelo crédito, que disponibiliza ferramentas que permitem ao consumidor o acesso rápido e fácil aos bens de consumo cuja finalidade consiste em atender as necessidades básicas e supérfluas, bem como melhorar a condição de vida.

Contudo, a democratização do crédito e o endividamento crônico dos consumidores culminaram na era dos superendividados, representados por grande parcela da sociedade que não tem condições de honrar os compromissos financeiros atuais e futuros, em razão do comprometimento das rendas pessoal e familiar com despesas geradas pelo uso indiscriminado do crédito.

A respeito desse assunto, Geraldo de Faria Martins da Costa assevera:

Na economia do endividamento, tudo se articula com o crédito. O crescimento econômico é condicionado por ele. O endividamento dos lares funciona como meio de financiar a atividade econômica. Segundo a cultura do endividamento, viver a crédito é um bom hábito de vida. Maneira de ascensão ao nível de vida e conforto do mundo contemporâneo, o crédito não é um favor, mas um direito fácil. Direito fácil, mas perigoso. O consumidor endividado é uma engrenagem essencial, mas frágil da economia fundada sobre o crédito. (COSTA, 2006, p. 256)

Entretanto, não se pode confundir a semelhança da palavra superendividamento com o simples endividamento, pois possuem significados distintos. O primeiro é superior ao normal, é um problema enfrentado pela atual sociedade de consumo, em um mundo globalizado desde o final do século 20, fenômeno este que surpreende pela tamanha rapidez com que se expande.

Claudia Lima Marques define o superendividamento como:

Impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos). Este estado é um fenômeno social e jurídico a necessitar algum tipo de saída ou solução pelo direito do consumidor, a exemplo do que aconteceu com a falência e a concordata no direito de empresa. (MARQUES, 2006, p. 256)

De acordo com o conceito, destacam-se alguns pressupostos de caracterização do instituto, como pessoa física, boa-fé, origem das dívidas, estado de insolvência e exigibilidade das dívidas.

O superendividamento recai somente sobre a pessoa física, na qualidade de consumidor e, não na pessoa jurídica, pois nesse último caso será aplicada a Lei nº 11.101 de fevereiro de 2005, que disciplina a recuperação judicial, a falência e a recuperação extrajudicial do empresário e da sociedade empresária. A pessoa física, quando extremamente necessário, pode utilizar-se da insolvência civil, disposta nos artigos 748 a 786-A do Código de Processo Civil, declarada quando as dívidas excederem a importância dos bens do devedor. Contudo, o superendividamento tem por função impedir essa atitude excepcional, conforme o ensinamento de Brunno Pandori Giancoli:

Claramente, o instituto do superendividamento tem como objetivo evitar que o consumidor endividado tenha declarado sua insolvência civil, permitindo a manutenção

de sua capacidade de consumo e o direito de administrar e dispor de seus bens, até a liquidação total de seu passivo. Esse é o principal traço distintivo dos institutos, justamente porque na declaração de insolvência a administração e a disposição negocial dos bens são removidos do poder do endividado, passando à custódia e responsabilidade de um administrador. (GIANCOLI, 2008, p. 87)

Cumprido destacar que, a relevância jurídica do tema incide tão somente nas hipóteses de inadimplemento do devedor de boa-fé, que segundo Claudia Lima Marques,<sup>3</sup> “é compreendida não como um estado de ânimo do sujeito, mas como comportamento lícito e al, cooperativo, correto, enfim, de boa-fé objetiva”. Caso seja comprovada a má-fé do devedor, este não receberá a tutela protetiva estatal.

No tocante à origem das dívidas, estas devem ser de natureza pessoal, excluídas as de caráter profissionais, dívidas com o fisco e as provenientes de delitos e de prestações alimentícias.

A doutrina não faz menção ao valor mínimo do débito a partir do qual se caracteriza o superendividamento, visto que tal aferição dar-se-á mediante confronto do passivo e ativo, ou seja, dos valores das dívidas com a capacidade econômica global do devedor de boa-fé.

Para caracterizar o superendividamento, o devedor precisa ainda ser incapaz de pagar suas dívidas, tanto as atuais quanto as futuras, considerando o montante do débito em relação à renda e patrimônio pessoais, não bastando uma dificuldade de pagamento momentânea ou pagamento com atraso. Para a escritora portuguesa, Maria Manoel Marques Leitão (2000, p. 2) o superendividado “se vê impossibilitado, de uma forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto de dívidas, ou mesmo quando existe uma ameaça séria de que não possa fazê-lo no momento em que elas se tornarem exigíveis”.

Em relação à exigibilidade das dívidas, o devedor, antes mesmo de incorrer em mora, pode fazer uso das comissões de endividamento, a fim de evitar sua insolvência, desde que exista uma ameaça real de descumprimento da obrigação no momento em que se tornar exigível.

O ensinamento de Karen Bertoncetto e Clarissa Lima é:

No plano jurídico, o endividamento é constituído pelo conjunto passivo, ou seja, o saldo devedor de uma família com origem apenas em uma dívida ou mais de uma dívida simultaneamente, denominando-se, neste último

---

<sup>3</sup> MARQUES, C. L. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito de consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, C. L.; CAVALLAZZI, R. L. (Coord.). *Direitos do consumidor endividado*. São Paulo: RT, 2006. p. 329. cem

caso, de multiendividamento. O endividamento não é um problema em si mesmo, quando ocorre num ambiente favorável de crescimento econômico, queda de juros e, sobretudo se não atingir camadas sociais com rendimentos próximo do linear da pobreza. Todavia, o endividamento assume uma dimensão patológica, com repercussões econômicas, sociais, psicológicas e até médicas, quando o rendimento familiar não é mais capaz de suportar o cumprimento de compromissos financeiros. Neste caso, o endividamento é identificado no direito comparado como superendividamento, falência ou insolvência dos consumidores. (BERTONCELLO e LIMA, 2010, p. 26-27)

Importante esclarecer que nem todos os casos de descumprimento de obrigação geram o superendividamento, por se tratar de institutos distintos:

Por sua vez, uma situação de endividamento pode dar lugar ao *incumprimento*, ou seja, ao não pagamento pontual dos compromissos financeiros por parte do devedor. Normalmente, as instituições financeiras consideram que há incumprimento ao fim de três prestações em atraso e incumprimento definitivo quando se esgotam as possibilidades de renegociação e se inicia o procedimento judicial de cobrança coerciva. O incumprimento não significa necessariamente uma incapacidade, mesmo que temporária, de o devedor proceder ao pagamento. Pode tratar-se apenas de um lapso do devedor ou, no limite, de uma decisão puramente oportunista e baseada num cálculo custo-benefício do incumprimento. (MARQUES LEITÃO *et al*, 2011, p. 3-4)

Em igual perspectiva, cita-se André Perin Schmidt Neto:

Da mesma forma não se pode tomar como superendividamento todos os casos de descumprimento, isso porque embora o endividamento excessivo gere a inadimplência o inverso não é necessariamente correto. O incumprimento não significa necessariamente uma incapacidade, mesmo que temporária, de o devedor proceder ao pagamento. Pode tratar-se apenas de um lapso do devedor. Com frequência os casos de descumprimento contratual têm por base o superendividamento, mas outros podem ser os motivos para tanto. Assim, repita-se, não se confunde descumprimento e superendividamento. (SCHMIDT, 2009, p. 12-13)

Cabe ressaltar que o instituto do superendividamento não faz qualquer estímulo ao inadimplemento da obrigação nem ao mau pagador, mas, tão somente, possibilita ao endividado de boa-fé a tentativa de solucionar os problemas financeiros, junto aos credores, como ocorre com a recuperação judicial das pessoas jurídicas.

Com efeito, o que se pretende com o instituto é promover a renegociação das dívidas entre as partes, de modo que o credor receba o que é devido e o devedor cumpra com a obrigação sem comprometimento de sua subsistência ou de sua família, nem pouco seja privado de manter uma vida digna, conforme tutelado pela Constituição Federal.

## 2.1. Classificação

O superendividamento é classificado pela doutrina em duas espécies, seja ativo ou passivo, de acordo com a participação e responsabilidade do devedor para caracterização da situação de endividamento.

O ativo é o devedor, mesmo agindo de boa-fé contribuiu voluntariamente para se colocar em situação de impossibilidade de pagamento, em razão da falta de planejamento econômico, do uso indiscriminado do crédito e da aquisição de bens e produtos de forma impulsiva e irresponsável.

Destarte, acerca da contribuição do estado de insolvência, não se pode olvidar que, além de as questões de ordem patológica<sup>4</sup> relacionadas ao consumo, a hipervulnerabilidade do consumidor e a publicidade agressiva, por parte dos fornecedores, inclusive de crédito, corroboram para o agravamento da situação.

A classificação do consumidor ativo, por sua vez, subdivide-se em superendividado consciente e inconsciente.(MARQUES LEITÃO et al, 2011) O consciente age baseado flagrantemente na má-fé, pois, se utiliza do crédito já sabendo que não poderá reembolsar o credor em momento posterior. Nesse caso, não haverá tutela judicial, pois, o devedor demonstra expressamente a intenção de não pagar as dívidas, motivo pelo qual, sequer se enquadra no conceito de superendividado.

O inconsciente, por sua vez, age impulsivamente e, de acordo com as próprias atitudes, resta por configurar um estado de má administração de gastos em detrimento do patrimônio e renda que possui à própria disposição, contraindo dívidas além de a sua capacidade financeira. Acaba, assim, falido por sua irresponsabilidade e imprudência, embora não tenha sido vítima de nenhum fator externo superveniente.

---

<sup>4</sup> Oneomania é uma doença obsessiva-compulsiva e pode ser associada a transtornos de humor e ansiedade. Os oneomaniacos tem o consumo como vício, visto que, o ato de consumir deixa de ser uma necessidade para transformar-se em satisfação de um desejo incontrolável, seguido da sensação de bem-estar, alívio e prazer que o ato de comprar gera. Tem como consequência a ruína financeira do consumidor, que deve ser submetido a tratamento psicológico para controlar os sintomas da doença.

Nesse caso, o fenômeno do superendividamento se dá em função de que a sociedade moderna de consumo induz a aquisições supérfluas e desnecessárias, pelo simples impulso da compra. Isto é, o devedor superestima o rendimento que possui por incapacidade de administrar o próprio orçamento ou por ceder às tentações do consumo e da publicidade, na busca do padrão de vida mais elevado, que ele próprio (psicológica e socialmente) se impõe, dado que o crédito extremamente facilitado agrava essa situação, à medida que gera um endividamento crônico. (KIRCHNER, 2008, p. 74)

Há ainda os consumidores intitulados pela doutrina de “analfabetos funcionais” (SCHMIDT NETO, 2009, p. 26-27), que são considerados superendividados ativos inconscientes. Nessa categoria estão os idosos, crianças e doentes, os quais são facilmente ludibriados pela publicidade de produtos e crédito, em face da redução da capacidade cognitiva gerada pela pouca ou muita idade ou pelo estado de saúde.

Acerca da classificação do superendividamento, André Perin Schmidt Neto relata:

O maior problema está em diferenciar claramente o consciente (fraudulento) do inconsciente (sem malícia) no caso concreto. Trata-se de tarefa extremamente árdua e delicada que ao final das contas traduz-se em uma análise da existência de boa-fé por parte do consumidor. (2009, p. 22)

Insta salientar que o superendividado não se assemelha com o pródigo, este último tutelado pelo artigo 4.º do Código Civil. O pródigo é aquele indivíduo que gasta desmedidamente, dissipando bens e fortuna. Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “trata-se de um desvio comportamental que, refletindo-se no patrimônio individual, culmina por prejudicar, ainda que por via oblíqua, a tessitura familiar e social”. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2009, p. 98)

Por seu turno, o superendividado é qualquer pessoa em condições psíquicas normais, vítima da sociedade de consumo massificada, fruto do atual sistema econômico, que, diante do aparato publicitário das empresas fornecedoras e do acesso ao crédito, é levado, momentaneamente, a consumir além de suas reais condições financeiras. Dessa forma, uma vez configurada que as despesas advieram de conduta de boa-fé e de ausência de distúrbios mentais, deve-se considerar o indivíduo como superendividado, merecendo tratamento benéfico do Estado, dando-lhe condições favoráveis para renegociar os débitos e até, se for o caso, revisar cláusulas contratuais.

A outra classificação é o superendividamento passivo, no qual o devedor não contribui para o aparecimento da crise de insolvência, pois, esta decorre de circunstâncias alheias e imprevisíveis, como, crise econômica, desemprego, divórcio, morte, doença, acidente, que desestabilizam emocional e economicamente o devedor

e a família, ocasionando o inadimplemento das obrigações atuais e futuras, em razão de uma ruptura brusca de sua situação financeira.

Nesse caso, o Estado deve oferecer tratamento diferenciado, mediante programas sociais e incentivo financeiro para quitar as dívidas existentes e adquirir produtos essenciais para a sobrevivência do endividado, com a intenção de auxiliar na recuperação dele para que este se insira novamente no mercado de consumo.

Claudia Lima Marques acrescenta:

Efetivamente, tanto os acidentes da vida (desemprego, redução de salários, divórcio, doenças, acidentes, mortes, nascimento de filhos etc.) e o abuso de crédito podem criar uma crise de solvabilidade ou de liquidez (baixa imprevisível dos recursos, alta das taxas de juros, alta ou baixa do dólar, necessidade de empréstimos suplementares etc.) para indivíduos e para famílias, seja de classe média ou pobre, levando à impossibilidade de fazer frente ao conjunto de seus débitos atuais e futuros, impossibilidade de pagamento (*défaut*) de boa-fé, que a doutrina corretamente denominou de sobreendividamento, ou como prefiro, superendividamento [...] que facilmente resulta em sua exclusão total do mercado de consumo, parecendo uma nova espécie de *morte civile: a morte do homo economicus*. (MARQUES, 2006, p. 258-260)

De uma forma ou de outra, a consequência do superendividamento é uma só: a exclusão social do superendividado que passa a amargurar uma angústia existencial, uma impotência diante da vida, sobrevivendo debaixo de um padrão de dignidade. (OLIBONI, 2006, p. 348)

Acerca do assunto aduz Adalberto Simão Filho:

Uma pessoa superendividada é uma pessoa excluída socialmente. E este fato, aliado à lesiva reação de seus credores, leva a consequências pesadas no ponto de vista mental, reduzindo-se-lhe a possibilidade de reação e proporcionando um estado de depressão com reflexos na família e no seio social, a julgar pelo fato de que os problemas indiretos gerados pelo estado emocional deficitário e as doenças que possa atrair, deverão ser tratados pela rede pública, pois, também o convênio médico o superendividado não pode pagar, gerando o cancelamento. (SIMÃO FILHO, 2009, p. 249)

Além de o comprometimento com as dívidas, o superendividado perde o acesso ao crédito e, por conseguinte, a sua permanência na sociedade de consumo, diante



da incapacidade financeira de manter-se integrado à economia capitalista, de forma a repercutir no desequilíbrio econômico regional e global, encarecendo o crédito e dificultando a circulação do capital.

Isso demonstra que, mais que um problema jurídico, o endividamento excessivo é uma questão de saúde pública que afeta a vida das pessoas ditas “falidas”, de modo a comprometer-lhes a dignidade como ser humano, pois o fenômeno afeta a autoestima e a confiança na gestão da vida familiar, provocando quadros de depressão que são causa e consequência da ruína da vida privada do indivíduo superendividado. (SCHMIDT NETO, 2009, p. 30)

Inúmeros são as causas do superendividamento, dentre elas pode-se citar a cultura do “ter”, consumismo, descontrole emocional e financeiro, desemprego, juros altos, crise econômica, uso indiscriminado do crédito. Contudo, não restam dúvidas que a atuação do mercado publicitário, com ênfase na necessidade do consumo, motivou as pessoas a comprarem além das reais condições. Para tanto, utilizou-se um grande meio de comunicação, a televisão, juntamente com a internet, o que gerou um aumento significativo nas vendas, pois aliou o ato de consumir sem precisar sair do conforto do domicílio. Inclusive, as instituições financeiras passaram a aderir a essa nova ferramenta de publicidade que, além de estimular a contratação dos serviços bancários *on line*, até mesmo de empréstimos, também é utilizada como forma de não sobrecarregar as agências bancárias físicas.

Por estes meios de comunicação, em especial, da rede mundial de computadores, os consumidores são seduzidos por anúncios publicitários oferecendo produtos e serviços a preços tentadores e condições de pagamento facilitadas, com linhas de crédito a juros baixos, gerando um consumismo distorcido da capacidade financeira real do indivíduo, conforme preleciona Roberto Senise Lisboa:

Pelo consumismo sem proporcionalidade com as possibilidades financeiras, a pessoa é integrada a uma nova classe social cujos estudos merecem maior cuidado: a dos superendividados, influenciados em dilapidar seu patrimônio por meios lícitos, de moralidade quiçá discutível, e renegados a uma condição de marginalidade socioeconômica, precisando de um patrimônio mínimo de subsistência. (LISBOA, 2009, p. 64)

Insta salientar que essa facilitação e estímulo ao crédito o transformam em uma arma potencialmente destrutiva, responsável pelo crescimento da inadimplência e das crises econômicas, como é o caso da atual crise mundial, iniciada pela quebra do mercado imobiliário nos Estados Unidos em 2008, cujos efeitos se propagaram por todo o mundo, até os dias atuais.

Diante da crise atual, constata-se que quanto maior o endividamento da população pela contratação de crédito, maior o crescimento da inadimplência e, com isso, maiores riscos para os países e instituições financeiras que, em razão de disponibilizarem recursos para pagamento das dívidas não honradas pelos devedores, repassam o prejuízo das operações ao mercado de consumo.

O crédito e o endividamento dos consumidores, portanto, devem ser tratados conjuntamente, como causa e efeito do novo modelo de sociedade de consumo, qual seja, a Sociedade da Informação, construída sob bases capitalistas, em que as relações serão cada vez mais rápidas e impessoais, tendo em vista que a informação, matéria-prima dessa Sociedade, gera o lucro que sustenta o mercado.

### 3. CONCLUSÃO

O atual estágio da sociedade de consumo de massa, chamado de hiperconsumo, ao mesmo tempo em que desenvolve os mercados e agrega valores ao capitalismo, também gera mazelas sociais e econômicas, como é o caso do endividamento excessivo das pessoas.

O fenômeno do superendividamento é algo intrínseco ligado à sociedade de consumo e uma consequência do sistema econômico moderno baseado na massificação da produção, oferta e aquisição de bens de consumo, incitado pelo acesso rápido e fácil ao crédito.

Indubitavelmente, o crédito é o instrumento propulsor do desenvolvimento socioeconômico e a possibilidade real e imediata de obtenção de produtos e serviços. Ocorre que, o seu uso desmedido e inconsciente, aliado ao estímulo ao consumo, tem repercussões nefastas à vida do indivíduo que assume obrigações superiores a capacidade financeira que possui, para satisfazer, não somente, as necessidades básicas como também as supérfluas, culminando na era dos superendividados.

Nesse contexto, verificou-se que os meios de comunicação exercem um papel essencial na disseminação de necessidades artificiais e desejos ávidos criados pelos fornecedores, os quais atrelam o consumo ao conceito de felicidade e bem-estar. Tal realidade tornou-se mais evidente com o advento da Sociedade da Informação, a qual revolucionou o sistema de comunicação, deixando-o mais célere e efetivo, mediante a difusão global da informação, via rede mundial de computadores. Além disso, a internet facilitou e estimulou ainda mais o consumo, por meio do comércio eletrônico, da criação de novos produtos e serviços, da disponibilização *on line* de crédito e de métodos inovadores de publicidade.

Restou evidenciado que o superendividamento é um problema crônico que afeta grande parte da população brasileira, o qual não está atrelado diretamente a uma falha pessoal ou moral do sujeito, mas sim, às peculiaridades da nossa sociedade pós-

moderna, como o estímulo ao consumo; acesso simplificado ao crédito; publicidade agressiva, juros altos praticados pelos bancos e instituições financeiras e demais fatores.

Diante desse cenário, o estudo demonstrou que o consumidor superendividado de boa-fé, com dívidas de natureza pessoal, as quais são impossíveis de honrar, sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, merece tutela do Estado, de forma a auxiliar na solução de seus problemas financeiros, junto aos credores e, conseqüentemente, a sua reinserção no mercado de consumo.

Restou definido que de nada adianta excluir socialmente o superendividado, nem taxá-lo, simplesmente, de mau pagador, mas, sim, é indispensável a elaboração de uma política que possibilite o tratamento adequado a esse sujeito, com o intuito de facilitar a composição conjunta das dívidas, a fim de permitir a satisfação dos interesses do devedor e do credor, sem que para isso as partes sejam cerceadas de seus direitos.

A medida não tem como intuito estimular o não pagamento das dívidas, e sim, salvaguardar a dignidade do consumidor superendividado perante aos interesses patrimoniais do credor, que não poderão exceder as garantias e aos limites estabelecidos em lei.

Conclui-se, portanto, que o fenômeno do superendividamento é um grave problema social pós-moderno, que somente poderá ser combatido e controlado mediante a atuação efetiva do Estado e da iniciativa privada, além da participação e conscientização da população em geral. Por essa razão, não pode ser o superendividado estigmatizado, tampouco, tratado com desprezo e desconfiança, pois, necessita da intervenção do poder público para efetivar seus direitos de consumidor e cidadão.

## Referências

- ASCENSÃO, J. O. DE. *Direito da Internet e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BARRETO JUNIOR, I. F. Abordagens recentes da pesquisa jurídica na Sociedade da Informação. PAESANI, L. M. (Coord). *O direito na sociedade da informação II*. São Paulo: Atlas, 2009.
- CASTELLS, M.. A era da informação: economia, sociedade e cultura. In: *A Sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, v. 1, p. 39, 2000.
- COSTA, G. F. M.. Superendividamento: solidariedade e boa-fé. In: MARQUES, C. L.; CAVALAZZI, R. L. (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006.
- DERTOUZOS, M. L.. *O que será: como o novo mundo da informação transformará nossas vidas*. Tradução de Celso Nogueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R.. *Novo Curso de Direito Civil*; Parte Geral. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GIANCOLI, B. P. *O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- GUERREIRO, E. P.. *Cidade Digital: infoinclusão social e tecnologia em rede*. São Paulo: Editora Senac, 2006.
- KIRCHNER, F. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, nº 63/65/113, p.74, jan./mar. 2008.
- LEITÃO MARQUES, M. M.. *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000.
- LISBOA, R. S.. Tecnologia, confiança e sociedade: Por um novo solidarismo. In: PAESANI, L. M. (Coord). *O direito na sociedade da informação II*. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito na Sociedade da Informação*. Disponível em: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/direitonasociedadedainformacao-4.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/direitonasociedadedainformacao-4.pdf)> Acesso em: 27 abr. 2012.

MARQUES, C. L.. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito de consumo: proposições com base em pesquisa empírica de cem casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, C. L.; CAVALAZZI, R. L. (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006..

\_\_\_\_\_. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4 ed, rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOURA, W. J. F. DE; BESSA, L. R.. Impressões atuais sobre o superendividamento: sobre a 7ª Conferência Internacional de Serviços Financeiros e reflexões para a situação brasileira. In: *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, nº 65, jan-mar/2008.

NUNES, L. A. R.. *Curso de direito do consumidor*. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIBONI, M. L. C. P. DE. O superendividamento do consumidor brasileiro e o papel da Defensoria Pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado. In: MARQUES, C. L.; CAVALAZZI, R. L. (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006.348.

SCHMIDT NETO, A. P.. Superendividamento do consumidor: conceito, pressuposto e classificação. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, nº 71, jul./set., 2009.

SIMÃO FILHO, A.. Do crédito na sociedade informacional ao superendividamento: Estigma e dignidade. In: PAESANI, L. M. (Coord). *O direito na sociedade da informação II*. São Paulo: Atlas, 2009.

SIQUEIRA JUNIOR, P. H.. *Teoria do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOFLER, A.. *A terceira onda*. Tradução de João Távora. 28 ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

TOLOTTI, M.. *As Armadilhas do consumo: acabe com o endividamento*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.



# A CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E MENTAL

*Juliana Cristina Borcat<sup>1</sup>*

*Lívia Pelli Palumbo<sup>2</sup>*

## **Introdução**

O Código Civil de 1916, em seu art. 2º, previa a igualdade dos homens em capacidade de direitos e obrigações na ordem civil.

O Código Civil vigente (2002) substituiu “homem” por “toda pessoa” e “obrigações” por “deveres”, pois estes podem decorrer da lei ou do contrato.

As mudanças impressas pelo Código Civil vigente foram poucas e superficiais, não suficientes para colocar em primeiro plano a pessoa humana.

De acordo com a atual codificação, a capacidade civil possui duas espécies: a capacidade de direito ou de gozo e a capacidade de fato ou de exercício, assim a capacidade de fato requer certas qualidades e a falta delas torna a pessoa incapaz, necessitando da intervenção de outrem para exercer determinados atos da vida civil.

A legislação civil vigente, em seus art. 3º e 4º, dispõe sobre a incapacidade, tanto relativa como absoluta, sendo possível identificá-las como inerentes à menoridade, à saúde mental, à impossibilidade de manifestação da vontade e à prodigalidade.

Neste estudo, a abordagem se fará somente em relação à capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual ou mental.

Partindo-se da premissa de que o Projeto do Novo Código Civil é de 1975 (Projeto de Lei nº 634/75), portanto, extremamente ultrapassado em relação à Constituição Federal de 1988, que prevê a proteção da personalidade e dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais, pode-se, então, concluir que o Código Civil está defasado dentro do sistema constitucional atual.

Necessária, portanto, a análise de elementos mínimos de reflexão para uma nova proposta de regime jurídico, que esteja em consonância com o novo cenário mundial preocupado com os direitos humanos.

A defasagem no sistema normativo se dá, inclusive, pela expressão utilizada no texto do Código Civil de 1916 “loucos de todo gênero” para tratar da deficiência mental.

---

<sup>1</sup> Advogada, bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino-Bauru, mestranda do Curso de Mestrado 2011 do Centro Universitário de Bauru-ITE

<sup>2</sup> Advogada, bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino-Bauru, mestranda do Curso de Mestrado 2011 do Centro Universitário de Bauru-ITE.



O Código Civil de 2002, embora tenha modificado a expressão, não inovou no que consiste em uma definição adequada. Nem mesmo o texto constitucional de 1988, apesar de considerada “Constituição Cidadã”, trouxe uma conceituação que corresponda às expectativas atuais, uma vez que, com o texto da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, a expressão mais adequada a ser utilizada, atualmente, é “pessoa com deficiência”, não devendo mais a palavra “portar” ser citada.

A proposta deste trabalho é traçar algumas propostas críticas e reflexões acerca de o regime jurídico da capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual e mental, uma vez que a regra é a capacidade civil, devendo a incapacidade ser interpretada restritivamente e a interdição civil devendo ser encarada como medida excepcional.

## **1. CAPACIDADE E INCAPACIDADE JURÍDICA À LUZ DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

O Código Civil de 1916, em seu art. 2º prescrevia que: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”. A palavra “homem” abrangia todas as pessoas, sem discriminação de sexo, raça, cor e nacionalidade, sendo aplicada de forma genérica e abstrata. O Código Civil vigente (2002) substituiu “homem” por “toda pessoa”, e “obrigações” por “deveres”, pois estes podem decorrer da lei ou do contrato.

A capacidade civil possui duas espécies, quais sejam: a capacidade de direito ou de gozo e a capacidade de fato ou de exercício.

A capacidade de direito é inerente a todo ser humano, desde o nascimento com vida até o momento do óbito, capacidade esta que todos possuem e não pode ser recusada ao indivíduo, pois seria a negação de sua qualidade como pessoa, retirando-lhe os atributos de sua personalidade.

A capacidade de fato, de exercício ou de ação é a aptidão para exercitar direitos, ou seja, a faculdade de fazê-los valer, esse exercício pressupõe consciência e vontade, portanto, é necessário que a pessoa possua essas duas faculdades.

Por conseguinte, a capacidade de fato está vinculada a certos fatores objetivos, tais como a idade e estado de saúde.

Assim, se a capacidade de fato requer certas qualidades, a falta delas torna a pessoa incapaz, necessitando da intervenção de outrem para exercer determinados atos da vida civil.

“Incapacidade é a restrição legal aos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra. Decorre aquela do reconhecimento da inexistência, numa pessoa, dos requisitos indispensáveis ao exercício dos seus direitos.”(GONÇALVES, 2011, p. 110)

A incapacidade é conceito jurídico e o legislador adotou critério objetivo, que compreende a idade e a saúde mental. Para supressão da incapacidade, determinada por situações que envolvam falta de discernimento, esta pode ser absoluta ou relativa (conforme o grau de imaturidade, deficiência mental ou física), nosso sistema jurídico criou os institutos da representação e assistência.

É possível definir, de acordo com os art. 3º e 4º do Código Civil<sup>3</sup>, que são considerados civilmente capazes, aqueles que possuem clareza de raciocínio, sendo, portanto, capazes de administrar os próprios bens e cuidar de si próprios, por outro lado, as pessoas sem discernimento algum ou com discernimento reduzido para os atos da vida civil são consideradas legalmente incapazes.

Nota-se que a incapacidade civil possui gradações, sendo considerada absolutamente incapaz a pessoa que não possui nenhum discernimento para a prática dos atos da vida civil e, relativamente incapaz, a pessoa que possui discernimento reduzido para certos atos da vida civil.

A incapacidade por falta de discernimento é uma situação excepcional e só existirá em situações previstas pela lei e declaradas judicialmente, as quais a pessoa incapaz necessitará de intervenção, como forma estabelecida para proteção das pessoas e concretização do princípio da igualdade. A representação supre a incapacidade absoluta (art. 3º) e a assistência (art. 4º), a relativa.

Analisando os artigos supracitados, que dispõem acerca da incapacidade, tanto relativa quanto absoluta, conclui-se que é possível identificar as incapacidades como inerentes à menoridade, à saúde mental, à impossibilidade de manifestação da vontade e à prodigalidade.

A incapacidade é uma questão jurídica e não médica, uma vez que o magistrado, com base no laudo técnico e na entrevista pessoal, analisará a capacidade e os atos para os quais a pessoa necessitará de intervenção, procedimento este denominado processo de interdição, previsto nos artigos 1.177 e seguintes do Código de Processo Civil.

No processo de interdição, caso seja proclamada a incapacidade do requerido, o juiz nomeará um curador para representá-lo ou assisti-lo, a depender do grau declarado de sua incapacidade, se absoluta ou relativa, respectivamente.

---

<sup>3</sup> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os prodígios.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

O absolutamente incapaz será representado pelo curador, que irá exercer todos os atos jurídicos em nome dos interesses deles, pois, com a interdição, a vontade do incapaz passa a ser totalmente desprezada na esfera do direito.

Contudo, no que se refere ao relativamente incapaz, este terá limitações mais leves no que concerne à sua liberdade de agir, ficando impossibilitado de praticar, sozinho, somente alguns atos da vida civil e não todos. Em relação aos atos em que está impedido de praticar sozinho, contará com a assistência do curador e não a representação. Assim, o incapaz irá participar do ato, sendo somente necessária uma intervenção do curador, pois a vontade do relativamente incapaz não é totalmente desprezada na esfera do direito.

Portanto, os atos praticados pelo absolutamente incapaz, sem a representação do curador, são considerados nulos, enquanto os atos cometidos pelo relativamente incapaz, sem assistência do curador são considerados anuláveis.

Assim, os limites da curatela variam, ou seja, para os absolutamente incapazes, a curatela será total, e para os relativamente incapazes, será parcial.

A questão é que, na prática forense, em quase todos os casos de interdição, o interdito vem sendo identificado como absolutamente incapaz, o que consiste em uma afronta aos interesses do requerido, pois, com a curatela total, sua vontade é totalmente suprimida, passando, então, a ser representado em todos os atos de seus interesses, patrimoniais ou existenciais.

Portanto, o curador passa a cuidar tanto dos bens do incapaz, quanto da pessoa física, interferindo na autonomia e na manifestação da vontade dele.

Nesse diapasão, conclui-se que a interdição, nos moldes da doutrina civilista e jurisprudência pátria, visa à proteção do patrimônio do incapaz, colocando em segundo plano a personalidade e os interesses existenciais, de forma desvirtuada. O instituto do Código Civil almeja a proteção patrimonial em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Partindo da premissa de que o Projeto do Novo Código Civil é anterior à Constituição Federal de 1988 e que possui, em seus dispositivos, a proteção da personalidade e da dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais, conclui-se que o Código Civil está defasado dentro do sistema constitucional atual.

É evidente, então, que necessária se faz a análise de um sistema normativo coerente e harmonioso, que vise à proteção dos interesses do incapaz à luz dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, bem como na Convenção a respeito dos Direitos da Pessoa com Deficiência.

## 2. CONCEITUAÇÃO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UM CONCEITO EM EVOLUÇÃO

A defasagem no sistema normativo se dá, inclusive, pela expressão utilizada, qual seja, a citada no texto do Código Civil de 1916 que tratava a deficiência mental utilizando-se da expressão “loucos de todo gênero”. Clóvis Beviláqua aduzia, na época, que não era necessária uma definição rigorosa para alienação mental e esta explanação, por si só, já admitia a falta de técnica do antigo diploma.

O Código Civil de 2002, embora tenha modificado a expressão, não inovou no que consiste em uma definição adequada. Nem mesmo o texto constitucional de 1988, apesar de contemplar direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, não traz uma conceituação que corresponda às expectativas atuais.

A Constituição Federal foi elaborada em um momento histórico em que era normal utilizar-se de palavras com conotações negativas para referirem-se às pessoas com deficiência, tais como: paralítico, mongoloide, surdo-mudo, maneta, aleijado, retardado, débil mental etc.

Há dificuldade na qualificação da pessoa com deficiência, sendo esta classificada como minoria, incapaz, especial e, a mais utilizada, após o texto constitucional de 1988, a pessoa portadora de deficiência.

A questão é que a expressão “portadora” é uma palavra indesejada, nela se traz a ideia de que os impedimentos físicos, mentais, intelectuais e sensoriais causavam imediata exclusão dos cidadãos que os apresentavam e, ainda, acarretava uma atenção meramente assistencialista e insuficiente pela sociedade, que garantia condições superficiais de dignidade, autonomia e independência.

Portanto, atualmente, a expressão mais adequada é “pessoa com deficiência”, não devendo mais a palavra “portar” ser utilizada, pois, a pessoa, núcleo central da expressão, “tem” uma deficiência e não a “porta” ou “carrega”.

Nesse patamar, em 2003, foi apresentado o Projeto PLS 6/2003 no Senado e PL7699/2006 na Câmara, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, trazendo a nova nomenclatura e estabelecendo diretrizes gerais para assegurar, promover e proteger o exercício pleno e em condições de igualdade para todos. Entretanto, até o presente momento, o referido projeto, que já foi aprovado por unanimidade no Senado, ainda não foi votado pela Câmara, crítica que se faz em razão do tempo é a que se trata de impedimento para o exame de outras propostas que tratam dos direitos das pessoas com deficiência. No projeto, já se utiliza a expressão pessoa “com deficiência”. (ALTAFIM, 2012)

Mediante o Decreto Legislativo nº 186 de 09 de julho de 2008 e do Decreto de Promulgação nº 6949 de 25 de agosto de 2009, o Brasil assinou a Convenção Internacional

a respeito de os Direitos das Pessoas com Deficiência - ONU - e a introduziu em nosso sistema constitucional que adotou a expressão “pessoa com deficiência”.

Importante ressaltar, também, que a Convenção possui *status* de emenda constitucional, conforme art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Deve-se ter, em mente, que a Convenção se utiliza desse conceito devido à motivação da ONU para alteração da nomenclatura derivar do conceito da percepção que a deficiência é um conceito em evolução.

O preâmbulo da Convenção realça que “a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.” Portanto, a deficiência deve ser vista como resultado da interação da pessoa e o meio e não como algo pertencente a suas características intrínsecas.

A definição de deficiência é trazida pelo art. 1º da Convenção da ONU:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

A caracterização da pessoa com deficiência não se dá pela falta de um membro, de capacidade intelectual reduzida ou de constatação de falha sensorial ou motora, a deficiência se dá em razão do grau de dificuldade para a inclusão social e integração na sociedade.

### **3. CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL E INTELECTUAL**

A proposta deste trabalho é colaborar com uma postura crítica no que concerne ao regime jurídico da capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual e mental. Porém, antes de adentrar à referida análise, importante entender se há distinção ou não entre as deficiências de impedimento de natureza intelectual e mental.

A Convenção da ONU utiliza os termos “impedimento mental” e “impedimento intelectual”, daí a necessidade de se atentar ao uso dessa terminologia. Para isso,

analisa-se o histórico de tais expressões nos documentos referentes às pessoas com deficiência.

Nas últimas décadas, observa-se um processo de substituição do termo de deficiência mental para intelectual quando se trata de limitações no funcionamento intelectual.

Nesse sentido, Romeu Sasaki explica que a denominação deficiência intelectual foi utilizada pela primeira vez em 1995 no simpósio *Intellectual Disability: Programs, Policies and Planning for the Future*, da ONU - juntamente ao *The National Institute of Child Health and Human Development*, *The Joseph P. Kennedy, Jr. Foundation*, e *The 1995 Special Olympics World Games*, realizado na cidade de New York.

Estados Unidos, realizou um megaevento sobre o tema “deficiência intelectual”. A Confederação Espanhola de Organizações para Pessoas com Deficiência Mental, no ano de 2002, fez substituição da expressão “mental” por “intelectual” e passou a ser Confederação Espanhola de Organizações para Pessoas com Deficiência Intelectual.

Em 2003, o Comitê Presidencial sobre Deficiência Mental, também dos Estados Unidos, passou a ser Comitê Presidencial para Pessoas com Deficiência Intelectual.

No ano de 2004, foi promovido um evento pela Organização Mundial de Saúde e pela Organização Pan-Americana da Saúde, em que foi aprovada a Declaração de Montreal sobre Deficiência Intelectual, documento no qual foi empregada a expressão deficiência intelectual com o argumento de que expressa com maior precisão a limitação em questão e a distingue de doença mental.

A Associação Americana de Deficiência Mental cuja sigla em inglês era AAMR até 2006, divulgou o seu novo nome: Associação Americana de Deficiências Intelectual e de Desenvolvimento, cuja sigla em inglês é AAIDD.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU, em 2006, utilizou a expressão “deficiência intelectual”.

Em 2007, entraram em vigor o nome *American Association on Intellectual and Developmental Disabilities* e a sigla AAIDD, substituindo os tradicionais *American Association on Mental Retardation* e a sigla AAMR.

Em 2007, a AAIDD anunciou que a revista *Mental Retardation*, uma das mais antigas do mundo, mudou de nome para *Intellectual and Developmental Disabilities*.

Na tradução brasileira da Convenção da ONU, em 2008, foi utilizada a expressão “deficiência intelectual”. (SASSAKI, 2010, p. 12-15)

Em relevante estudo histórico, feito a respeito de o processo de elaboração da Convenção da ONU, mostra que uma das mais complexas resoluções foi especificamente a definição de pessoa com deficiência. Como relata Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo Lopes, as representações da sociedade civil pleitearam a substituição do termo

“mental” por “intelectual” e a inclusão do termo deficiência psicossocial. Alguns países, entre eles o Brasil, manifestaram dificuldades em aceitar essa terminologia, em razão de que a inserção da expressão “psicossocial” dificultasse o processo de ratificação da Convenção, uma vez que a legislação nacional trata de forma distinta a deficiência e a doença mental. Assim, a solução mediadora foi manter os termos “mental” e “intelectual”, para possibilitar que cada país tivesse espaços de negociação na conceituação de pessoa com deficiência.

Romeu Sasaki (2010, p. 12-15) critica alguns pontos de falta de esclarecimento do texto da Convenção, como no art.1º em que cita impedimento, mas não o define. Na opinião do autor, deve-se entender que impedimento se refere a problemas de função ou estrutura do corpo. Outro ponto que critica é exatamente a omissão quanto à explicação da natureza do impedimento, intelectual e mental, esclarecendo que o impedimento de natureza mental se refere ao quadro de saúde mental (transtorno mental) gerador da deficiência psicossocial e o de natureza intelectual se refere ao déficit cognitivo que é o principal gerador da deficiência intelectual. Ainda, concorda com a última proposta dos estudos do processo de construção da Convenção, no sentido de substituir a expressão “mental” por “psicossocial”, evitando, assim, a confusão com a expressão “intelectual.

Importante destacar que a Portaria SEDH nº 2.344, de 03.11.2010, documento de atualização da nomenclatura do Regimento Interno do CONADE - Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, ao dispor sobre a representação das entidades nacionais de e para pessoas com deficiência, no art. 3º, IV, refere a previsão de dois representantes na área da deficiência mental e/ou intelectual. Assim, tem-se que a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República não entende que tais termos (intelectual e mental) sejam sinônimos, portanto, trata-se de duas espécies distintas de deficiência.(COSTA, 2012)

O preâmbulo da Convenção expressa os princípios norteadores daquele documento internacional e são fundamentais para o processo de entendimento do conteúdo de seus preceitos. Dessa forma, as suas recomendações preliminares não podem ser desconsideradas e tampouco desprezadas, ao contrário, servem como orientação para a interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Em relação ao transtorno mental severo que compreende a esquizofrenia, o transtorno bipolar, dentre outras psicoses, ajusta-se ao conceito de deficiência expresso no documento internacional da ONU, que contempla tanto a esfera biomédica (limitações funcionais) como a social (barreiras impostas pelo ambiente).

A Política Nacional para Integração das Pessoas com Deficiência (Lei nº7.853, com as atualizações promovidas pelo Decreto nº 5.296/2004), estabeleceu o conceito

de deficiência adotado até hoje nas ações de proteção, em seu art. 3º, I: “toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”.

Apesar de referir-se à perda ou anormalidade da função psicológica, o art. 4º foi omissivo quanto ao comprometimento funcional do transtorno mental. Esse dispositivo assim dispõe:

[...] considera-se pessoa com deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física; II - deficiência auditiva; III - deficiência visual; 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 e V - deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências.

Destaca-se que o rol das deficiências do art. 4º do Decreto nº 3.298/99 é exemplificativo e não taxativo.

A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) define as deficiências como problemas nas funções ou na estrutura do corpo, como um desvio importante ou uma perda. Destaca que as funções psicológicas estão incluídas nas funções do corpo humano.

A pessoa com transtorno mental severo possui a capacidade de interagir com a família e a sociedade comprometida, pois, trata de restrição crônica em que há possibilidade de tratamento que ofereça bom controle da sintomatologia, de modo que a pessoa é capaz de retomar a rotina. Entretanto, a sociedade impõe severas restrições ao processo de inserção, de modo que as limitações impostas pela doença são agravadas pela discriminação da sociedade.

Necessária, portanto, a incorporação da Convenção da ONU no sistema jurídico brasileiro que implica o reconhecimento da proteção jurídica às pessoas que se enquadram num conceito biomédico e, também, às que têm participação restringida em razão de fatores ambientais e barreiras sociais, de modo que os fatores ambientais devem ser examinados simultânea e conjuntamente à condição física, psíquica e sensorial de cada pessoa.

A regra é a capacidade civil, devendo a incapacidade ser interpretada restritivamente, sendo que as hipóteses que autorizam a interdição devem ser somente as expressas no texto da lei, sendo proibido o emprego de analogia ou interpretação extensiva. Nesse diapasão, iremos abordar todas as hipóteses de deficiência enunciadas na



Convenção, conjuntamente aos art. 3º e 4º do Código Civil que definem as hipóteses de incapacidade.

Devemos ressaltar que a pessoa com deficiência física, em virtude do silêncio do Código Civil, é civilmente capaz, pois não possui nenhum tipo de comprometimento intelectual ou mental, não estando sujeita, portanto, à interdição. Porém, destaca-se a denominada curatela especial, introduzida pelo Código Civil, art. 1.780:

A requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art.1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens.

É o caso de nomeação de curador para maior de idade civilmente capaz, independentemente de interdição judicial, trata-se de uma curatela limitada, na qual o curador é nomeado apenas para cuidar dos negócios do curatelado ou administrar seus bens. É a situação em que o próprio requerente limita a curatela, que passa a possuir caráter personalizado.

Nesse diapasão, também não estão sujeitas ao regime de interdição as pessoas com deficiência sensorial, pois as limitações visuais, auditivas ou de fala, não impossibilitam a pessoa de zelar pessoalmente pelos próprios interesses.

Passamos, portanto, a abordar a capacidade da pessoa com deficiência intelectual ou mental. Conforme já demonstrado, anteriormente, o art. 3º, inciso II, do Código Civil, aduz que é absolutamente incapaz aquele que, “por enfermidade”, ou “deficiência mental”, não possui o “necessário discernimento” para realização dos atos da vida civil. Contudo, o artigo 4º, incisos II e III, considera relativamente incapazes os que “por deficiência mental, tem o discernimento reduzido” e os “excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”. Nota-se que não há consonância entre a terminologia da Convenção e a do Código Civil, pois a primeira utiliza-se das expressões “deficiência mental”, que traz a ideia de patologias mentais e “deficiência intelectual”, ideia de limitação quanto ao conhecimento, já a segunda norma, é mais detalhista, e não dá nome aos transtornos mentais que acarretam a incapacidade.

A Classificação Internacional de Doenças, o CID-10, da Organização Mundial de Saúde e o Manual Diagnóstico e Estatístico de transtornos mentais, da Associação Psiquiátrica Americana, usam a terminologia “transtorno mental” para todos os casos de doenças mentais, transtornos de personalidade e deficiência intelectual.

Observa-se, então, uma grande dificuldade da doutrina em diferenciar o alcance jurídico de “enfermidade”, “deficiência mental” e pessoa excepcional sem “desenvolvimento mental completo”, que é a linguagem técnica utilizada pelo Código Civil.

Deficiência não é doença, bem como deficiência não se confunde com a incapacidade.

Incapacidade é uma consequência da deficiência, por exemplo, no caso da deficiência mental ou intelectual seria ter o funcionamento intelectual significativamente inferior à média, porém, essa incapacidade não implica em incapacidade para outras atividades, como para o trabalho, esporte, estudos, dentre outros.

Deve-se diferenciar as reais limitações das pessoas com deficiência mental e intelectual e as limitações que a sociedade lhes impõe, tais como: não lhes fornecer oportunidades de trabalho, estudo, dentre outros, por causa da deficiência que elas possuem.

Porém, na prática, para decretação da interdição, processo que impõe limites à pessoa com deficiência intelectual ou mental para atuar na própria vida civil, o que se leva em consideração são os efeitos concretos que o transtorno mental acarreta à pessoa, analisa-se a perícia médica, o grau de comprometimento de seu discernimento e inteligência, sem analisar a adequação desse transtorno mental nos tipos legais descritos na lei civil.

Trata-se de incapacidade absoluta quando o transtorno mental acarreta ausência total de discernimento, todavia, se o transtorno mental resulta apenas em redução de raciocínio ou inteligência, inserindo a pessoa numa sutil percepção entre a razão e distorção da realidade, a incapacidade é relativa.

A questão é que não é possível definir se o transtorno mental é causa de incapacidade absoluta ou relativa, conforme já mencionado. Somente com a análise do caso concreto que é possível a identificação do enquadramento legal. O mesmo transtorno mental pode apresentar intensidades diferentes de uma pessoa para outra.

São os elementos concretos pertencentes à vida de cada indivíduo que vão influir na avaliação da capacidade. Igualmente, há diversas barreiras culturais, físicas, econômicas, sociais, dentre outras, enfrentadas por cada pessoa com deficiência no dia-a-dia, que são passíveis de limitação da autonomia e variam conforme cada caso.

A existência de um transtorno mental não implica necessariamente em limitação da capacidade civil, pois a pessoa ainda pode ter o discernimento necessário para cuidar de si e de seus bens. Dessa maneira, somente quando esse discernimento for suprimido ou reduzido, haverá fundamento para interdição.

Conclui-se que a interdição civil deve ser encarada como medida excepcional, somente devendo ser adotada com muita cautela, analisando-se, minuciosamente, o caso, pois restringe os direitos fundamentais da pessoa, tais como a liberdade e a privacidade, mesmo que, a princípio, a interdição civil se justifique por proporcionar a proteção dos interesses do incapaz.

## 4. CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

A discriminação das pessoas com deficiência existe desde as civilizações antigas. Ocorre que, com a positivação da dignidade da pessoa humana como um valor jurídico a ser protegido, o que ocorreu logo após a segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional passou a buscar respostas às atrocidades produzidas nas grandes guerras, dando ensejo a um sistema global de proteção aos direitos humanos.

A construção dos direitos humanos da pessoa com deficiência se deu em quatro fases, quais sejam:

1- A deficiência simbolizava um pecado ou castigo que gerava intolerância da sociedade em relação às pessoas com deficiência;

2- A pessoa com deficiência era invisível;

3- Perspectivas médica e biológica de que a deficiência era uma “doença a ser curada”, em que o foco era a pessoa portadora da enfermidade (tratava-se de uma ótica assistencialista);

4- Orientada pelo paradigma dos direitos humanos em que surgem os direitos à inclusão social e a preocupação se dá na relação entre a pessoa com deficiência e o meio em que se insere, bem como na análise e eliminação de obstáculos e barreiras (culturais, físicas ou sociais) a fim de pleno exercício dos direitos humanos.

A relação entre a pessoa e o meio, ou seja, a construção coletiva traz o dever do Estado de eliminação dos obstáculos que impeçam o pleno exercício de direitos das pessoas com deficiência, de forma a atingir o desenvolvimento pessoal, profissional e social de cada um, que, com a quarta fase, passa de objeto de políticas assistencialistas e de tratamentos médicos para verdadeiros titulares de direito, independente de sexo, raça, origem, idade, classe social, religião, nacionalidade ou quaisquer outras condições intelectuais, sensoriais ou físicas.

Esse histórico serviu como inspiração para que, em 13 de dezembro de 2006, fosse adotada pela ONU a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que surgiu em resposta à manifestação da comunidade internacional contra os tratamentos desumanos proferidos à pessoa com deficiência.

A Convenção é um grande avanço para a alteração da percepção da deficiência, tratando-se de uma mudança de perspectiva, pois, reconhece que todas as pessoas

com deficiência devem ter oportunidades de alcançar de forma plena e efetiva sua participação na sociedade e seu potencial individual.

O real intuito da Convenção está previsto no art. 1º, que define que o propósito da Convenção é a promoção, proteção e garantia do exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência e a promoção do respeito pela sua dignidade inerente.

Para realizar esse propósito, a Convenção demanda dos Estados-partes medidas legislativas, administrativas e de outras naturezas, com a finalidade de implementação dos direitos nela narrados. Está presente na Convenção o conceito do *reasonable accommodation*, que prevê o dever do Estado de encontrar medidas razoáveis e apropriadas para proteção das pessoas com deficiência, bem como assegurar o exercício de seus direitos humanos em igualdade de condições com as demais pessoas. A violação do *reasonable accommodation* implica em discriminação, tanto nas esferas públicas quanto nas privadas.

Os Estados têm o dever de consultar as pessoas com deficiência, por meio de seus representantes e organizações, quando for elaborar e implementar as leis e medidas que efetivem a Convenção e outras políticas que possam causar impacto na vida delas.

O art. 3º da Convenção apresenta seus princípios gerais, que são:

- a) O respeito pela dignidade inerente, autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas;
- b) A não-discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

A Convenção, na forma como foi aprovada, deu ensejo a um documento que foi o primeiro Tratado Internacional dos Direitos Humanos, aprovado na forma do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, portanto, seus efeitos precisam ser bem analisados e efetivados, sob pena de perda de sua eficácia social.

Tal documento internacional foi assinado pelo Brasil no dia 30 de março de 2007, e entrou em vigor no cenário mundial apenas no dia 13 de maio de 2008 e o Brasil seguindo essa tendência, editou o Decreto Legislativo (186/08) que lhe reconhece eficácia em âmbito nacional. Nesse contexto, a Convenção define direitos e obrigações de todos os seres humanos, tratando-se, portanto, de uma ferramenta de transformação social.

A Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência é um instrumento de proteção aos direitos humanos específicos e que faz parte do projeto de visibilidade do público- beneficiário que são as pessoas com deficiência.

Os Tratados de Direitos Humanos, além de outras funções, também possuem a função de educar e auxiliar as pessoas que trabalham na pauta dos direitos humanos das pessoas com deficiência, influenciando, dessa forma, a própria legislação vigente, as políticas públicas e práticas locais, inclusive a própria opinião pública.

Em suma, entende-se que a Convenção converge em seus dispositivos conhecimentos teóricos e práticos a respeito de os direitos humanos das pessoas com deficiência e atende suas demandas mais específicas, podendo servir de referência positiva para os demais órgãos de monitoramento dos outros tratados.

## **5. CRÍTICAS E REFLEXÕES RELATIVAS A UM NOVO REGIME JURÍDICO DA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIENCIA MENTAL OU INTELECTUAL**

O regime da capacidade de exercício, no âmbito do Código Civil, alça somente a proteção do patrimônio do incapaz, partindo da premissa de que o incapaz é aquele que não consegue administrar pessoalmente os próprios bens, sem levar em consideração que isso acaba por privar a pessoa com deficiência intelectual ou mental do exercício de seus direitos existenciais, que são aqueles que não podem ser valorados pecuniariamente.

Diante do exposto no presente trabalho, torna-se evidente a necessidade do estudo de um novo regime jurídico para as pessoas com deficiência intelectual ou mental, pois, da maneira em que se apresenta atualmente, trata-se de um regime que aborda somente um viés patrimonialista, totalmente divorciado dos princípios constitucionais e direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, bem como totalmente divorciado dos valores e princípios previstos na Convenção da ONU.

Diante do enunciado de que o direito à dignidade da pessoa humana é chamado pela doutrina de fenômeno da repersonalização do direito e devido a todos, tem-se que os outros princípios e institutos jurídicos devam funcionar em prol de promover

a máxima proteção da dignidade humana, tratando-se, então, de um metaprincípio informador de todos os demais princípios. A Carta Magna coloca a pessoa humana no centro de seu ordenamento jurídico, priorizando os valores existenciais em face aos interesses patrimoniais, o que contradiz com o que prioriza o Código Civil atual.

A Convenção da ONU incorpora a pessoa com deficiência na pauta internacional de direitos humanos e garante seu reconhecimento na sociedade, bem como sua autonomia e independência, proporcionando o acesso e a equiparação de oportunidades para o exercício de igualdades nas mesmas bases e condições que os demais.

A Constituição Federal de 1988 não mais possui a condição de carta política e, dessa forma, os direitos fundamentais nela previstos possuem eficácia direta, inclusive nas relações entre os particulares.

As restrições ao exercício da capacidade civil para fins patrimoniais, negociais e direitos econômicos acabam por restringir os direitos existenciais da pessoa com deficiência intelectual ou mental, que são aqueles relativos ao nome, à saúde, à intimidade, ao trabalho, às questões afetivas e familiares, à integridade física, ao credo religioso, à cultura, à educação; dentre outros, que são garantidos na Constituição de 1988, bem como na Convenção da ONU, havendo então uma contradição com o Código Civil vigente.

Nesse diapasão, verifica-se que o critério do discernimento prejudica totalmente as situações existenciais que o incapaz tem direito de exercício de forma plena e equitativa como os demais.

O fato de a pessoa com deficiência intelectual ou mental possuir discernimento reduzido para gerir os próprios bens não significa que ela não tenha condições, de forma segura, de expressar a própria vontade a respeito de questões de outra ordem, que condizem ao seu direito de ter uma vida digna, conforme previsto na Constituição Federal de 1988 e na Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

Os moldes atuais do Código Civil quando trata a pessoa com deficiência intelectual ou mental como incapaz para situações patrimoniais fere a dignidade humana dessas pessoas e as exclui da sociedade, impondo-lhes barreiras para que estas possam exercer sua capacidade.

Deve-se destacar ainda que, embora o Código Civil Brasileiro possua duas formas de interdição, ou seja, a total e a parcial, há uma verdadeira padronização na curatela em que a tendência é a decretação da incapacidade absoluta, na qual é nomeado o curador para representar o incapaz em todos os atos dali em diante, mesmo havendo indicadores de que o interditando apresenta discernimento para certas situações.

Trata-se de um verdadeiro absurdo, pois, evidente que é uma curatela desproporcional, exagerada e violadora da dignidade humana da pessoa com

deficiência intelectual ou mental, contrapondo-se com seus direitos fundamentais, revelando-se, portanto, inconstitucional.

Tal fato distancia-se da realidade e, levando-se em consideração não somente a Constituição Brasileira de 1988, mas a Convenção da ONU que apresenta como um de seus princípios, como já abordado no presente trabalho, o respeito pela dignidade inerente, autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, evidente que estamos diante de uma violação de direitos do incapaz, suprimindo o poder de decisão a respeito de questões, as quais esta pessoa poderia se manifestar com segurança, caso a vontade dela fosse levada em consideração e respeitada.

Como já abordamos anteriormente, a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência possui *status* de emenda constitucional, possuindo posição hierárquica superior ao Código Civil vigente e, havendo contradições entre estes, a prevalência é da primeira.

O correto é que seja efetuada uma curatela individualizada, condizente com a deficiência apresentada por cada pessoa, que seja proporcional às limitações individuais.

Nos aspectos que concernem o instituto da curatela do novo Código Civil, que abrangem a interdição total e a parcial da pessoa com deficiência intelectual ou mental, deve ser realizada uma releitura constitucionalizada que tenha como principal objetivo a valorização da dignidade humana, fazendo com que a interdição seja fiel às limitações enfrentadas pelo incapaz.

É necessário definir as habilidades do interditando, seus talentos, aptidões, qualidades individuais, desejos, aspirações, ou seja, ultrapassar a simples identificação da patologia apresentada, para chegar-se a uma verdadeira conclusão sobre os obstáculos reais que a pessoa enfrenta em sua vida cotidiana.

Deve ser criado um novo modelo social, no qual a deficiência deve ser encarada como resultado de uma equação que possui duas variáveis, quais sejam:

- 1- As limitações funcionais do corpo humano;
- 2- Os obstáculos e barreiras, sejam elas: físicas, sociais, culturais, pessoais ou econômicas que são impostas pelo ambiente à pessoa com deficiência.

A sociedade cria essas limitações com base em uma característica do corpo humano, ou seja, é a própria sociedade que coletivamente dá ensejo à descapacidade.

Esse novo paradigma social deve ser consolidado com base no respeito à diferença e aceitação das pessoas com deficiência como parte da humanidade, que tome como base a pessoa como ser humano, dotada de indissociável dignidade.

Portanto, deve ser estudado um novo regime jurídico da capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual ou mental em que a curatela parcial seja adotada como

regra no ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser aplicada tanto em face dos absolutamente como aos relativamente incapazes.

Deverá ser realizada uma avaliação pormenorizada de cada caso, e a sentença judicial de interdição deverá expressar minuciosamente os atos em que o interdito não poderá praticar pessoalmente, sendo mantida, por exclusão, a capacidade civil para todos os demais atos não consignados pelo magistrado, sob pena de violação da própria dignidade.

Por tais motivos, o regime da capacidade civil do Código Civil vigente deve se adequar aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e aos dispositivos da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, sob pena de ser considerado inconstitucional.

## 6. CONSIDERAÇÕES

A Convenção converge em seus dispositivos conhecimentos teóricos e práticos sobre direitos humanos das pessoas com deficiência e atende suas demandas mais específicas.

O regime da capacidade de exercício, no âmbito do Código Civil, alça somente a proteção do patrimônio do incapaz, partindo da premissa de que o incapaz é aquele que não consegue administrar pessoalmente seus próprios bens, sem levar em consideração que isso acaba por privar a pessoa com deficiência intelectual ou mental do exercício de seus direitos existenciais, que são aqueles que não podem ser valorados pecuniariamente.

Diante do estudado, torna-se evidente a necessidade do estudo de um novo regime jurídico para as pessoas com deficiência intelectual ou mental, pois, da maneira em que se apresenta atualmente, trata-se de um regime que aborda tão somente questões patrimoniais da pessoa com deficiência e não seus direitos existenciais, situação esta totalmente distorcida da nova visão de humanidade, reforçada pela Convenção.

Portanto, tem-se que o regime da capacidade civil do Código Civil vigente deve se adequar aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e aos dispositivos da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, sob pena de ser considerado inconstitucional, em razão de a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência possuir *status* de emenda constitucional, o que lhe confere posição hierárquica superior ao Código Civil vigente e, em caso de conflito de normas, a prevalência é da Convenção.

A análise do estudo concluiu que o correto seria a efetivação de uma curatela individualizada, condizente com a deficiência apresentada por cada pessoa, de forma que seja proporcional às suas limitações. Ainda, deve ser realizada uma releitura do sistema jurídico civil vigente de forma a constitucionalizá-lo, a fim de atingir objetivo de



valorização da dignidade da pessoa humana, alcançado com a limitação da interdição correspondente às necessidades reais de cada pessoa.

O novo modelo social que se sugere deve considerar duas questões: as limitações funcionais do corpo humano e os obstáculos e barreiras que a pessoa deve encarar e superar, com auxílio do Estado.

Esse novo paradigma social deve ser consolidado com base no respeito à diferença e aceitação das pessoas com deficiência como parte da humanidade, respeitando o meta princípio informador de todos os princípios: dignidade da pessoa humana.

Portanto, diante do exposto e das devidas reflexões críticas, conclui-se que deve ser elaborado um novo regime jurídico da capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual ou mental em que a curatela parcial seja adotada como regra no ordenamento jurídico brasileiro.

## Referências

ALEXY, R.. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALTAFIM, I.G.. *Mobilização pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência é defendida em debate*. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/05/14/mobilizacao-pelo-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-defendida-em-debate>>. Acesso em: 16 jul. 2012.

ARAÚJO, L. A. D.. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 4. ed. Brasília: Corde, 2011.

\_\_\_\_\_. *Barrados: pessoa com deficiência sem acessibilidade: como cobrar, o que cobrar e de quem cobrar*. Petrópolis: KBR, 2011.

\_\_\_\_\_. (coord.). *Direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. (coord.). *Efetivando direitos constitucionais*. Bauru: Edite, 2003.

\_\_\_\_\_. NUNES UNIOR, V. S.. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

BAUMAN, Z.. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

\_\_\_\_\_. *Confiança e medo na cidade*. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

COSTA, A. M. M. DA. *O Reconhecimento da Pessoa com Transtorno Mental Severo Como Pessoa Com deficiência: Uma Questão de Justiça*. Disponível em: <[http://www.inclusive.org.br/wp-content/uploads/O\\_reconhecimento.pdf](http://www.inclusive.org.br/wp-content/uploads/O_reconhecimento.pdf)>. Acesso em: 11 jul. 2012.

DINIZ, M.H.. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FÁVERO, E.A.G.. *Direitos das Pessoas com deficiência*. 2. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FERRAZ, C. V.; LEITE, GEORGE S.; LEITE, GLAUBER S.; LEITE, GLAUCO S. (coords). *Manual dos Direitos da Pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, E. P. Desenvolvimento e Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra Editora, Coimbra, p. 23 – 34, 2000.

GONÇALVES, C. R.. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUNARDI, S. G. (org.). *Inclusão Social e sua efetivação*. Curitiba: CRV, 2011.

MONTEIRO, W. de B.. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OMS-ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Relatório Mundial sobre a deficiência. Tradução: Lexicus Serviços Lingüísticos. GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. SEDPcD: 2012 GUGEL, M. A.; COSTA FILHO, W. M.; RIBEIRO, L. L. G. (org). *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

PEREIRA, C. M. da S.. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SASSAKI, R. K. I.. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. 8. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2010.

\_\_\_\_\_. Quem está incluído na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência? *Revista Reação*, p. 12-15, ano XIV, nº 80, maio/jun. 2010. Disponível em: < <http://www.apabb.org.br/visualizar/Quem-esta-i-na-Convencao-sobre-os-Direitos-das-Pessoas-com-Deficiencia/1374>>. Acesso em: 11 jul. 2012.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. *A proteção Constitucional da pessoa com deficiência*. 4 ed. Brasília, 2011.

WERNECK, C.. Ninguém mais vai ser bonzinho: na sociedade inclusiva. 2. ed. Rio de Janeiro: WVA, 1997.



# A INCLUSÃO SOBRE O “OLHAR DO OUTRO”

*Aline Tozato Centinari*<sup>1</sup>

*Alinne Cardim Alves*<sup>2</sup>

## 1. CONVENÇÃO INTERNACIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência é o primeiro instrumento sobre os direitos humanos, que ampliou o conceito de pessoa com deficiência. É o instrumento jurídico de maior relevância, pois incorpora as Declarações e Convenções Internacionais, o interesse das pessoas com deficiência. Afirmam-se os direitos dessas pessoas que são tão ameaçados pelas vicissitudes da história contemporânea.

Pela primeira vez, governos de 192 países tiveram um “olhar diferente sobre o outro”. Reuniram-se cerca de 800 representantes de governos e de organizações não governamentais de todo o mundo para discutir a respeito do tema. A Convenção é assim, o resultado de vontade da sociedade e dos governos.

O Brasil influenciou fortemente a adoção de posições avançadas no campo da saúde, educação, direito da criança e da mulher, frente ao conceito de pessoa com deficiência trazido pela convenção.

É no art. 1º da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência que se descreve esse conceito. Vejamos:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

O conceito extraído da Convenção Internacional deve ser acrescido aos direitos fundamentais trazidos em nossa Constituição Federal como igualdade, fraternidade, pluralismo, promoção do bem de todos, entre outros.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Constitucional pelo Centro de Pós Graduação da Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Pós Graduada “*Lato Sensu*” em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera/Uniderp. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Bauru/ITE. Advogada.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito Constitucional pelo Centro de Pós Graduação da Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Bauru/ITE. Advogada.

Além disso, como ensina Luiz Alberto David Araujo (2010, p. 27), o Decreto nº 3.298/99, continua no sistema apenas e tão somente para permitir que a administração pública reconheça, com mais facilidade, quem é pessoa com deficiência. No entanto, se o conceito do decreto for restritivo e excluir determinada situação da Convenção, é evidente que este deve ser aplicado.

Precisamos ter, em mente, que os conceitos vão se adaptando de acordo com o momento cultural que vivemos, por isso estará sempre sujeito a adaptações e mudanças. As mudanças advêm de grandes revoluções e, por isso, é sempre necessário atenção para evitarmos utilização de expressões incorretas.

São nesse sentido as palavras de Romeu Kazume Sassaki:

O maior problema decorrente do uso de termos incorretos reside no fato de os conceitos obsoletos, as ideias equivocadas e as informações inexatas serem inadvertidamente reforçados e perpetuados. (2003, p. 160-165)

Há algum tempo se utilizava a expressão pessoa “portadora” de deficiência ao referir-se a pessoa com deficiência. Termo este que caiu em desuso:

No Brasil tornou-se bastante popular, acentuadamente entre 1986 e 1996, o uso do termo portador de deficiência (e suas flexões no feminino e no plural). Pessoas com deficiência vêm ponderando que elas não portam deficiência; que a deficiência que elas têm não é como coisas que às vezes portamos e às vezes não portamos (por exemplo, um documento de identidade, um guarda-chuva). O termo preferido passou a ser pessoa com deficiência. (SASSAKI, 2003, p.160-165)

[...]“ dando-se sempre ênfase, sempre, á palavra “ pessoa”  
[...] (RIBEIRO, 2010)

Assim, concluímos que a expressão correta a ser usada hoje, é sempre “pessoa com deficiência”.

## **2. LEGISLAÇÃO SOBRE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Felizmente, percebeu-se com o tempo que, assim como acontecia em outros países, as pessoas com deficiência poderiam estar nos ambientes escolares e de trabalho comuns a toda população, frequentando também comércio, bares, restaurantes ou prédios públicos, enfim, não precisariam estar sempre circunscritas ao espaço familiar ou às instituições especializadas.

Essa percepção está refletida na expansão de leis e decretos a respeito dos mais variados temas a partir, principalmente, da década de 1980, como veremos a seguir:

a) Lei nº 7.853 de 1989: referendou a Convenção 159 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Essa lei definiu os direitos das pessoas com deficiência, disciplinou a atuação do Ministério Público e criou a Coordenadoria Nacional para Integração das Pessoas Portadoras de Deficiência (CORDE);

b) Decreto nº 3.298 de 1999: regulamentou a Lei nº 7.853/89. Fixou uma Política Nacional para a Integração de Pessoas com Deficiência no mercado de trabalho e na sociedade. Traz a conceituação de deficiência e fixa os parâmetros de avaliação da deficiência física, auditiva, visual, mental e múltipla;

c) Lei nº 8.213 de 1991: estabeleceu cotas de contratação para empresas privadas com mais de cem funcionários. Dispõe, também, sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social;

d) Lei nº 10.048 de 2000: dá prioridade de atendimento às pessoas com deficiência, e dá outras providências;

e) Lei nº 10.098 de 2000: estabelece normas e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida;

f) Decreto Regulamentar nº 5.296 de 2004: regulamenta as Leis nº 10.048/2000 e 10.098/2000 e dá outras providências;

g) Decreto nº 6.949 de 2009: promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo;

h) Decreto nº 7.612 de 2011: institui o plano nacional dos direitos da pessoa com deficiência - Plano viver sem limite. Tem como finalidade promover, por meio da integração e articulação de políticas, programas e ações, o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência, nos termos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovados por meio de o Decreto Legislativo no 186/2008, com status de emenda constitucional, e promulgados pelo Decreto no 6.949, de 25 de agosto de 2009;



i) Devemos citar ainda o Relatório Mundial da Saúde aprovado no início do ano de 2012. A Secretária de Estado dos Direitos da Pessoa com Deficiência de São Paulo realizou o “Seminário Internacional sobre a Implementação do *World Report on Disability*”. O objetivo do Seminário foi de identificar os desafios à implementação das práticas recomendadas pelo Relatório no sentido da promoção de oportunidades iguais para pessoas com e sem deficiência, conforme estabelece a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas;

Nesse contexto, Rogério Gesta Leal afirma que o direito à saúde constitui uma das dimensões do mínimo existencial à dignidade da pessoa humana, denominada, pelo autor, indicador constitucional parametrizante do mínimo existencial, por se afirmar como:

[...] umas das condições indispensáveis à construção de uma sociedade livre, justa, solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades e a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação. (LEAL, 2012)

O caminho é longo para superar esse comportamento omissivo dos entes federativos que precisam fornecer a esse grupo de pessoas o direito à saúde no que tange a fatores médicos, pessoais, psicológicos. Estes precisam compreender que facilitar o acesso à saúde, garantir tratamentos especializados às pessoas com deficiência, trará benefícios enormes a esses indivíduos, no sentido de torná-los mais saudáveis, diminuindo-lhes as limitações para facilitar a inclusão na sociedade.

Aproveitamos aqui para um “protesto”. Interessante é o fato que, em épocas de eleições, candidatos vão buscar eleitores nos lugares mais distantes do Brasil (viajando, às vezes, horas de barco), mas quando o Estado tem o dever de levar vacinas, saúde, remédio, alimento, o mesmo não ocorre. Episódios esses que vêm aumentando o número de crianças com inúmeras deficiências.

A omissão não é justificável até porque referente às pessoas com deficiência, já há planos e legislação vigente, que estão apenas aguardando efetividade. Valemos-nos das palavras de Luiz Alberto David Araujo, “se a lei já manda fazer e não feito (...) é hora de cobrar.” (ARAUJO, 2010)

j) Lei nº 8.213/91, regulamentada pelo Decreto nº 3.298/99 surgiu para obrigar as empresas a contratarem um percentual de pessoas com deficiência. Essa medida apesar de impositiva tem desenvolvido a solidariedade nas empresas, bem como a troca de experiências;

Aqui, importante ressaltar a dificuldade encontrada pelos empregadores para promover essa forma de inclusão. A maior dificuldade está em cruzar os talentos com as vagas que tem, buscando aproveitar da melhor maneira possível esse profissional.

Empresas, com uma visão positiva da inclusão, encontraram como alternativa a contratação de pessoas com deficiência como aprendizes, visto que estes também preenchem as cotas exigidas pela legislação. É uma oportunidade para qualificar as pessoas com deficiência e ao mesmo tempo atender as exigências da norma. Sem contar que para esse tipo de contratação, quando se tratar de pessoas com deficiência, não existe limite máximo de idade imposta por lei.

Outra novidade está na contratação de pessoas com deficiências para ministrar palestras de superação e consultoria nas empresas.

O importante é que o foco não fique na deficiência, e sim, no potencial e na habilidade e competência que esses profissionais apresentam.

k) Convenção Interamericana - Decreto nº 3.956/2001 tem o objetivo de eliminar todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência;

l) Tramita no Congresso Nacional o projeto de Lei nº 3.638/00 de iniciativa do senador Paulo Paim que dispõe sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência;

m) Além, é claro, de todos os fundamentos existentes em nossa Constituição Federal de 1988.

### 3. INCLUSÃO X INTEGRAÇÃO

Nesse momento, mais uma vez, mostra-se necessário pensarmos no correto conceito dos termos. É preciso ficar claro que “inclusão” não significa o mesmo que “integração”. Vocábulos erroneamente utilizados muitas vezes como sinônimos.

A palavra inclusão se refere a uma nova perspectiva discutida mundialmente. Anteriormente se falava em integração.

As duas palavras representam significados distintos, embora encerrem a mesma ideia, ou seja, a inserção de pessoas que estariam excluídas por qualquer motivo. O que muda é a forma de fazer isso.

Eugênia Augusta Gonzaga Fávera traz o seguinte conceito para que possamos entender essa diferença:

**INTEGRAÇÃO:** a sociedade admite a existência das desigualdades sociais e, para reduzi-las, permite

a incorporação de pessoas que consigam “adaptar-se”, por méritos exclusivamente seus. [...] Enquanto que, **INCLUIR**, significa, antes de tudo, “deixar de excluir”. Pressupõe que todos fazem parte de uma mesma comunidade e não de grupos distintos. Assim, para “deixar de excluir”, a inclusão exige que o Poder Público e a sociedade em geral ofereçam as condições necessárias para todos. Portanto, diferentemente da integração, não se espera a inserção apenas daquele que consegue “adaptar-se”, mas garante a adoção de ações para evitar a exclusão. E, diante da desigualdade já presente, exige que se faça uso de medidas positivas, quotas aliadas às políticas públicas, por exemplo, para sua redução. (2007, p.37-38)

Portanto, se é uma sociedade que admite e se adapta às limitações particulares dos indivíduos que buscamos, o termo correto a utilizar é inclusão.

#### 4. CONCEITO DE INCLUSÃO

Entender exatamente o significado das coisas, nos leva a melhor compreendê-las e aceitá-las. Por isso, para se falar em inclusão social é necessário conhecer o que a palavra realmente significa.

Não há como atribuir sentido único ao termo inclusão. A inclusão é uma via de mão dupla, uma vez ser indispensável a existência de uma contraprestação entre sujeito e sociedade.

Fala-se em contraprestação à medida que a sociedade se adapta, para incluir a pessoa com deficiência em seu sistema, proporcionando-lhe uma convivência harmoniosa e, por outro lado, esse indivíduo se prepara para assumir o seu papel na sociedade. A doutrina chama esse movimento de “equiparação de oportunidades”.<sup>3</sup>

Em 1990, ocorreu um movimento Internacional conhecido como Assembleia Geral das Nações Unidas, introduzido no ordenamento jurídico por meio da Resolução nº 45/91. Este movimento foi um marco na marcha pela inclusão social. Por meio desta resolução foi proposto que se alcançasse uma sociedade verdadeiramente inclusiva até 2010. Mas não precisamos buscar muito, para constatar que isso não ocorreu. Um longo caminho ainda será preciso percorrer.

É nesse sentido os dizeres de Claudia Werneck, uma das pioneiras a tratar do tema “sociedade inclusiva”. Diz a autora:

---

<sup>3</sup> A expressão “equiparação de oportunidades” significa o processo mediante o qual “os diversos sistemas da sociedade e do ambiente, tais como serviços, atividades, informações e documentação, são tornados disponíveis para todos, os particularmente para pessoas com deficiência.” ( ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1996)

A sociedade para todos, consciente da diversidade da raça humana, estaria estruturada para atender às necessidades de cada cidadão, das maiorias as minorias, dos privilegiados aos marginalizados. Crianças, jovens e adultos com deficiência seriam naturalmente incorporados à sociedade inclusiva, definida pelo princípio: “todas as pessoas tem o mesmo valor”. E assim trabalhariam juntas, com papéis diferenciados, dividindo igual responsabilidade por mudanças desejadas para atingir o bem comum. (WERNECK, 2000, p. 21)

Sendo assim, devemos pensar que a sociedade não se movimenta de forma concomitante, isto é, os indivíduos ainda observam práticas segregacionistas, como o caso Alemão que ocorreu em 1992, quando um juiz em Flensburg concedeu a um casal de turistas o reembolso de 10% de suas despesas de viagem por terem feitos suas refeições no restaurante do Hotel, no qual um grupo de pessoas com deficiência também comiam (Cf. RIBEIRO, 2010, p. 22). Há um avanço na integração, porém, ainda falta muito para se alcançar a inclusão.

Assim, a sociedade tem uma dívida com os indivíduos, no que tange a diferença entre o que a sociedade oferece e o que deveria oferecer a seus cidadãos. Destarte, todos podemos tentar saldar essa dívida. Todos nós temos algum talento que poderá ser utilizado para o bem comum, dando o melhor de si mesmo.

O fato é que cada vez mais é comum o nascimento de pessoas com deficiência em nossa sociedade, devido a problemas de desnutrição, ausência de ácido fólico, a não vacinação contra a rubéola, e diversas outras questões. E assim, o tema ainda não é visto com tanta seriedade por nós, pois existe uma grande dificuldade de relacionar essa questão ao dia a dia. O cotidiano desses indivíduos é excluído da humanidade.

## 5. AS TRÊS LEIS DE UMA SOCIEDADE INCLUSIVA

Claudia Werneck propõe três leis para se alcançar uma sociedade inclusiva:

Da ação e da Intenção: É necessário que a ação e a intenção sejam corretas, pois uma única ação pode ter diversas intenções.

A de estar em minoria: são tidas como quantidades de indivíduos que sofreram alguma injustiça. Todos nós estamos em desvantagem numérica ou ideológica no decorrer da vida, sob o risco de sermos discriminados por isso.

A de incondicionalidade; Incluir e estar dentro incondicionalmente. A incondicionalidade além de meta, é estratégia de ação. (WERNECK, 2006)

A sociedade inclusiva fortalece as atitudes de aceitação das diferenças individuais e de valorização da diversidade humana, além de enfatizar a importância do pertencer, da convivência, da cooperação e da contribuição que todas as pessoas podem oferecer para construir vidas comunitárias mais justas, mais saudáveis e mais satisfatórias.

Acreditam os especialistas em inclusão que “as comunidades com diversidade sejam mais ricas, melhores e lugares mais produtivos de se viver e aprender” e que “comunidades inclusivas tenham a capacidade de criar o futuro”, daí o desejo de uma vida melhor para todos através da inclusão. (FOREST; PERPOINT, *apud* SASSAKI, 2010, p. 141)

É necessário uma mudança coletiva no pensar e no agir dos cidadãos. Todos, se pessoas com ou não, devem buscar uma sociedade inclusiva.

## 6. UMA BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA

O preconceito é algo que existe desde os primórdios das sociedades. Há tempos que as pessoas com deficiência são excluídas pelos mais diversos motivos, por exemplo, porque seriam difíceis de transportar, ou ainda as expunham para serem ridicularizadas.

A crença popular por muito tempo persistiu na ideia de que a pessoa que nascia com alguma deficiência era marcada por Deus, por algum motivo havia recebido um castigo divino.

Platão, o grande pensador Grego, defendia que os melhores homens deveriam unir-se com as melhores mulheres o mais frequente possível e os “defeituosos” com as “defeituosas” o mais raro possível. Os filhos dos primeiros deviam ser criados os do segundo não (deveriam ser expostos para perecerem), para garantir a mais alta qualidade da raça. (RIBEIRO, 2010, p. 23)

Com a segunda Guerra Mundial, aumentou o número de pessoas com deficiência e, conseqüentemente, a necessidade de uma preocupação maior com o assunto.

A partir dos anos 1980, houve uma reivindicação relevante aos direitos da pessoa com deficiência, principalmente com a participação das Nações Unidas, despertando um olhar de solidariedade e humanidade com o direito dos outros.

Pergunta-se quem, AINDA, vem resistindo a esse apelo histórico? Cidadãos que não querem compartilhar as emoções, que deixam de trocar grandes experiências as quais jamais poderão viver. Pessoas estas desinteressadas em construir uma sociedade inclusiva, os quais não sabem e não procuram saber a respeito de o tema debatido. Esperamos que, um dia, se deixem envolver.

Claudia Werneck nesse contexto também explica:

É difícil mesmo escalar o muro do preconceito (é nele que aprendemos a subir desde criança) e, ao descer, pula para o outro lado, o lado do novo, do desconhecido, da informação que amedronta, e até parece piegas de tão libertadora que é. Mas quando alguém salta desse muro do preconceito pelo mesmo lado que subiu, desce uma pessoa diferente. Olhar a vista lá de cima, comparou paisagens, analisou possibilidades, permitiu-se talvez sonhar. Um dia provavelmente salte para o lado oposto. (2006, p. 59)

Diante dessa pequena trajetória histórica verifica-se que o “olhar do outro”, quando positivo, contribui na construção de uma sociedade verdadeiramente inclusiva. Isso porque, todos podemos ajudar a salvar essa dívida de exclusão com as pessoas com deficiência, mudando a forma de compreender o próximo em suas dificuldades e agir de forma natural diante do assunto.

## **7. “O OLHAR DO OUTRO” SOBRE AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

No Censo de 2000, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) registrou que no Brasil há pelo menos 14,5 % da população com algum tipo de deficiência, ou seja, cerca de 24,5 milhões de pessoas. Dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) apostam que cerca de 610 milhões de pessoas no mundo têm deficiência (10% da população total). (SENTIDOS, 2006)

As sociedades crescem desenfreadamente, mudanças estão ocorrendo a todo o momento, e isso nos remete as palavras de Maria Garcia:

A globalização, transnacionalização, multiculturalismo, a projeção do ser humano como “ cidadão do mundo” obrigando ao desenvolvimento de uma consciência e um sentimento de pertencimento á Terra e não apenas a seu país, afinal o resultado no Japão pode atingir a América do Sul, todos os seres humanos estão sujeitos ás mesmas ameaças nucleares mortais, aos perigos ecológicos do

efeito estufa, o avanço da ciência, que precisa encontrar limites claros, o reconhecimento de que somos diferentes e singulares, dentro da nossa pluralidade e que estas diferenças precisam ser respeitadas, a necessidade de reestabelecermos a tolerância, a fraternidade, a solidariedade entre as pessoas e os povos, num tempo de tanta disputa e busca por dominação, tudo isso nós faz refletir sobre a ideia de uma sociedade inclusiva, uma sociedade para todos. (GARCIA *apud* RIBEIRO, 2010, p. 10)

Diante dessas estatísticas é necessário que haja uma maior conscientização da sociedade sobre o que é a deficiência e como lidar com ela de forma natural.

Claudia Werneck demonstra essas barreiras da sociedade em “4D: Discriminação Racial; Discriminação Cultural, Religiosa, Étnica ou linguística; Disparidade Regional”. (2006, p. 41)

As pessoas com deficiência, assim como todos nós, além de possuir o direito de acesso à cultura, à prática de esportes, têm o desejo como ser humano de realizar essas atividades, na busca de uma vida mais saudável e prazerosa.

As pessoas com deficiência querem sair para jantar, querem ir ao museu, querem ir à praia, querem competir nas olimpíadas. Coisas simples do cotidiano, mas que muitos esquecem.

O olhar diferente começa na família, na vizinhança, na escola, na comunidade. Não há sensação de aconchego do “outros”.

A escola, quando não inclusiva, acaba corrompendo as crianças, pois, por viverem longe dessa realidade, não lhes permite estar perto do “diferente”, inibindo-lhes a capacidade de decisão e reflexão.

Interessante nesse momento observarmos o conceito de educação inclusiva:

A escola é o local onde as gerações se encontram, se entendem e se reconhecem como parte de um TODO humano e social indivisível, desenvolvendo juntos a técnica, a instituição, a flexibilidade, e a arte de se formar, entre si, parcerias indispensáveis para o futuro da nação. Nesse modelo de escola as dificuldades e limitações ( reais, temporárias ou não) de cada estudante, funcionam como um estímulo para o enfrentamento dos desafios da vida comunitária, que com certeza transcendem os limites do

ensinamento que as salas de aula, hoje, proporcionam aos alunos. (WERNECK, 2006, p. 153)

Como defender a ideia de que uma criança pode se desenvolver se existe segregação nas escolas regulares e especiais, pois eles convivem com grupos homogêneos de indivíduos deixando de trocar experiências com outras crianças?

Nas escolas regulares formam-se médicos, arquitetos, advogados, jornalistas que não tiveram a oportunidade de conviver de ter um convívio social amplo e humano com outras pessoas com deficiência. Esses cidadãos poderão excluir o desejo de incluir porque não lhes foram cultivado esse sentimento com os outros.

A própria família, grande parte das vezes, superprotege suas crianças com deficiências, as encaram como seres frágeis que precisam ser tratadas de forma diferente, com cuidados especiais. Falta ainda muita informação sobre aspectos psicológicos, sociais, entre outros.

Alguns pais quando têm a notícia que terão um filho com alguma deficiência chegam a pensar que a melhor alternativa seria a interrupção da gravidez, uma vez que, além de ele ter uma vida muito difícil, toda a sua família sofrerá também. O primeiro sentimento que surge é sempre negativo. Destarte, a própria família que não sabe como agir de forma natural por ausência de informações, acaba por tratar a situação de forma preconceituosa.

As pessoas não falam sobre esse assunto de forma natural. Procuramos sempre uma desculpa para enfrentarmos o desafio de aprendermos sobre nós mesmos.

Existem ainda muitas questões a serem resolvidas e encaradas, para que nossas atitudes não sejam vistas como falsa bondade.

É natural que aquele sujeito com deficiência, principalmente estética, acaba desenvolvendo o desejo de se isolar em face de o “olhar do outro”. Podemos imaginar que muitas vezes a pessoa com deficiência não se sente incomodado de pegar uma xícara com a boca, quando não pode pegar com as próprias mãos. Entretanto, a incomoda o que esse movimento despertará nos outros. Sentem-se entristecidas com a curiosidade.

A deficiência é mais constrangedora aos outros que estão à sua volta, pois quando estão diante de uma pessoa com deficiência sentem-se frente a algo de outro mundo.

Pessoas são isoladas pela sociedade devido às condições estéticas e são muitas vezes agredidas verbalmente com palavras e brincadeiras maldosas.

Fazendo uma correlação a uma expressão encontrada no texto de Zygmunt Bauman, que narra a dificuldade que nós, seres humanos, temos de nos relacionarmos com os estrangeiros, com o tema deste artigo:

A mixofilia é um forte interesse, uma propensão, um desejo de se misturar com as diferenças, com os que são



diferentes de nós, pois é muito humano, natural e fácil de entender que se misturar com os estrangeiros abre a vida para as aventuras de todo tipo, para as coisas interessantes e fascinantes que poderiam acontecer. Talvez assim se viva algo precioso, ação que não se conhecia antes daquele momento. É possível fazer novos amigos, bons amigos que estarão conosco a vida inteira. Isso não é possível numa pequena aldeia, na qual cada um sabe que todos os outros estão cozinhando, ninguém surpreende ninguém e não se espera que aconteça algo interessante.

Mixofobia, que é medo de se misturar. Neste caso, evita-se essa experiência, e muitas pessoas resolvem transmitir esse instinto aos seus filhos, colocando-os em escolas segregadas, em que podem viver imunes a esse mundo horrendo, ao impacto assustador de outras crianças provenientes de “família do tipo errado”. (BAUMAN, 2009, p. 74-90)

Assim, as atitudes para incrementar a mixofilia é diminuir a mixofobia. Temos de dar nossa contribuição para construir uma coexistência pacífica, segura e amigável no mundo inteiro.

Se os seres humanos aceitaram e apreciarem outros seres humanos e se empenharem no diálogo, logo veremos que as diferenças culturais, deixarão de ser um caso de beligerância. É possível ser diferente e viver junto. É preciso aceitar, salvaguardar e respeitar as diversidades de cada um. É possível fazer tudo isso cotidianamente.

As pessoas com deficiência, portanto, são separadas da categoria social legítima de indivíduos que ficam fora das classes, que não desempenham alguma das funções reconhecidas, aprovadas, úteis. Praticamente, são consideradas como descartes.

Existem milhares de homens e mulheres no planeta, mas cada um deles é diverso dos outros. Somos feitos apenas de diferenças. Não existem indivíduos totalmente idênticos, isso é impossível. Existimos porque somos diferentes, porque consistimos em diferenças. No entanto, algumas diferenças nos incomodam e nos impedem de interagir, de atuar amistosamente, de sentir interesse pelos outros, preocupação com os outros, vontade de ajudar os outros. E, não importa quais sejam as diferenças, o que as determina é a natureza das fronteiras que traçamos. Cada fronteira cria suas diferenças, que são fundamentadas e relevantes. (BAUMAN, 2009, p. 74-90)

Conclui-se, portanto que não existem duas pessoas iguais. Temos o corpo diferente, movimentos, sentidos, intelecto; e o caminho para a minimização desse problema está no reconhecimento de que a diferença, por mais acentuada que seja, representa apenas um dado a mais no universo plural em que vivemos, sem que isso signifique a perda do essencial da existência humana, à sua humanidade.

## 8. TERMOS CORRETOS

A linguagem utilizada no cotidiano nos conduz, muitas vezes, a uma compreensão equivocada das coisas. E assim não é diferente quando nos referimos às pessoas com deficiência.

Não só popularmente falando, mas como também o nosso ordenamento pátrio comete algumas falhas ao fazer referência a essas pessoas. Por exemplo, o Código Civil, que embora tenha atualizado sua terminologia retirando as expressões “loucos de todo gênero” e “surdo e mudo que não pode exprimir sua vontade”; ainda se utiliza do termo “excepcional”, que como vemos soa de forma preconceituosa.

E nesse contexto de defesa da mudança na visão do outro para buscarmos uma sociedade inclusiva, é que destacamos o entendimento de Romeu Sasaki ao propor uma série de palavras e expressões que usamos de forma errônea. (Cf. SASSAKI, 2003, p. 160-165)

Vejamos:

**Adolescente normal:** Antigamente, a desinformação e o preconceito à respeito de as pessoas com deficiência eram de tamanha magnitude que a sociedade acreditava que esses indivíduos eram anormais. A normalidade, em relação às pessoas com deficiência, é um conceito questionável e ultrapassado. TERMO CORRETO: adolescente (ou criança, ou adulto) sem deficiência ou não-deficiente.

**Aleijado; defeituoso; incapacitado; inválido:** A partir de 1981, por influência do Ano Internacional da Pessoa com Deficiência, começa-se a falar em “pessoa deficiente”. Acrescentou-se a palavra pessoa, passando o vocábulo deficiente para a função de adjetivo, foi uma grande novidade na época.

**Classe normal:** para referir-se as sala de aula fora das escolas especiais. Aqui vale a mesma explicação dada para a expressão “pessoas normais”. TERMO CORRETO: classe comum; classe regular. No futuro, quando todas as

escolas se tornarem inclusivas, bastará o uso da palavra classe sem adjetivá-la.

**Criança excepcional:** Nas décadas de 80 e 90 com o surgimento de estudos e práticas educacionais a respeito de habilidades ou talentos extraordinários, o termo excepcional passou a referir-se tanto a pessoas com inteligências acima da média (superdotadas) quanto a pessoas com inteligência lógico-matemática abaixo da média (deficiência intelectual) surgindo o termo excepcional positivo. TERMO CORRETO: criança com deficiência intelectual.

**Deficiências físicas:** expressão utilizada para tratar de todos os tipos de deficiência. TERMO CORRETO: deficiências (como nome genérico, sem especificar o tipo, mas referindo-se a todos os tipos).

**Inválido:** para dirigir-se a uma pessoa. A palavra inválido significa sem valor. TERMO CORRETO: pessoa com deficiência.

Vimos até o presente momento quanto o “olhar do outro” muitas vezes é um obstáculo para que exista, efetivamente, a inclusão social. Precisamos nos atentar na escolha das expressões utilizadas para não correremos o risco de não promover ainda mais a exclusão dessas pessoas, os fazendo se sentirem ainda mais diminuídos em relação aos demais.

Essa mudança na ideia dos cidadãos pode começar, por exemplo, pela maneira como nos reportamos às pessoas com deficiência.

Propomos, portanto, uma reflexão relativa ao assunto. Se pensarmos como no dia a dia nos referimos às pessoas com deficiências, percebemos que as vezes, embora inconscientes, somos preconceituosos, daí então a necessidade de transformação em alguns de nossos entendimentos.

## 9. CONCLUSÃO

Existir uma legislação ampla, bem detalhada, hoje em dia, não parece ser suficiente para se alcançar uma sociedade efetivamente inclusiva.

No Brasil atualmente, é vasto o conteúdo normativo em relação à inclusão das pessoas com deficiência. É possível encontrar fundamento para se exigir a inclusão de

uma pessoa com deficiência em qualquer área. No mundo jurídico, a inclusão é completa, o problema está na prática.

A inclusão social é, sem dúvida, uma via de mão dupla, visto que, exige-se que ocorram duas ações contrapostas e simultâneas.

Primeiro, é necessário uma conduta positiva por parte da pessoa com deficiência. Ela precisa querer também ser incluída, precisa mostrar a si mesmo como é igual a qualquer outra pessoa e como pode viver normalmente em sociedade. E, buscar a própria inclusão é algo que a cada dia é mais evidente entre as pessoas com deficiência, basta observarmos os diversos movimentos que se espalham pelo mundo.

O problema está no “olhar do outro” em relação a estas pessoas. Ou seja, na visão em que a sociedade tem em face a essas pessoas, que grande parte das vezes não é positiva. Esse olhar preconceituoso acaba criando uma barreira para que as pessoas com deficiência possam buscar seu espaço na sociedade.

A inclusão não é apenas produto de leis. É algo que depende de um “fazer” do Estado, mas também de cada cidadão. Todos nós podemos ajudar a saldar essa dívida.

Em uma sociedade que tem como fundamento a Dignidade da Pessoa Humana e como um de seus objetivos a extinção de qualquer forma de discriminação, é preciso que ocorra uma conscientização de que todos somos iguais, independentemente da qualidade particular de cada um.

As pessoas com deficiência são, assim como nós, seres humanos que possuem sonhos, desejos, medos e objetivos como qualquer outra pessoa. As pessoas com deficiência também querem trabalhar, terem filhos, estudarem, irem ao cinema, praticarem esportes, mas acabam limitadas por nossa culpa, pessoas como elas.

Acreditamos que grande parte das pessoas nunca chegou a pensar que um dia possa vir a ser uma pessoa com deficiência em decorrência de um acidente, por exemplo. Ou então, que possa ter um filho, um neto com deficiência ou simplesmente pensar que vai envelhecer e, naturalmente, vai “adquirir” algumas limitações do próprio ser humano. Esqueçemo-nos disto!

Portanto, a inclusão social começa dentro de cada indivíduo. Precisamos mudar o nosso “olhar”, mudar a forma como vemos as pessoas com deficiência. É preciso superarmos a visão passiva e negativa dessas pessoas e, entendê-las e tratá-las como membros ativos da cultura social, são medidas de garantir a inclusão.

## Referências

ARAUJO, L. A. D.. *A proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Barrados. Pessoas com Deficiência sem Acessibilidade: como, o que e de quem cobrar*. Petrópolis: KBR, 2011.

BAUMAN, Z.. *Confiança e Medo na Cidade*. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar 2009. Disponível em < <http://www.zahar.com.br/doc/t1243>> Acesso em 20 jun 2012.

\_\_\_\_\_. *Vidas Desperdiçadas*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

EGLÉR, M. T.. *A Integração de Pessoas com Deficiência: contribuições para uma reflexão sobre o tema*. São Paulo: Memnon, SENAC, 1997.

FÁVERA, E. A.G.. *Direitos das Pessoas com Deficiência*. 2. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2007.

FOREST; PERPOINT. In: MANTOAN, 1997 a,p.141 *apud* SASSAKI, R. K.i. *Inclusão: Construindo uma Sociedade para Todos*. 8. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2010.

GARCIA, M.. *Limites da Ciência- a Dignidade da Pessoa Humana, a Ética da Responsabilidade*. In: RIBEIRO, L.L.G.R.. *Manual das pessoas com deficiência*. São Paulo. Verbatim, 2010.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Organização Mundial da Saúde. *Relatório Mundial sobre a deficiência*.

LEAL, R. G.. *A Quem Compete o Dever de Saúde no Direito Brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional*. p.3. Disponível em:< [http://tjrs.jus.br/poder\\_judiciario/.../DireitoSaude.doc](http://tjrs.jus.br/poder_judiciario/.../DireitoSaude.doc) . Acesso em 25 jul. 2012.

REVISTA SENTIDOS. Aurea Editora. Ano 6, nº 36. agosto/setembro 2006.

RIBEIRO, L.L.G.R.. *Manual das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Verbatim, 2010.

SASSAKI, R. K.. *Inclusão: Construindo uma Sociedade para Todos*. 8. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2010.

\_\_\_\_\_. Terminologia sobre Deficiência na era da inclusão. In: *Mídia e Deficiência*. Agência de Notícias dos Direitos da Infância e Fundação Banco do Brasil. 2003, p. 160/165.

WERNECK, C.. *Quem Cabe no Seu Todos?* 3. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2006.

\_\_\_\_\_. *Ninguém Vai Ser Bonzinho na Sociedade Inclusiva*. 2 ed. Rio de Janeiro: WVA, 2000.

30 anos do AIPD: Ano internacional das pessoas com Deficiência 1981-2011/ Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência, Memorial da Inclusão. São Paulo: imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2011.



# DIREITO À EDUCAÇÃO: INSTRUMENTO DE CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL

*Leiliane Rodrigues da Silva Emoto<sup>1</sup>*

## **Introdução**

Educação é a base para a formação da pessoa. De fato, embora a condição de humano seja inata e inalienável, a de pessoa está ligada a uma ordem abstrata, que surgiu com a luta do cristianismo contra o tratamento oferecido aos escravos e estrangeiros faltos de cidadania. (Cf. FERRAZ, 2003, pag. 55)

Logo, “(...) se a vida produz humanos, apenas numa comunidade instauradora de regras morais e jurídicas se produzem pessoas”. (SËVEN, 1997, p. 23) Nas regras morais, eticamente, portanto, pessoa é o sujeito possuidor de vontades e razão. Juridicamente, pessoa está definida no Código Civil, art.1º como “o ser humano, considerado como sujeito de direitos e obrigações”.

Dentre os direitos da pessoa, o presente estudo apresenta o direito à educação inclusiva como um direito social, que viabiliza a formação da identidade da pessoa com deficiência intelectual.

A Constituição Federal, art. 205, estabelece os objetivos da educação nacional, quais sejam, o pleno desenvolvimento da pessoa, a preparação para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.

Definido como direito de todos, o direito à educação é permeado pelo princípio da inclusão. E, nesse contexto, estudar o direito à inclusão escolar enseja uma pesquisa no maior grupo de pessoas atendido por tal direito, a saber: pessoas com deficiência intelectual.

Estatísticas do Ministério da Educação (BRASIL, 2007) apontam que das 700.824 matrículas realizadas na Educação Especial, em classes e ou escolas especiais ou escolas comuns no ano de 2006, 330.794 eram compostas de alunos com deficiência mental e Síndrome de Down, compondo 50% das matrículas.

Os números corroboram na importância da pesquisa ora em leitura. Sendo sujeitos de direito, é importante entender melhor como a efetividade da inclusão escolar pode influenciar na identidade da pessoa com deficiência intelectual.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Instituição Toledo de Ensino, Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul e pós – graduada em Docência para o Ensino Superior pela Estadual de Mato Grosso do Sul. Docente contratada da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul e das Faculdades Integradas de Paranaíba.



## 1. INCLUSÃO EDUCACIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Visando pensar acerca do direito de inclusão educacional, discutir-se-á, nesse tópico, as representações sociais em torno da deficiência.

Várias foram as representações sociais acerca da deficiência. Por exemplo: na antiguidade, a pessoa com deficiência não era aceita, pois, era sinônimo de impureza e contaminação, por isso pregava-se a sua eliminação. Na idade média, a explicação era diversa, possuindo cunho mais religioso ligado à divindade. Entretanto, na modernidade do século XVI, iniciou-se um período assistencialista, em que se acreditava que a deficiência era uma doença, cabendo a medicina tratá-la. E, atualmente, tem-se a temática dos direitos humanos em prol às pessoas com deficiências.

De acordo com Flávia Piovesan (2010, p. 224):

[...] uma quarta fase orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos a inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos. Isto é, nessa quarta fase, o problema passa a ser a relação do indivíduo e do meio, este assumindo como construção coletiva. Nesse sentido, esta mudança paradigmática aponta aos deveres do Estado para remover e eliminar os obstáculos que impeçam o desenvolvimento de suas potencialidades, com autonomia e participação. De objeto de políticas assistencialistas e de tratamento médicos, as pessoas com deficiência passam a ser concebidas como verdadeiros sujeitos, titulares de direitos.

Morais, explicando Ricardo Lorenzetti (1998), informa que, para este, “(...) a quarta geração de direitos fundamentais é respeitante à diversidade (...) o processo de diferenciação de um indivíduo em relação ao outro supõe um comportamento distinto do comportamento dos demais indivíduos, podendo, por isso ser englobado sob o rótulo de direito de ser diferente”. (MORAIS, 2010, p. 512)

Dentre os direitos fundamentais, o direito social da educação pode ser considerado um instrumento de formação da identidade da pessoa com deficiência.

Para maior entendimento, é importante a definição de deficiência. A concepção de deficiência está expressa na Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência,

ratificada no Brasil com status de Emenda Constitucional pelos Decretos nº. 186/2008 e nº 6.949/2009.

De acordo com a Convenção, a deficiência é um conceito em evolução e “(...) resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras atitudinais e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”. (ONU, 2006)

Dessa feita, destacam-se dois aspectos: primeiro, a compreensão da deficiência ainda é uma incógnita, está em construção; segundo, as deficiências resultam das barreiras que se interpõem por meio do preconceito, da discriminação, da falta de acessibilidade, de recursos e serviços.

## 2. DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA

O direito à educação é bem público social e um direito fundamental da pessoa humana que deve ser garantido pelo Estado. Nessa esteira, o acesso à educação básica de forma inclusiva é uma faceta do direito fundamental conquistada com o desenrolar da história.

O direito à educação inclusiva possibilita ao deficiente que, neste texto, é analisado sob a ótica do deficiente intelectual, meios tanto para a autoconstrução quanto para a formação da própria identidade, aumentando a capacidade de participação na construção do destino da realidade onde vive.

O direito à educação inclusiva abarca à busca pela universalização da educação básica. Educação é pilar da luta pelo desenvolvimento humano. Desse modo, o direito em discussão é visto como público social que enseja a democratização da sociedade, sendo um direito para todos, muito além do indivíduo, pois, ampara toda a coletividade. Restando, portanto, um dever do Estado.

Desde o antigo Egito, no terceiro milênio a.C., os direitos individuais são reconhecidos, existindo algumas formas de proteção do indivíduo em relação ao Estado. (Cf. MORAES, 2005) Contudo, a primeira codificação é apontada com o Código de Hamurabi, em 1690 a.C., que estabelecia a supremacia da lei em relação ao Estado. (Cf. MORAES, 2005)

Com as ideias de Buda, em 500 a.C., a influência religiosa se torna nítida. Há também o tratamento dado pela Grécia, em que “vários estudos sobre a necessidade da igualdade e liberdade do homem, destacando as previsões de participação política dos cidadãos e a crença na existência de um direito natural (...) a existência de normas não escritas e imutáveis, superior aos direitos escritos pelo homem”. (MORAES, 2005, p. 7)

Contudo, o Direito Romano colaborou com os mecanismos de interditos, assecutoratórios de direitos fundamentais, com o objetivo de tutelar os direitos individuais de cada um em face de o Estado. Importante exemplo é o “*Interdicto de Homine Libero*

*Exhibendo*, precedente do *habeas corpus* moderno, que o Direito Romano utilizava como proteção jurídica da liberdade (...). Na Idade Média, contudo, surgiram os antecedentes mais diretos das declarações de direitos. É a influência do cristianismo. (SILVA, 2003, p. 150-151)

É recente o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, “em enunciados explícitos nas declarações de direitos”. (SILVA, 2003, p. 149) A primeira declaração de direitos fundamentais na visão moderna foi a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, “(...) que era uma das treze colônias inglesas na América, inspirada nas teorias de Locke, Rousseau e Montesquieu, consubstanciava as bases dos direitos do homem (...) e preocupava-se com a estrutura de um governo democrático (...)”. (SILVA, 2003, p. 153)

Nas palavras de Bobbio (2004), as crescentes ‘ondas de direitos’ surgiram conforme a exigência dos movimentos sociais, que lutavam para garantir mais respeito e dignidade para os homens, sendo positivados aos poucos em Constituições redigidas.

Tendo em conta o momento histórico de seu surgimento e reconhecimento pelos ordenamentos constitucionais (Cf. SILVA, 2003), há os direitos de primeira geração (dimensão), quais sejam: os direitos civis e políticos, individuais, como o direito à liberdade, à igualdade, à vida, ao nome, entre outros. Dando continuidade, a segunda geração (dimensão) apresenta os “direitos econômicos, sociais e culturais, acentuam o princípio da igualdade relacionado ao trabalho, à subsistência, ao amparo etc”. (MORAES, 2005, p. 27)

Os de terceira geração (dimensão) “materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade (...) e são caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis”. (MORAES, 2005, p. 27)

Nota-se que os direitos fundamentais do homem adquiriram tendências importantes, tais como o universalismo e “passou a ser objeto de reconhecimento supra-estatal em documentos declaratórios de feição multinacional ou mesmo universal”. (SILVA, 2003, p. 162)

Os direitos sociais do homem foi sistematizada na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que “do art. 1º ao 21 encontramos a proclamação dos direitos e garantias fundamentais, impregnados de conotações mais modernas (...) e do art. 22 ao art. 28 consubstancia os direitos sociais do homem, assim, (...) o direito à educação”. (SILVA, 2003, p. 164)

Na Declaração Universal, art. 26, há a consignação de que “Toda pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos no que se refere à instrução elementar e fundamental. A instrução elementar será obrigatória”. (SILVA, 2003, p. 164) Ratificado no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,

aprovados pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1966, submetida à ratificação dos Estados interessados. Em 1992, entrou em vigor no Brasil. (Cf. SILVA, 2003). Logo, o direito à educação surge com o reconhecimento dos direitos de segunda dimensão, citando: os direitos sociais, culturais e econômicos.

Os direitos fundamentais de segunda geração são “(...) realizados por intermédio da implantação de políticas e serviços públicos, exigindo do Estado prestações sociais, tais como a educação”. (PAULO, 2007, p. 96) Vê-se que, enquanto os primeiros direitos de liberdade surgem para se contrapor ao poder do Estado, os direitos sociais exigem a interferência estatal “para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva (...)”. (BOBBIO, 2004, p. 87)

Sendo assim, “os direitos do homem são, indubitavelmente, um fenômeno social” (BOBBIO, 2004, p. 83) e, como tal, Bobbio (2004, p. 226) informa que “Os direitos sociais sob forma de instituição da instrução pública e de medidas a favor do trabalho para pobres que não puderam consegui-lo fazem a primeira aparição na Constituição Francesa (1791)” e estão na Declaração dos Direitos de junho de 1793. Portanto, o direito à educação está no âmbito dos direitos sociais.

A escola formal, diante de tantas transformações, é o instrumento de preparação do cidadão para a vida comum e profissional. Desse fato, entende-se que o ensino fundamental deve assumir uma característica de universalização.

Romualdo Portela de Oliveira (2001, p. 15) aponta a educação como um dos requisitos de acesso ao mundo pós-moderno para usufruir dos bens e serviços existentes. “O direito à educação consiste na compulsoriedade e na gratuidade da educação, tendo várias formas de manifestação, dependendo do tipo de sistema legal existente em cada país.” (OLIVEIRA, 2001)

Juntamente com a ideia de universalidade, há a de gratuidade do ensino fundamental. Tal proposta “vem desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem de dezembro de 1948, art. 26: Todos têm direito à educação. A educação deve ser gratuita, ao menos nos estágios elementar e fundamental. A educação elementar deve ser compulsória”. (OLIVEIRA, 2001, p. 17)

No ordenamento pátrio, a Constituição Federal de 1988 apresenta o direito à educação como um direito social, de acordo com o art. 6º: “São direitos sociais a educação (...) na forma desta Constituição”.

Importante é, neste momento, apresentar a evolução desse direito social até chegar-se a Constituição de 88. Nas informações de Oliveira (2001), a Constituição brasileira de 1824 do Império referiu-se minimamente a educação, mas um detalhe deve ser citado: foi uma das primeiras do mundo com a gratuidade da instrução primária para todos. Mas, de fato, a maioria da população brasileira continuava excluída da escola, uma vez que não tinham a condição de cidadão.

A Constituição de 1891 não regulamentou o assunto, em contra partida, várias constituições estaduais previam a escola primária gratuita e obrigatória.

Após a Revolução de 1930, havia a expectativa de modernização. Tal esperança deu e acarretou grande importância ao direito à educação. Foi nesse período que houve a criação do Ministério da Educação e da Saúde. (Cf. OLIVEIRA, 2001) Logo em seguida, a Constituição de 1934, inspirada na Constituição de Weimar, constituição alemã de 1919, claramente conhecida por incorporar os direitos sociais importantes para o cidadão, também sofre as influências desse direito social à educação como um direito de todos e gratuito.(Cf. OLIVEIRA, 2001)

A Constituição de 1937 priorizava a escola particular, por meio de restrição do acesso gratuito ao ensino, cabendo este somente aos que comprovassem necessidade. (Cf. OLIVEIRA, 2001, p. 20)

A Constituição de 1946 retorna ao tratamento dado pela Constituição de 1934 no que tange a educação. Embora moderna, a Constituição de 1934 não garantiu a gratuidade além de o ensino primário. Contudo, em 1947, algumas constituições estaduais inovaram com a gratuidade ao ensino superior. (Cf. OLIVEIRA, 2001, p. 20)

A Constituição de 1967 trata o tema da educação como um direito para todos inspirado no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade. (Cf. OLIVEIRA, 2001, p. 20)

A emenda nº 1 da Constituição de 1969 “trouxe pela primeira vez a educação como direito de todos e dever do Estado”. (OLIVEIRA 2001, p. 23) “A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº 4.024 de 1961 já estabelecia a obrigação do Poder Público de ministrar o ensino em todos os graus para que a família se desobrigasse do encargo da educação”, desde que não pudesse arcar com os gastos. Essa era uma norma infraconstitucional. Assim sendo a Constitucional de 1969 é pioneira na defesa do direito à educação como sendo um dever do Estado.

A Constituição Federal de 1988, no Capítulo III, do Título VIII, trata da educação nos art. 205 a 214. No art, 205, a Constituição atual ratifica o dever do Estado em proporcionar educação para todos de forma gratuita e obrigatória.

Dessa maneira, pode-se visualizar a educação como um serviço público essencial e um dos direitos fundamentais do homem. Como demonstrado, o art, 205, da CF/88, é eivado do princípio da universalidade. “Todos têm direito à educação e o Estado tem dever de prestá-la”.(SILVA, 2003, p. 312)

Em continuidade, o art. 208 preceitua que o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, é direito público subjetivo.

Logo, “(...) equivale reconhecer que é direito plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, isto é, direito exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente”. (SILVA, 2003, p. 177) O ‘direito subjetivo’ é empregado no sentido de direito exigível,

“permissão dada por meio de normas jurídicas, isto é, quando considerada situação jurídica subjetiva de vantagem dotada de eficácia jurídica, porque devidamente garantida como capaz de ser efetivada em favor de seu titular”. (SILVA, 2003, p. 177) Sendo assim, se o Estado deixar de oferecer o ensino, o titular do direito tem sua pretensão resistida e pode requerer judicialmente a prestação dos serviços públicos.

Nesta toada, Cury (2002, p. 6) afirma:

A magnitude da educação é assim reconhecida por envolver todas as dimensões do ser humano: o *singulus*, o *civis*, e o *socius*. O *singulus*, por pertencer ao indivíduo como tal, o *civis*, por envolver a participação nos destinos de sua comunidade, e o *socius*, por significar a igualdade básica entre todos os homens. Essa conjunção dos três direitos na educação escolar será uma das características do século XX.

Cury, com maestria, observa que, nos países europeus e latino-americanos, a discussão acerca do direito à educação recai no direito à diferença, ou seja, “a dialética entre o direito à igualdade e o direito à diferença na educação como dever do Estado e direito do cidadão”. (CURY, 2002, p. 6) A educação promove a igualdade. Em razão disso, os Estados devem assegurar condições para a democratização da educação.

É nesse caminhar que, com base na Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (ONU, 2006) e em conjunto com o movimento de Educação para Todos, baseado na Conferência Mundial de Educação para Todos (Jontiem, Tailândia, 1990), visando à construção de uma educação inclusiva, conceito criado pela Declaração de Salamanca, resultado da Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas Especiais: Acesso e Qualidade, realizada na Espanha, 1994; foi publicada no Brasil, em 2008, a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva.

Essa Política assegura a inclusão escolar de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação – sujeitos da educação especial. Para tanto, o sistemas de ensino deve garantir: acesso, com participação, aprendizagem e continuidade nos níveis mais elevados do ensino regular; atendimento educacional especializado; formação de professores e demais profissionais da educação para a inclusão; participação de todos os grupos da sociedade; acessibilidade no meio físico e articulação intersetorial na implementação das políticas públicas. (Cf. BRASIL, 2008)

### 3. IDENTIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA FORMADA POR MEIO DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO

No Brasil, o Decreto nº 5.296/04 (art. 5º, par. 1º, I), de acordo com a denominação constitucional, define “pessoa portadora de deficiência” como aquela que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de suas atividades, sendo os critérios de enquadramento de pessoa com deficiência intelectual:

[...] **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: 1. comunicação; 2. cuidado pessoal; 3. habilidades sociais; 4. utilização dos recursos da comunidade; 5. saúde e segurança; 6. habilidades acadêmicas; 7. lazer; e 8. trabalho.

Na opinião de Luiz Alberto David Araujo, não cabe a um Decreto Regulamentar definir quem é pessoa portadora de deficiência, pois dessa feita estaria criando direitos, elencando quem se enquadra ou não no benefício, tarefa fora de competência. (Cf. ARAÚJO, p. 14)

Sabe-se, sem necessidade de pesquisa científica, que a opinião de muitos profissionais, inclusive da educação, é de que a real inclusão de pessoa com deficiência intelectual realizar-se-á apenas no “papel/lei”.

Baseados em senso comum, muitos já estereotiparam os deficientes intelectuais como impossibilitados de aprender dentro da escolarização comum, ensino regular. No entanto, além de o aprendizado, temática não abrangida nesse trabalho, os deficientes intelectuais formam parte de sua identidade por meio da escolarização. Daí decorre a importância da efetividade desse direito.

Identidade, do latim *identitas*, é o conjunto das características e dos traços próprios de um sujeito ou de uma sociedade. Também, identidade é a consciência que o ser tem de si mesmo e que o torna alguém diferente dos demais.

Para Hall,

O sujeito assume identidades diferentes em diferentes momentos, identidades que não são unificadas ao redor de um “eu” coerente. Dentro de nós há identidades contraditórias, empurrando em diferentes direções, de tal modo que nossas identificações estão sendo continuamente deslocadas. (HALL, 2005, p. 13)

Com essa definição de identidade é que o estudo em tela se fundamenta. Com efeito, para Hall (2005), a

multiplicidade de identidade se dá na significação e representação cultural variada. Portanto, é fácil notar uma multiplicidade de identidades em uma pessoa, independente de deficiência.

Em uma época em que as políticas públicas visam o atendimento educacional a todos, é importante destacar como esse direito inclusivo pode alterar e construir uma nova identidade para as pessoas com deficiência intelectual. Nessa “nova” identidade não há espaço para estigmas de incapaz de aprender. Afinal, até nas pessoas ditas “comuns” há “identidades contraditórias” de acordo com representação cultural do momento.

Se não há preocupação com o desenvolvimento das potencialidades de uma pessoa com deficiência intelectual, apenas tarefas rotineiras e repetitivas (empacotar, por exemplo) lhes são delegadas, fato que não contribui para o seu desenvolvimento. A questão é: que identidade resta a esse cidadão senão a de incapaz de aprender?

Vigotsky aponta:

Todo talento é necessariamente um dom especial para alguma coisa. Tolstoi, por exemplo, ocuparia um dos primeiros lugares caso se estudasse o seu dom para escrever, e provavelmente ocuparia um lugar muito modesto, talvez até um dos últimos, caso se estudassem suas habilidades para a música, a sua aptidão para a Engenharia, o seu talento matemático. Tchekhov foi um médico bastante mediano e um grande artista, também não são raros caso em que semi-idiotas podem brilhar por uma memória fenomenal que causaria inveja a gênios. Tudo isso mostra uma coisa: não existe nenhum “talento em geral, existem diversas predisposições especiais para essa ou aquela atividade.” (VYGOTSKY, 2004, p. 432)

Essas identidades/disposições podem vir à tona com o adimplemento do direito social à educação inclusiva. No decorrer das disciplinas, pode-se observar as aptidões dos alunos com deficiência intelectual.

Visando formar uma identidade digna, a educação inclusiva é discutida em termos de justiça social, relacionando-se com os valores de igualdade e de aceitação. As escolas inclusivas têm práticas pedagógicas que refletem uma abordagem mais diversificada, maleável do que uma escola classificada como tradicional. (PACHECO, 2007, p. 15)

Como uma educação inclusiva, a característica de pessoa incapaz de aprender e de desenvolver-se intelectualmente seria superada.



## 4. CONCLUSÃO

Pessoas com deficiência são vistas como incapazes de aprender, inclusive na modalidade de aprendizado escolarização comum. Tanto que, recentemente, houve uma grande divulgação de um adolescente com Síndrome de Down aprovado no vestibular da Universidade Federal de Goiás. Tal fato é notório. Ocorre que, quando a deficiência é intelectual, essa falsa incapacidade é ainda mais destacada.

Contudo, esse estereótipo das pessoas com deficiência intelectual é incorreto. O presente artigo demonstrou que a escolarização ajuda na mudança de paradigma e apresenta a educação como um meio de formação da identidade da pessoa com deficiência intelectual.

Para tanto, demonstrou que, além de um direito subjetivo fundamental, o direito à educação é um direito social do cidadão. A educação formal é instrumento para que o sujeito possa se autogovernar e criar a própria identidade.

É com esse olhar que João Ferreira de Oliveira define educação: "A educação é, pois, uma prática social ampla e inerente ao processo de constituição da vida social, alterando-se no tempo e no espaço em razão das transformações sociais". (2009, p. 237)

A Conferência Nacional de Educação, de 28 de março a 1º de abril de 2010, em Brasília-DF, consignou em documento: "A educação é direito social inalienável e cabe ao Estado sua oferta. Assim, o Estado deve organizar-se para garantir o cumprimento desse direito. Isso foi feito por quase todos os países do mundo, (...)". (CONAE, 2010, p. 20)

Nesse caminhar, é importante destacar que a identidade da pessoa com deficiência intelectual se desenvolve com a escolarização além de outros fatores. Por isso a luta pela eficácia do direito social à educação inclusiva.

O Estado tem a responsabilidade de garantir e efetivar o direito fundamental e social à educação formal.

Bobbio reflete que, no discurso em relação aos direitos do homem, a preocupação de manter a distinção entre a teoria e a prática deve permanecer em destaque: "Nestes últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem [...] muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente." (BOBBIO, 2004, p. 82)

Com o entendimento do valor do direito social à educação inclusiva no que tange a formação da identidade das pessoas com deficiência intelectual, conclui-se que os direitos já estão regulamentados em lei, contudo é importante garantir que sejam efetivados.

## Referências

ARAÚJO, L.A.D.. Em busca de um conceito de pessoa com deficiência. In GUGEL, M. A.; COSTA FILHO, W. M. da; RIBEIRO, L.L.G.. *Deficiência no Brasil: uma abordagem integral das pessoas com deficiência*. São Paulo: Obra Jurídica, 2007, p. 14.

AINSCOW, M.. Tornar a educação inclusiva: como essa tarefa deve ser conceituada? In: FÁVERO, O. et al. *Tornar a educação inclusiva*. Brasília: UNESCO, 2009, p. 11-23.

ALMEIDA, M.. *Informática e formação de professores*. Brasília: Vol 2 - MEC, 2001.

ATA VII da Reunião do Comitê de Ajudas Técnicas, realizada nos dias 13/14 dez. 2007. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/corde/comite.asp>>. Acesso em 13 jul. 2012.

BOAVENTURA, E. M.. Um ensaio de sistematização do direito educacional. In: *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, 1996, julho a setembro, ano 33 , nº 131, p. 46.

BOBBIO, N.. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Lei de diretrizes e bases da educação nacional*. Lei nº 9.394. Promulgada em 20 de dezembro de 1996. Brasília: Editora do Brasil, 1996.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Imprensa Oficial, 1988.

\_\_\_\_\_. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2006.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. *Direito à educação: subsídios para a gestão dos sistemas educacionais – orientações gerais e marcos legais*. Brasília: MEC/SEESP, 2007.

\_\_\_\_\_. *Política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva*. Brasília: MEC/SEESP, 2008.

\_\_\_\_\_. INEP. *Censo Escolar*, 2006. Disponível em: <[http:// http://www.inep.gov. br/ basica/censo/default.asp](http://www.inep.gov.br/basica/censo/default.asp) >. Acesso em: 20 jan. 2007.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. *Conferência Nacional de Educação – CONAE/2010 – Documento final*. Brasília, 2010.

CURY, C. R. J.. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. *Cadernos de Pesquisa*. São Paulo. Fundação Carlos Chagas, 2002, p. 245–262. Disponível em: <HTTP://www.scielo.br/pdf/cp/n116/14405.pdf>. Acesso em 11 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. Estado e políticas de financiamento em educação. *Educação & sociedade*. Campinas, volume 28, número 100 – especial. p. 831 – 855, out. 2007. Disponível em <http://www.cedes.unicamp.br>. Acesso em 12 mai. 2011.

CARDOSO, M. DA S.. Aspectos históricos da educação especial: da exclusão à inclusão – uma longa caminhada. In: STOBAUS, C. D.; MOSQUERA, J. J. M.. (org.). *Educação Especial: em direção à educação inclusiva*. Porto Alegre: EDIPUCRS, , 2003, p. 15-26.

CORTELLA, M. S.. *A escola e o conhecimento - fundamentos epistemológicos e políticos*. São Paulo: Cortez, 2001.

DI DIO, R.A.T.. *Contribuição à sistematização do Direito Educacional*. Taubaté : Imprensa Universitária/ Universidade de Taubaté, 1982.

FONSECA, V.DA. *Educação especial: Programa de Estimulação Precoce – Uma Introdução às Idéias de Feuerstein*. 2. ed. Porto Alegre:Artes Médias, 1995.

FREIRE, P.. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 39. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009. (Coleção Leitura).

FERRAZ JÚNIOR, T. S.. *Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação* 2. ed. São Paulo : Atlas, 2003.

FERREIRA, A. B. DE H.. *Miniaurélio Século XXI Escolar*.São Paulo: Nova Fronteira, 2000.

GIL, C.. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HALL, S.. *A identidade cultural na pós modernidade*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

LUDKE, M.; ANDRÉ, M. E. D. A.. *Pesquisa em Educação: abordagens qualitativas*. São Paulo: EPU, 1986.

MARTINS, L.A.R.. Um olhar para a formação docente na perspectiva da educação inclusiva. In: MARQUEZINE, M.C. et al. *Políticas públicas e formação de recursos humanos em educação especial*. Londrina: ABPEE, 2009, p. 107-118.

MEC. *Programa Incluir*. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?Itemid=495&id=12257&option=com\\_content&view=article](http://portal.mec.gov.br/index.php?Itemid=495&id=12257&option=com_content&view=article)>. Acesso em 15 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm)> Acesso em 20 jul. 2012.

MELO FILHO, Á.. Direito Educacional: aspectos teóricos e práticos. In: *Mensagem. Fortaleza*, nº 8 (especial sobre Direito Educacional). (s.n.) 982/1983, p. 54.

MORAIS, G.P.. *Curso de Direitos Constitucional*. São Paulo: (s.n.) 2010.

MORAES, A. DE. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOTTA, E. DE O.. *Direito Educacional e educação no século XXI*. Brasília: UNESCO, 1997.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, 2006.

OLIVEIRA, J. F. DE. A função social da educação e da escola pública: tensões, desafios e perspectivas. In: FERREIRA, E.B., OLIVEIRA, D.A. (orgs.). *Crise da escola e políticas educativas*. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

OLIVEIRA, R.P.. O direito à educação. In: OLIVEIRA, R.P.; ADRIÃO, T. (orgs.). *Gestão, financiamento e direito à educação: análise da LDB e da Constituição Federal*. São Paulo: Xamã, 2001.

PACHECO, J. et al.. *Caminhos para a inclusão: um guia para o aprimoramento da equipe escolar*. Porto Alegre, RS: Artmed, 2007.

PIOVESAN, F.. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M.. *Direito constitucional descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

RODRIGUES, D.. Questões preliminares sobre o desenvolvimento de políticas de educação inclusiva. In: *Inclusão: revista da educação especial*. Brasília: SEESP, v. 4. nº 1., p. 33-40, Jan. Jun., 2008.

SÈVE, L.. *Para uma Crítica da Razão Bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

SIDOU, J. M. O.. *Dicionário jurídico*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

SIQUEIRA, I. M.; SANTANA, C. DA S.. Propostas de acessibilidade para inclusão de pessoas com deficiência no ensino superior. In: *Revista Brasileira de Educação Especial*. Marília, [s.n.] v. 17. nº 1., p. 127-136, Jan. Abr., 2010.

SILVA, J. A. DA. *Curso de direito constitucional positivo*. 22.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

UNESCO. *Boletim Iesalc informa*. Ed. Especial nº 196. Disponível em : [HTTP://www.iesalc.unesco.org.ve/index.php?option=com\\_content&view=article&id=603](http://www.iesalc.unesco.org.ve/index.php?option=com_content&view=article&id=603). Acesso em 23 fev. 2011.

VYGOTSKY, L. S.. *Psicologia Pedagógica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

# O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO À SAÚDE DO DEPENDENTE DE CRACK E A CRISE ESTATAL DO BEM-ESTAR SOCIAL: A DROGADIÇÃO CONTINUA...

*Ricardo Augusto Bragiola<sup>1</sup>*

## **Introdução**

Não é de agora que a questão das drogas (lícitas e ilícitas) preocupa os mais variados setores da sociedade. Realmente há uma generalização e crescente uso e abuso das drogas de modo a constituir uma calamidade pública sem precedentes.

Diuturnamente, a droga atua como uma força de degeneração da própria espécie humana, independentemente da classe social, do sexo, da faixa etária; a droga provoca um desequilíbrio social, em que se aproveita de uma sociedade doentia que possui problemas relativos a fatores primários sociais, econômicos e culturais, tais como: carência de moradia, explosão demográfica, corrupção, desigualdade social, baixa renda populacional, analfabetismo, dentre outros estruturais de dimensões básicas.

A realidade plural das drogas demonstra que a questão é universal, porque está intimamente ligada aos mais variados aspectos de ordem econômico-cultural, político-psicológico e jurídico-social, existindo uma verdadeira “guerra” contra as drogas em que todas as forças construtivas da humanidade estão envolvidas: o direito, a saúde pública, a educação, o bem-estar social, a família, a religião, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, dentre outros.

Nesse ponto, o aspecto da saúde pública tem especial interesse para o presente trabalho, pois a saúde pública tem íntima relação com a ideia de drogas e políticas públicas<sup>2</sup>, pelo que esta última, por sua vez, pode-se considerar como a capacidade deliberativa entre alternativas pertinentes à direção e aos objetivos do governo da comunidade que se manifesta por meio de o Estado, constituindo-se como a arte de governar.

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Instituto Toledo de Ensino – ITE - Bauru/SP, na área de concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – linha: Direitos fundamentais e inclusão social. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP) de Ribeirão Preto-SP. Advogado.

<sup>2</sup> “Políticas Públicas se inserem no âmbito mais amplo da ação estatal e dependem de planejamento, que, ao contrário do que poderia induzir o artigo 174 da Constituição Federal, não é o modo de intervenção do Estado, mas imposição prévia para a eficiência de toda e qualquer ação estatal, seja para o desenvolvimento de uma política pública, seja no que respeita ao próprio desenvolvimento nacional”. (DANTAS, 2009, p. 369)

Ocorre que o Estado não vem conseguindo superar os problemas impostos pelas drogas, tal como a exclusão social do dependente de crack e a proteção à saúde dele, bem como o fortalecimento das estruturas estatais na assistência, previdência e previdência de saúde públicas<sup>3</sup> ((prevenção sanitária) sem, contudo, deixar de dar prioridade à análise econômica do custo/benefício das ações estatais em detrimento da vida e da dignidade humana. Como bem ressalta Alberto Barrena Garcia,

supone la ‘garantía’ del Estado que se obliga a ofrecer a los ciudadanos los medios técnicos y los servicios indispensables para que la normalidad psíquico-fisiológica y las previsiones razonables de mejora en la vida humana sean realidad. El consumo de drogas, ataca directamente este objetivo”. (1990, p. 82)

A proteção à saúde do dependente de crack, considerando este como sujeito de direitos e garantias fundamentais, o bem “saúde” tem a possibilidade objetiva de definir um direito de proteção. Tal proteção refere-se a um programa (política pública) de ação estatal, como ensinam Eduardo Martínez y Hernández, Luis Francisco García Perulles e Enrique Barón Crespo:

[...] estaríamos refiriendo más a um programa de acción y progreso sin fin en el ámbito de la salud, que a una posición jurídica plenamente operativa. Así, em efecto, si tomamos a la salud como um objeto de derechos, estaremos afirmando que se debe ejecutar un programa de acción que haga posible esos derechos a los que da cobertura. Y, desde esa perspectiva, llegaremos a la conclusión de que para poder ofrecer esa cobertura de un modo correcto y completo se debe alcanzar un compromiso de la salud, em el mencionado programa de acción, con muy variados ámbitos de la vida social. Esto es, sin programa de acción y, por tanto, sin compromiso político de asistencia y cuidados, no asistimos a un verdadero y efectivo derecho del ciudadano a que se proteja su salud. (HERNÁNDEZ; PERULLES; CRESPO, 2004, p. 79)

A proteção assim refere-se então a uma prestação de atenção médica e assistência sanitária por parte do Estado para com o dependente de crack, de modo que o Estado materialize faticamente as previsões normativas de assistência médica, com o oferecimento dos meios materiais e pessoais suficientes para efetivar a prestação de serviço em favor da saúde biopsicossocial do dependente de crack, por ser medida comunitária e não estética.

<sup>3</sup> Conforme estabelecido na Constituição Federal brasileira de 1988, art. 194, caput.

E nesse sentido, a proteção à saúde não deve estar atrelada às questões econômicas e financeiras do Estado, pois se assim for, sem dúvida criar-se-á uma barreira que tornará o direito a saúde inoperante por parte Estado, violando assim os direitos fundamentais.

As ações sociais realizadas pelo setor público supõem as necessidades e o reconhecimento dos direitos sociais dos cidadãos (e não do Estado propriamente dito, como se esse fosse um bem maior em si mesmo e maior que os próprios cidadãos que o compõe), para que este, em um momento posterior, exerça de forma livre e igualitária os outros direitos individuais e políticos.

Com efeito, aos setores que tradicionalmente têm sido considerados vulneráveis, devemos adicionar o grupo do dependente de crack por sua novidade problemática que também requer respostas rápidas por parte da ação pública, ainda mais quando existem problemas paralelos a estes que geram desestruturação familiar, delinquência, deterioração da saúde, dentre outros problemas. Carmen Alemán Bracho e Mercedes García Serrano indicam o reconhecimento de outros grupos vulneráveis que:

[...] el tradicional Estado de Bienestar, se encuentra con nuevos <<Estados del malestar>>, configurándose nuevos sectores, o grupos cuya importancia se redimensiona dentro del panorama de la acción social. Entre ellos, el malestar de los jóvenes, las mujeres, los ancianos y los grupos que por cualquier motivo son considerados “diferentes”. (BRACHO; SERRANO,1999,p.26)

Assim, dentro do contexto de obrigação prestacional estatal e a sua ineficiência à saúde pública do Brasil, as drogas são procuradas pelos que pretendem o “bem-estar” ou o esquecimento e a fuga da realidade. Nesse campo, os traficantes encontram campo fértil para corromper e manter o vício daqueles que se deixam atrair pela quimera de uma solução existencial dentro de uma sociedade na era da velocidade, que abriga uma mistura de estilos, e a descrença e o desprestígio do Estado pela falta ou ineficiência de suas políticas públicas.

Por isso o presente trabalho evidencia a problemática urgente da drogadição no Brasil, relativamente quanto a ineficiência do Poder Público em assegurar proteção e promoção à saúde do dependente de crack, reduzindo os estragos (humanos, sociais e econômicos) já ocorridos, os quais constituem, sem dúvida, uma grande preocupação e exclusão social.



## 1. O FLAGELO DA DROGADIÇÃO E O ERRO LEGISLATIVO

Ainda hoje não foram encontradas respostas adequadas aos problemas gerados pelo crack, muito menos uma solução legal e normativa capaz de erradicar o uso e abuso das drogas como forma ou tentativa de solução existencial.

No entanto, convém definir que as questões atinentes às drogas estão vinculadas diretamente à inefetividade estatal (políticas públicas/saúde pública) em concretizar o direito e a proteção à saúde<sup>4</sup> (tratamento) do dependente de crack<sup>5</sup>, pois trata-se muito mais de um problema estrutural de política pública<sup>6</sup> estatal, de saúde e assistência públicas e, também, de inclusão social desse grupo vulnerável<sup>7</sup>, do que de um problema “simplista” de repressão e modificação da legislação penal, bem como do real conhecimento do mercado de produção e circulação de drogas.

Não é, pela reestruturação legal, o caminho capaz de sanar a problemática das drogas, sempre de um modo simplista protecionista “assistencialista”, mas talvez a solução esteja no empenho do Poder Público em implantar uma política de saúde pública mais solidária e eficaz sobre o indivíduo dependente de crack, no sentido de recuperar a autonomia pessoal deste último e convertê-lo em um elemento social digno em si mesmo, como fator inclusivo na sociedade.

Em outras palavras, a questão da dignidade humana do dependente de crack é mais fundamental que simplesmente puni-lo ou, ainda, elaborar uma lei (álibi) para captação de votos em campanhas políticas, sem qualquer viabilidade (dissociável) no mundo fático ou, ainda, a questão econômica de custo/benefício do Estado, pelo que a problemática das drogas não deve rumar para a antiga política repressiva legalista, sensacionalista, emocional e moralista, atendendo somente aos anseios de uma fatia limitada da população e ambições individualistas.

---

<sup>4</sup> Considera-se saúde como sendo “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”, conforme conceituação estabelecida pela Organização Mundial da Saúde em sua constituição de 1946. Nesta linha, “(...) não é suficiente a ausência de doenças. Para que se diga que uma pessoa tem saúde é preciso que ela goze de completo bem-estar físico, mental e social. Isso quer dizer que, além de estar fisicamente bem, sem apresentar sinal de doença, a pessoa deve estar com a cabeça tranquila, podendo pensar normalmente e relacionar-se com outras pessoas sem qualquer problema. É preciso que também a pessoa não seja tratada pela sociedade como um estorvo ou fardo repugnante e que possa conviver com as demais em condições de igualdade e de respeito.” (DALLARI, 1998, p. 52)

<sup>5</sup> “O crack é uma forma distinta de levar a molécula de cocaína ao cérebro. A cocaína é inalada ou injetada nas veias, dissolvido em água. Utilizando processos de fabricação diversos, também são produzidas formas que podem ser fumadas. São elas a merla, a pasta de coca e o crack.” (DUARTE; ANDRADE, 2011, p. 128 – 129)

<sup>6</sup> “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados (...) visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados”. (BUCCI, 2006, p. 39)

<sup>7</sup> Cf. ANJOS FILHO, 2010.

A demanda social do dependente de crack necessita não da elaboração de mais e mais leis<sup>8</sup>, mas de uma medida ou uma ação eficaz do Estado para a proteção ao direito à saúde plena, no sentido de serem tratados adequadamente como seres humanos dotados de dignidade e que merecem todo o cuidado biopsicossocial necessário.

O dependente de crack é o sujeito, na maioria das vezes, pertencente a um grupo extremamente vulnerável, tendo em vista que o dependente de crack é geralmente uma vítima da subcultura do abandono material e intelectual, sendo o crack uma droga consumida pelas classes mais carentes da sociedade, destruindo a dignidade, a saúde e a vida dos seus dependentes e de seus familiares.

O consumo do crack cresceu amplificando-se em especial sobre condições de vulnerabilidade das parcelas carentes da população para “tapar a fome”, sobretudo, entre crianças, adolescentes e adultos em “situação de rua”, com frequência sem família, marginalizados e sem apoio do Poder Público, aglomerando-se embaixo das pontes e viadutos, excluindo-se da sociedade e constituem-se na marginalidade do submundo chamado Cracolândia.

Tais situações motivam pressões diversas sobre a arte de governar do Estado pela necessidade de ações que proporcionem aos dependentes de crack oportunidades de viverem de forma digna e com saúde plena biopsicossocial, incluídos ao Estado Democrático de Direito, o qual é reforçado pela dimensão de resistência do dirigismo dos direitos fundamentais sociais.

Muito embora o problema real pareça ser o vício em si, temos que a problemática está na exclusão e na estigmatização do dependente de crack que não é “resgatado” pelo “agir prestacional” do Estado, de maneira que o Poder Público proporcione um tratamento adequado e digno a essas pessoas marginalizadas.

Verificamos assim uma dimensão distante da responsabilidade dos Poderes constituídos perante a sociedade brasileira na chamada crise funcional do Estado providência, sendo cada qual produtor de uma legislação álibi e simbólica<sup>10</sup> e omissos na execução e interpretação dos preceitos constitucionais fundamentais dentro do contexto social. Nessa linha, Menna Barreto, citando Martinho Garcez Neto, ressalta que:

---

<sup>8</sup> “Acreditamos que o simples aumento de penas resolve o problema da criminalidade. E que fazendo uma lei (sempre uma lei) trocando a palavra “crack” por “pedra da morte” – como um projeto de uma importante Câmara de Vereadores – estará resolvido o problema do flagelo da drogadição”. (STRECK, 2012)

<sup>9</sup> “Neste ponto, importante ressaltar que o morador de rua em situação de miséria não pode ser considerado como um fator isolado, tampouco que os “menores de rua” possam ser abordados como simples dependentes de crack: eles não são meras “vítimas da droga”, mas agentes que tentam – às vezes desastrosamente – participar de um processo de socialização, apesar de quase tudo contribuir para excluí-los, em particular a violência do seu “habitat natural”, a rua”. (BUCHER, 1992, p. 30)

<sup>10</sup> Cf. NEVES, 2007.

A justiça, que ‘existe para salvar, para unir, para restaurar, para garantir e regenerar, realizando a sua ingente tarefa de pacificação e harmonia social, com os olhos fitos no bem-estar coletivo, na prosperidade geral, na estabilidade da ordem jurídica, na segurança das instituições e na felicidade dos homens, mulheres e crianças, ligados pelos vínculos poderosos da mesma origem aos supremos destinos da Pátria comum’ – necessita, para sua inteira realização e entrega de prestação jurisdicional, de um amparo legal calcado na realidade social, e não divorciada dela”. (BARRETO, 1971, p. 79)

Dentro desse contexto, a lei não deve agredir nem pode ser iníqua, sob pena de autoviolentação da sua própria natureza como forma de atuação do direito.

A sociedade necessita de um Estado que se preocupe com a saúde de todos, sem distinção e, em especial, que se preocupe com o dependente de crack, por meio de políticas públicas<sup>11</sup> que busquem a preservação não somente da vida<sup>12</sup>, de forma simplista, mas de preservar a vida com saúde e dignidade.

Portanto, faz-se necessária uma revisão dos paradigmas da garantia de um nível elevado de proteção da saúde humana, da excelência de um governo clínico com padrões de gestão, regulação, procedimento e controle para a realização de uma governança que atenda as promessas constitucionais dentro da temática das drogas e dos direitos humanos, de maneira que seja alcançada a gradativa integração social do dependente de crack dentro de uma sociedade livre, igual e fraterna.

## 2. OS EXCLUÍDOS DAS AÇÕES PRESTACIONAIS DO ESTADO E O PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É rotineiro nos depararmos com notícias que revelam o aumento do consumo de crack entre adolescentes e que há casos de crianças com 10 ou 11 anos que fumam crack perto da sede do poder no Distrito Federal ou, ainda, que “o crack

<sup>11</sup> “O planejamento coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural ou casuística. O plano é a expressão da política geral do Estado. É mais do que um programa, é um ato de direção política, pois determina a vontade estatal por meio de um conjunto de medidas coordenadas, não podendo limitar-se à mera enumeração de reivindicações. E por ser expressão desta vontade estatal, o plano deve estar de acordo com ideologia constitucionalmente adotada. O planejamento está, assim, sempre comprometido axiologicamente, tanto pela ideologia constitucional como pela busca da transformação de status quo econômico e social”. (BERCOVICI, *apud* DANTAS, 2009, p. 371)

<sup>12</sup> Um exemplo bem claro de que o Estado atua de forma a assegurar somente a vida do dependente de crack é com o tratamento hospitalar em um período médio de aproximadamente trinta e cinco dias para a desintoxicação do dependente, sem, contudo, proporcionar a este, de forma integral, o direito a saúde, o qual também assegura uma vida com dignidade, reinserido dentro da sociedade.

se espalha em pequenas cidades do interior”, enfim, são inúmeras as situações fáticas que encontramos o crack como elemento principal, ainda mais quando não se vê a atuação prestacional efetiva do Poder Público com tratamento adequado aos dependentes de crack, de maneira inclusiva, com respeito as diferenças e com tratamento humanista.

O Estado, quando atua para combater o crescente consumo de crack, age de maneira equivocada. Um exemplo claro é a realização de operações militares nas diversas cracolândias espalhadas nas grandes capitais do Brasil, pois, tais operações buscam reconquistar tão somente o espaço público pelas classes médias e altas, sem, contudo, associar e incluir a busca por um espaço heterogêneo, democrático, solidário e tolerante para resgatar o dependente de crack dessa sua vida degradante.

Assim, constata-se que as políticas estatais têm como norte o capital e a valorização das regiões centrais das metrópoles com o esforço higienista em varrer a “pobreza perigosa” para fora dos espaços públicos em detrimento de uma política voltada para o reestabelecimento de uma vida (e saúde) digna do dependente de crack.

De acordo com o 2º Levantamento Domiciliar sobre o Uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil(OBID,2012), realizado nas 108 maiores cidades do país, 0,7% da população adulta relataram já ter feito uso de crack pelo menos uma vez na vida, o que significa um contingente de mais de 380 mil pessoas.

A maior porcentagem de uso de crack na vida foi encontrada entre homens, na faixa etária de 25 a 34 anos, constituindo 3,2% da população adulta ou cerca de 193 mil pessoas. Além disso, a comparação dos resultados do 1º Levantamento, realizado em 2001, e do 2º, realizado em 2005, mostrou que houve aumento estatisticamente significativo daqueles que relataram uso de crack no mês anterior à pesquisa. Embora haja usuários de crack em todas as regiões brasileiras, Sul e Sudeste concentram a maior parte deles.

O Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (CEBRID) investigou o uso de drogas por meninos em situação de rua e encontrou taxas bem maiores: os menores que haviam usado cocaína no último mês eram 45% no Rio de Janeiro, 31% em São Paulo e 20% em Recife. O uso frequente de crack foi mencionado em quase todos os Estados, sendo maior em São Paulo, Recife, Curitiba e Vitória (variando de 15 a 26%).

Nesse contexto, realmente inexistente política de saúde pública para aplicação das normas constitucionais garantidoras e protetoras do direito à saúde, com prestações positivas sociais constitutivas do núcleo essencial mínimo da normatização constitucional em favor do dependente de crack.

Ademais, tanto o legislador quanto os outros órgãos estatais responsáveis pela execução das normas constitucionais ficam silentes, negando a existência de um

núcleo essencial de prestações sociais mínimas por meio das políticas públicas, tal como a proteção e o direito à saúde do dependente do crack em se recuperar e ser incluído na sociedade de forma digna e com saúde.

Assim sendo, eis que os direitos sociais constitucionais garantidores ficam neutralizados pelas omissões ou inércia dos Poderes constituídos, pelo que cabe, então, ao Poder Judiciário o papel de proporcionar, por meio da jurisdição constitucional, em substituição à política pública (Cf. CANOTILHO, CORREIA, CORREIA, p. 30, 1997), a constituição da igual dignidade social inclusiva e da justiça distributiva frente aos desamparados (no caso, o dependente de crack), pelo que é possível sugerir a utilização da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão do Estado ou Mandado de Injunção ou outra medida do Controle de Constitucionalidade.

As possibilidades de manejo das ações mencionadas no parágrafo anterior estão para outorgar maior funcionalidade substancial, concreta e desfrutável positivamente e exigível ao direito subjetivo posto, pois, não há razão lógica prestante para dimensionar a proteção à saúde do dependente de crack em termos tão longínquos (que apenas os Poderes Legislativo e Executivo são capazes de saná-los) que impliquem negar proteção a situações que o Estado de Direito reclama que estejam sob amparo legal.

Ao contrário, estar-se-ia privilegiando apenas os Poderes Legislativo e Executivo em detrimento do Poder Judiciário, que é o verdadeiro intérprete das normas para aplicá-las nos casos concretos, com satisfação de uma utilidade concreta a ser satisfeita pela prestação e dever de outrem (o Estado).

Com isso, o Estado deve se remodelar e se reformular, dirigindo-se para a justiça social e para o bem comum, dando um caráter mais recuperativo e ressocializante da proteção à saúde do dependente de crack, refutando, assim, qualquer política pública de caráter retributivo e intimidativo, para não incorrerem ao retrocesso social, proibido constitucionalmente. E isto é traçado não no sentido de identificar e cobrar um Estado dirigente-autoritário, mas efetivar a própria essência e direção dos preceitos fundamentais sociais da Constituição Brasileira de 1988, esta, sim, dirigente-vinculante. (Cf. COUTINHO; CANOTILHO, 1994)

A intensidade vinculativa e diretiva da Constituição Brasileira (no âmbito da concretização no mundo fático das promessas constitucionais) deve ser cumprida por meio de políticas sociais e econômicas transparentes e controláveis por meio de medidas que são postas no mundo jurídico para concretizar as bases constitucionais dos direitos fundamentais sociais.

A “força dirigente” e o “caráter determinante” de uma lei fundamental constitucional – tal como Constituição Brasileira –, deve aspirar a transformação num plano normativo-material global que determine tarefas, programas, ações, mecanismos

densificadores (boas práticas<sup>13</sup> e excelência de serviços) e afins para o Estado cumprir as normas de direção constitucional no seio da sociedade.

Portanto, a proteção da saúde do dependente de crack tem que ser vista como uma imposição constitucional permanente e concreta do direito à saúde, pelo que a normatividade exposta no art. 196 da Constituição Brasileira não pode estar indissociável do contexto fático brasileiro, pois o sentido da norma não é uma coisa em si (ou o fim em si), mas é algo a ser constituído e executado pelo Estado pela imposição do direito diretivo-constitucional que visa “constituir-a-ção” (STRECK, 2004, p. 73) do Poder Público em realizar efetivamente esquemas de racionalização de prestações sociais, tais como a saúde, segurança social, dentre outros.

### **3. O DEVER DE PROTEÇÃO ESTATAL À SAÚDE DO DEPENDENTE DE CRACK – “CONSTITUIR-A-AÇÃO” DE TRATAMENTO PARA A INCLUSÃO SOCIAL**

Os mercados de drogas ilícitas têm uma dimensão global e requerem respostas coordenadas em escala compatível, em especial por meio da ação estatal.

O Relatório Mundial sobre Drogas 2012, elaborado anualmente pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) evidencia a tendência sobre a situação do mercado das drogas ilícitas em todo o mundo, incluindo produção, tráfico e consumo, servindo de referência para a implementação de políticas públicas por parte dos governos. No caso do Brasil, os dados oficiais sobre drogas são também disponibilizados pelo Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas - OBID.<sup>14</sup>

Segundo informações do Relatório Mundial sobre Drogas de 2012, “cerca de que 230 milhões de pessoas (...) fizeram uso de drogas pelo menos uma vez em 2010. O número de usuários problemáticos alcança em torno de 27 milhões de pessoas (...) as drogas ilícitas prejudicam o desenvolvimento econômico e social e contribuem para o crime, a instabilidade, a insegurança e a disseminação do HIV”. (UNODC, 2012, p. 1)

---

<sup>13</sup> J.J. Gomes Canotilha ensina que a direção por meio do direito constitucional pode concretizar-se mediante boas práticas emergentes da *clinical governance*. A qualidade dos serviços de saúde – quer sob o ponto de vista clínico quer do ponto de vista assistencial –, com a consequente garantia dos direitos dos utentes, sobretudo dos doentes, pode resultar da observância dos padrões técnicos e humanos definidos em códigos de boas práticas do que na execução hierárquica de regulamentos e procedimentos administrativos. O Direito Constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). (CANOTILHO; CORREIA; CORREIA, 2010, p. 29)

<sup>14</sup> OBID é um órgão de estrutura do governo federal, vinculado à SENAD, com a missão de reunir e centralizar informações e conhecimentos atualizados sobre drogas que contribuam para o desenvolvimento de novos conhecimentos aplicados às atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e para a criação de modelos de intervenção baseados nas necessidades específicas das diferentes populações-alvo, respeitadas suas características socioculturais.

O crescimento de consumo do crack e dos problemas relacionados a ele constitui, atualmente, um grande desafio para a implementação de uma política de atenção aos problemas com drogas, em especial, no Brasil.

Esse desafio exige respostas eficazes do governo e da sociedade na construção de um programa de intervenção integrada que inclua ações de promoção da saúde e de conscientização de serviços de atendimento, estudos clínicos a respeito de o tratamento da dependência dessa substância, bem como desenvolver uma abordagem integrada e focar na prevenção, no tratamento, no desenvolvimento alternativo e na promoção dos direitos humanos fundamentais.

A evolução do complexo problema global de drogas é influenciada por uma gama de fatores<sup>15</sup>, porém no presente trabalho, abordamos apenas a questão da falta de tratamento da saúde pública pelo Estado por meio de políticas públicas concretizáveis ao dependente de crack.

No Brasil, o rápido aumento do consumo de crack desde a década de 1990 amplia as condições de vulnerabilidade especialmente para as parcelas carentes da população. O consumo de crack cresceu mais entre crianças, adolescentes e adultos em situação de rua, demonstrando a atual ineficiência estatal em salvaguardar de forma digna e com saúde um grupo duplamente fragilizado.

Segundo o Relatório Mundial sobre Drogas, um dos impactos do uso de drogas na sociedade são as consequências negativas para a saúde que seus integrantes experimentam. O uso de drogas também coloca um peso econômico nas sociedades. O referido Relatório estima que, em termos financeiros, entre USD\$ 200 e 250 bilhões (0,3% do PIB mundial) seriam necessários para cobrir todos os custos relacionados ao tratamento de drogas no mundo.

Ocorre atualmente que o total de recursos gastos com o tratamento do uso de drogas é extremamente inferior ao necessário e, ainda, o recurso que é gasto pelo Estado, por sua vez, não é bem administrado e alocado, o que resulta na situação que “menos de um quinto das pessoas que precisam de tratamentos é atualmente atendido”. (UNODC, 2012, p. 13)

Assim, a deficiência crônica dos serviços públicos e da falta de política pública na prestação de cuidados de saúde e proteção para com o dependente de crack no Brasil merece especial atenção e crítica, pelo que estabelecemos dois motivos, a saber:

---

<sup>15</sup> “Entre eles, tendências sociodemográficas, como o equilíbrio de gênero e de idade da população e os índices de urbanização influenciam se o perfil demográfico de uma determinada sociedade muda, o padrão de consumo de drogas também muda. Fatores socioeconômicos, como os níveis de recursos disponíveis, a desigualdade e o desemprego, também têm um papel importante. Elevados níveis de desigualdade ou desemprego podem aumentar a propensão ao uso de drogas ilícitas entre os grupos mais afetados. Uma ampla gama de fatores de cunho sociocultural – incluindo mudanças nos sistemas de valores tradicionais e o surgimento de uma “cultura juvenil” relativamente uniforme em vários países – também influencia a evolução do problema, embora em formas que são frequentemente difíceis de quantificar”. (UNODC, 2012, p. 14)

(i) a saúde é necessária para todos os seres humanos, sendo reconhecida como um dos direitos fundamentais, tanto em documentos internacionais quanto na própria Constituição Brasileira, que declara a saúde “um direito de todos e dever do Estado” e

(ii) a prestação de cuidados de saúde, em quantidade e qualidade compatíveis com as necessidades da população, é dever dos governantes, que devem colocar a saúde entre as prioridades do governo, até porque isso não tem ocorrido no Brasil, tendo em vista que na maioria dos casos, quem procura os serviços públicos de saúde é a população pobre e, no caso, essa população tem muita dificuldade em se fazer ouvir e, como se não bastasse, seu poder de pressão sobre os governantes é pequeno.

Com efeito, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que “a Constituição não é um simples ideário. (...) é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas (...) obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadão” (MELLO, 2011, p. 11), ou seja, a força jurídica da Constituição Brasileira reconhece os direitos que efetivamente podem ser invocados, desde logo, pelos interessados e, nessa linha, é óbvio que o direito à saúde deve ser perpetrado em favor do dependente de crack, pelo que o tratamento é medida de saúde pública, independentemente de normatização ulterior.

Para tanto, o ordenamento jurídico confere instrumentos ao indivíduo para que o direito à saúde seja efetivado, concretizado em sua plenitude nem que para isso seja necessário a intervenção do Poder Judiciário, caso deficiente ou até mesmo inexistente tais serviços fundamentais sociais de obrigação estatal.

A prestação de tratamento ao dependente de crack depende principalmente de políticas públicas, sendo estas inerentes ao direito à saúde, tendo em vista que tal direito consiste de um regramento constitucional que atribui imediata prestação pelo Estado frente ao administrado, independente de quem seja e de suas condições, em que o Estado não deve negá-lo por ser o incumbido a satisfazê-lo, como representante do povo, como possuidor da aparelhagem para concretização dos direitos da sociedade em um ambiente democrático.<sup>16</sup>

Os Poderes Públicos, cada qual em seu campo de atuação e competência, estão impedidos de ficarem inertes na emissão de providências e ações especificadas ou de retirarem conceitos utilizados pela linguagem constitucional para uma dimensão inferior ao significado mínimo (núcleo essencial) os quais podem comportar uma

---

<sup>16</sup> Nesse sentido, destacam-se as decisões proferidas pelo STF nos casos: RE 195.192/RS, RE 232.335, AI 232.469, determinando ao Poder Público proporcionar meios para alcançar a saúde do ser humano e frisou a responsabilidade linear da União, dos Estados e dos Municípios, devido ao Sistema Único de Saúde.



intelecção normal, razoável e proporcional, apenas com a posição (ideológica) que a imprecisão ou a fluidez das palavras constitucionais retiram-lhe a ação a ser concretizada. Se assim considerar, a Constituição perderia sua força normativa, pois, a lei suprema é a Constituição e, assim, não será uma lei posterior que irá regular a sua base significativa para com a sociedade.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, § 1º prevê que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”. Dita dicção do poder constituinte visa justamente proteger, ao longo do tempo, o texto constitucional de qualquer pretensão reducionista que torne seus preceitos letra morta e, assim, eventual omissão ou inércia do Estado no seu dever de concretização (no plano das ações e políticas públicas) da efetividade e aplicabilidade das normas fundamentais sociais.

A respeito da obrigação social do Estado ser concretizado desde logo, mesmo diante de conceitos de ampla interpretação, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que

se em todos os ramos do Direito as normas fazem uso deste tipo de conceitos, sem que jamais fosse negado caber aos juízes fixar o seu alcance nos casos concretos – o que está a demonstrar a possibilidade de sacar deles uma certa significação –, por que negar que possam fazê-lo quando se trata de extrair o cumprimento da vontade constitucional? Por que imaginar necessário que o Poder Legislativo disponha sobre a matéria para só então considerar o Poder Executivo ou terceiro obrigado a respeitá-los em matérias de liberdades públicas ou de direitos sociais? A explicação é simples. Ainda aqui comparece uma posição ideológica, autoritária, às vezes inconsciente de que nada mais representa senão reminiscência de um autocratismo privilegiado do Estado, mera reverberação enaltecadora de prerrogativas regalgadas. (MELLO, 2011, p. 29)

Nessa linha de concretização das providências sociais por parte do Estado para com o cidadão necessitado, eis que nasce o Estado Social, também conhecido com o nome de Estado Providência ou Estado de Prestações, que se ajustam a ideia que vem se concretizando desde o fim da 2ª Guerra Mundial, em que houve uma crescente necessidade de assunção de responsabilidades político-sociais por parte dos Poderes Públicos.

Com efeito, o art. 6º da Constituição Federal estabelece que: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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”.

E nesse mesmo sentido, os art. 196 e 197 estabelecem que: “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” e “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

Os preceitos fundamentais citados no parágrafo anterior explicitam obrigação, imposição e exigência de execução de ações por parte do Estado para atender os desígnios normativos, que impõem aos entes públicos a realização de determinadas tarefas, cujo cumprimento depende da própria realização do direito. (SILVA, 2007, p. 767-769)

Eduardo García de Enterría, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello, ensina a respeito de a funcionalidade e efetividade do Direito, bem como a criação de um direito subjetivo ao ser humano frente ao Estado, em que:

(...) todas las ventajas (Begünstigen) derivadas del ordenamiento para cada ciudadano se han constituido em verdaderos derechos subjetivos, expresa un principio capital del actual Estado de Derecho, pero debe matizarse, para evitar posibles equívocos, con la observación de que la constitución de derechos subjetivos no surge directamente por la inferencia de tales ventajas desde el ordenamiento, sino sólo y únicamente cuando las mismas sufren una agresión injusta por parte de la Administración, derechos subjetivos que tienden entonces al restablecimiento de dichas ventajas por vía reaccional o de eliminación del injusto que las niega, las desconoce o las perturba”. (ENTERRIA *apud* MELLO, 2011, p.43)

Corroborando com as lições mencionadas no parágrafo anterior, ainda com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, temos que:

[...]o princípio da legalidade não visou simplesmente à mera estruturação formal de um aparelho burocrático tendo em vista balizar de fora, mediante lei, sua composição orgânica e seus esquemas de atuação. O que pretendeu e se pretende, a toda evidência, foi e é sobretudo estabelecer em prol de todos os membros do corpo social proteção e uma garantia. Quis-se outorgar-lhes, em rigor, uma dupla certeza, a saber:

(a) de um lado, que o ato administrativo algum poderia impor limitações, prejuízo ou ônus aos cidadãos sem que tais cerceios ou gravames estivessem previamente autorizados em lei e que ato administrativo algum poderia subtrair ou minimizar vantagens e benefícios que da lei resultariam para os cidadãos se esta fosse observada;

(b) de outro lado, que todos os cidadãos tivessem, dessarte – por força mesmo do que acima se indicou –, a garantia de um tratamento isonômico, pois é a lei, como norma geral e abstrata (em contraposição ao ato administrativo, disposição individual e concreta), que, por suas características inerentes, enseja um tratamento [...] igual para todos”. (MELLO, 2011, p. 44-45)

Dentro do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade assegura igualdade entre os administrados e, o Estado, por sua vez, deve seguir os rumos constitucionalmente previstos na Carta Magna de 1988, em prol dos indivíduos, pois, estes são titulares de direitos que sujeitam o Poder Público à obediência dessas regras, ou seja, ao Estado não apresenta o direito à saúde do indivíduo como uma faculdade a cumprir, mas sim um dever, que não pode se eximir, jamais, nem mesmo com o fugaz argumento de limitações orçamentárias.<sup>17</sup>

Para tanto, Agustín Cordillo e Marcelo Ferreira ensinam que:

Frente a la genérica libertad de hacer todo lo no prohibido, existe com todo um derecho específico a la vida y a la integridad física, que puede considerarse razonablemente comprensivo de um derecho a no sufrir lesiones arbitrarias a la salud personal. [...] Además, el derecho a la dignidad humana puede igualmente entenderse em el sentido que ampara el derecho de las personas a que se respete su salud y su habit no ejerciendo sins u consentimiento menoscabos arbitrarios a ella. La hipotética ‘libertad’ de quienes realizan actividades lesivas a la salud de los demás se transforma em una ausencia de libertad correlativa del sujeto pasivo, por tanto em um sometimiento coactivo que transformaria em autoridad ilimitada uns suspuesta libertad de quien perjudique la salud de los demais. (GORDILLO, 1999, p. 1-2)

---

<sup>17</sup> Nesse ponto, não é possível imaginar que o Estado tenha limitações orçamentárias para assegurar a saúde e tratamento dos dependentes de crack, ainda mais quando se trata de um país que possui uma carga tributária elevadíssima. Noutro giro, então, assim considerando, faz-se necessário realocar e refletir onde o sistema é deficitário: se é no desvio dos valores que são destinados à saúde, mau uso administrativo de verba pública, etc.

Evidencia-se da Constituição Federal de 1988, a previsão do direito à saúde de forma a garantir a todos (sem desigualdades sociais e regionais, em uma sociedade livre, justa e solidária) um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos voltadas para a realização da nova ordem social, objetivando o bem-estar de todos, a justiça social (art. 3º) e, como valor supremo, a dignidade da pessoa humana, segundo o art. 1º, inciso III.

No âmbito infraconstitucional brasileiro, o art. 2º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a qual regulamenta o Sistema Único de Saúde (SUS), dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, prevendo que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Ademais, em seu § 2º a norma diz que não é só dever do Estado, mas também das pessoas, da família, das empresas e da sociedade como um todo, por todos os seus poderes e órgãos, todos vinculados aos objetivos constitucionais voltados à Constituição dirigente para realização de um bem fundamental, qual seja, a saúde com dignidade.

A saúde passa a ser definida de forma mais abrangente com o art. 3º da Lei nº 8.080, pois, a saúde passa a ter como “fatores determinantes e condicionantes 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”, pelo que “os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País”.

O § 1º, do art. 2º, da Lei nº 8.080, estabelece que “o dever do Estado em garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”, considerando a pessoa como um todo, pelo que as ações de saúde devem procurar atender a todas as suas necessidades mínimas.

Entretanto, muito embora exista todo esse arcabouço jurídico de promessas e providências que se constata é um verdadeiro descumprimento dos dispositivos constitucionais, bem como a omissão do governo federal, estadual e municipal quanto as ações de saúde pública em geral diante dos dependentes de crack.

O próprio Sistema Único de Saúde (SUS), criado na década de 1980, como uma proposta de Política de Saúde e Social, sofre com o desrespeito ao princípio da equidade na alocação dos recursos públicos pela não unificação dos orçamentos federal, estaduais e municipais, bem como o afastamento do princípio da integralidade, ou seja, indissolubilidade entre prevenção e atenção curativa havendo prioridade para a assistência médico-hospitalar (internação para desintoxicação do dependente de

crack) em detrimento das ações globais de promoção e proteção da saúde que trariam, sem dúvida, maior resultado que aquela medida.

O projeto traçado pela Constituição Brasileira, de 1988, tem como objetivo atender às populações vulneráveis, de forma coletiva e universal. No entanto, diante do mercado e da coisificação do ser humano, em que a legislação é apenas utilizada para tratar o paciente como um objeto útil, e não como um ser humano em si, sem dúvida nenhuma, podemos constatar que atualmente a ação estatal é voltada para concepções puramente individualista e fragmentadora da realidade, subordinadas à lógica capitalista e politqueira em detrimento da saúde, da dignidade e da vida dos fragilizados, em que cargos públicos geralmente são utilizados como “troca de favores eleitorais”, sem profissionais comprometidos com a problemática da drogadição brasileira.

Mas para não ficarmos somente no campo de identificar as questões problemáticas relativas aos dependentes de crack, como solução, em um primeiro momento, sugeríamos a necessária mudança estrutural e de paradigma, com vistas àquela Reforma Sanitária de 1990 e à anterior pelo movimento sanitário que combateu os interesses empresariais do setor hospitalar e da indústria farmacêutica e de equipamentos hospitalares que buscavam (e buscam), na maioria das vezes, apenas o lucro em detrimento da vida humana.

Em um segundo momento, é importante adequar a atual situação aos preceitos esculpido na Constituição Brasileira, de forma a estabelecer mecanismos de controle, fiscalização, execução e cobrança sistemática perante as políticas públicas na concretização da saúde, bem como beneficiar e aprimorar o SUS<sup>18</sup> garantindo um atendimento de forma universal, gratuita, preventiva e, acima de tudo, mais humano (e não emergencial com aspecto apenas de cura temporária, sem o tratamento adequado global para com o caso).

Portanto, será necessário que o Estado articule e intervenha com uma política social projetada para a dinâmica e adaptação da realidade cambiante, a qual é sempre diversificada, complexa, com demandas e necessidades assistenciais, de reabilitação e prevenção do crack, sendo que estas últimas são deveres tanto do Estado quanto da sociedade.

---

<sup>18</sup> “Ainda se enfrenta uma série de dificuldades do SUS, destacando-se a fragmentação do processo de trabalho e das relações entre os diferentes profissionais; falta de complementaridade entre rede básica e o sistema de referência; precária interação nas equipes e despreparo para lidar com a dimensão subjetiva nas práticas de atenção; baixo investimento na qualificação dos trabalhos e no fomento à co-gestão e, ainda, desrespeito aos direitos dos usuários”. (SIQUEIRA, LEÃO JÚNIOR, 2011, p. 196)

## 4. CONCLUSÃO

O Estado em geral deve sensibilizar-se para combater a onda do crack, exercitando medidas “preventivas” e não só “repressivas”, em que aquelas humanizam o “combate às drogas” por meio de o reconhecimento da autonomia existente no dependente de crack e sua possibilidade de recuperação como fator de inclusão social, delimitando sua identidade, personalidade e dignidade.

A população tem direito a ser protegida das drogas de maneira que tenham ao seu alcance informações e tratamentos objetivos e científicos, não deformados por sensacionalismo, sentimentalismo ou argumentações moralistas.

A prevenção ao abuso de drogas também é uma forma de exercitar o direito à saúde, a qual deve ser exercida pelo Estado (dever) em benefício do ser humano (direito), colocando em primeiro plano a dignidade do ser humano e a autodeterminação do indivíduo e, em um segundo plano, os outros aspectos, tais como a “reserva de lei” e a “reserva do possível”.<sup>19</sup>

Os dependentes de crack que, por um concurso de circunstâncias ou por escolha aparentemente livre (as quais não são objeto do presente estudo), se tornam dependentes da citada droga, têm direito ao tratamento que deve ser proporcionado pelo Estado por meio da implementação de saúde pública eficaz e concreta, pois os dependentes de crack são vítimas e pacientes que não podem ser excluídos do sistema social como se fossem criminosos e marginais, sob pena de infringir os preceitos inclusivos e os direitos fundamentais sociais de proteção à saúde e dignidade destes necessitados.

A consolidação da Constitucional Brasileira não tem sido realizada e vivenciada, pelo que a consciência nacional deverá ser reformada no sentido de determinar e transpor a positividade dos direitos ali consagrados na Constituição para o mundo fático, ao menos quando levados à apreciação jurisdicional.

Dentro de um Estado Democrático, solidário e em desenvolvimento, cabe ao Estado o dever de proteção à saúde do dependente de crack, concretizando mediante políticas de saúde pública, sociais e econômicas que visem a prevenção bem como à redução dos riscos de doenças, de dependência e outros problemas.

As políticas de saúde pública devem ser implementadas, pois a proteção à saúde é garantida pelas arrecadações da sociedade, dos empregadores e empresas, dos trabalhadores e de outras tantas fontes em favor do Estado, o qual possui as instituições públicas para operar e agir frente aos problemas sociais, ainda mais em

---

<sup>19</sup> Em linhas gerais, são os “inimigos” dos direitos sociais, pois são utilizadas como argumento do Estado quando deixam de prestar e garantir os direitos fundamentais sociais, tal como a saúde aos dependentes de crack.

Estados de capitalismo periférico com alto grau de exclusão social e com renovadas manifestações de questão social.

No caso de não implementação das políticas públicas voltadas para a proteção a saúde do dependente de crack, estas devem ser controladas pela jurisdição constitucional e dirigidas pelo texto constitucional como método redistributivo, emancipatório e inclusivo, pois as promessas constitucionais não são concretizadas em decorrência da ausência de vontade política, por eleição de prioridades de governo sobre as prioridades, por ineficácia da ação estatal, mal planejada, ou por se deparar com a reserva orçamentária, ou com a reserva do possível.

Portanto, evidencia-se que a força dirigente constitucional repercute desde o planejamento até a execução e o controle e avaliação das políticas públicas pela constitucionalização e jurisdicionalização da política e, mais ainda, pelas cláusulas de programaticidade constitucional que importam em promessas e compromissos de construção de um futuro melhor.

## Referências

- ANJOS FILHO, R. N. DOS. A proteção jurídica dos grupos vulneráveis e das minorias. In *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte:Form, ano 4, n° 13, jan./mar. 2010.
- BARRETO, J. DE D. L. M.. *O desafio das drogas e o direito*. Rio de Janeiro: Renes, 1971.
- BRACHO, C.A.; SERRANO, M. G.. *Fundamentos de bienestar social*. , Valencia:, Tirant lo blanch, 1999.
- BUCCI, M. P. D. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUCHER, R.. *Drogas e drogadição no Brasil*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.
- CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, M. O. G.; CORREIA, É. P. B.. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra, 1994.
- COMPARATO, F. K.. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, RT 737/11, março de 1997.
- COUTINHO, J. N. de M. (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DALLARI, D. de A.. *Direito humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.
- DANTAS, M. C.. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.



DUARTE, P. do C. A. V.; ANDRADE, A. G. (Org.). *Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2011.

GARCIA S.I., A.B.. *Presencia de las drogas em la crisis del Estado*. In: *Fascículos de Ciência Penais*. Drogas: abordagem interdisciplinar. Trimestral, ano 3, v.3, nº 2, - p.1.158 – abr./mai./jun./.. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

GORDILLO, A. et al. *Derechos humanos*. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1999.

MARTÍNEZ Y HERNÁNDEZ, E.; PERULLES, L. F. G.; CRESPO, E. B.. *Tratado del derecho a la protección de la salud*. 2.ed. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense, 2004.

MELLO, C. A. B. DE. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. . 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

NEVES, M.. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. (Coleção justiça e direito).

UNODC. *Relatório Mundial sobre Drogas de 2012*. Disponível em: [http://www.unodc.org/documents/southerncone//Topics\\_drugs/WDR/2012/WDR\\_2012\\_S\\_umario\\_Executivo\\_PORT.pdf](http://www.unodc.org/documents/southerncone//Topics_drugs/WDR/2012/WDR_2012_S_umario_Executivo_PORT.pdf). Acesso em 17 jul. 2012.

SILVA, J. A. DA. *Comentário contextual à Constituição*. 3.ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

SIQUEIRA, D. P.; LEÃO JÚNIOR, T. M. DE A.. *Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in) efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais*. Birigui: Bueral, SP, 2011.

STRECK, L. L.. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Fetichismo da lei, cidadania terceirizada*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-abr-05/senso-incomum-fetichismo-lei-cidadania-terceirizada>. Acesso em: 26 jun. 2012.

OBID - Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas. *2º Levantamento Domiciliar sobre o Uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil*. Disponível em [http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/conteudo/index.php?id\\_conteudo=11325&rastra=PESQUISAS+E+ESTAT%C3%8DSTICAS%2FEstat%C3%ADsticas/Popula%C3%A7%C3%A3o+geral+br](http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/conteudo/index.php?id_conteudo=11325&rastra=PESQUISAS+E+ESTAT%C3%8DSTICAS%2FEstat%C3%ADsticas/Popula%C3%A7%C3%A3o+geral+br).



# A VISÃO DOS TRIBUNAIS SOBRE A LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E A PROPORCIONALIDADE: A RESERVA DO POSSÍVEL SOB INVESTIGAÇÃO

*Alexandre Luna da Cunha<sup>1</sup>*

## **Introdução**

**O** artigo analisa o controle judicial de políticas públicas, ou mais especificamente, a implementação de políticas públicas por decisão judicial, a partir da doutrina e da jurisprudência selecionadas, se o acolhimento do argumento da “reserva do possível” ou “soberania orçamentária” varia conforme o direito fundamental pleiteado. Dessa forma, pretende-se analisar se tal argumento prospera com maior frequência a depender do “mínimo existencial” requerido. Para tanto, inicialmente identificar-se-á os conceitos de “políticas públicas”, “mínimo existencial” e “reserva do possível” ou “soberania orçamentária do legislador”. A partir de então, identificar-se-á a jurisprudência selecionada para, ao final, apontar as conclusões ao problema acima mencionado.

## **1. CONCEITOS FUNDAMENTAIS**

Pode-se afirmar que a temática de políticas públicas tem origem na ciência política e na ciência da administração pública, que fixa seu campo de interesse nas relações entre a política e a ação do poder público, mas que a ciência jurídica abarca a reflexão do tema sob o viés da concretização de direitos sociais. (Cf. BUCCI, 2006, p.1)

### **1.1. Políticas públicas**

Nesse sentido, frisa-se o conceito traçado por Oswaldo Canela Junior:

Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo)

---

<sup>1</sup> Doutorando do Programa de Pós Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Mackenzie (2012). Mestre em Direito pela Universidade Mackenzie (2007). Pós-graduado em Direito Empresarial pela Universidade Mackenzie (2004). Graduado em Direito pela Universidade Mackenzie (2002). Pesquisador do grupo de Pesquisa em Novos Direitos e Proteção da Cidadania do Programa de Pós Graduação da Universidade Mackenzie (2005). Professor, advogado, consultor Jurídico e palestrante atuando com disciplinas de Direito Processual Civil, Políticas Públicas, Terceiro Setor e Ética.

e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado. (s.d., p. 17-19).

Nesse contexto, entendendo-se políticas públicas como a concretização de direitos sociais, os quais devem ser implementados por atos próprios dos poderes constituídos, ressalta-se o conceito de Maria Paula Dallari Bucci:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (BUCCI, 2006, p. 38)

Portanto, sendo as políticas públicas conceituadas como a concretização de direitos sociais, a partir de atos próprios dos poderes constituídos, refletidos num programa de ação governamental, as ações que visam garantir o atendimento de determinado direito individualmente requerido, ficam excluídas desse conceito<sup>2</sup>.

O conceito de políticas públicas cabe apenas quando se tratar de situação na qual se requeira direito difuso e coletivo ou ainda, quando numa ação individual haja requerimento de tutela coletivizante. (Cf. GRINOVER, 2009, p. 53-54)

Os direitos difusos e coletivos têm instrumentos processuais específicos de proteção, como a ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação popular, ação de improbidade administrativa. Mas também uma demanda individual pode proteger direitos difusos e coletivos, como por exemplo, numa ação que requeira não a concessão de medicamento para o pleiteante individualmente, mas que o medicamento pleiteado, que não faz parte da lista de medicamentos fornecidos gratuitamente pelo sistema público de saúde, seja incluído na aludida lista. (Cf. WATANABE, 2007, p. 799-800)

## 1.2. Mínimo existencial

Esse objeto requerido na ação é que conduz à análise do conceito de “mínimo existencial”. Na medida em que se estabelece políticas públicas como a concretização de direitos sociais, há que se investigar que direitos sociais tratam as políticas públicas.

---

<sup>2</sup> Não se trata de desmerecer aquele que litiga pela garantia e efetividade de seus direitos. Ao contrário. Mas o direito que cabe a cada cidadão não está abarcado num conjunto de atos que tenha por objetivo a efetividade de um direito a todos os cidadãos, sendo esse a natureza própria de políticas públicas. Esta constatação parece basilar, mas é descuidada pela doutrina. Não há bons textos que façam tal distinção.

A ideia de programa das políticas públicas bem casa com os objetivos fundamentais, como os esculpidos no art. 3º. da Constituição Federal de 1988.<sup>3</sup> Nesse sentido, bastante ilustrativo é o no art. 1º. da Constituição Federal de 1988.<sup>4</sup>

Fica assentada a base de que a dignidade da pessoa humana é fio condutor do mínimo existencial, no sentido de ser dever do Estado garantir, por intermédio dos programas de políticas públicas, a efetividade de certos direitos mínimos, como bem assevera Ana Paula de Barcellos. (Cf. BARCELLOS, 2002, p.248 e seg.)

Por isso afirmar-se que “os direitos cuja implementação a formulação de políticas públicas, apresentam um núcleo central, que assegure o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana”, na lição necessária de Ada Pellegrini Grinover 11. (2009, p. 42-43)

Identificar o mínimo existencial a partir do princípio da dignidade da pessoa humana é conclusão lógica que decorre da própria sistemática do texto constitucional. Nem tão simples, por outro lado, é listar quais direitos compõem esse mínimo existencial.(Cf. GUERRA;EMERIQUE, 2006, p. 387-388)

Há postulações de que o mínimo existencial é composto dos direitos à educação fundamental, saneamento básico, concessão de assistência social, tutela do ambiente e acesso à justiça. (Cf. GRINOVER, 2009, p. 43)

Há outras que afirmam não ser possível identificar de forma clara e objetiva os direitos que comporiam o mínimo existencial à medida em que é impossível identificá-los, pois há variações segundo lugar, tempo, padrão socioeconômico, expectativa e necessidades. (Cf. WANG, 2009, p. 311-312)

Portanto, confia-se que o melhor entendimento pode ser fixado no sentido de o mínimo existencial ter de ser pensado no caso concreto. A cada pedido deve o juiz, sempre com base no bom senso, refletir acerca da dignidade da pessoa humana e, reconhecendo a situação desse mínimo de direito, concedê-lo, na esteira do pensamento de Karl Japers (2005, p. 54):

A dignidade do homem reside no fato de ser ele indefinível. O homem é como é, porque reconhece essa dignidade em si mesmo e nos outros homens.

<sup>3</sup> Art. 3º 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.

<sup>4</sup> 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 da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

### 1.3. Reserva do possível

Estabelecido que políticas públicas é o programa de efetivação de direitos, pautados pela dignidade humana – o mínimo existencial - há que analisar se essa efetividade almejada está limitada pela soberania do orçamento – ou reserva do possível.

Os direitos sociais pressupõem uma prestação positiva do Estado que implicam em custos para serem efetivados, por isso, acabam por impor uma dimensão econômica relevante.(Cf. WANG, 2009, p. 312-313)

Nesse contexto, Ada Pellegrini Grinover destaca que a transição do Estado liberal para ao Estado social promoveu uma alteração pronunciada na concepção do Estado e de suas finalidades. O Estado passa a ter como objetivo o atendimento do bem comum e, por consequência, a satisfação de direitos fundamentais. Na implementação dos direitos ditos de segunda geração, representados por um fazer, uma atitude positiva do Estado.(Cf. GRINOVER, 2009, p. 36-37)

Nessa implementação desses direitos é que surge a análise dos custos envolvidos nesse fazer, realizar a que o Estado passa a estar comprometido. É isto que traz à baila a análise de quanto o Estado está obrigado a realizar e com quais recursos deve realizar suas obrigações. E mais: principalmente se o Estado tem autonomia e liberdade para dispor desses recursos. A isso, a doutrina convencionou nomear de reserva do possível. (Cf. GUERRA; EMERIQUE, 2006, p. 391-393)

Nesse sentido, há corrente doutrinária que indica a reserva do possível ou soberania do orçamento, como um limite fático à implementação de políticas públicas. Esse limite é representado por duas vertentes: (i) a existência real de recursos em cofres públicos para cumprimento das obrigações e (ii) possibilidade jurídica de o ente público dispor desses recursos quando existentes.(Cf. WANG, 2009, p. 312-313)

Exatamente porque se pretende a implementação de direitos pautados pela dignidade humana na prática das políticas públicas, há forte corrente doutrinária que advoga a possibilidade de o Poder Judiciário repelir a aplicabilidade da reserva do possível quando se tratar desse mínimo para garantir a dignidade humana.(Cf. GRINOVER, 2009, p.48; GUERRA; EMERIQUE, 2006, p.392; WANG, 2009, p. 313)

Assim, nesse embate entre dar efetividade aos direitos e a autonomia orçamentária, a doutrina aponta que o balizador adequado é o princípio da razoabilidade (Cf. GRINOVER, 2009, p. 43), afirmando que tal princípio se denota pela busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.

Ana Paula de Barcellos (2002, p. 245-246) vai além e aponta um convívio produtivo entre mínimo existencial e reserva do possível, ressaltando que a reserva do possível somente é cabível depois de atingir o mínimo existencial, nos seguintes termos:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

A jurisprudência cumpre importante papel ao afirmar a mitigação da reserva do possível. Dentre todas, há que ser ressaltada a medida cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45 com voto de lavra do Ministro Celso de Mello, que afirma:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível [...] notadamente em sede de efetivação e implementação dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a apresentação em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínima de existência.



Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.<sup>5</sup>

## 2. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

Alguns julgados são paradigmáticos na análise de políticas públicas, principalmente no que toca à conclusão pretendida nesse artigo: o direito pleiteado importa na admissibilidade da argumentação da reserva do possível?

Assim, foram selecionados os seguintes acórdãos para essa análise:

### a) Recurso especial nº. 1.041.197 – MS

*ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.*

*1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no polo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional. 2. Não há como conhecer de re-*

---

<sup>5</sup> ADFP 45 MC/DF: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). (29/04/2004)

*curso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico. 3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. 4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. 5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. 6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana*

*não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.*

### **b) Agravo no recurso extraordinário nº 271286-8 - RS**

*PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ART 5, CAPUT E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.*

Trata-se de Agravo interposto pelo Município de Porto Alegre contra decisão monocrática do Ministro Celso de Mello que não conheceu o Recurso Extraordinário do Município e manteve o acórdão do TJ/RS, ratificando a obrigação solidária do Município e do Estado do Rio Grande do Sul, para fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento da AIDS à paciente destituída de recursos financeiros. O pedido foi julgado improcedente, mantida, portanto, a liberação dos recursos.

### **c) Recurso especial nº 503.028 - SP**

*ADMINISTRATIVO - ENSINO INFANTIL; CRECHES PARA MENORES. Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra decisão do Tribunal de Justiça em face de violação ao Estatuto do Menor – Lei 8069 de 1990: art. 54, IV; art. 208, III; art. 213, portanto, havendo previsão legal.*

Mandado de Segurança obrigando a Creche Municipal de Vila Basíléia, Município de São Paulo, a matricular as gêmeas Ana Paula Caetano Santos e Ana Carolina Caetano Santos, de três anos de idade. Sustentou o *parquet* que a falta de orçamento e disponibilidade do erário não poderiam restringir direito constitucionalmente resguardado, livrando o ente estatal do dever que lhe é imposto. Denegação da ordem e, após, improvimento do recurso. Julgado em 20/04/2004.

### **d) Questão de ordem em petição nº 2836-8 - RJ**

*PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR. PRESSUPOSTOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: EFEITO SUSPENSIVO. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. MINISTÉRIO*

PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GRATUIDADE DE ATENDIMENTO EM CRECHES. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE CONSTRUÇÃO DE CRECHES PELO MUNICÍPIO. DESPESAS PÚBLICAS: NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA: C.F., ART. 167. I. - *Fumus boni juris e periculum in mora* ocorrentes. II. - *Concessão de efeito suspensivo ao RE diante da possibilidade de ocorrência de graves prejuízos aos cofres públicos municipais*. III. - *Decisão concessiva do efeito suspensivo referendada pela Turma*.

Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; seria no caso, a ação civil pública, o meio legítimo para salvaguardar o direito visando à gratuidade das creches e o oferecimento de vagas, ampliando as existentes.

Decisão do Relator, ad referendum da Turma: pelo deferimento da cautela e consequentemente pela concessão do efeito suspensivo ao RE, no que foi, após, acompanhado pela Turma. A decisão aparentemente viola as disposições do art. 2º Constitucional e o princípio da autorização orçamentária, presente no art. 167 da CF. Presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* visto que o não cumprimento da decisão acarretaria multa diária de R\$ 10.000,00 com graves prejuízos para os cofres públicos. O Ministério Público moveu Ação Civil Pública visando à gratuidade de atendimento em creches. Determinação judicial para a construção de creches ou o fornecimento de vagas com a finalidade de atender a 100% da demanda ou o pagamento de multa no valor diário de R\$ 10.000,00 pelo não cumprimento da decisão, assinalando prazo de um ano para o início da construção das creches; atendimento à população do Cosme Velho, Rocinha, Glória, Flamengo, Copacabana, Catete, Laranjeiras e Botafogo.

Percebe-se assim uma tendência, bastante nítida do Poder Judiciário em desmerecer a reserva do possível, quando se tratar do mínimo existencial, em especial quando o direito pleiteado for relacionado ao direito à saúde.

### 3. CONCLUSÕES

Em um ambiente tripartite de atribuições de atividades preponderantes aos poderes constituídos, a situação padrão é que as políticas públicas sejam definidas e geridas não pelo juiz, mas pelo legislador e pelo administrador público, cuja legitimação popular garante-lhes a atribuição de alocar, segundo critérios de conveniência e de oportunidade, recursos nessa ou naquela utilidade pública. Por isso, constitui tarefa subsidiária do Poder Judiciário, na falta ou inadequação dos Poderes Executivo e Legislativo, ditar ou corrigir as políticas públicas.

A interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas é legítima, não se olvidando o conhecimento e a observância de certos parâmetros de atuação, a fim de torná-la consentânea ao Estado Democrático de Direito. Três são os parâmetros clássicos de delimitação da atuação legítima do Poder Judiciário: [i] a reserva do possível (ou soberania orçamentária); [ii] o mínimo existencial, e [iii] o princípio da proporcionalidade.

O primeiro limite a ser observado é a disponibilidade financeira do Estado para a concreção do direito prestacional, tal como idealizada pelo administrador no instrumento formal denominado orçamento. Trata-se da observância da teoria da reserva do possível. Não basta a norma para reconhecimento de um direito subjetivo. O problema é que todos direitos possuem um custo, logo a materialização desses direitos não pode ser destacada da mínima verificação das possibilidades materiais de colocação prática. A realidade é que por mais recursos que existam, não será possível atender a todas as necessidades de uma população, esteja ela em um país economicamente desenvolvido ou em um país em desenvolvimento. A escassez de recursos exige que o Estado faça escolhas, o que pressupõe preferências e que, por sua vez, pressupõe preteridos.

A conformação da atuação do Poder Judiciário na concreção dos direitos prestacionais não se exaure na verificação da efetiva disponibilidade orçamentária do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Deve também o poder Judiciário pautar sua atuação na viabilização de um núcleo denominado mínimo existencial a ser garantido ao cidadão, independentemente da autorização orçamentária conferida pelo legislador ordinário. Cuida-se do núcleo de direitos voltados à preservação da dignidade do ser humano, denominado mínimo existencial, cuja prestação deve ser obrigatoriamente fornecida pelo Estado.

O princípio da proporcionalidade é importante instrumento destinado ao Poder Judiciário no ato procedimental de interferência nas políticas públicas, mediante o qual verificará a razoabilidade da pretensão individual/coletiva deduzida em face de o Poder Público, bem como a razoabilidade da restrição ao direito fundamental imposto pelo Estado. Em suma, o princípio da proporcionalidade reconhece, de um lado, a inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais em toda e qualquer situação; de outro, a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência administrativa (discricionária) do Executivo como óbices à efetivação dos direitos fundamentais. O custo direto envolvido para a efetivação de um direito fundamental não pode servir como óbice intransponível para sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação. Além disso, deve participar do processo de ponderação a natureza de

providência judicial almejada no que se refere a sua necessidade, adequação e proporcionalidade específica para a proteção do direito fundamental invocado.

No que se refere à jurisprudência nacional, pode se avistar uma linha de evolução no tratamento da questão orçamentária pelos Tribunais, notadamente sob o viés da implementação judicial de direitos prestacionais. Em primeiro momento, tomada a escassez do orçamento para a concreção de todos os direitos prestacionais previstos no ordenamento jurídico, passou-se a admitir, de modo absoluto, como restrição à interferência do Poder Judiciário, a teoria da reserva do possível. A concreção de direitos prestacionais estaria subordinada à previsão orçamentária da referida despesa.

A partir do julgamento da ADPF nº 45 pelo STF (2004) e do RESP nº 718203/SP pelo STJ (2005), difundiu-se nova postura financeira no enfrentamento de casos judiciais concernentes à concreção de direitos prestacionais. Fundado no reconhecimento da existência de um núcleo essencial de direitos subjetivos, tocados pelo mínimo existencial, perante o qual a própria incidência da teoria da reserva do possível, em decorrência de ponderação com princípios como o da igualdade e da dignidade humana, é afastada.

A tendência jurisprudencial ainda não está consolidada, mas reflete a porção majoritária do entendimento judicial.

Grande parte da doutrina e jurisprudência tomaram postura firme no sentido de defender a supremacia dos direitos fundamentais cuja efetivação se sobreporia a qualquer outro princípio ou fundamento de fato ou de direito. Alguns julgadores apresentam um falso dilema entre recursos financeiros e direito à saúde, quando na verdade o direito à saúde precisa dos recursos financeiros para ser concretizado. Causa estranheza dizer que o interesse financeiro é um “interesse secundário do Estado”. Se os direitos sociais, para serem efetivados, precisam de recursos estatais, então a questão financeira está intrinsecamente ligada ao direito. É uma dicotomia falsa, pois direito à saúde e questões financeiras não são conflitantes e nem excludentes, aquele depende desta.

## Referências

BARCELLOS, A. P. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BUCCI, M. P. D. (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANELA JUNIOR, O.. A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição. Trabalho de qualificação de doutorado apresentado na Faculdade de Direito da USP sob orientação do prof. Dr. Kazuo Watanabe. Inédito.

GUERRA, S. I.; EMERIQUE, L. M. B.. O princípio da dignidade humana e o mínimo existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VII, nº 9 - Dezembro de 2006.

GRINOVER, A.P. *O processo: estudos e pareceres*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009.

\_\_\_\_\_. *et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

JASPERS, K.. *Introdução ao pensamento filosófico*. 13. ed. São Paulo: Cultrix, 2005.

WANG, D. W. L.. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Direito Sanitário*. v.10 nº 1 São Paulo mar./jul. 2009.

# AINDA AS COTAS RACIAIS ENQUANTO CRITÉRIO DE RESERVA DE VAGAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Reinaldo Moreira Bruno<sup>1</sup>

## Introdução

A discussão<sup>2</sup> relativa aos *novos* direitos no Brasil (WOLKMER; LEITE, 2012) evidencia as mudanças que passa a sociedade mundial, ensejando questionamentos radicais, a partir da mudança de paradigmas da sociedade industrial para uma sociedade digital.

Essa mudança decorre da crise de cultura monolítica, linear, determinante, hierárquica e totalizante, a partir de novos processos e potencialidades criadoras e de múltiplas direções.

A crise de paradigmas também abrange a legitimação, a partir do ingresso de sujeitos, e a ampliação de prioridades materiais até então fora do cenário social.

O cenário descrito impõe construir uma nova juridicidade em um espaço crescente, transgressor e pluralista, pulverizado por dimensões denominadas novos direitos.

Tem-se, pois, uma revolução, com novos fenômenos, trazendo desafios à ciência jurídica da modernidade, quer no âmbito da dicotomia direito público x privado como também no âmbito do direito processual convencional.

A obra que serviu de base para a reflexão (Norma Regulamentadora 1 – NR1), apesar de constituir-se em coletânea de artigos abrangendo os diversos *direitos novos*, segundo seus organizadores, envolve a natureza, a problematização, os fundamentos e a tutela jurisdicional desses novos direitos.

Saliente-se que a tutela jurisdicional dá-se em um cenário de crise de paradigmas com a presença de novos atores sociais, sendo colocado à prova a cada dia o paradigma tradicional do direito – *seus conceitos, institutos e procedimentos* - que não conseguem

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP, Mestre em Direito, Professor Titular de Direito Administrativo do Centro Universitário Monte Serrat – Santos/SP, Professor do curso de Pós-Graduação em Administração da Álvares Penteadó/SP, Procurador-Geral do Poder Legislativo Municipal.

<sup>2</sup> Esta reflexão tem por base discussão levada a efeito em sala de aula, quando da apreciação do tema *Cidadania e Políticas Públicas no século XXI – Novos Direitos* no Programa de Pós-Graduação Doutorado em Direito Político e Econômico, oferecido pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, em São Paulo, mais precisamente na disciplina “*Cidadania e Políticas Públicas*”, ministrada pelos professores Clarice Seixas Duarte Gianpaolo Poggio Smanio e Patrícia Tuma Martins Bertolin



oferecer soluções compatíveis para o tratamento e solução de problemas decorrentes desses novos fenômenos.

Constata-se que o equipamento atual, disponibilizado aos operadores do direito, mostra-se defasado, impondo atualizar o modelo jurídico, adequando-o às novas necessidades.

Avança a obra em seus vários capítulos, propondo ousadia na criação de mecanismos alternativos, ações legislativas rápidas e adequadas, instâncias jurisdicionais socialmente mais eficazes, informais e descentralizadas. Reconhece, ainda, a exigência de uma gama de alterações profundas e radicais, com apreciação jurisdicional por tribunais descentralizados, democráticos e com maior participação comunitária.

Deste contexto, tendo em conta a consagração desses *novos direitos*, extrai-se como decorrência do processo de busca de novos paradigmas da ciência do Direito, a denominada judicialização da política, desafiando “vetustas teorias sobre separação entre os três Poderes, cânion dogmático que, embora já claudicantes, ainda é influente tanto em países de sistema jurídico-políticos com matriz na civil law quanto nos common law”. (VIANNA, 2012, p. A2)

Entre nós, o processo de judicialização da política é denominado, por ora, ativismo judicial, ante a atuação do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, em matéria de natureza política.

Referida atuação vem recebendo críticas a partir da inexistência de legitimidade dos magistrados para tal mister, visto que não são eleitos para a produção de normas.

Nesse contexto é que se promove essa reflexão tendo por base um destes novos direitos, o racismo e mais especificamente, a reserva de vagas em universidades públicas, a partir do *descripen* étnico.

## 1. RACISMO

É comum verificar a doutrina nacional tratar o direito como ordenador e formador de valores sociais, que promove e mantém estereótipos e méritos na sociedade brasileira, perpetuando preconceitos e discriminação de todas as espécies. Atribui-se ao sistema jurídico a produção e reprodução de toda ordem.

Dentre as formas mais evidentes de discriminação, tem-se o racismo de todas as espécies, sendo seus exemplos mais evidentes o Holocausto judeu - fundado na ideologia nazista -, os povos não brancos, como os nativos do continente americano, e os povos negros da África.

A partir do artigo de Dora Lúcia de Lima Bertúlio que integra a obra que leva a essa reflexão (Cf. BERTÚLIO, 2003), verifica-se a resistência em analisar o período de escravidão no Brasil, que não é questão relativa a racismo, e que de uma forma ou outra, haveria certo conformismo do povo negro em permanecer naquela condição. A

responsabilidade social acaba sendo eximida, alegando-se ainda que, não houve uma guerra para abolição.

Segundo a autora, a abolição da escravidão no País, já na segunda metade do século XIX, dá-se a partir da pressão internacional para mudança do modelo de produção, do escravagista para o capitalista, visto que o escravo não era considerado como pessoa e sim um bem patrimonial e de produção. Pretendeu-se, sim, promover a reorganização do Estado Brasileiro para inserção do País na comunidade internacional.

Ainda segundo a estudiosa, a questão da discriminação racista na sociedade internacional, só ganhou relevo e promoveu avanços quando o nazismo promoveu o holocausto contra o povo judeu. Tal fato levou a ideologia do racismo à condição de objeto de estudo da Política, o que acabou afastando a ideia científica vigente, de inferioridade racial.

O modelo de discriminação tem seus efeitos manifestados a respeito de o exercício de direitos e de plenitude de acesso à vida em sociedade, com o gozo dos benefícios, ou seja, ao grupo atingido pelo racismo impõe-se o cerceamento do exercício de direitos fundamentais e civis e, por consequência, a negação ou impedimento de gozo e acesso a benefícios que as sociedades cotidianamente implementam.

Mais especificamente no tocante ao Estado brasileiro, as classes dominantes brasileiras sempre souberam manipular a mão de obra necessária à manutenção de suas riquezas, utilizando-se de métodos por vezes cruéis.

Resta ainda observar, a notória forma brutalizada e genocida da libertação dos escravos no Brasil, aliás, como já ressaltado, deu-se na segunda metade do século XIX, o que leva à afirmação de constituir-se a mais tardia alforria do mundo.

Apesar de inexistência de guerra que levasse à abolição, cabe salientar que os escravos vítimas do autêntico massacre a que eram submetidos opunham sua resistência pelo método que mais demonstrava seu desamparo: a fuga.

Com a publicação da Lei Áurea, os negros, ávidos por liberdade e respeito, saíram pelas estradas, sem paradeiro, sem destino, ensejando um quadro assim descrito por Darcy Ribeiro:

[...] os escravos abandonam as fazendas em que labutavam, ganham as estradas à procura de terrenos baldios em que pudessem acampar[...], plantando milho e mandioca para comer. Caíram, então, em tal **condição de miserabilidade** que a **população negra reduziu-se substancialmente**.(RIBEIRO, 1995) (*grifos nossos*)

Ainda recorrendo ao ensinamento de Darcy Ribeiro, constata-se que se negou aos negros “(...) a posse de qualquer pedaço de terra para viver e cultivar, de escolas em que pudessem educar seus filhos, e de qualquer ordem de assistência”. (RIBEIRO, 1995)

O Estado brasileiro foi extremamente injusto para com os recém-libertos. A situação dos *ex-escravos* foi tratada de forma unilateral pelo Estado, sem nenhuma colaboração às vítimas da escravidão. Além disso, os ex-donos de escravos receberam apoio do Estado para a recuperação de sua mão de obra barata, havendo uma intensa *importação* de europeus desiludidos em busca de uma redenção qualquer.

Com a edição da Constituição Federal de 1988, buscou-se assegurar a igualdade social, vedar expressamente toda e qualquer forma de discriminação no âmbito social, buscando com isso permitir o acesso e a fruição de direitos fundamentais por quaisquer que sejam os grupos sociais.

Ato contínuo veio a ser editada a Lei nº 7.716/89 que trata da tipificação do crime de racismo; inegável avanço, sendo na visão da estudiosa, o único instrumento jurídico antidiscriminatório no sistema legal brasileiro, mas, mesmo assim, afirma encontrar-se sua efetividade comprometida. (Cf. BERTÚLIO, 2003)

Justifica a estudiosa que, apesar do esforço legislativo, a efetividade enfrenta graves problemas, “a partir da configuração do ato restar comprometida, ante a necessidade de a prova estar ligada diretamente à recusa em razão de raça ou cor, alegação que, na verdade provê, inúmeras escusas no Brasil”. (Cf. BERTÚLIO, 2003)

Com a devida vênia, a estudiosa incide em equívoco muito comum, questionando a eficácia da norma jurídica em face de questão processual, ou seja, de promover-se a prova.

Em oposição a esse posicionamento, impõe ressaltar aspecto, agora de natureza constitucional, ou seja, os dispositivos relativos ao “devido processo legal, a ampla defesa e contraditório e ainda, a presunção da inocência”.<sup>3</sup>

Impõe notar que os dispositivos relacionados têm a mesma estatura constitucional, qual seja, todos eles objetivam assegurar direitos fundamentais, que não admitiriam a supressão ou mesmo a desconsideração pelo operador do direito diante do fato concreto.

## 2. A ISONOMIA E A ADOÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS

Ante um cenário de profunda injustiça, com a evolução e a conseqüente modificação do papel do Estado, e havendo a juridicização da igualdade, incumbiu a este atuar no sentido de efetivamente buscar assegurar a isonomia.

Com o surgimento do Estado Social, o conceito de igualdade é aperfeiçoado, vez que apenas o aspecto formal, decorrente da simples consideração do indivíduo como ser abstrato e dotado de direitos naturais, torna impossíveis diferenciações pelo nascimento.

---

<sup>3</sup> Art. 5º, LIV, LV e LVII

Tratando-se aspecto da igualdade, Carmem Lúcia Antunes Rocha (1996, p. 85-99) ressalta que este até então denominado isonomia, restringia-se tão somente a vedação à discriminação, ou seja, tornando inválido todo e qualquer comportamento preconceituoso à luz da ordem jurídica.

Como consequência, indivíduos de um mesmo grupo deveriam receber o mesmo tratamento, porém, nada impedindo que pessoas de grupos diversos recebessem tratamento diferenciado, independentemente da razoabilidade do fator de discriminação.

Já sob as luzes do Estado Social, enquanto marco divisório em relação à igualdade que deixou de ser aferida apenas em relação à lei, passando a ser considerada em face da igualdade fática, de natureza concreta, obrigatória, vinculando não apenas o administrador, o julgador, mas também o legislador.

Ainda como decorrência do Estado Social e a consagração de direitos sociais, a igualdade deixa de simplesmente vedar a diferenciação, ou seja, a não discriminação, passando a admitir e até mesmo exigir ações objetivas, atos concretos no campo fático no sentido de permitir a denominada igualdade de oportunidades.

Neste sentido é a lição de Paulo Bonavides, que ressalta a modificação do papel do Estado, colocando-o como agente efetivo objetivando de permitir seja alcançada a igualdade fática:

O Estado Social é enfim Estado produtor de **igualdade fática**. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. **Obriga o Estado**, se for o caso, a **prestações positivas**: por meios, se necessário, para **concretizar comando normativos de isonomia**. (BONAVIDES, 2000, p. 343) (*grifos nossos*)

Em um cenário doutrinário e também positivado constitucionalmente são adotadas práticas pelos Estados no sentido de promover a igualdade material, sendo estas denominadas ações afirmativas que no dizer de Joaquim B. Barbosa Gomes:

**políticas** e mecanismos de **inclusão** concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à **concretização** de um **objetivo constitucional** universalmente reconhecido – o da **efetiva igualdade de oportunidades** a que todos os seres humanos têm direito. (2001, p. 41) (*grifos nossos*)

As ações afirmativas surgem, então, como uma forma de promover a igualdade entre grupos historicamente preteridos ou discriminados em uma sociedade.

Assim, têm como finalidade primordial, mais do que prevenir, coibir e punir atos discriminatórios, mas sim, gerar condições para que as consequências sociais concretas

da discriminação passada ou presente sejam progressivamente amenizadas, até que se alcance o objetivo maior de promoção da efetiva igualdade.

A busca de igualdade se refere primordialmente às condições e oportunidades de acesso à educação e ao mercado de trabalho, o que importa dizer, à inexistência de discriminação na contratação e remuneração dos indivíduos.

As ações fundadas neste posicionamento vêm sendo discutidas no cenário político, bem como no jurídico, quanto à viabilidade e os limites do desenvolvimento pelo Poder Público de programas e projetos cujo objetivo seja a inclusão social de minorias, em relação às quais haja algum tipo de discriminação social ou desvantagem decorrente de discriminação histórica na sociedade que acarreta, no presente, desigualdade social.

Cabe salientar que a expressão *minorias* não deve ser tomada no sentido quantitativo, como se verifica na manifestação de Carmem Lucia Antunes Rocha:“(...) em termos de direitos efetivamente havidos e respeitados numa sociedade, a minoria, na prática dos direitos, nem sempre significa menor número de pessoas”. (1996, p. 87, nota 3)

Assim deve ser entendida sob o aspecto de qualificação jurídica dos grupos contemplados ou aceitos com um volume menor de direitos, efetivamente assegurados, que outros que detêm o poder.

A título meramente exemplificativo, no direito brasileiro, além de normas constitucionais, há em nosso ordenamento jurídico diversos diplomas relacionados ao tema das ações afirmativas, como por exemplo:

- art. 24, XX, da Lei nº 8.666/1993 - trata da dispensa da licitação para contratação de associação de portadores de deficiência física;
- Lei nº 9.504/1997 (fixa a cota de 30% das vagas para candidatura de cada partido ou coligação a ser destinada a indivíduos de um dos sexos;
- Lei nº 9.799/1999 - inseriu o art. 373-A, na CLT, que têm por objetivo impedir discriminação às mulheres nas relações de trabalho;
- Leis nº 7.853/1989, nº 10.098/2000 e nº 8.213/1991 - cuidam da integração dos deficientes físicos;
- Lei nº 12.288/2010 - Estatuto da Igualdade Racial - destinado a garantir a efetivação da igualdade de oportuni-

dades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos da população negra, bem como o combate à intolerância étnica.

### 3. AÇÕES AFIRMATIVAS QUANTO À RESERVA DE VAGAS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

A previsão de ações afirmativas objetivando a inclusão de carentes nas universidades públicas não se constitui novidade, sendo adotada em diversas instituições em vários Estados brasileiros. (OESP, 2012b, p. A22)

O Supremo Tribunal Federal, ao ser provocado a manifestar-se, vem abordando esse aspecto relativo à consolidação do tema “ações afirmativas”, já deixou assentado o conceito destas enquanto medidas especiais e concretas para assegurar o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos, com o fito de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Tomando como exemplo ações afirmativas empregadas em outros países, a Corte deixou assentado rol exemplificativo de modalidades:

a consideração do critério de raça, gênero ou outro aspecto a caracterizar certo grupo minoritário para promover sua integração social;

o afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes profissionais;

a definição de distritos eleitorais para o fortalecimento de minorias; e o estabelecimento de cotas ou a reserva de vagas para integrantes de setores marginalizados. (Cf. ADPF nº 186//DF)

Entre nós, quanto à reserva de vagas para aqueles egressos de setores marginalizados ou de minoria, temos alguns exemplos que a seguir são relacionados.

Tendo iniciado em 2003 e previsão de término em 2018, a Universidade Estadual do Rio de Janeiro adota sistema de inclusão de alunos, com as vagas sendo oferecidas, obedecida a divisão em cotas assim estabelecidas:

- a) negros e índios – 20%;
- b) alunos egressos da rede pública - 20%

c) portadores de necessidades especiais e filhos de agentes de segurança mortos ou incapacitados – 05%.

A Universidade Federal do Paraná prevê a política de cotas para inclusão, apenas na segunda fase do vestibular, assim divididas:

- a) afrodescendentes – 20%
- b) alunos egressos da rede pública - 20%
- c) portadores de necessidades especiais – 1 vaga por curso oferecido.
- d) Indígenas - 10 vagas oferecidas em vestibular específico.

Também no Estado do Paraná, as duas Universidades Estaduais promovem a inclusão de alunos, estabelecendo cotas da seguinte maneira:

- a) Londrina - 40% das vagas oferecidas para alunos egressos da rede pública, sendo que destas, 50% são reservadas para negros.
- b) Maringá – há reserva de vagas apenas para alunos oriundos da rede pública de ensino e renda familiar per capita de até 1,5 salários mínimos.

Em Minas Gerais há a previsão de um sistema de reserva de vagas para inclusão social nos cursos de graduação, ressaltando-se que tanto a Universidade Federal de Minas Gerais quanto a Universidade Federal de Juiz de Fora preveem como condição para acesso a essas vagas, a necessidade de o candidato ser egresso da rede pública de ensino. No que tange ao “aspecto racial”, há tratamento diferenciado nos seguintes termos:

- a) Universidade Federal de Minas Gerais - para os negros a concessão de um bônus de 5% na nota obtida;
- b) Universidade Federal de Juiz de Fora - a reserva de 12,5% das vagas para negros ou pardos.

As Universidades Públicas Paulistas<sup>4</sup> mantêm programas de inclusão **sem adoção de critério racial**, sendo basicamente o processo de inclusão fundado em base socioeconômica, ou seja, a origem do candidato, que tenha cursado o ensino médio integralmente na rede pública.

No caso da Universidade São Paulo (USP), esta mantém o Programa de Inclusão Social que no ano de 2012 permitiu que 28% dos ingressantes nos cursos mantidos pela universidade fossem originários da rede pública de ensino; e a Universidade Esta-

---

<sup>4</sup> Universidade de São Paulo; Universidade de Campinas; Universidade Estadual Paulista.

dual Paulista promoveu a inclusão de 41% de seus alunos matriculados. (OESP, 2012b, p. A22)

A decisão da Suprema Corte trouxe interessante debate promovido pela imprensa nacional, buscando aferir-se a aplicabilidade e a extensão da decisão reconhecendo a constitucionalidade da reserva de cotas étnicas, na ADPF nº 186 em especial no que tange ao ingresso em universidades públicas.

#### 4. COTAS ÉTNICAS

Ressalte-se que a criação de um sistema de discriminação legítimo de natureza étnica não constitui inovação brasileira e, sim, tem sua origem nos Estados Unidos da América.

Aquele país admitiu a implantação de um sistema institucionalizado de discriminação racial estimulado pela sociedade e pelo próprio Estado, por seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em seus diferentes níveis.

O processo segregacionista entre negros e brancos foi implementado através do denominado sistema *Jim Crow*, que veio a ser legitimado pela doutrina americana e acolhida pela Suprema Corte, o que se convencionou denominar a doutrina do “**separados, mas iguais**” - *separate but equal* -, criada pela famosa decisão da Suprema Corte nos caso *Plessy vs. Ferguson* - 163 U.S 537 1896.

A partir desse fundamento amparado pelo sistema legal americano, o processo de segregação disseminou-se na sociedade americana, restando institucionalizada.

Os negros eram proibidos de: frequentar as mesmas escolas que os brancos, comer nos mesmos restaurantes e lanchonetes, morar em determinados bairros, ser proprietários ou locatários de imóveis pertencentes a brancos, utilizar os mesmos transportes públicos, teatros, banheiros etc., casar com brancos, votar e ser votados e, enfim, de ser cidadãos dos Estados Unidos da América.

Esse processo de discriminação permitiu a organização e manifestação de movimentos em prol dos direitos dos negros, tendo Martin Luther King como seu principal artífice.

Como consequência, foram promulgadas leis de direitos civis e políticos, que embasando a adoção de ações afirmativas, como uma espécie de mecanismo emergencial de inclusão e integração social dos grupos minoritários e de solução para os conflitos sociais que se alastravam por todo o país na década de 1960.

Entre nós, em um cenário diverso do americano, nem por isso menos cruel, paulatina e notadamente no que tange ao acesso da universidade, buscou a adoção de medidas que permitissem a igualação, por meio de adoção de ações afirmativas nesse sentido.



Na seção anterior - ações quanto à reserva de vagas nas universidades públicas - viu-se que os *discrimens* adotados para permitir a inserção social, nas escolas públicas de nível superior espalhadas pelo país, basicamente têm-se dois critérios: um, a “natureza econômica” e o outro, a “questão étnica”.

A questão econômica sofreu menos restrições; no entanto, o aspecto étnico sofreu diversos ataques, tendo este sido objeto de ações judiciais, visando a declaração de inconstitucionalidade do critério enquanto fator de discriminação.<sup>5</sup>

Nessa seara, o Supremo julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186, ajuizada em 2009, pelo Partido Democratas, contra atos da Universidade de Brasília (UnB), do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (Cepe) e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (Cespe), os quais instituíram sistema de reserva de 20% de vagas no processo de seleção para ingresso de estudantes, com base em critério étnico-racial.

O Partido autor da ação, na inicial, ao fixar o objeto de seu pedido, ressaltou que em momento algum era seu objetivo discutir a constitucionalidade de ações afirmativas como política necessária para inclusão de minorias.

Evitando a negação de fatos absolutamente conhecidos e indiscutíveis na vida nacional, o autor da referida ação, deixou claro que não buscava discutir sobre a existência de racismo, de preconceito e de discriminação na sociedade brasileira.

A argumentação do partido Democratas fundava-se na premissa de que a Universidade de Brasília, com a adoção de cotas étnico-raciais, estaria ressuscitando ideais nazistas e que as cotas não seriam uma solução para as desigualdades no país.

O objetivo da ADPF proposta pelo Partido era promover a discussão “se a implementação de um Estado racializado ou do racismo institucionalizado, nos moldes praticados nos Estados Unidos, na África do Sul ou em Ruanda seria adequada para o Brasil”.

## **5. O JULGAMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL<sup>6</sup>**

Iniciando o julgamento, o ministro relator Ricardo Lewandowski, ao proferir seu voto, manifestou-se pela constitucionalidade do sistema atacado, afirmando não haver dúvidas a respeito de constitucionalidade de políticas de ação afirmativa que tenham por objetivo corrigir desigualdades sociais, inclusive aquelas baseadas na cor da pele,

---

<sup>5</sup> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.330-1 // DISTRITO FEDERAL - Medida Provisória nº 213/2004, convertida na Lei 11.096, de 13 de janeiro de 2005. apensadas às ADIs 3.314 e 3.379, de mesmo, objeto - Declaração de Inconstitucionalidade da criação do PRONUNI.

<sup>6</sup> Informativo STF nº 663

deixando assentado que se a raça foi utilizada para construir hierarquias, deverá também ser usada para desconstruí-las.

Para concluir, o ministro buscou oferecer a adequada interpretação à disposição constitucional, que estabelece requisitos para o ingresso no ensino superior, fundada com base nos seguintes princípios:

- a) igualdade de condições para acesso e permanência na escola;
- b) pluralismo de ideias; e
- c) gestão democrática do ensino público (art. 206, I, III e IV).

Restou ainda realçado, que os níveis mais elevados do ensino, pesquisa e criação artística seriam alcançados segundo a capacidade de cada um (art. 208, V).

No cenário constitucional descrito, assentou o Min. Ricardo Lewandowski, que o constituinte teria buscado temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendessem acesso à universidade com o princípio da igualdade material.

Assim, o mérito dos concorrentes que se encontrariam em situação de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições sociais, não poderia ser aferido segundo ótica puramente linear.

Para tanto, essas políticas de Ação Afirmativa não poderiam ser examinadas apenas sob o enfoque de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros.

Ao contrário, deveriam ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assentaria o Estado, desconsiderados interesses contingenciais.

Avançou afirmando que, critérios objetivos de seleção empregados de forma estratificada em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, acabariam por consolidar ou acirrar distorções existentes.

Nesse aspecto, os espaços de poder político e social manter-se-iam inacessíveis aos grupos marginalizados, a perpetuar a elite dirigente, e a situação seria mais grave quando a concentração de privilégios afetasse a distribuição de recursos públicos.

Assim, restou evidenciada que a legitimidade dos requisitos empregados para seleção guardaria estreita correspondência com os objetivos sociais que se buscava atingir. E mais, que o acesso às universidades públicas deveria ser ponderado com os fins do Estado Democrático de Direito. Impenderia, também, levar em conta os postulados constitucionais, que norteariam o ensino público consagrados nos artigos 205 e 207 da Constituição Federal.

Em seu voto, o ministro relator avançou no sentido de que o sistema de cotas, como políticas de ação afirmativa, deve ter caráter transitório, perdurando apenas o tempo necessário para que distorções sejam corrigidas, e, ao final, serem suprimidas.

O ministro Luiz Fux foi o segundo a votar também pela constitucionalidade, assentou que uma coisa é vedar a discriminação, outra é implementar políticas que levem à integração social dos negros e, portanto, a raça pode ser considerada como critério para o acesso à universidade sem que a Constituição seja ferida por isso.

Deixou claro, ainda, que a construção de uma sociedade justa e solidária impõe a toda coletividade a reparação de danos pretéritos perpetrados por nossos antepassados adimplindo obrigações jurídicas.

Já a ministra Rosa Weber ao votar também pela constitucionalidade, em linhas gerais, argumentou que a raça ainda torna parcela importante da população brasileira invisível e segregada. E que, a solução deveria dar-se a partir do seguinte questionamento: “Os negros, considerados pretos e pardos, apresentam uma condição social ou histórica específica que os afastam das mesmas oportunidades que têm os indivíduos tidos por brancos?”

Enfrentando o questionamento por ela mesma proposto, a ministra Rosa Weber considerou que, se a resposta for positiva, é legítima a intervenção do Estado para corrigir as distorções. E segundo ela, a resposta é positiva, concluindo que, se os negros não chegam à universidade, por óbvio não compartilham com igualdade das mesmas chances dos brancos.

Para a ministra, “a pobreza tem cor no Brasil: negra, mestiça, amarela” e ainda, “se a quantidade de brancos e negros pobres fosse aproximada seria plausível dizer que o fator cor é desimportante”. (OESP, 2012a, p. A22)

Em seu voto, a ministra Cármen Lúcia ressaltou constituir-se uma responsabilidade social e estatal fazer valer o princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal, sendo que o mesmo não é apenas um aviso, um conselho, mas uma norma que deve ser cumprida.

Reconheceu ainda a ministra que ações afirmativas não são as melhores opções e sim, que a melhor opção é ter uma sociedade na qual todos sejam livres para serem o que quiserem ser.

E, no mesmo sentido do ministro relator Ricardo Lewandowski, ressaltou em seu voto a transitoriedade do sistema, ou seja, que as cotas são uma etapa, um processo, uma necessidade em uma sociedade em que a inclusão e integração não se deram naturalmente.

O ministro Joaquim Barbosa, ao proferir seu voto, argumentou que as ações afirmativas têm como objetivo neutralizar os efeitos perversos da discriminação racial, de gênero, de origem, de idade e de condição física.

Em suas razões de decidir, ressaltou que a discriminação está tão enraizada na sociedade brasileira que as pessoas nem a percebem sendo ela tornada normal e, ainda, que é natural que ações afirmativas atraiam resistência da parte daqueles que historicamente se beneficiam da discriminação de que são vítimas os grupos minoritários.

O ministro Cezar Peluzo, ao votar, apontou que basta uma visão sistemática da Constituição Federal para perceber que ela tutela classes ou grupos desfavorecidos ou discriminados.

Continuando seu voto, também enfrentou a questão do mérito pessoal, afirmando que essa alegação ignoraria os obstáculos historicamente opostos aos esforços dos grupos marginalizados e cuja superação não dependeria das vítimas da marginalização, mas de terceiros.

Também salientou que o merecimento seria critério justo, porém apenas em relação aos candidatos que tivessem oportunidades idênticas ou assemelhadas.

Avançando na argumentação de seu voto, expressou concordância com o ministro relator que as cotas raciais são adequadas, necessárias, e têm peso suficiente para justificar as restrições que trazem a certos direitos de outras etnias. É um experimento que o Estado brasileiro está fazendo e que pode e deve ser controlado e aperfeiçoado, consignando ainda que o critério racial deveria ser aliado ao socioeconômico.

O ministro Marco Aurélio em seu voto ressaltou a igualdade, afirmando que não se pode falar em Constituição Federal sem levá-la em conta, ressaltando que a sociedade brasileira precisa saldar essa dívida para alcançarmos a igualdade.

Objetivando reconhecer a conformidade da ação afirmativa étnica em relação a vagas na Universidade de Brasília o ministro, ao votar, enumerou exemplos de ação afirmativa firmadas constitucionalmente:

- a) a proteção de mercado quanto à mulher (art. 7º, XX);
- b) a reserva de vagas nos concursos públicos para deficientes (art. 37, III);
- c) o tratamento preferencial para empresas de pequeno porte e à criança e ao adolescente (art. 170 e 227, respectivamente).

A partir desse rol, concluiu que a prática das ações afirmativas pelas universidades públicas brasileiras denotaria de possibilidade latente nos princípios e regras constitucionais aplicáveis à matéria.

Por fim, ressaltou o ponto do voto do ministro relator Ricardo Lewandowski, que o sistema de cotas raciais deve ser temporário.

O ministro Celso de Mello, ao votar, citou que as ações afirmativas visam proteger grupos vulneráveis, não apenas minoritários indicando como exemplo as mulheres,

que apesar de existirem em maior número que os homens no Brasil, são vulneráveis e merecem proteção em nome da democracia constitucional.

Avançando ainda mais em seu voto, o ministro Celso de Mello rememorou que compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional em torno da aplicação de princípios de direitos humanos justificam políticas de ações afirmativas.

Ao votar, o ministro Ayres Britto, presidente do Supremo, assentou que igualdade só faz sentido para quem é desfavorecido e que não há necessidade de Constituição para guardar interesses do grupo hegemônico e, concluindo seu voto, ressalta que a Constituição, em seu preâmbulo, já é um sonoro não ao preconceito.

Propositadamente, deixou-se por último o voto do ministro Gilmar Mendes, que também se manifestou favorável às cotas raciais como forma de ingresso em universidades públicas, afirmando que não se pode negar a importância de ações que visem a combater essa crônica desigualdade entre brancos e negros.

Mas chamou a atenção que o modelo adotado requer um aperfeiçoamento sob pena de ensejar situações paradoxais e que levam a atuação a descrédito, ou ao menos, ser objeto de questionamentos bastante relevantes.

Fundou suas críticas ao sistema rememorando a situação absolutamente estranha e que causou grande desgaste à Universidade de Brasília em 2007.

Naquele ano, dois irmãos gêmeos univitelinos inscreveram-se no concurso vestibular e o Centro de Seleção e de Promoção de Eventos admitiu um deles pelo sistema de cotas e negou o benefício ao outro.

Tal fato por si só causa repulsa e estranheza e, para solucionar a situação inusitada, acabou se constituindo no que denominou “*tribunal racial*” da Universidade de Brasília, que veio reformar a decisão inicial e admitir os dois irmãos por meio de o sistema de cotas raciais.

Ainda no tom crítico de seu voto em relação ao modelo estático como trazido à apreciação do Supremo Tribunal Federal, indicou que seria mais razoável adotar um critério objetivo de índole socioeconômica citando o exemplo do ProUni <sup>7</sup>, programa do governo federal que leva em conta critérios sociais.<sup>8</sup>

Não obstante as críticas ao mecanismo e às possíveis distorções, concluiu seu voto ressaltando que não se pode negar a importância de ações que visem a combater essa crônica desigualdade entre brancos e negros.

---

<sup>7</sup> Lei nº 11.096, de 13 de Janeiro de 2005, que Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências.

<sup>8</sup> Art. 2º A bolsa será destinada: I - a estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral; II - a estudante portador de deficiência, nos termos da lei; III - a professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, independentemente da renda a que se referem os §§ 1º e 2º do art. 1º desta Lei.

## 6. O MOMENTO SEGUINTE À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A decisão da Suprema Corte sequer tivera seu acórdão publicado, já, ensejava críticas, demonstrando que o debate ainda está longe de ter seu fim.

A definição da extensão da decisão do Supremo indica que a matéria não se encontra pacificada e novamente o Poder Judiciário será, com certeza, levado a manifestar-se ante as provocações que receberá.

A primeira delas, já anunciada, é a ONG Educafro que pretende ajuizar ação no sentido de compelir as três universidades paulistas a instituir sistema de reserva de vagas embasado no critério étnico.

O argumento esposado pelo presidente da entidade, Frei David dos Santos, é de que o “único programa que provou eficiência na inclusão de negros é a cota.” E, continuando em tom de desafio, afirmou que somente mudaria de posição se a Universidade de São Paulo incluísse a mesma porcentagem de negros que a Universidade Estadual do Rio de Janeiro e a Universidade de Brasília. (Cf. GOMES 2001, p. 41)

Estudiosos do assunto trazem argumentos que por certo estarão embasando novos pedidos ao Judiciário, como o caso do sociólogo José de Souza Martins<sup>9</sup>, que traz o questionamento do Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro, que insere no cenário o dualismo *branco-preto*, invocando o censo demográfico de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Este apresenta os seguintes percentuais em relação às raças:

- a) brancos – 48,2%
- b) pretos – 6,9%
- c) pardos – 44,2%
- d) amarelos e índios – 0,7%

E, concluem os representantes do citado movimento que juntar negros e pardos numa única categoria, como se fossem todos negros, usurpa direitos de identidade dos pardos e mestiços. (OESP, 2012c, p. 3-7)

Mesmo os integrantes do movimento negro, como José Militão, tecem críticas ao sistema de cotas raciais, chegando a afirmar que as cotas reforçariam a segregação racial. Avança ainda mais nas críticas, que a inclusão não pode ser direito de raça, mas sim de reserva social, propondo como mais adequado o recorte de renda, que beneficia os mais pobres e que destes, cerca de 70% são pardos. E, conclui de forma contundente, “dizer que na competição de pobres com pobres, os negros não vão ter oportunidades, é admitir inferioridade.” (OESP, 2012a, p. A22)

<sup>9</sup> Professor emérito da Faculdade de Filosofia da USP e autor, entre outras, da obra *Exclusão Social e a nova desigualdade*. São Paulo: Paulus, 2009.

Mas a crítica mais ácida em relação à adoção do regime de cotas para negros na Universidade de Brasília, que tem natureza institucional, tem-se o editorial de um dos principais jornais do país (OESP, 2012d, p. A3), que estampa o seguinte título: *Justiça com lentes coloridas*.

A posição do periódico paulistano inicia-se vazada nos seguintes termos: “a discriminação racial no Brasil é constitucional”.

Ressalta ser a decisão da Corte enfeitada com rótulos politicamente corretos e instrumento de correção de desigualdades sociais, mas não deixa de ser “discriminatória e converte a raça em critério de ação governamental”.

A grande crítica do conceituado órgão de imprensa é de que para os magistrados integrantes do Supremo Tribunal Federal, a desigualdade racial é mais relevante que a econômica.

Continuando com suas críticas, o editorial busca atacar os argumentos esposados pelos Ministros, indicando-os nominalmente, em especial o Ministro Joaquim Barbosa e a Ministra Rosa Weber, para quem a pobreza não negra, não mestiça e não amarela é desimportante. Contrapondo-se à decisão da Corte, expressamente afirma que “brancos pobres também tem dificuldade de acesso à universidade, mas seu problema foi menosprezado.”

E conclui a autêntica saraivada de críticas afirmando que “os funis mais importantes e socialmente mais danosos não estão na universidade, mas nos níveis fundamental e médio. Países emergentes bem sucedidos na redução de desigualdades deram atenção prioritária a esse problema. O resto é demagogia.”

## 7. CONCLUSÃO

Após essas considerações que não abrangem e tampouco têm a pretensão de esgotar todo o tema, extraem-se algumas conclusões das mais interessantes.

A primeira delas, apesar de aparentar restringir a liberdade de imprensa, é o conteúdo de algumas notas de um dos mais respeitados órgãos de imprensa do País, notadamente em seu editorial, que consuetudinariamente implica na opinião institucional, de que a decisão do Supremo Tribunal Federal teria abrangência de norma cogente a todas as instituições públicas ou privadas.

Não apenas o órgão trazido à colação na seção 7, mas a imprensa de um modo geral, nesse episódio, causou grande confusão ao seu público, vez que não ofereceu ao assunto tratamento com a devida e necessária clareza, ou seja, que se tratava da apreciação de uma decisão administrativa de órgão colegiado da Universidade de Brasília e, portanto, com alcance apenas em relação a esta, que exercendo sua autonomia, estabeleceu como *discrímen* que embasasse ação afirmativa objetivando inclusão de negros em seu quadro de alunos.

Essa afirmação é verificada a partir da coluna do leitor de outros órgãos de imprensa, em que, orgulhosamente, estes trazem as manifestações de seus seguidores, reproduzindo parcialmente as afirmações destes.

Dentre as conclusões dos leitores tem-se a seguinte: “incrível que homens supostamente inteligentes e altamente qualificados, queiram reparar um erro racista apoiando uma lei racista!” (VEJA, 2012, p. 44)

O mesmo órgão, em manifestação de outro leitor, traz outra verdadeira pérola e demonstração da confusão provocada na missão de informar: “O STF agiu corretamente ao aprovar a lei racial (...)” (VEJA, 2012, p. 44)

Outro aspecto que chama a atenção é a referência *tribunal racial* no voto do Ministro Gilmar Mendes.

Não obstante ter reconhecido a conformidade com a Carta do critério racial por ser *discrímen* legítimo, admitindo, pois, a adoção da reserva de cotas para negros, o Ministro promoveu crítica que merece ser apreciada.

A crítica referida cingiu-se ao episódio de dois irmãos gêmeos, que em 2007, inscreveram-se no concurso vestibular da Universidade de Brasília, e paradoxalmente, apenas um teve reconhecida a condição de afrodescendente e o outro teve negada esta condição. A situação veio a ser solucionada em grau de recurso, não sem antes causar transtornos e desgastes que poderiam ser evitados.

A adoção do critério étnico implica em necessidade de estabelecer-se um critério objetivo de aferição de raça.

Esta afirmação decorre da situação descrita pelo Ministro Gilmar Mendes como também da defesa pelos movimentos de defesa dos direitos dos negros, que entendem ser o sistema voluntário o que melhor assegura a preservação da cultura negra, servindo a adoção de tal critério também como instrumento de autoafirmação.

Por mais relevantes que sejam os argumentos esposados por esses movimentos, mesmo o sociológico relativo à autoafirmação, o critério voluntário submete-se a questionamentos de variadas espécies.

Acaba causando uma situação indesejável, qual seja, uma ação que objetiva resgatar a autoestima de um povo vilipendiado ao longo do tempo, transformando-se em uma fonte inesgotável de dificuldades e dissabores até o reconhecimento da condição de afrodescendente ou não.

Não há como desconsiderar, sob essa ótica, uma constatação fática verificada na construção da sociedade brasileira.

Trata-se da denominada fusão social, ou seja, da miscigenação das raças que constitui o povo brasileiro e que, em determinado momento, pode levar um indivíduo de origem afrodescendente, não apresentar sinais aparentes e inequívocos de sua origem.



Esse questionamento com certeza não será solucionado no âmbito administrativo o que ensejará provocação do Poder Judiciário com todos os consectários já conhecidos.

Apesar de contrário ao posicionamento dos movimentos afros, a adoção de critério objetivo é o mais adequado, que por certo, reduzirá sobremaneira questionamentos e discussões se determinado indivíduo é negro ou não.

Desgastes dessa natureza somente serão afastados com a adoção de um critério, ao menos nesse momento, que reduza substancialmente a possibilidade de questionamentos e este, inegavelmente, é o científico, de natureza biológica, em que os parâmetros são conhecidos e fixados pela ciência, e que, se verificados no exame realizado em material fornecido pelo indivíduo, afasta quaisquer ilações quanto à parcialidade, manipulação ou situações paradoxais como a noticiada pelo Ministro Gilmar Mendes ao proferir seu voto.

Impõe ainda verificar que, como já salientado, a adoção de ações afirmativas entre nós é decorrente do modelo norte-americano, que tinha um modelo racista institucionalizado.

A questão do preconceito entre nós não tem apenas característica étnica, sendo uma prática associada a outros vários fatores, dentre os quais se pode apontar a posição ou o *status* cultural, social e econômico do indivíduo.

Essa constatação já ocorrera nos anos 1940 do século passado, por intermédio de o historiador brasileiro Caio Prado Júnior, que assentava “a classificação étnica do indivíduo se faz no Brasil muito mais pela sua posição social; e a raça, pelo menos nas classes superiores, é mais função daquela posição que dos caracteres somáticos”. (PRADO JUNIOR, 2006, p. 109)

Sob essa ótica, cabe ressaltar que o tratamento dispensado pela Lei que instituiu o ProUni<sup>10</sup>, constitui-se em uma política de inclusão social - típica hipótese de discriminação positiva ou inversa - que leva em conta o critério da raça, porém não de forma exclusiva, mas associada ao critério socioeconômico.

No tocante à isonomia, os critérios utilizados nessa ação afirmativa são mais abrangentes, estabelecendo a referida lei em seu artigo primeiro, limite máximo de renda familiar *per capita* de um salário mínimo e meio para a concessão de bolsa integral ou de até três salários mínimos para as bolsas parciais.

Avançando ainda no texto instituidor dessa afirmação, no segundo artigo da norma, verifica-se a extensão do benefício às pessoas portadoras de deficiência, estabelecendo-se, ainda, o requisito de que as bolsas aos estudantes em geral apenas poderão ser concedidas àqueles oriundos de ensino médio em escola da rede pública. (BRUNO, 2003, p. 171-183)

---

<sup>10</sup> Lei nº 11.096, de 13 jan. 2005

Contudo, o art. 7º da referida norma traz a previsão de percentual de bolsas a serem concedidas aos deficientes, bem como aos indígenas, pardos e negros.

A partir desses aspectos, tem-se o ProUni como programa de ação afirmativa que leva em conta critério socioeconômico, de renda familiar mínima, de origem de rede pública de ensino, distingue entre as unidades da federação, além de abranger indígenas, deficientes, entre outras hipóteses.

Essa espécie de ação afirmativa parece ser mais eficaz socialmente do que um tipo de cota simplesmente baseada em critério racial e que permite evitar questionamentos das mais variadas ordens, dentre os quais aquele que a adoção das cotas étnicas, seria excludente em relação aos *brancos pobres*.

## Referências

- ANDRADE, J. C. V.. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed, Coimbra: Almedina, 2001.
- ARAÚJO, C. H. , A.; CASTRO, U. DE. Desigualdade racial e desempenho escolar. *Jornal O Globo*, Coluna Opinião, São Paulo, 16 set. 2003.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco In: *Os Pensadores*, Abril Cultural, São Paulo, v. 4, 1973.
- BARCELLOS, A. P. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2002.
- BARROSO, L. R.. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo:Renovar, 2001.
- BERTÚLIO, D. L. DE L.. O “novo” direito velho: racismo & direito. In: *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. WOLKMER, A. C. e LEITE, J. R. M. (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G.. *Dicionário de Política*. 20. ed. Brasília: UNB, 1986.
- \_\_\_\_\_. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. , 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BARACHO, J. A. O.. *Teoria Geral da Cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MOREIRA, B. R.. Reserva de Vagas nas Universidades Públicas para Alunos Egressos da Rede Pública de Ensino. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. a.3, nº 11. Belo Horizonte: Fórum, jan/mar. 2003.

COMPARATO, F. K.. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2. ed., 2001.

\_\_\_\_\_. Precisoões sobre os conceitos de lei e de Igualdade Jurídica. *Revista dos Tribunais/Fasc. Civ.*, a. 87, v. 750, abr. 1998.

GOMES, J. B. B.. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos EUA. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2001.

HOBBS, T.. *Leviatã ou a Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Ícone, 2000.

JACQUES, P. I.. *Da Igualdade perante a lei: fundamento, conceito e conteúdo*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

LOCKE, J.. Segundo Tratado Sobre o Governo. In: Locke. *Coleção Os Pensadores*, São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MELLO, C. A. B. DE. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 3. ed. 1993.

MELLO, M.. O Princípio da Igualdade à Luz das Ações Afirmativas: o enfoque da Discriminação Positiva. *Revista dos Tribunais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, a. 6, nº 25, out/dez 1998.

MONTESQUIEU, C. DE S. B. DE. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. 7. ed. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota, São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, G. P.. Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado. *21 Revista da EMERJ*, v. 6, nº 23, 2003.

OESP. *O Estado de São Paulo*, 27 abr. 2012a, p A22.

OESP. *O Estado de S.Paulo*, 28 abr. 2012b, p. A22.

OESP. *O Estado de S.Paulo*, 29 abr. 2012c, p. J7 – Caderno Aliás.

OESP. *O Estado de S.Paulo*, 28 abr. 2012d, p. A3.

PRADO JÚNIOR, C.. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense, 2006.

RIBEIRO, D.. *O Povo Brasileiro: evolução e o sentido do Brasil*. Companhia de Letras, 1995.

ROCHA, C. L. A.. Ação Afirmativa – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 15, 1996.

ROUSSEAU, J. J.. *Discurso sobre a origem e fundamentos da desigualdade*. [S.l.]: Europa América, 1981.

TABORDA, M. G.. O Princípio da Igualdade em Perspectiva Histórica: Conteúdo, Alcance e Direções. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 211: 241-269 jan./mar. 1998.

VEJA. *Revista Veja*. nº 2.268. ed. 2012, 9 mai. 2012, p. 44 - Leitor.

VIANNA, L W.. Aranha, A sua teia e a judicialização da política. In: *O Estado de São Paulo*, mar. 2012, p. A2.

VILLAS-BOAS, R. M.. *Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

WOLKMER, A. C.; LEITE, J. R. M. (Org.). *Os “Novos” Direitos no Brasil – Natureza e Perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

# OS MECANISMOS DE CONTROLE DA INFLAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE USO DO CADE<sup>1</sup>

Daniel Francisco Nagao Menezes<sup>2</sup>

Rafael Quaresma Viva<sup>3</sup>

## Introdução

A inflação é tema que persiste na economia brasileira desde o Império e as tentativas de controle já podem ser encontradas nas ações de Rui Barbosa com a chamada Crise do Encilhamento<sup>4</sup>. Tanto na Primeira República como no chamado período Getuliano que vai de 1930 até 1964, bem como no período militar, a inflação foi algo que rondou a história econômica brasileira, sem esquecer da chamada década perdida – década de 80 – que ficou conhecida como período da ‘*estagflação*’, estagnação com inflação.

Os números da inflação são impressionantes para a realidade atual. Apesar de as tentativas de estabilizar a economia, a inflação salta de 415,83% em 1987, para 2.708,55% ao ano em 1993, ano em que o Cruzeiro passa a se chamar Cruzeiro Real. A moeda vigora até 30 de junho de 1994, quando é substituída pela unidade real de valor (URV), o indexador da nova moeda – o Real – que equivalia, na época, a

<sup>1</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2002), especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil ambos pela PUC-Campinas, Especialização em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Mestrado em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Atualmente é doutorando em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie. Sócio do Escritório de Advocacia Landim, Menezes e Testolini Advogados. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Político e Econômico. Professor Universitário da Universidade Mackenzie, *campus* Campinas.

<sup>3</sup> Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (2000), mestrado em Direito Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos (2004) e cursando doutorado em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado (Quaresma Espinosa Advogados Associados), professor titular de Direito do Consumidor no Centro Universitário Monte Serrat (Unimonte), de Responsabilidade Civil na Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação (Esamc) e de Prática Jurídica Civil na Universidade Metropolitana de Santos (Unimes). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito do Consumidor, atuando principalmente nos seguintes temas: direito político, econômico, contratual e responsabilidade civil.

<sup>4</sup> “A Crise do Encilhamento foi uma bolha econômica que ocorreu no Brasil, entre o final da Monarquia e início da República, estourando durante o governo provisório de Deodoro da Fonseca (1889-1891), tendo em decorrência se transformado numa crise financeira. Os então respectivos Ministros da Fazenda Visconde de Ouro Preto e Rui Barbosa, sob a justificativa de estimular a industrialização no País, adotaram uma política baseada em créditos livres aos investimentos industriais garantidos por farta emissão monetária. Pelo modo como o processo foi legalmente estruturado e gerenciado, junto com a expansão dos Capitais financeiro e industrial, vieram desenfreadas especulação financeira em todos os mercados e forte alta inflacionária causadas pelo desconfiança oriunda de determinadas práticas no mercado financeiro, como excesso de lançamento de ações sem lastro.” (WIKIPÉDIA, s.d, s.l) .

2.700 cruzeiros reais. Em 1º de julho de 1994 entra em vigor o Plano Real. A nova moeda consegue dominar a inflação, a um custo social altíssimo, sem congelar preços, sem confisco de depósitos bancários e de outros artifícios semelhantes. Quatro anos depois, a inflação chega a 3,12%, a menor taxa verificada no País desde novembro de 1949, após décadas ininterruptas de inflação de dois dígitos.

Todas as tentativas históricas de controle da inflação, inclusive o Plano Real, decorrem de políticas monetaristas, as quais tem por pensamento central a ideia de que a estabilidade da economia decorre da utilização de instrumentos exclusivamente monetários, tais como controle de volume de moeda e meios de pagamento. As teorias monetaristas, por sua vez, não se sustentam mais na atual conjuntura econômica e desde as décadas de 1950 e 1960 já vêm sendo criticada no meio acadêmico, principalmente no âmbito das discussões da CEPAL<sup>5</sup>.

Em 1983, na palestra intitulada *Money, Credit and Banking* realizada nos encontros da Western Economic Association dos Estados Unidos, o Prêmio Nobel James Tobin (1996, p. 471) disse: “um grande número de arquitetos monetários está pronto para preencher esse vácuo”. O vácuo aberto, pela derrocada monetarista, para Tobin foi preenchido pelo estabelecimento de uma nova regra, que deve disciplinar a política monetária e buscar manter a inflação sob controle.

Com isso, temos que, hoje, as posições estruturalistas predominam sobre as monetaristas e, nessa vertente, será analisado o tema que o artigo se propõe a debater, qual seja, as consequências das decisões do CADE sobre o controle inflacionário.

## 1. OS TIPOS DE INFLAÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Antes de adentrarmos nas consequências das decisões do CADE sobre o controle da inflação, devemos entender melhor os tipos e causas da inflação. Para tanto, nos valemos, novamente, da lição de SICSÚ (2003, p. 14) para quem existem sete tipos de

<sup>5</sup> “Na última metade do século passado, houve dois debates com abordagens não-convencionais sobre o tema inflação. Um deles ocorreu nos anos 1950-60 e foi patrocinado pela abordagem estruturalista pertencente aos economistas ligados à Cepal. Simultaneamente, principalmente nos Estados Unidos, desenvolvia-se o debate sobre a inflação de demanda (demand-pull) e a inflação de custos (cost-push). Uma segunda rodada de discussões sobre o tema se deu nos anos 1980, com o debate sobre os choques heterodoxos e a abordagem inercialista. Esta última é bastante importante diante de processos inflacionários agudos e crônicos, enquanto aquele debate que ocorreu nos anos 1950-1960 e muito mais proveitoso para situações de baixa inflação - e é para esta última situação que o artigo pretende contribuir. A abordagem estruturalista dos anos 1950-1960 afirmava que as políticas contractionistas não eram capazes de combater a inflação. A expansão monetária não era considerada a causa da inflação, mas sim as imperfeições estruturais. A moeda se expandia não como causa da inflação, mas como resultado de uma elevação generalizada dos preços nas economias latino-americanas. Os estruturalistas defendiam a ideia de que o crescimento gerava déficits externos que causavam pressões de demanda no mercado de divisas e, em consequência, provocavam uma desvalorização cambial elevando os custos que eram repassados aos preços. A inflação era, portanto, um subproduto do crescimento nos países latino-americanos, assim como os déficits externos eram também um subproduto do crescimento. A abordagem estruturalista é método de análise, é muito mais do que o diagnóstico das causas específicas da inflação latino-americana nos anos 1950-1960.” (SICSÚ, 2003, p. 7)

inflação: “(i) inflação de salários, (ii) inflação de lucros, (iii) inflação e rendimentos decrescentes, (iv) inflação importada, (v) choques inflacionários, (vi) inflação de impostos e (vii) inflação de demanda.”<sup>1</sup>

Por sua vez, a maioria dos economistas relaciona o tipo da inflação com o mecanismo de combate à inflação, em uma verdadeira relação causa-efeito. (Cf. PEREIRA, NAKANO, 1984, p. 105)

Para SANDRONI (2003, p. 301) “independentemente da causa inicial do processo de elevação dos preços, a inflação adquire autonomia suficiente para se auto-alimentar por meio de reações em cadeia”. As consequências causadas pela inflação no âmbito econômico-social geralmente prejudicam certas classes de pessoas, enquanto beneficiam outras. Rossetti afirma que

a redução do poder aquisitivo da moeda atingirá, sobretudo os que vivem de rendimentos temporariamente fixos, como assalariados [...] aposentados e pensionistas, cujos rendimentos são corroídos diariamente pela inflação, por aqueles que recebem rendas variáveis e ajustáveis às alterações dos preços, como empresários, trabalhadores autônomos e profissionais liberais, provocando ou realimentando a inflação. (1988, p. 217)

Outras consequências, por exemplo, em relação ao mercado de crédito, os investimentos produtivos, balanço de pagamentos internacional, etc, são relevantes. Rossetti afirma ainda que “o impacto dessas consequências tem caracterizado a inflação como um dos mais graves problemas econômicos das nações”. (1988, p. 219)

Mais de cinco décadas de elevada inflação no Brasil, entre meados dos anos 1950 e o início do novo século, trouxeram poucas lições. Por essa razão é que as “medidas contra a inflação” sempre deixaram de lado as origens do problema<sup>6</sup>. Descontrolada, a inflação corrói salários, principalmente do trabalhador de menor renda, que não consegue investir e proteger o poder de compra do dinheiro.

Portanto, observa-se que combater a inflação em um país de economia instável, sensível às oscilações do mercado interno e externo, como o Brasil, torna-se difícil, pois as determinantes da inflação são as mais diversas possíveis e influenciam a economia como um todo.

---

<sup>6</sup> Apesar de todo o avanço da ciência econômica, o principal mecanismo de controle da inflação é a chamada taxa de juros básica (Selic), quando ela sobe, cai o volume de dinheiro em circulação no país, pois aumenta o interesse das pessoas em poupar e receber os juros pagos pelas aplicações financeiras. Ao mesmo tempo a procura por empréstimos fica menor e os preços tendem a baixar com o pouco consumo, com isso a inflação perde força. Outras formas de manter a inflação sob domínio são a política cambial (relação entre o dólar ou outras moedas estrangeiras) e uma política econômica capaz de atrair investimentos externos, entre outros. Em linhas gerais, o principal mecanismo, continua a ser um instrumento monetarista.



Em países como o nosso, nos quais a inflação é uma constante ameaça à economia, é endêmica e perene, a compreensão da efetividade dos mecanismos não monetários de controle, portanto, é medida necessária para o desenvolvimento do País e do controle inflacionário, uma vez que medidas isoladas – como as tomadas até a presente data – não surtiram efeitos ou, pior, os efeitos colaterais são maiores que os ganhos efetivos.

## 2. DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À INFLAÇÃO

Até meados do século XIX não existiam indícios de regulamentação do mercado em relação às atividades econômicas, que eram exercidas livremente sob a influência dos padrões liberais, fundamentados principalmente na ideia de mercado auto regulável, sem a intervenção do Estado. A primeira tentativa de regulação e limitação do mercado econômico foi o *Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*, criado em 1889 no Canadá. No entanto, a normativa que influenciou de maneira geral as legislações nacionais sobre a concorrência foi o *Sherman Antitrust Act*, criada em 1890, nos Estados Unidos. (Cf. AGUILLAR, 2006, p. 224)

A legislação norte-americana tinha como objetivo o controle e regulação do mercado, impedindo a formação de trustes e atribuindo punições à atuação dos mesmos, considerando como essenciais a garantia de liberdade de iniciativa econômica para todos os empreendimentos. Observa-se no texto do Sherman Act a preocupação do Estado em estabelecer um impedimento para a criação de monopólios, proibindo todo e qualquer contrato ou combinação, não apenas organizado como truste, consideradas também como ilegais as combinações restritivas formadas entre Estados.

O modelo norte-americano, por sua vez, influenciou a legislação brasileira que, desde Getúlio Vargas, passou a estruturar um modelo de intervenção do Estado na economia de forma a tentar controlar a inflação, trazendo o modelo interventivo para a Constituição de 1934, criando uma estrutura infraconstitucional de controle econômico, estrutura esta que levou posteriormente à criação do CADE.

Com a Constituição Federal de 1988, o Brasil efetiva um modelo de intervenção do Estado no Domínio Econômico que permite uma gama de ações estatais para controle de uma série de questões econômicas. Dentre essas várias possibilidades, que vão desse o monopólio estatal até o simples monitoramento de índices econômicos, encontramos a Defesa da Concorrência que, a partir de 1988, é tratada como Princípio da Ordem Econômica pelo art. 170, inciso IV, da Constituição Federal, ao criar um equilíbrio entre livre iniciativa e proteção ao trabalho humano, valendo trazer aqui as lições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Nestes termos, o art. 170, ao proclamar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica está nelas reconhecendo a sua base, aquilo sobre o que ela se constrói, ao mesmo tempo sua *conditio per quam* e *conditio sine qua non*, os fatores sem os quais a ordem reconhecida deixa de sê-lo, passa a ser outra, diferente, constitucionalmente inaceitável. Particularmente a afirmação da livre iniciativa, que mais de perto nos interessa neste passo, ao ser estabelecida como fundamento, aponta para uma ordem econômica reconhecida então como contingente. Afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma 'estabilidade' supostamente certa e eficiente. Afirmar-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Isto não significa, porém, uma ordem do 'laissez faire', posto que a livre iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano, mas a liberdade, como fundamento, pertence a ambos. Na iniciativa, em termos de liberdade negativa, da ausência de impedimentos e da expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho humano, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienações na construção da riqueza econômica. Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado. (1989, p. 50)

No âmbito infraconstitucional, é criado o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), cuja missão fundamental é a manutenção da competição entre os agentes econômicos no modelo econômico brasileiro. O SBDC, por sua vez, é formado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), vinculada ao Ministério da Justiça; pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), vinculada ao

Ministério da Fazenda; e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça.

Atualmente, não só o CADE, mas todo o SBDC é regido pela Lei nº12.529, de 30 de novembro de 2011, cuja missão é controlar todo o sistema econômico e não só a concorrência.

O CADE, conseqüentemente, não pode e não deve atuar de forma exclusiva na defesa da concorrência, como defendem muitos autores de viés mais liberal. A sua natureza estrutural é instrumental, ou seja, o CADE é um meio de exercício da política (ordem) econômica prevista no art. 170 da Constituição Federal. Como já demonstrado acima, todos os princípios da ordem econômica compõem um todo, sendo impossível a atuação isolada de um deles.

Portanto, o CADE, na sua atuação como instrumento de política econômica de Estado, deve atuar pensando em todos os princípios da ordem econômica e não única e exclusivamente na defesa da concorrência, como molda a Lei nº 12.529/11 e suas antecessoras.

Todos os instrumentos colocados pelo Estado para a efetivação dos princípios da ordem econômica somente atingem seus fins se atuarem visando à efetivação de todos os princípios da ordem econômica constitucional, como bem notou a professora Paula Andréa Forgioni:

Em um contexto de proteção da economia popular (cf. Decreto-lei 869, de 1938, e Decreto-lei 7.666, de 1945), o que, sem sombra de dúvidas, já lhe atribui um caráter instrumental ainda que vinculado à economia popular e ao consumidor. O caráter instrumental da proteção da concorrência permanece na atual Constituição, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, §4º), em atenção ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Manda, também, reprimir o aumento arbitrário de lucros (art. 173, §4º), conforme o princípio da defesa do consumidor (art. 170, inc. V). Essa proteção, entretanto, vai inserta no fim geral e maior, qual seja, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. (1998, p. 170)

No mesmo sentido, temos o voto do então Ministro Eros Grau no V. Acórdão de sua relatoria na ADI 1.950/SP:

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema, o sistema capitalista, no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa

circunstância não legítima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário.

A ordem econômica ou Constituição econômica pode ser definida, enquanto parcela da ordem jurídica, mundo do dever ser, como o sistema de normas que define, institucionalmente, determinado modo de produção econômica. A ordem econômica diretiva contemplada na Constituição de 1.988 propõe a transformação do mundo do ser. Diz o seu art. 170 que a ordem econômica [mundo do ser] deverá estar fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa e deverá ter por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios. É a Constituição diretiva. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. Os fundamentos e os fins definidos em seus artigos 1º e 3º são os fundamentos e os fins da sociedade brasileira.

Como bem ponderou Eros Grau em seu voto, a atuação do Estado na economia se dá por uma ação global<sup>7</sup>, isto é, em todas as frentes, motivo pelo qual, não pode o CADE, limitar-se a atuar somente no controle da concorrência como prevê a Lei nº 12.529/11. O CADE, ao analisar uma conduta prevista na Lei nº 12.529/11 deveria não somente se ater à defesa da concorrência, mas a todos os efeitos da ação analisada na ordem econômica, posição diferente do seu *leading case*. (Processo Administrativo 08012.006516/2001-20)

---

<sup>7</sup> “O texto legal, ao adotar o princípio do abuso, consagrou, também, a regra da razão, condicionando a caracterização do ilícito à configuração dos efeitos, potenciais ou efetivos, alcançados ou não, de prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante. Extraíu-se o conceito da Jurisprudência americana, que incorporou o entendimento da Suprema Corte no caso *Standard Oil Co. of New Jersey vs. United States*, em 1911, no sentido de que “a pretensão da Lei Sherman não é de restringir o direito de celebrar e fazer cumprir contratos, mas sim de proteger o comércio de restrições não razoáveis.” Significa, na prática, que as condutas devem ser examinadas à luz da conjuntura econômica em que se inserem para a verificação de sua razoabilidade e proporcionalidade. Como se vê, a Lei nº 8.884/94, ao contrário das leis norte-americanas, não acolhe o sistema de enquadramento dos ilícitos per se, isto é, aquelas práticas que por si só caracterizam-se como abusivas para a norma legal.” (KLAJMIC, 1998, p. 86)

### 3. DA AMPLIAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS DO CADE COM A LEI Nº12. 529/11

O que estamos tentando demonstrar é que a Constituição Federal de 1988 traz um modelo de intervenção na economia que ocorre de várias formas. Legalmente, a atuação do Estado na economia é tratada na própria Constituição Federal, em seu art. 173 e seguintes. Em linhas gerais, o art. 173 da CF garante a iniciativa econômica privada, exceto nos casos de relevante interesse nacional ou necessário à segurança nacional, fazendo ressalva aqui aos monopólios da união previstos no art. 177 da Constituição. Já no art. 174, o Estado chama para si o papel de agente regulador e normatizador da atividade econômica, fazendo isso por intermédio de as funções de fiscalização, incentivo e planejamento econômico.

Concluimos, portanto, que a presença do Estado no Domínio Econômico se dá de quatro formas<sup>8</sup>: a) institucional; b) normativa ou reguladora; c) participativa e d) interventiva.

Assim, defendemos que a atuação de todos os instrumentos do Estado (órgãos estatais) seja voltada para essas quatro formas de intervenção econômica, de maneira concomitante. Logo, a atuação do CADE não poderia ser diferente, devendo a autarquia federal atuar em todo o contexto econômico, que, por sua vez, está previsto na Constituição Federal (art. 170 e seguintes).

Além disso, os instrumentos de Estado devem atuar de forma coordenada no alcance dos princípios econômicos, evitando-se a segmentação da atuação dos entes estatais. Economia, Direito e Política caminham de forma correlata, razão pela qual podemos afirmar que o texto jurídico da Constituição traz um programa econômico estruturado na forma de decisão política fundamental. Neste sentido, temos Gilberto Bercovici:

A constituição econômica contemporânea é uma constituição econômica diretiva, ou seja, dotada de um programa de política econômica. Não é possível separar a constituição econômica da constituição do Estado. Só há uma constituição, que é de toda a comunidade política. A ordem jurídica da economia, para Horst Ehmke, tem que

---

<sup>8</sup> No tocante às formas, estas se dividem em duas – diretas e indiretas. Fazemos remissão às lições de João Bosco Leopoldino da Fonseca: “Como visto, as formas ou modalidades pelas quais o Estado intervém no setor econômico são diversos e cada um deles pode assumir as mais amplas estruturas. Vimos que o Estado pode atuar diretamente no domínio econômico, e pode atuar só indiretamente. No primeiro caso, assume a forma de empresa pública, nome genérico que compreende no sistema jurídico brasileiro as empresas públicas propriamente ditas e as sociedades de economia mista, assim mencionadas no art. 173, §§ 1º, 2º e 3º da Constituição Federal. No segundo caso, atuação indireta, o Estado o faz através de normas que tem como finalidade fiscalizar, incentivar ou planejar; o planejamento, como se verá é somente indicativo para o setor privado. Esta forma de atuação do Estado está prevista no art. 174 da Constituição Federal”. (FONSECA, 2005, p. 280)

ser compreendida como a ordem de toda a coletividade, não de parcela desta. (2011, p.209)

Sob esse mesmo raciocínio é que deve ser interpretado o art. 9º, II da Lei nº12.529/11:

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

A interpretação a ser dada ao inciso II do art. 9º da Lei nº 12.529/11 é ampliativa, ou seja, que o conceito de ordem econômica não é somente aquele previsto na lei ordinária (Decreto-Lei nº 869/38 e, Leis nº 8.137/90 e nº 8.176/91), mas sim toda a ordem econômica prevista no art. 170 e seguintes da Constituição Federal de 1988 e também, as normas diretivas da Constituição previstas entre os art. 1º a 3º.

Dessa forma, o CADE na sua atuação não deve se limitar à defesa da concorrência (art. 170, V da CF/88), mas atuar na defesa de todos os incisos do art. 170 e seguintes da Constituição. A atuação do CADE possui reflexos necessários e naturais nas demais características de nossa ordem econômica.

Um exemplo que podemos citar é o controle do CADE sobre a inflação inercial – isto é, aquela inflação passada e repassada aos preços atuais. Quanto maior a concentração econômica, maior o poder dos agentes econômicos em repassar tais custos aos preços finais. Inexistindo concorrência entre os agentes econômicos, que é garantida pelo CADE, não há disputa entre os agentes no item “preço”, podendo levar a processos inflacionários em determinados setores da economia.

Entretanto, nada impede que o CADE ao se defrontar com um ato de abuso do poder econômico, isto é, qualquer ato que seja de sua competência julgar, não fique adstrito à matéria de sua competência originária, podendo – e devendo – analisar as questões reflexas.

O mencionado exemplo da inflação é enriquecedor. O CADE, numa perspectiva consequencialista de suas decisões, deve considerar no momento do julgamento os reflexos (consequências) sobre o controle da inflação que a decisão terá.

O CADE, em um exemplo hipotético de formação de cartel no setor farmacêutico, pode analisar se há concentração ou mesmo concorrência desleal, a partir de o abuso dos preços praticados, mas não o faz. Ou, ainda, poderá o CADE na aplicação de uma medida punitiva a ato de concentração interferir na política de preços dos agentes econômicos investigados, sem, contudo, ferir competência executiva de outro órgão de fiscalização, como, por exemplo, alguma agência reguladora.

## 4. CONCLUSÕES

As pretensões do artigo são simples: demonstrar a existência de uma interconexão entre os vários instrumentos estatais que permitam não só ao CADE, mas a todo o SBDC tomar decisões que possuam reflexos (positivos) no controle da inflação.

Existe estrutura jurídica a permitir que todos os órgãos de defesa da concorrência atuem no sentido de proteger toda a ordem econômica e não só setores específicos ou tão somente a concorrência como parece ser a tendência do órgão nas últimas décadas.

A Constituição Federal é una<sup>9</sup> e, por tal motivo, os princípios da ordem econômica somente possuem razão existencial se interpretados conjuntamente. Além de o Princípio da Unidade, a Constituição possui força normativa, isto é, capacidade de alterar a realidade segundo as decisões fundamentais expressas no texto constitucional, no caso brasileiro, a estruturação de uma ordem econômica voltada para atingir os dispositivos do art. 3º da Constituição Federal. Assim sendo, a ordem econômica é una e voltada para construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Ordem Econômica, por seu turno – em que pesem as vozes liberais contrárias – é direcionada para limitar o Estado; ela é voltada para limitar a atividade econômica como um todo. Nas várias expressões da “Ordem Econômica” estão contidas as verdadeiras limitações ao instituto jurídico da livre concorrência. A ordem econômica, no entendimento de Raul Machado Horta, é o “conjunto de regras constitucionais reguladoras da atividade econômica”. (1996, p. 286) No entanto, de acordo com João Bosco Leopoldino da Fonseca, a ordem econômica pode ser definida “como aquele conjunto de princípios estabelecidos pela Constituição e que tem por objetivo fixar os parâmetros da atividade econômica, coordenando a atuação dos diversos sujeitos que põe em prática aquela mesma atividade”.(1995, p. 86) Assinala o mesmo autor que ao conjunto daqueles princípios costuma-se dar o nome de “constituição econômica”, salientando estar a mesma intrinsecamente ligada à “constituição política”, formando, com esta última, uma unidade indissociável.

---

<sup>9</sup> “O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’ o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios a concretizar.” (CANOTILHO, 1991, p. 162)

A leitura do art. 9º da Lei nº 12.529/11, em especial do termo “ordem econômica”, se feito com base no Princípio da Máxima Eficiência da Constituição, permite que seja entendido que o CADE poderá atuar em todos os aspectos da estrutura econômica do País a partir do controle da concorrência.

Isto é, se a partir do controle da concorrência o CADE encontrar a necessidade de atuar sobre outro pilar da ordem econômica que não o do inciso IV do art. 170 da Constituição Federal, poderá fazê-lo, não devendo restringir sua atuação.



## Referências

- AGUILLAR, F. H.. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006.
- BERCOVICI, G.. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Naturais*. São Paulo: Quartier Latin. 2011.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 e outubro de 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1934.
- BRASIL. Lei Federal nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.
- BRASIL. Lei Federal nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991.
- BRASIL. Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.950/SP*.
- CANOTILHO, J. J.G.. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- FERRAZ JÚNIOR, T. S.. A economia e o controle do Estado. In: GRAU, E. R.. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 232.
- FONSECA, J. B. L. DA. *Lei de proteção da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FONSECA, J. B. L. DA. *Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.
- FORGIONI, P. A.. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- HORTA, R. M.. *Estudos de Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- KLAJMIC, M.. Política Legal da Concorrência. *Revista de Direito Econômico do CADE*. nº 27. jan/jul 1998. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. p. 79-94.

PEREIRA, L. C. B., NAKANO, Y.. Política Administrativa de Controle da Inflação. *Revista de Economia Política*. V.04. nº 03. jul/set 1984. p. 105-125.

ROSSETTI, J. P.. *Introdução à economia*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 1988.

SANDRONI, P.. *Novíssimo dicionário de economia*. 11.ed. São Paulo: Best Seller, 2003.

SICSÚ, J.. Políticas Não-Monetárias de Controle da Inflação: uma proposta pós-keynesiana. *Revista Análise Econômica*. A. 21, nº 39. Porto Alegre: UFRS, 2003. p. 03-24.

TOBIN, J.. *Essays in Economics: National and International*. Cambridge: MIT Press, 1996.

## Notas

<sup>1</sup> “Inflação de salários- Os aumentos salariais são obtidos nas negociações entre trabalhadores e empresários. Um aumento dos salários nominais, *cet. par.*, causará inflação. Este evento é normalmente chamado de inflação de salários. Quando o hiato de emprego é reduzido, é mais fácil para os trabalhadores individualmente ou coletivamente obterem tais ganhos e é mais fácil para os empresários repassarem essa elevação de custos aos preços. Sendo assim, esse tipo de inflação tende a se tornar mais perigoso quando o hiato de emprego diminui. Um aumento de salário não causará inflação se for compensado por um aumento da produtividade de-. Tal aumento, por seu turno, não guarda qualquer relação com o tamanho do hiato de emprego. A capacidade dos aumentos de produtividade de manter (ou reduzir) os preços depende das barganhas entre empresários e trabalhadores, isto é, dependerá de quanto dos ganhos de produtividade se transformam em aumento de margem de lucro ou de salários. A produtividade, por sua vez, depende em grande medida da adoção de políticas de desenvolvimento tecnológico e qualificação de trabalhadores por parte do governo e por parte das empresas. A inflação de salários pode ocorrer também com um hiato de emprego mais elevado, desde que um grupo significativo de trabalhadores consiga (por qualquer motivo, por exemplo, por possuir habilidades diferenciadas) obter ganhos salariais e, ainda, que os empresários não sofram pressões de demanda relevantes no seu mercado no momento da passagem dessa elevação de custos para os preços. Em outras palavras, é necessário que a indústria, em que houve o aumento de salários, tenha um elevado grau de monopólio. Contudo, tais situações são mais raras, e o mais comum é que a redução do hiato de emprego tenda a aumentar as chances da inflação de salários ocorrer - já que é sob tais condições que os empresários têm mais liberdade para aumentar preços. Inflação de grau de monopólio ou inflação de lucros - Quando os empresários percebem que a demanda em seus mercados possui uma elasticidade favorável à elevação das suas margens de lucro provocam uma elevação de preços. Tal inflação foi chamada por Davidson (1994, p. 144) de inflação de grau de monopólio ou inflação de lucros. Lavoie (1992) classificou tal tipo como inflação de preços administrados. Não existe nenhuma justificativa teórica que estabeleça que as mudanças no nível de *mark-up* estão necessariamente associadas ao tamanho do hiato de emprego. Isto implica que há autores que acreditam que as margens de lucro aumentam quando a economia está em fase de crescimento, como R. Harrod, e há autores que acreditam exatamente no contrário, como M. Kalecki (Davidson, 1994, p. 144). O potencial da inflação de lucros depende diretamente do grau de monopólio da economia. Inflação de retornos decrescentes- A inflação de retornos decrescentes, tal como chamada por Davidson (1994, p. 143), é relevante porque esse tipo de retornos está normalmente presente na economia sob certas condições. Em verdade, as firmas operam com retornos constantes para uma faixa muito extensa do hiato de emprego. Portanto, não é qualquer redução do hiato de emprego que provocará escassez de insumos necessários à produção ou escassez de trabalhadores qualificados. As firmas buscam proteção, por exemplo, estocando insumos (ou *working capital on goods-in-process*). Entretanto, uma redução do hiato de emprego, quando este já é baixo, faz com que a economia adentre a faixa de retornos decrescentes. Acredita-se que, quando o hiato de emprego é muito baixo, o capital torna-se mais eficiente que o trabalho (Davidson, 1994, p. 143). Nestas condições, são contratados trabalhadores menos qualificados que utilizam o capital de última geração de forma menos eficiente. As firmas não têm como se proteger da escassez de mão-de-obra qualificada. Segundo Keynes, essa é a principal razão da inflação quando a economia está em situação próxima ao pleno emprego. Portanto, este tipo de inflação somente assume importância quando o hiato de emprego é muito baixo e sofre alguma redução. Inflação importada - Uma economia pode ter inflação importada do exterior. A capacidade do exterior de influenciar a trajetória de preços domésticos dependerá da variação do nível de preços internacional e da variação do valor taxa de câmbio. Quanto maior o grau de abertura da economia, maior será a inflação importada potencial. Define-se o grau de abertura de uma economia, tal como Davidson (1994, p. 204), como sendo a razão total de gastos com importações/total de gastos domésticos com produtos e serviços finais (ambos, numerador e denominador, medidos na moeda doméstica). Um grau de abertura maior gera maior inflação importada potencial, porque quanto mais produtos são comprados no exterior em relação ao total de produtos adquiridos pelos residentes, maior é a probabilidade de um aumento de um produto qualquer internacional influenciar o nível de preços domésticos. Então, quanto maior o grau de abertura da economia, maior será o número de produtos importados que compõem a cesta doméstica de cálculo da inflação. Se a taxa de câmbio permanece constante, mas houve um aumento da moeda doméstica em relação ao dólar. O mesmo ocorre se os preços dessas mercadorias não se alteram em dólares, mas há uma desvalorização em dólares de produtos importados que compõem a cesta de compras domésticas haverá inflação. Em ambos os casos há aumento de preços na moeda doméstica. O potencial da inflação importada pode ser explicado também pelo hiato de em, *cet.par.*,

prego e pelo grau de monopólio da economia. Uma elevação de preços (na moeda nacional) de produtos importados, seja devido a uma variação cambial seja em virtude de um aumento de preços em dólares, representa um custo para as empresas que utilizam ou comercializam tais produtos na economia doméstica. Como qualquer outro custo, são mais facilmente repassados aos preços quando o hiato de emprego é baixo ou quando o grau de monopólio (do setor atingido pelo problema externo) é elevado. Choques de oferta inflacionários- Consideram-se choques inflacionários somente aqueles choques domésticos de oferta que podem provocar um aumento de custos. Davidson (1994, p. 158) chamou a inflação decorrente de tais choques de inflação spoton inflação de commodity. Os choques de oferta tendem a causar aumentos de custos, como exemplos podem ser citados a quebra de uma safra agrícola ou a escassez de energia elétrica. Como todos os outros aumentos de custos apontados anteriormente, os aumentos de custos advindos de choques de oferta domésticos serão mais facilmente repassados aos preços quando o hiato de emprego for menor. Se o hiato de emprego não é reduzido, mas o setor atingido possui elevado grau de monopólio, os custos serão repassados aos preços, cet.par., causando inflação. Logo, o potencial da inflação de commodity depende do hiato de emprego e do grau de monopólio da economia. Quando o hiato de emprego é elevado e o grau de monopólio é baixo, um choque negativo de oferta pode causar somente compressão de margens de lucro. Inflação de impostos- Os impostos são determinados pelo governo central. Quando a alíquota de impostos é alterada, cet.par, há um impacto direto sobre o nível de preços. A alíquota de tributação é determinada com base nas necessidades de gastos públicos. O aumento de alíquotas, cet.par., tende a ter um impacto maior sobre os preços quando os empresários podem repassar o aumento de custos tributários aos preços, e tal liberdade é maior quanto menor é o hiato de emprego. Portanto, o potencial da inflação causada por um choque tributário será maior quanto menor for o tamanho do hiato de emprego e maior o grau de monopólio da economia. Os aumentos de alíquotas podem também causar um efeito considerável sobre o nível de preços, mesmo quando o hiato de emprego não for baixo, bastando que o aumento de alíquota incida sobre os produtos que sejam negociados em mercados com elevado grau de monopólio (em que os empresários repassam facilmente uma elevação de custos aos preços). Inflação de demanda - A inflação de demanda ocorre quando o hiato de emprego não é mais positivo. Neste estágio, os aumentos de gastos do governo, de investimento ou de consumo provocam inflação, cet. par.. Sendo assim, a inflação de demanda potencial tende a se elevar quando o hiato de emprego é zero. Uma vez alcançado o pleno emprego, novos trabalhadores somente aceitarão trabalhar por um salário real mais elevado (adotando-se, é óbvio, a hipótese de que não há mudanças nas preferências trabalho-lazer). Para haver aumento de salários reais, nessas condições, necessariamente terá que haver um aumento de salários nominais e um aumento de preços. Caso o primeiro tenha um aumento superior ao segundo, pode-se dizer que, pelo menos inicialmente, haverá em situação de inflação de demanda uma compressão percentual das margens de lucro, embora o volume total de lucros seja maior.” (SICSÚ, 2003, p. 10)



# A REPRESENTAÇÃO DAS MINORIAS E OS SISTEMAS ELEITORAIS: QUAL A MELHOR OPÇÃO?

*Vivian de Almeida Gregori Torres<sup>1</sup>*

*Maria Augusta Ferreira da Silva Castanho<sup>2</sup>*

## **Introdução**

Indiscutível é a assertiva de que nos regimes democráticos o poder político emana da sociedade e é exercido por meio de seus representantes legalmente e legitimamente constituídos, o qual se materializa pelo voto dos cidadãos. A eleição tornou-se o meio de designação dos representantes dos membros da coletividade e que em seu nome exercerão o poder.<sup>3</sup>

Prescreve a Constituição brasileira em seu art. 14 que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.

Segundo o entendimento da maioria dos doutrinadores há dois sistemas eleitorais para promover a representação popular, o sistema majoritário e o proporcional.

Gilmar Ferreira Mendes (2011,p.749) observa que “a igualdade eleitoral quanto ao resultado do voto depende em maior ou menor grau do sistema eleitoral adotado.”

Tomando-se por base a democracia representativa, que segundo a doutrina clássica é o governo da maioria, resta a indagação de qual sistema eleitoral melhor representaria a vontade das minorias.

## **1. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA**

A democracia representativa é um fenômeno moderno, historicamente vinculado à Guerra de Independência norte-americana e, mormente, à Revolução Francesa e à Assembleia Constituinte instaurada no desfecho dessa revolução (1789-1791), embora a concepção moderna de Estado remonte ao século XVI com Maquiavel. Os

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Diretora Financeira do Instituto Gregori Caggiano. Advogada atuante no terceiro setor.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada da Ferreira Castanho Advogados Associados.

<sup>3</sup> “É este, pois, instante de plena prática democrática. É motivo de sadio júbilo por todos aqueles, que sabem ser a democracia o melhor dos regimes. Ela permite que cada um seja senhor da própria consciência e árbitro dos atos de todos aqueles que exercem funções públicas.” (LEMBO, 2006, p.6)

mais importantes teóricos da democracia moderna foram os iluministas franceses (Montesquieu, Rousseau, Voltaire). Entretanto, a prática oficial democrática moderna tem como pioneiros os norte-americanos, com seu primeiro Presidente tomando posse em 1789 (George Washington). A Declaração de Independência é de 4 de julho de 1776 e a Constituição original dos Estados Unidos (composta de um preâmbulo e sete artigos) foi ratificada em 17 de setembro de 1787. Outros grandes homens atuantes na Guerra de Independência norte-americana e/ou na instalação e consolidação institucional da democracia moderna representativa foram Thomas Jefferson e Benjamin Franklin. ( Cf. TORRES, 2010, p. 29 - 30.)

Nos dizeres de Rubens Beçak (2008) a democracia representativa por um lado, “(...)nasce com o viés da imperatividade da vontade do representado, no seu desenvolver, especialmente devido à evolução do parlamentarismo na Inglaterra, exurgirá a desvinculação.”

*A democracia indireta é aquela onde o povo se governa por meio de “representante” ou “representantes” que, escolhidos por ele, tomam em seu nome e presumidamente no seu interesse as decisões de governo. O modelo clássico de democracia indireta é a chamada democracia representativa.(BEÇAK, 2008)*

Foi concebida para legitimar a forma aristocrática de governo, com o povo dando o poder a uma minoria por meio de eleições. Montesquieu e Siéyès lançam os princípios do sistema representativo na Revolução Francesa.

A representação surge da idéia de que o Homem médio não tem preparo suficiente para deliberar as questões políticas, assim, para o bem da coletividade, tal tarefa deveria ser entregue aos mais capacitados que seriam os representantes do povo.

Na era Moderna, o sistema representativo passou a possuir contornos aristocráticos, uma vez que apenas a minoria do povo tinha o direito de eleger uma minoria ainda mais restrita, a qual passava a deter o poder de representar e decidir o destino de todos.

Afigura-se, então, o sufrágio censitário, pois, eram excluídos do sistema os menos abastados e as mulheres do direito de votar e ser votado.

Somente no final do século XIX surgem os sistemas baseados no sufrágio universal, cujo processo de universalização estende-se até meados do século XX.

Para Manoel Gonçalves, o sufrágio universal possibilitou que os representantes fossem escolhidos por todo (ou quase todo) o povo, uma democracia em que o povo se governa indiretamente por intermédio de representantes eleitos. (Cf. FERREIRA FILHO, 2010, p. 112)

J. J. Canotilho afirma que o princípio da representação é baseado em três postulados: “1 – exercício jurídico, constitucionalmente autorizado, de “funções de domínio”, feito em nome do povo, por órgãos de soberania do Estado; 2 - derivação direta ou indireta da legitimação de domínio do princípio da soberania popular; 3 - exercício do poder com vista a prosseguir os fins ou interesses do povo. (2003, p. 293)

Não obstante as distorções e dificuldades enfrentadas pela democracia representativa, essa ainda se apresenta como a primeira opção de implementação da democracia.

A questão que se traz a luz é no sentido de que a democracia representativa é apoiada na decisão da maioria e a sociedade moderna reclama o atendimento das minorias e uma maior participação destas nas decisões governamentais.

Alexandre de Moraes afirma que os direitos políticos “são direitos públicos subjetivos, que investem o indivíduo no *status activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania.” (2012, p. 239)

Tendo-se em conta que o voto tem valor igual para todos e é a forma de participar nos negócios políticos do Estado, a democracia estará aperfeiçoada quando tanto a maioria quanto as minorias tiverem real influência no *lôcus governamental*.

## 2. SISTEMAS ELEITORAIS

Tendo-se por base a democracia representativa cujo objetivo final é a eleição dos representantes, que levarão ao *lôcus* governamental a vontade do povo, são considerados dois sistemas eleitorais: o majoritário e o proporcional.

José Afonso da Silva explica que o sistema proporcional pretende que a representação em determinado território (circunscrição), se distribua na proporção das correntes ideológicas ou de interesse integradas nos partidos políticos concorrentes. Quanto ao sistema majoritário define que a representação em um dado território (circunscrição ou distrito) caberá ao candidato que obtiver a maioria (relativa ou absoluta) dos votos. (Cf. SILVA, 2005)

Segundo Monica Herman (1991) “o modelo conhecido como ‘sistema proporcional’ gira em torno da idéia de que o número de votos atribuídos a um partido deve ser proporcional ao número de cadeiras por esse obtido, visando – numa perspectiva de assegurar equidade e justiça no campo da disputa eleitoral – conferir a cada uma das agremiações político-partidárias a sua real cota de participação no processo de distribuição das vagas do Legislativo”. (CAGGIANO, 1991, p. 149)

O voto distrital apresenta-se como alternativa para o problema da representação política de circunscrição que por vezes não é atendido pelo sistema proporcional.

Monica Herman, quanto ao voto distrital, explica que:



Ninguém ignora que, no nosso panorama político, ainda dominado por forças eleitorais locais, acentuada afigurar-se-ia a possibilidade de manipulação da divisão por distritos e, conforme a divisão estabelecida, em muitas áreas sequer haveria necessidade de se recorrer à dispendiosa operação eleitoral para se identificar o candidato vitorioso, de antemão conhecido. Por outro turno, é insofismável que a técnica por distrito viria assegurar maior aproximação do representante ao colégio eleitoral pelo qual lançou sua candidatura, vinculando-se à região e a seus específicos interesses. A cobrança, quanto às promessas e programa desenvolvido no curso da campanha eletiva, a seu turno, poderia apresentar-se de forma mais ostensiva e eficaz, restringindo, no entanto, a autonomia de sua atuação parlamentar. (CAGGIANO, 1987, p. 139)

O sistema majoritário é o método de escrutínio pelo qual se sagra vencedor o candidato que contar com o maior volume de votos a seu favor, regra tradicional do *the first past the post*. No âmbito de dois turnos, o resultado vem adornado com resultados de maior ponderação, numa primeira etapa, o método é centrado numa exigência de maioria absoluta, se nenhum dos candidatos obtiver 50% dos votos mais um inicia-se uma nova etapa de *ballotage*, para a qual basta a obtenção da maioria simples.

Contra o sistema de eleição majoritária alega-se que a maioria obtida quase sempre está muito longe de representar a maior parte dos cidadãos. Isso é ainda mais evidente quando são vários os partidos em luta e se concede a representação ao mais votado podendo, entretanto, ocorrer que o eleito tenha recebido menos votos do que o conjunto dos demais. Um outro argumento, que fere um ponto substancial, é que não se considera justo dar representação apenas à maioria, deixando as minorias sem possibilidade de participação no governo. Respondendo a essa última crítica, sustenta-se que é da essência da democracia o governo pela maioria, sendo importante, isto sim, que não se impeça a organização das minorias e sua possibilidade de converter em maiorias se os eleitores aceitarem suas ideias. (DALLARI, 1995, p. 162-163)

Gilmar Ferreira Mendes assinala que a adoção do sistema majoritário para a eleição parlamentar elegerá o candidato, que obtiver maioria em um dado distrito ou circunscrição eleitoral, desse modo os votos atribuídos aos candidatos minoritários não serão contemplados, o que acaba por afetar a igualdade do valor do voto quanto

ao resultado. Contudo, há que se reconhecer que o sistema majoritário cria maiorias mais definidas e isso garante uma adequada governabilidade.(Cf. MENDES, 2011, p. 749 - 750)

Para Canotilho, a escolha do sistema eleitoral está ligada à opção por diferentes concepções de democracia. O sistema majoritário corresponde à democracia representativa e o proporcional à democracia participativa.( Cf. CANOTILHO, 2003, p. 307)

Colin Turpin e Adam Tomkins afirmam que o sistema eleitoral utilizado afeta tanto o valor do voto em termos de sua eficácia para assegurar a eleição dos representantes preferidos ao Parlamento quanto o espelhamento do governo eleito com relação aos interesses ou políticas preferenciais do eleitorado. Argumentam que na visão de muitos estudiosos o sistema majoritário é antidemocrático, não reflete a preferência do eleitorado e abstrai uma classe numerosa de eleitores, que não contribuem para o resultado das eleições, pois não tendo candidato de sua preferência ante o quadro eleitoral restrito, jogam o voto “fora”. E que o sistema proporcional propiciaria um governo de coalisão e um maior consenso nas políticas adotadas, pois partidos de direita e de esquerda teriam que mesclar ambas as políticas e buscar acomodar as propostas dos partidos de centro.(Cf. TURPIN; TOMKINS, 2009)

Contudo, sob o ponto de vista dos autores, os governos de coalisão resultantes da representação proporcional não são necessariamente mais representativos nas visões e interesses do eleitorado que um governo de partido único eleito por uma minoria de votos, além do que o sistema majoritário provavelmente produz governos responsáveis perante a opinião pública durante seus mandatos. O sistema majoritário reforça a oposição política e o sistema proporcional negligencia as divisões reais de interesse na sociedade e suprime a produtiva confrontação de ideias, além do que reduz o poder do eleitorado em depor um governo que não está sendo satisfatório.( Cf. TURPIN; TOMKINS, 2009)

J.J. Canotilho expõe que o sistema proporcional<sup>4</sup> contém: a) a igualdade material; b) adequação à democracia partidária; c) representação de todos os grupos sociais, constituindo, assim, um mapa reduzido do povo. No entanto, o sistema majoritário invoca: a) formação de governos funcionais; b) alternância do poder por meio do sistema bipartidário; c) robustecimento da oposição, sendo as vantagens desse sistema a legitimidade e responsabilidade do governo, estabilidade do sistema governamental, capacidade de ação e autoridade.(Cf. CANOTILHO, 2003, p. 307–308)

A Constituição brasileira, de 1988, adotou para a seleção dos cargos do executivo o sistema majoritário em dois turnos e para os representantes parlamentares o método proporcional de listas abertas.

<sup>4</sup>“(…) o sistema proporcional é o melhor meio contra a redução de alternativas, contra o estreitamento dos horizontes políticos e contra a unidimensionalidade e saturação políticas.” (CANOTILHO, 2003, p. 308)

Para Monica Herman Salem Caggiano, o modelo majoritário em dois turnos<sup>5</sup> acomoda-se melhor às sociedades pluralistas, estando assegurada a criação e o funcionamento de múltiplos partidos. A realização da eleição, em dois turnos, permite ao eleitor, em um primeiro momento, demonstrar a preferência política e posteriormente autoriza o reagrupamento das forças políticas, restringindo-se às opções do corpo eleitoral, consubstancia-se numa manifestação negativa, de eliminação. (Cf. CAGGIANO, 2004)

Não obstante as críticas existentes quanto ao alto custo financeiro das eleições em dois turnos, assevera Monica Herman que “o formato majoritário por dois turnos ainda se apresenta como de maior conformidade a um quadro representativo que prestigie as minorias e melhor espelhe as perspectivas e expectativas da sociedade.”(CAGGIANO,2004,p.120) Ademais, ante o quadro multipartidário brasileiro, esta técnica é a mais adequada, pois, a legitimação do poder e a consistência do suporte político, intrínseco à expectativa de governabilidade, resultam de forma muito mais robusta a partir do sistema majoritário por dois turnos, tendo em vista que o sistema majoritário simples poderá conduzir ao poder candidatos eleitos com o voto de uma minoria. (Cf. CAGGIANO, 2004)

O sistema da proporcionalidade é o modelo que mais se aproxima da expectativa de representação do maior número de setores da sociedade. No caso brasileiro, temos a aplicação do subsistema do quociente eleitoral, acoplado ao quociente partidário, de modo que a partilha das sobras é operacionalizada pela técnica da maior média, que privilegia a figura do partido político com maior densidade eleitoral, pois será esse o contemplado com o maior número de cadeiras parlamentares restantes, ditas sobras. Esse modelo pode apresentar distorções à medida que retira da disputa partidos, que não alcançarem o quociente eleitoral, não obstante a boa votação que seus candidatos obterem no pleito, e de outra parte, contempla com cadeiras parlamentares os partidos ou coligações que na somatória obtiveram maior número de votos, elegendo candidatos com votação inexpressiva. (Cf. CAGGIANO, 2004)

Assinala Gilmar Ferreira Mendes, quanto ao sistema proporcional de listas abertas adotado pelo Brasil, que ele “contribui acentuadamente para a personificação da eleição, fazendo com que as legendas dependam, em grande medida, do desempenho de candidatos específicos. Daí o destaque que se confere às candidaturas de personalidades dos diversos setores da sociedade ou representantes de corporações”. (MENDES, 2011 ,p. 761)

Analisando-se os sistemas eleitorais, tanto majoritário quanto proporcional, reconhecemos pontos favoráveis e contrários quanto à efetiva representação da vontade

---

<sup>5</sup> “Dois turnos constituem nada mais nada menos que uma técnica de realização do princípio da maioria absoluta, tanto que, conseguida esta no primeiro turno, *tollitur quaestio* (a questão está resolvida). Não o conseguindo é que se passará ao segundo turno, com dois candidatos apenas.” (SILVA, 2005, p. 476)

popular, mas um ponto ambos têm em comum, o distanciamento da representação das minorias. O sistema proporcional é o que mais se aproxima da necessidade das minorias, contudo ainda está aquém do desejado.

### 3. REPRESENTAÇÃO DAS MINORIAS

Norberto Bobbio acentua que, numa definição clássica, nos sistemas políticos democráticos vale a regra da maioria, como se democracia e princípio majoritário fossem dois conceitos da mesma extensão, em verdade, têm apenas uma parte de sua extensão em comum, isso implica que as decisões coletivas não necessariamente são tomadas com exclusividade mediante a regra da maioria. Alerta que, em verdade, o que foi definido como maioria pelos clássicos é a maioria daqueles que detêm o poder de decisão. (Cf. BOBBIO, 2000, p. 429)

Tomando-se por base o conceito de Norberto Bobbio, em uma democracia representativa a maioria corresponde à vontade expressada pela somatória do maior número de parlamentares eleitos, o que não necessariamente, no quadro político atual, corresponderia à vontade da maioria do povo.

Sob esse ponto de vista, nos apercebemos que tanto a maioria quanto as minorias, essa última em grau mais elevado, encontram-se desvalidas de representação.

Aponta ainda Norberto Bobbio que a democracia representativa se reporta à representação política, de modo que os sistemas democráticos atuais discutem representação de interesses. Devido à profunda transformação do poder do Estado, ocorrida nos últimos trinta anos, atualmente o que importa para uma sociedade de democracia pluralista<sup>6</sup> é a relação de troca e não mais a de domínio, na qual o sujeito político são os grupos organizados. (Cf. BOBBIO, 2000, p. 454–455)

Ante a transformação do Estado e a mutação do sentido de representação política para representação de interesses, verificamos que os sistemas eleitorais conhecidos não mais atendem a expectativa da representação e a sociedade moderna tem buscado alternativas, especialmente quanto à representação dos interesses das minorias.

Uma forma que a sociedade civil do século XX encontrou para concretizar sua representação de interesses foi organizar-se por intermédio do terceiro setor, que no seu sentido mais comum representa o “conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que realizam atividades em prol do bem comum e auxiliam o Estado na solução de problemas sociais.” (TEIXEIRA, 2011, p. 58) Podendo-se afirmar que o terceiro setor tem por objetivo promover a representação de interesses das minorias como forma alternativa aos sistemas eleitorais que não mais atendem às expectativas.

---

<sup>6</sup> “Nos regimes pluralistas, a atividade política vem timbrada por inter-relações que se processam num quadro de múltiplos atores, a integrar indivíduos, grupos, associações, instituições, isto é, num território aberto à participação política(...)”. (CAGGIANO, 1995, p. 86)

A forma organizacional do terceiro setor propicia ainda um meio do cidadão intervir, no governo, por outras vias, tais como mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção coletivo e a iniciativa popular.

#### 4. CONCLUSÃO

O homem sempre procurou salvaguardar a própria liberdade em contraposição ao poder, buscando ainda uma forma de participar das decisões governamentais, de maneira que a democracia representativa ainda é a forma mais adequada.

Em um regime democrático as eleições deverão ser livres, competitivas, igualitárias, decisivas e inclusivas, para tanto são aplicados dois sistemas eleitorais, majoritário e proporcional.

Analisando os sistemas concluímos que o majoritário propicia a governabilidade para aquele que detém o poder, reforça a oposição, amplia a confrontação do debate a respeito de as questões polêmicas e espelha a maioria, enquanto o sistema proporcional dificulta a governabilidade, dilui a oposição, enfraquece o debate e integra a representação de vários segmentos da sociedade.

Ante esse cenário, sob o prisma da representação das minorias e maioria, não se pode afirmar que o sistema majoritário representa a maioria e o proporcional as minorias, tendo em vista que se o sistema majoritário reforça a oposição e amplia o debate, nesse aspecto as minorias poderiam encontrar terreno fértil para construir uma oposição forte o suficiente que fosse capaz de reverter os caminhos das decisões governamentais, bem como, num debate ampliado, argumentar de forma a mudar a opinião da maioria. De outro lado, o sistema proporcional também não garante a representação das minorias vez que diante de a diluição da oposição e o enfraquecimento do debate não se estruturam de forma suficiente para impor seus interesses.

Ademais, deve-se levar em consideração que nas sociedades modernas, especialmente as que privilegiam o estado social de direitos, que conjugam interesses que na maioria dos assuntos são universais, e por vezes particulares, nenhum dos sistemas representativos atendem as necessidades, tanto no sistema eleitoral majoritário quanto no proporcional, especialmente quanto à representação das minorias, os sistemas deverão ser conjugados com uma força de pressão externa representada pela sociedade civil organizada pelo terceiro setor para então ver assegurada a efetiva representação dos interesses sociais, seja da maioria seja das minorias.

## Referências

BEÇAK, R.. Instrumento de Democracia Participativa. *Revista de Ciências Jurídicas*, nº 2, 2008 do programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

BOBBIO, N.. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. (Organiz. por): BOVERO, M. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2ª reimpressão, 2000.

CAGGIANO, M. H. S.. *Direito Parlamentar e Direito Eleitoral*. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.

\_\_\_\_\_. *Sistemas Eleitorais X Representação Política*. Brasília, Senado Federal, 1991.

\_\_\_\_\_. *Oposição na Política*. São Paulo: Angelotti, 1995.

\_\_\_\_\_. *Sistemas eleitorais x representação política*. Tese Faculdade de Direito, Universidade São Paulo, São Paulo, 1987.

CANOTILHO, J. J. G.. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. - 2ª reimpressão. Portugal: Almedina, 2003.

DALLARI, D. A. DE. *Elementos da teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA FILHO, M. G.. *Curso de Direito Constitucional*. 36. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEMBO, C.. *Eles Temem a Liberdade*. Barueri, SP: Minha Editora; São Paulo: CEPES, 2006. (Culturalismo).

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G.G.. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, A. DE. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, J. A. DA. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEIXEIRA, J.. *O terceiro setor em perspectiva: da estrutura a função social*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 58.

TORRES, V. A. G.. *A face Inexplorada do terceiro setor: instrumento de acesso à justiça*. São Paulo: Plêiade, 2010.

TURPIN, C.; TOMKINS, A.. *British Government and the Constitution*. 6. ed., Cambridge, UK: Cambridge University Press. 2009.

# (E-)DEMOCRACIA: OS RUMOS DA REPRESENTATIVIDADE NOS ESTADOS MODERNOS

*Karina Denari Gomes de Mattos<sup>1</sup>*

## **Introdução**

O interesse do homem pela política teve início quando o foco de análise do pensamento grego deslocou-se da posição do homem na natureza para sua dimensão na sociedade: *homo est naturaliter politicus, id est, socialis* (o homem é, por natureza, político, isto é, social).

A partir daí, a evolução da reflexão política grega deu-se de forma notável e a democracia deliberativa praticada na Ágora continua fonte de inspiração dos regimes políticos modernos, que, com o passar dos séculos, armou-se de método, técnica e linguagem próprios.

Dada sua automação e desenvolvimento científico, a política tornou-se cada vez mais restrita a seus estudiosos sendo a grande parte da produção dos projetos legislativos proveniente da iniciativa de dirigentes políticos e setores congêneres, amparados por técnicos legislativos - sejam juristas ou cientistas político - raramente com origem e desenvolvimento na sociedade civil.

Por esta razão, o povo, destinatário da lei e real detentor do poder político, como declara a Constituição de 1988, é desconsiderado dos embates políticos travados nos Parlamentos de todos os níveis da federação, e a tramitação legislativa é cultivada em meio a um espaço restrito de debates eivado de formalidades técnico-jurídicas e atendente de interesses partidários:

Em verdade, nos quadros da democracia representativa, o cidadão comum interfere no processo decisório do Estado tão-só pelo voto, por ocasião das consultas eleitorais, fenômeno que vem se acentuando sob o impacto das sociedades de massa, impondo a busca de vertentes alternativas a redimensionar o grau de ingerência das diferentes facções sociais. (CAGGIANO, 1995, p. 8)

---

<sup>1</sup> Advogada, mestranda em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Orientador: prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0763664903829681>>. E-mail: karinadenari@usp.br



A participação política ou a consulta de atores civis na preparação da lei é hoje tida como uma das preocupações do Estado democrático moderno, e a legitimação e a transparência do procedimento legislativo só é possível com métodos de consulta popular, pela análise de dados e informações que reflitam a demanda nas ações de políticas públicas, como afirma o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A democracia é extremamente dependente do desenvolvimento político do povo. Este desenvolvimento importa na participação ativa, espontânea, intensa e multiforme da maioria na vida cívica: importa, igualmente, na consciência que tem cada um de seu papel e de sua contribuição para com o todo, de sua responsabilidade social. Observa, pois, duas linhas: a da extensão da participação e a da intensidade da participação. . (FERREIRA FILHO,1972, p. 37-38)

Diante deste quadro, o presente trabalho pretende primeiramente apresentar as bases de funcionamento do sistema democrático e as origens do Princípio Representativo, traçando um panorama histórico do desenvolvimento das democracias modernas e da importância da participação popular a fim de evitar a proliferação de regimes autoritários.

A partir desta introdução teórica a respeito da Democracia, demonstrar-se-á que além dos institutos clássicos a população brasileira já dispõe de novos meios para a participação política - e a internet surge como a alternativa mais popular e de fácil implantação.

O Ministério da Justiça, em iniciativa de vanguarda, lançou o debate público *online* sobre o novo Código de Processo Civil com objetivo de receber contribuições da população brasileira, e o *site* do Congresso Nacional já possui um espaço “E-democracia”, com a opção de discussão virtual e aprimoramento dos projetos de lei em trâmite naquela Casa legislativa.

Também é destaque a proposta do Plano Nacional de Banda Larga (PNBL) que tem como objetivo massificar a oferta de acessos banda larga à internet até o ano de 2014, assim como incentivos fiscais para a compra de tecnologias de acesso à internet, e diversos projetos de lei que pretendem incluir o uso da internet nas mais diversas atuações políticas.

Esta preocupação não surge apenas no Poder Legislativo ou no Executivo. O Poder Judiciário, capitaneado pelo Supremo Tribunal Federal, também já possui mecanismos similares de assimilação da tecnologia em benefício do cidadão, com a divulgação da jurisprudência pela internet e dos julgamentos instantaneamente pela televisão.

Dificuldades de monta poderão surgir, decorrentes da multiplicidade de agendas e prioridades políticas e das divergências técnico-políticas acerca das proposições, podendo gerar discussões não técnicas e primárias. Porém, tais obstáculos não impediriam a integração entre órgãos de representação democrática e a sociedade civil, na elaboração de leis em nosso país, desde que a linguagem utilizada seja acessível para grande parte da população e o sistema de fácil manuseio.

As iniciativas virtuais, portanto, vão muito além de um simples espaço para exposição de ideias. Se vinculadas com outros meios de comunicação, ampliam ainda mais a esfera do debate ou, nas palavras recentes de Pedro Vieira Abramovay (2011), fazem surgir um novo movimento político deste início de século, uma wikidemocracia.

## 1. O PODER POLÍTICO E O ESTADO

O homem isolado é uma abstração. Assim, desde o desenvolvimento das sociedades pré-estatais (hordas, clãs, e com o surgimento de tribos e confederações de tribos) o homem se associa para o desenvolvimento dos mais diversos mecanismos de tecnologia e convivência social.

Tal associação de homens em torno de um fim comum incrementou-se com o passar dos séculos, e o desenvolvimento do Estado com suas componentes é o resultado da modernização da sociedade desenvolvida no século XVI, culminando na Revolução Industrial e no surgimento de teorias racionalistas e positivistas nas ciências.

É ao Direito que o liberalismo, descendente direto e imediato do iluminismo, confia a tarefa de limitar, instituir e organizar o Poder, bem como de disciplinar a sua atuação, sempre resguardando-se o fundamental: a liberdade, os direitos do homem. Tal Estado submetido ao império do Direito veio a ser chamado, já no século XVIII, de Estado de Direito. (FERREIRA FILHO, 2007, p. 3, 4)

O conceito de Estado de Direito, cunhado na Alemanha (Rechtsstaat), se pauta no primado da Lei, e na égide deste modelo de organização diminui-se o poder do Governo e se aumentam as garantias fundamentais da população.

A Democracia - como realização dos valores de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa - é conceito mais abrangente que Estado de Direito, que surge como máxima da democracia liberal. Norberto Bobbio simplifica o conceito de democracia em duas fundantes:

É inegável que historicamente “democracia” tem dois significados prevaletentes, ao menos na origem, conforme se ponha em maior evidência o conjunto das regras cuja observância é necessária para que o poder político seja

efetivamente distribuído entre a maior parte dos cidadãos, as chamadas regras do jogo, ou o ideal em que um governo democrático deveria se inspirar, que é o da igualdade. À base dessa distinção costuma-se distinguir a democracia formal da substancial.(1994, p. 37)

Inobstante tais diretrizes, para que determinado Estado de Direito seja alçado à categoria Democrática, além da submissão do governo ao Princípio da Legalidade, à organização pautada pela Liberdade e Igualdade com a previsão de Direitos Fundamentais, necessário é que o poder emane do povo.

As considerações supra mostram que o Estado de Direito, que como Estado Liberal quer como Estado Social de Direito, nem sempre caracteriza Estado Democrático. Este se funda no princípio da Soberania Popular, que “impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento”. Visa assim, a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana. (SILVA, 2005, p. 117)

Dentre as formas de democracia, a democracia representativa tem espaço, em um primeiro momento, para institucionalizar a forma aristocrática de governo. Essa era a intenção de Montesquieu a lançar n’O *Espírito das Leis* fundamentos da representação e de Sieyès, mais tarde, em plena Revolução Francesa. Assim, quando de sua implantação o governo representativo tinha um caráter aristocrático vez que a seleção da minoria governante era feita por uma minoria do povo, pelo voto censitário. (Cf. FERREIRA FILHO, 2011, p. 111-112)

Nesse sentido, com a evolução dos Estados Modernos, e a legitimação popular dos atos do Parlamento, criou-se uma cultura no estabelecimento da autodeterminação dos povos, de acordo com a vontade da maioria sobre a liberdade e a igualdade, excluído todo o poder violento e arbitrário. Tais pressupostos orientam o legislador a refrear os abusos do Estado diante das garantias individuais, bem como asseguram o tratamento igualitário entre os cidadãos.

Carré de Malberg conceitua um governo representativo:

[...] un sistema constitucional en el que el pueblo se gobierna por medio de sus elegidos, y ello en oposición, tanto al régimen del despotismo, en el que el pueblo no tiene ninguna acción sobre sus gobernantes, como al régimen

del gobierno directo, en el que los ciudadanos gobiernan por si mismos.(MALBERG, 2001, p. 916)

Assim, a representação, que é o vínculo entre governantes e governados por meio de o qual estes devem trabalhar em prol dos representados (vontade geral), constitui uma das questões chave do Direito Público moderno, como um meio de composição do governo pela atribuição de poder aos eleitos de comandar as ferramentas pela busca do bem geral.

Questiona-se qual a natureza jurídica desta representação. A primeira teoria é a resposta pelo mandato, assimilável ao ensinamento do Direito Civil.

Outra teoria é a da investidura, da eleição resultar um poder de querer pelo todo, resultado na atribuição de competência. Assim, nada o vincula à vontade dos eleitores, juridicamente. Por certo que a moral e seu próprio interesse o orientam na tomada das decisões políticas.

Já no século XX veio a ser formulada a doutrina do mandato partidário, vinculada, portanto, ao fenômeno político dos partidos e ao modelo de democracia partidário. (Cf. FERREIRA FILHO 2011, p. 113-114)

Assim, sendo necessária a participação popular orientada pelo Princípio da Representatividade, temos uma terceira classificação referente aos atores do regime democrático que seriam: a) o corpo eleitoral; e b) os candidatos - considerados em seus partidos políticos.

Partidos políticos são as agremiações de grupos sociais tendentes a organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular, com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo. (Cf. SILVA, 2005, p. 394)

A opinião do povo seria retransmitida para as instituições encarregadas da decisão e da execução políticas por meio dos partidos e desse modo, o momento eleitoral, nas palavras de Caggiano corresponde "(...) à viabilização de uma linha de comunicação entre os governantes, autores das decisões políticas, e os governados, aos quais essas devem ser aplicadas". (CAGGIANO, 1987, p. 203)

Como reflete o professor Rubens Beçak :

No momento seguinte de seu evolover, vai a democracia se defrontar com a questão da defesa de interesses por grupos mais ou menos fechados, os logo denominados partidos políticos, provocando o surgimento da democracia representativa pelos partidos. Entretanto, mormente já nas primeiras décadas do século XX, ou mesmo antes, no final do século XIX, começa-se a perceber que aquele sistema - com a aparência de supra-sumo da evolução democrática - encontrava um questionamento sui-generis. Até que ponto a necessidade do exercício

democrático - aparentemente impossível sem a existência da representação e dos partidos políticos - não acabara por provocar um distanciamento excessivo entre a vontade do eleitor-representado e o eleito representante? Até que, ponto, pior ainda, a ação do representante não colidia mesmo com a do representado? (2008, p. 146)

A função de organização da vontade popular e expressão desta vontade na aplicação do programa de governo, como se denota nas palavras do professor, segue cada vez mais alheia aos interesses do povo.

O primado do *governo de partido* (Cf. SILVA, 2005, p. 408) cada vez mais perde força, e o poder que antes centralizado na figura dos atores, agora permeia os espaços vagos que o déficit na representação democrática deixou.

Assim, atualmente, além dos eleitores e dos candidatos vinculados a partidos, é inegável a influência dos chamados lobbys e grupos de pressão, bem como de ONGs e membros da sociedade civil organizada sobre os “*decision make bodies*”.

Jean Meynaud define os grupos de interesses como sendo “todo grupo de interesse ou de promoção que utiliza a intervenção perante o governo para alcançar a satisfação de suas reivindicações ou a afirmação das suas pretensões”. (1966)

Tais grupos cada vez mais se consolidam nas democracias como instrumento, ou mecanismo de apoio dos atores, principalmente num cenário de competição pelo poder político, que ao serem despojados da carga negativa que acompanham sua conceituação, passam a ser regulados e aliados na melhoria da representatividade popular no Parlamento.

Ao analisar a representação política, a professora Mônica Herman Salem Caggiano defende a necessidade de “nova abordagem da mecânica representativa, agora já não mais quanto à ótica do veículo, mas colocando sob mira precisa e direta as técnicas utilizadas no âmbito do processo pelo qual o povo intervém no jogo político, selecionando e indicando seus representantes”. (CAGGIANO, 1987, p. 2)

Tendo em vista a necessidade de uma maior participação popular e de novos mecanismos de representação política, que assegurem a real equivalência entre a vontade popular e a vontade expressa pelo parlamento, surgem novas ideias para o desenvolvimento de nosso sistema legislativo e eleitoral - seja por meio da regulamentação dos grupos de pressão, seja pela adoção de outros novos instrumentos de participação política como será visto no tópico a seguir.

### 3. NOVOS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA

Outra forma de democracia diante das já apresentadas é a Democracia Direta, que consiste em regime de governo, no qual a sociedade participa diretamente das ações

de Estado, sem intervenção de um representante próprio da Democracia Indireta ou Representativa.

Tal criação foi concretizada apenas na Antiguidade Grega, quando da instituição de espaços de permanente discussão política e embates filosóficos em Atenas. Nos Estados modernos, de fato, constitui forma inviável de governo, sendo adotado o modelo indireto.

A democracia direta, ou seja, aquela em que as decisões fundamentais são tomadas pelos cidadãos em assembleia, é uma reminiscência histórica ou uma curiosidade quase que folclórica. Hoje, nenhum Estado pode adotá-la, já que não é possível reunir milhões de cidadãos, frequente e quase diuturnamente, para que resolvam os problemas comuns. Sem falar na incapacidade de que sofre esse povo de compreender os problemas técnicos e complexos do Estado-Providência. (FERREIRA FILHO, 2011, p. 109)

Pela impossibilidade da realização de assembleias gerais com a totalidade, ou parte, do povo de um determinado Estado ou Nação para decisão de questões de governo - como assim fora nas democracias helênicas - foram instituídos determinados institutos de participação direta nas democracias indiretas, resguardando-se alguns direitos próprios dos cidadãos.

Tais institutos, no Brasil, estão previstos em nossa Constituição Federal de 1988, quais sejam, a iniciativa popular (art. 14, III, regulado no art. 61, § 2º), o referendo popular (art. 14, II e 49, XV), o plebiscito (art. 14, I e 18, §§ 3º e 4º) e a ação popular (art. 5º, LXXIII).

Quanto à iniciativa popular podemos dizer que, exercida por meio de abaixo assinado, é a vontade do povo em apresentar um projeto de lei à Câmara dos Deputados, que poderá ser convertido em lei. Para a efetivação do projeto de lei requer-se além de assinaturas equivalentes a 1% do eleitorado nacional, (espalhadas em pelo menos cinco Estados) assinaturas de pelo menos 30% do Estado.

Podemos citar como um dos poucos exemplos de utilização desta previsão constitucional o advento das Leis nº 8.072/90 e nº 8.930/94, referente aos crimes hediondos e a Lei nº 9.840/1999, uma conquista da sociedade por meio da organização Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE). O Projeto de Lei Ficha Limpa (LC nº 135/10) é o mais recente caso de Iniciativa Popular e encerra um período de quase cinco anos sem que uma matéria de iniciativa popular fosse convertida em lei pelo Congresso Nacional.

Para alguns doutrinadores a iniciativa popular é o instituto de democracia semidireta que melhor atende aos

interesses de participação na legislação. Porque, por vezes, pelo referendo se pode impedir uma legislação não querida, mas pela iniciativa se pode conseguir impor uma verdadeira orientação governamental, configurando uma participação popular mais efetiva. (FERREIRA FILHO, 2011, p. 124-125)

O referendo, termo proveniente da expressão latina *ad referendum*, teve origem em meados do século XV e consiste na hipótese pela qual os eleitores vão às urnas para confirmar um ato já emanado pela autoridade competente, normalmente um ato normativo.

E, na linha dos dois institutos precedentes, o plebiscito constitui a interpelação dos eleitores para um ato futuro que acontecerá se a população coadunar. Em regra, envolve questões de ordem política, como, v.g. a manutenção ou não do regime parlamentarista em 1963 de acordo com a Emenda Constitucional nº 4 de 2/9/1961 à Constituição de 1946 e o plebiscito quanto à república/monarquia constitucional e sistema de governo presidencialista ou parlamentarista de 1993, de acordo com o artigo 2º do ADCT da Constituição de 1988.

Tanto no referendo quanto no plebiscito a população se manifesta por meio do voto, e a diferenciação entre tais institutos reside no aspecto temporal: enquanto se convoca o plebiscito com anterioridade ao ato legislativo ou administrativo objeto de consulta, a realização do referendo é posterior. Assim confirma a Constituição quando determina:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

XV - autorizar referendo e convocar plebiscito.

Ambos são regulados pela Lei nº 9.709/98, porém a edição dessa figura normativa não viabilizou a utilização dos institutos pela população. Pode-se dizer que a lei não possui uma linguagem clara e elucidativa do procedimento correto e prioridades dos institutos, soma-se a isso a ausência de uma cultura política na população, como também o desconhecimento de técnicas próprias da logística.

Neste rol, não podemos nos olvidar de outras formas previstas pela doutrina de manifestação da soberania popular, que não previstas na Constituição Federal. São estas: a desobediência civil, eternizada nas palavras de Thoreau (2002), quando a população não reconhece o poder do governo e não aceita sua ordem, e a manifestação popular, por meio do voto. Ainda, há previsão doutrinária do recall, instituto tipicamente norte-americano, e do veto popular, porém não assegurados no Brasil.

Infelizmente, como dito, tais mecanismos de participação popular no Brasil, não fazem parte de nosso cotidiano político e são pouco utilizados para a concretização da real democracia.

Neste contexto, a “democracia digital” oferece a oportunidade de superação das deficiências do estágio atual da democracia liberal e a comunicação pública *online* poderia constituir mais uma alternativa à manifestação popular relacionada aos atos de governo e cumprir o papel de aumentar os níveis de eficiência antigamente não possíveis antes do advento da internet.

Assim, a E-Democracia tem como objetivo a participação cidadã mais ampla suscitada pelo advento da internet, dos mecanismos de comunicação móveis e de outras tecnologias, envolvendo diretamente os cidadãos na resolução dos desafios públicos.

Com o investimento de recursos públicos pelos três poderes da União na área de comunicação *online*, a eficiência e transparência da atividade pública serão alavancadas, beneficiando toda a população:

A Internet encerra um potencial extraordinário para a expressão dos direitos dos cidadãos e a comunicação de valores humanos. Certamente não pode substituir a mudança social ou a reforma política. Contudo, ao nivelar relativamente o terreno da manipulação simbólica, e ao ampliar as fontes de comunicação, contribui de fato para a democratização. (CASTELLS, 2001, p. 135)

Não apenas a iniciativa do Ministério da Justiça de discussão do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil demonstra a utilização da ferramenta virtual para a inclusão democrática, porém vários sites também possuem esta finalidade, como os portais públicos dos governos e das prefeituras, que inclusive facilitam o acesso do contribuinte ao pagamento das contas e outros serviços.

O site da Câmara dos Deputados em seu espaço “E-Democracia” possui as opções de participação em Comunidades Legislativas, opinando em debates relacionados a projetos de lei já existentes ou criando novos, como, v.g., as questões do Marco Civil da Internet, do Código Comercial, de Licitações e Contratos, e o tópico sobre Memória, Verdade e Justiça, dentre outras comunidades de debate.<sup>2</sup>

Outra iniciativa que ressalta o uso da internet em defesa do cidadão vem do Projeto de Lei 4805/2009, que acrescenta o art. 13-A e altera o art. 14 da Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, para permitir subscrição de projetos de lei de iniciativa popular por meio de assinaturas eletrônicas.

Mesmo com tantos benefícios, deve-se levar em conta as diversas críticas quanto aos *softwares* desenvolvidos pelos Governos, principalmente quanto à utilização dos portais e sua real eficácia à inclusão digital.

<sup>2</sup> Disponível em: < <http://edemocracia.camara.gov.br/>>. Acesso em: 24 jul 2012.



Diversos pensadores da atualidade, como Zygmunt Bauman (1995, 2004), Jean Baudrillard (1997), Boaventura de Souza Santos (2001, 2006) e Trivinho (2007) criticam a suposta democracia virtual. Afirmam que não é real a tão propalada igualdade, que deveria ser presente nesse meio de comunicação, e que o excesso de informação próprio da internet mais prejudica do que beneficia a população.

Em recente artigo, publicado pelo *Social Europe Journal*<sup>3</sup>, Zygmunt Bauman faz uma lúcida reflexão a respeito de o uso que os cidadãos fazem das novas mídias e redes sociais contribuindo para o controle público da vida privada, ao invés do senso-comum, que indica aumento da liberdade de expressão.

Pela análise do pensador, as redes sociais seriam uma forma de vigilância barata e rápida, desconsiderado seu papel de ferramenta para o avanço da democracia e dos direitos humanos. A eficácia do controle se deve também à cooperação voluntária de seus alvos, que infelizmente (e deliberadamente) preenchem páginas com informações privadas e dados pessoais sob a justificativa de construir o próprio perfil e expressar opiniões:

It is an old, very old story told all over again: one can use axes to hew wood or to cut heads. The choice does not belong to axes but to those who hold them. Whatever the holders' choices, the axes won't mind. And however sharp the edges which it may be currently cutting, technology would not "advance democracy and human rights" for (and instead of) you. (BAUMAN, 2012)

Além desta faceta do uso prejudicial da internet, há outros obstáculos a serem superados para que os benefícios sejam alcançados pela rede.

Atualmente, e principalmente no Brasil, a utilização da internet é custosa e acaba exigindo uma condição econômica privilegiada de seus usuários. Ainda, há uma intrincada rede de informações, que exige um saber específico, para o aproveitamento das ferramentas disponíveis, e das informações idôneas.

Neste sentido, a crítica demonstra que o conjunto de serviços disponibilizados na internet da forma que é colocado atualmente não induz a um efetivo processo de governança eletrônica e de participação ampla e ilimitada pelos cidadãos.

Deve-se buscar a reestruturação dos processos de governo, de forma a transformar o governo eletrônico em um canal de gestão eficiente e democrático das organizações públicas, permanecendo, inclusive, as clássicas formas de inserção cívica nos assuntos do Estado, que possuem grande importância na manutenção dos governos representativos.

---

<sup>3</sup> Primeira revista trimestral, entregue por via eletrônica, 2004 - 2005

## 4. CONCLUSÃO

É justificável a postura cética de certos pensadores contemporâneos diante da perspectiva do uso da internet como panaceia para o déficit democrático, a representação política, princípio-chave à democracia resta cada vez mais desprestigiada:

Em síntese, se o instrumento da representação pretende ser um dos eixos centrais não apenas dos governos modernos, mas dos governos democráticos modernos, é preciso que seja repensado, de modo a atender aos princípios e valores antes considerados. Em outras palavras, para que a democracia representativa não seja apenas definida em termos minimalistas, é preciso que ela signifique, em certa medida, menos uma ruptura e mais uma continuidade do ideário grego. A modernidade deve afirmar o resgate democrático que estabeleceu a partir do constante aprofundamento dos princípios elementares da democracia ateniense – liberdade, igualdade e participação no poder. (MENDES, 2007, p. 150)

Porém, para que as tecnologias que facilitem o acesso à democracia e à informação façam parte da vida da grande maioria da população será necessário um bom espaço de tempo, até a incorporação dessas condições avançadas de desenvolvimento tecnológico e social. Necessário que os indivíduos, assim como as instituições e o governo, tenham efetivamente condições de competitividade e que, estejam em equilíbrio cognitivo e econômico para a utilização deste meio de inclusão.

Sabe-se que diversas forças sociais integram as representações democráticas, e que os agentes políticos detentores de cargos eletivos representam agentes com posições muitas vezes antagônicas. Porém, mesmo que o sistema democrático procure representar com fidelidade as mais diversas camadas sociais, é preciso ter claro que muitas vezes as decisões políticas e as iniciativas parlamentares vão ao encontro de privilégios setoriais e interesses econômicos.

Com uma maior transparência, no debate político, e uma maior integração da sociedade tais máculas terão espaço cada vez menor nas proposições legislativas nacionais.

Assim, a utilização da internet possibilita a análise das ações governamentais em pauta diante das distintas facetas da realidade brasileira, caracterizada por sua diversidade natural e social.

Importante salientar que tal inovação não exclui a realização de audiências públicas dentre outros mecanismos tradicionais de representação popular para os cidadãos que não possuem acesso à internet. Porém, estamos convencidos de que, aliar a tecnologia a

espaços de construção colaborativa de políticas públicas, sobre introduzir mecanismos legitimadores das decisões do governo, é iniciativa capaz de incrementar ainda mais nossa democracia.

## Referências

ABRAMOVAY, P. V.. *Wikidemocracia: a reforma política*. Folha de São Paulo, Opinião, São Paulo, 15 jun. 2011.

ARENDT, H.. *Los Orígenes del Totalitarismo*. Madri: Taurus, 1974.

\_\_\_\_\_. *A Dignidade da Política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

ARTEN, F. A. C. DE. *Dromocracia e Novas Formas de Exclusão*. Anais do 3º Simpósio Nacional da ABCyber. São Paulo: ESPM/SP, 2009a. Disponível em: <[http://www.abcyber.com.br/simpósio2009/trabalhos/anais/pdf/artigos/3\\_vigilancia/eixo3\\_art8.pdf](http://www.abcyber.com.br/simpósio2009/trabalhos/anais/pdf/artigos/3_vigilancia/eixo3_art8.pdf)>. Acesso em: 11 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. *Poderes Legislativo e Executivo na Internet: da construção efetiva do contribuinte nos portais, rumo à pressuposta posição de cidadão*. 2009. Tese (Doutorado em Comunicação e Semiótica) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo. 2009b.

AXFORD, B.; BROWNING, G. K.; HUGGINS, R.; ROSAMOND, B.. *An Introduction Politics*. Londres e Nova York: Routledge Taylor & Francis Group, 2006.

BARBOSA, A. F.; FARIA, F. I. DE; PINTO, S. L.. *Governo Eletrônico: um modelo de referência para a sua implementação*. IN: CONGRESSO ANUAL DE TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO, 2004, São Paulo. Anais... São Paulo: FGV-EAESP, 2004.

BAUDRILLARD, J.. *Tela Total: Mito-ironias da era do virtual e da imagem*. Porto Alegre: Sulina, 1997.

BAUMAN, Z.. *Vidas Desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

\_\_\_\_\_. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

\_\_\_\_\_. *Do Facebook and Twitter Help Spread Democracy and Human Rights?* Social Europe Journal, (primeira revista trimestral, entregue por via eletrônica, 2004 – 2005), 8 maio 2012. Disponível em: <<http://www.social-europe.eu/maio,2012/do-facebook-and-twitter-help-spread-democracy-and-human-rights/>>. Acesso em: 25 jul 2012.

BEÇAK, R.. *Instrumentos de Democracia Participativa*. Revista de Ciências Jurídicas, Universidade Estadual de Maringá (UEM), v.6 n° 2, jul./dez. 2008.

BIMBER, B.. The Internet and Political Transformation: Populism, Community and Accelerat Pluralism. In: Polity, [S.l.], v. 31, nº 1, p. 133 - 160, 1998.

BOBBIO, N.; et al. *Dicionário de Política*. Versão Eletrônica. 6. ed. Brasília: UNB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.

\_\_\_\_\_. *A Teoria das Formas de Governo*. 2. ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

\_\_\_\_\_. *Liberalismo e Democracia*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BONAVIDES, P.. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BURDEAU, G.; HANON, F.; TROPER, M. M.. *Droit Constitutionnel*. 22. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1991.

CAGGIANO, M. H. S.. *Direito Parlamentar e Direito Eleitoral*. Barueri, SP: Manole, 2004.

\_\_\_\_\_. *Oposição na Política: propostas para uma rearquitetura da democracia*. São Paulo: Angelotti, 1995.

\_\_\_\_\_. *Finanças Partidárias*. Brasília: Senado Federal, 1983.

\_\_\_\_\_. *Corrupção e Financiamento das Campanhas Eleitorais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 10, nº 41, p. 215, out./dez. 2002.

\_\_\_\_\_. *Sistemas Eleitorais x Representação Política*. 1997. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 1987.

CANOTILHO, J. J. G.. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1989.

CASTANHO, M. A. F. S. DA.. *E-Democracia: A Democracia do Futuro?* Dissertação (Mestrado em Direito Público e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). São Paulo. 2009.

CASTELLS, M.. *A Galáxia Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.

CLEAVER, H. M.. *The Zapatista Effect: the internet and the rise of an alternative political fabric*. *Journal of international affairs*, Columbia, v. 51, nº 2, p. 621- 640, 1998.

DAHL, R. A.. *Polyarchy: participation and opposition*. 4.ed. Connecticut, New Haven: Yale University Press, 1974.

\_\_\_\_\_. *La Democracia y Sus Criticos*. Barcelona: Paidós, 1992.

DENQUIN, J. M.. *Les Droits Politiques*. Paris: Montchrestien, 1996.

DUVERGER, M.. *Le Système Politique Français*. Paris: PUF, 1990.

\_\_\_\_\_. *Os Partidos Políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

FERREIRA FILHO, M. G.. *Curso de Direito Constitucional*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1983.

\_\_\_\_\_. *O Parlamentarismo*. S.Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *A Democracia no Limiar do Século 21*. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *Constituição e Governabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *A Democracia Possível*. São Paulo: Saraiva, 1972.

FERRY, J.- M.; LACROIX, J.. *La Pensée Politique Contemporaine*. Bruxelles: Bruylant, 2000.

FRIEDRICH, C. J. G.. *Constitucional e Democracia*. Madrid: Instituto de Estudos Políticos, 1975.

HABERMAS, J.. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*, Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HAURIOU, M.; GICQUEL, J.; GÉLARD, P.. *Droit Constitutionnel et Institutions Publiques*. Paris, França: Montchrestien, 1975.

GICQUEL, J.. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 18. ed. Paris, França: Montchrestien, 2002.

JARDIM, T.. *Direito Eleitoral Positivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1966.

LEMBO, C.. *Participação Política e Assistência Simples*. Forense Universitária, 1991.

- \_\_\_\_\_. *O Futuro da Liberdade*. São Paulo: Loyola, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Eles Temem a Liberdade*. Barueri: Manole/CEPES, 2006.
- \_\_\_\_\_. *A Pessoa: seus direitos*. Barueri, Manole, 2006.
- LEIBHOLZ, G.. *La Representazione nella Democrazia*. Milano: Giuffrè, 1989.
- LINZ, J.. Totalitarianism and Authoritarian Regimes. *Handbook of Political Science*. Wesley Publishing Company, v. 3 a, 1965.
- LOEWENSTEIN, K.. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.
- LOPES, J. R. L. DE. *O Direito na História: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MALBERG, R. C. DE. *Teoria General del Estado*. 2.ed. , segunda edición em español, segunda reimpressão, México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- MENDES, D. C. V. R.. Representação Política e Participação: reflexões sobre o déficit democrático. *Revista Katál*, Florianópolis, v. 10, nº 2, p. 143-153, jul./dez. 2007.
- MENDES, G. F.. *Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- \_\_\_\_\_. COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G.. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva; Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2007.
- MEYNAUD, J.. *Grupos de pressão*. Lisboa: Europa-America, 1966.
- MILL, J. S.. *Del Gobierno Representativo*. Madri, Espanha: Tecnos, 1985.
- MIRANDA, J.. *Manual de Direito Constitucional*. T. VII, Coimbra: 2008.
- \_\_\_\_\_. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 1996.
- PATEKIS, K.. The Political Economy of the Internet. In: CURRAN, J. (Ed.). *Media Organizations in Society*. London: Arnold, 2000. p. 84 –106, .
- PUTNAM, R.. *Comunidade e Democracia: a experiência na Itália moderna*, FGV. São Paulo: Brasileira, 1996.
- RUEDIGER, M. A.. *Governo eletrônico ou governança eletrônica: conceitos alternativos no uso das tecnologias de informação para o provimento de acesso cívico aos mecanismos de governo e reforma do Estado* . XVI Concurso de Ensayos y Monografías

del CLAD sobre Reforma del Estado y Modernización de la Administración Pública “Gobierno Electrónico”. Caracas, 2002. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/30677-32637-1-PB.pdf> >. Acesso em: 30 out. 2011.

SANTOS, B. S.. *A Gramática do Tempo*: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

\_\_\_\_\_. *Pela mão de Alice*. São Paulo: Cortez, 2001.

SARTORI, G.. *Teoria de La Democracia*. Madri: Alianza Universidad, 1987.

\_\_\_\_\_. *Comparative Constitutional Engineering*, New York: University Press, 1994.

SCHMITT, C.. *Teoria de La Constitucion*. México: Nacional, 1970.

\_\_\_\_\_. *Sobre El Parlamentarismo*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1996.

SHAFRITZ, J. M.. *Dictionaries of American Government and Politics*. New York: The Harper Collins, 1993.

SILVA, J. A. DA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SMITH, R. A.. *Money Power & Elections*. Louisiana State: Louisiana State University Press, 2006.

SPARKS, C.. The Internet and the global public sphere. In: BENNET, W. L. ; ENT-MAN, M. R. (Ed.). *Mediated politics: communication in the future of democracy*. New York: Cambridge University Press, 2001, p.75 – 95).

SOUZA JUNIOR, C. S.. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*. Tese (para concurso de professor titular do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). Porto Alegre, 2002.

TEODORI, M.. *Il Sistema Politico Americano*. Roma: Tascabili Economici Newton, 1996.

THOREAU, H. D.. *A Desobediência Civil e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

TOINET, M. F.. *Le Système Politique des États-Unis*. Paris: PUF, 1990.

TRIVINHO, E.. *A Dromocracia Cibercultural: lógica da vida humana na civilização mediática avançada*. São Paulo: Paulus, 2007.



UNITED NATIONS – UN. State of the Cities Report, Habitat, 2000. Disponível em: <<http://www.unhabitat.org/pmss/>>. Acesso em: 30 out. 2011.

VALDÉS, R. L. B.. *Los Partidos Políticos*. Madrid: Tecnos, 1997.

VRABIE, Genoveva, *Etudes de Droit Constitutionnel*, Iasi, Romênia, Institutul European, 2003.

\_\_\_\_\_. *Les Régimes Politiques des Pays de L'U.E. et de la Roumanie, Bucaresti*. Romênia: Monitorul Oficial, 2002.

WILHELM, A. G.. *Democracy in the Digital Age*. London: Routledge, 2000.

YOCELEVZKY, R. R. A.. *Chile: partidos políticos, democracia y dictadura 1970-1990*. Chile: Fondo de Cultura Económica, 2002.

# UM OLHAR SOBRE A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA NO SÉCULO XXI – A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO EVOLUÇÃO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

*Rodrigo Lopes dos Santos<sup>1</sup>*

## **Introdução**

A democracia representativa, regime dotado de amplas virtudes, carrega um defeito enorme: é demasiadamente sujeita a distorções. Em face esta percepção, inúmeros teóricos ressaltam a existência de uma verdadeira crise da democracia representativa.

Neste sentido, leciona o professor Rubens Beçak (2008, p. 5):

[...] vai a democracia se defrontar com a questão da defesa de interesses por grupos mais ou menos fechados, os logo denominados partidos políticos, provocando o surgimento da democracia representativa pelos partidos. Entretanto, mormente já nas primeiras décadas do século XX, ou mesmo antes, no final do século XIX, começa-se a perceber que aquele sistema com a aparência de suprassumo da evolução democrática — encontrava um questionamento *sui-generis*. Até que ponto a necessidade do exercício democrático — aparentemente impossível sem a existência da representação e dos partidos políticos — não acabara por provocar um distanciamento excessivo entre a vontade do eleitor-representado e o eleito-representante? Até que, ponto, pior ainda, a ação do representante não colidia mesmo com a do representado?

A problemática do não cumprimento de programas propostos na ocasião da eleição, e implantação de uma ação governamental completamente diferente das propostas é situação recorrente que desalinha a representação e desnatura a estrutura democrática.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela da Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduado em Direito Tributário Internacional e Direito Tributário dos Mercados Financeiro e de Capitais pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo (USP).

Outra distorção bastante corriqueira que retira a legitimidade da representação é o desvirtuamento ético, consistente na ação pautada pela corrupção ou por interesses pessoais do detentor do mandato eletivo. Tais práticas fazem com que nasça um enorme hiato entre as ações implementadas pelo representante e a vontade daqueles que o elegeram.

Dentre os fatores que solapam a democracia no modelo representativo puro, Mônica Herman Salem Caggiano destaca, com pena de mestre, o elemento autocrático:

[...] não poderíamos deixar de arrolar as práticas oligárquicas de seleção dos próprios candidatos no seio dos partidos, fenômeno que, no quadro eleitoral, coloca o eleitor diante de uma realidade para a qual ele em nada contribuiu. Nesse domínio, a imposição do candidato e do próprio governante decorre naturalmente do sistema de partidos, que, in casu, minimiza a participação dos cidadãos no processo de seleção – mola mestra da representação política. (CAGGIANO, 1987, p. 32)

Percebe-se que a democracia representativa pura e simples é uma fórmula que não atende perfeitamente às demandas sociais, um regime que precisa de aperfeiçoamento.

Explica Boaventura Souza Santos (2002, p.39-43) que os debates travados no período pós-guerra, em torno da democracia, conduziram à adoção de um modelo hegemônico de democracia, calcado na baixa participação popular, que se manifestaria tão somente nos momentos de escolha dos representantes, modelo este adotado, grosso modo, pelos Estados Unidos, Canadá e países europeus de fora da cortina de ferro. Tal modelo teria se alastrado, posteriormente, por vários países ocidentais.

Arremata criticando a adoção da chamada “democracia liberal” em fins do século XX, argumentando que esta acabou por não atender nem aos problemas e anseios nos lócus em que se desenvolveu:

Quanto mais se insiste na fórmula clássica da democracia de baixa intensidade, menos se consegue explicar o paradoxo de a extensão da democracia ter trazido consigo uma enorme degradação das práticas democráticas. Aliás, a expansão global da democracia liberal coincidiu com uma grave crise desta nos países centrais onde mais se tinha consolidado, uma crise que ficou conhecida como a da dupla patologia: a patologia da participação, sobretudo em vista do aumento dramático do abstencionismo; e a patologia da representação, o

fato de os cidadãos se considerarem cada vez menos representados por aqueles que elegeram. (SANTOS, 2002, p. 42)

A partir da década de 1980, ocorre uma nova onda de democratização: diversos países subdesenvolvidos caminham para adoção da democracia. Tal tendência ganha impulso, em 1989, com o desmantelamento da União Soviética e eclosão de revoluções nos países do leste europeu, que integravam a “cortina de ferro”. Esta nova onda democrática propicia o nascimento de distintos modelos de democracia, utilizando-se de fórmulas locais, que buscavam conferir mais legitimidade aos governos recém-instituídos.

Destas práticas advém o que se denomina, segundo Boaventura, modelos contra-hegemônicos. (2002) Isto é, modelos desenvolvidos distintamente de acordo com os anseios de cada nova democracia, que se diferenciam do tradicional modelo de democracia representativa - o modelo liberal hegemônico - o que gerou uma reavaliação do modelo hegemônico:

Ao mesmo tempo, o fim da guerra fria e a intensificação dos processos de globalização implicaram uma reavaliação do problema da homogeneidade da prática democrática. (SANTOS, 2002, p. 42)

Insta salientar, por oportuno, que a construção de estruturas diferentes do modelo hegemônico põe em xeque a ideia da universalidade do conceito de democracia, discussão que tem como pano de fundo os debates entre o universalismo e o multiculturalismo.

Neste panorama, florescem os ideais de uma democracia participativa, apresentada como um modelo capaz de aglutinar as virtudes da democracia representativa e ao mesmo tempo sanar os vícios que permitem a utilização egoística da representação.

Paulo Bonavides exorta opinião nesta linha: “A democracia participativa, sendo, a um tempo, resposta e solução, se levanta a esta altura no horizonte político da república sobre os destroços do regime representativo(...)”. (2001, p. 287)

Analisando-se a obra de Nadia Urbinati, é forçoso considerá-la uma entusiasta da fórmula da democracia representativa.

Referida estudiosa não comunga da ideia de crise da democracia representativa, no entanto reconhece a existência de variáveis capazes de conduzir a distorções neste regime, que acabariam por manchar a tinta democrática do mesmo.

Empreendendo esforços para salvar a fórmula que admira, Urbinati propõe um novo olhar acerca do instituto da representação, de modo a tentar torná-lo menos

suscetível a desvios. Desta maneira, defende a inserção de mecanismos de participação popular no regime da democracia representativa:

o povo soberano conserva um poder negativo que lhe permite investigar, julgar, influenciar e reprovar seus legisladores. Esse poder é negativo por duas importantes razões: sua finalidade é deter, refrear ou mudar um dado curso de ação tomado pelos representantes eleitos; e ele pode ser expresso tanto por canais diretos de participação autorizada (eleições antecipadas, referendo, e ainda o recall\*, se sensatamente regulado, de modo que não seja imediato e, acima de tudo, rejeite o mandato imperativo ou instruções) quanto por meio dos tipos indiretos ou informais de participação influente (fórum e movimentos sociais, associações civis, mídia, manifestações). Esse poder popular negativo não é nem independente da nem antitético à representação política. (URBINATI, 2006, p. 208-209)

Percebe-se que a democracia representativa pura e simples é uma fórmula que não atende perfeitamente às demandas sociais, um regime que comporta, portanto, aperfeiçoamento.

Em sintonia a esta afirmação, o magistério de J.J. Canotilho:

Como forma de reação às falhas do sistema representativo e como alternativa, até certo modo natural, encontramos a sedimentação do que se tem chamado de democracia participada ou participativa, estribada no interesse dos indivíduos em sua autodeterminação política, na medida em que a democracia representativa exclui a sua participação direta e, ainda, contra o mandato livre, desvinculado dos cidadãos, aspirando à ideia de consagração da democracia como corolário da soberania popular, onde o poder é do povo, possibilitando transformar a apatia em relação aos problemas da sociedade-Estado, numa conscientização de responsabilidade em uma sociedade ativa. (*apud* FERRARI, p.222)

A partir desta necessidade surgem propostas de mudanças.

## 1. A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO EVOLUÇÃO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Em decorrência das vicissitudes do modelo da democracia representativa, e de sua discutida crise, é desenvolvido um *tertio genus*; capaz de transpor a impossibilidade da democracia direta, mas sem subtrair a participação popular do cotidiano do processo político-decisório, permitindo ao cidadão exercer a cidadania não apenas nos dias de votação. Cria-se assim, a democracia participativa.

Insta salientar, no entanto, que a democracia participativa não constitui um modelo completamente divorciado da democracia representativa, mas sim uma evolução desta.

A democracia representativa não deve ser encarada como um arcabouço ruim de *per si*. Ao contrário, a democracia representativa já confere participação do povo na vida pública, o que é muito desejável; ela já constitui uma negação dos deletérios regimes autocráticos e totalitários.

A democracia representativa é um regime admirável, embora muito sujeito a distorções, e é apto a receber a alcunha de “deusa democracia”, utilizando-se uma expressão aplicada com propriedade pela professora Mônica Herman Caggiano<sup>2</sup>.

Pode-se afirmar a existência de democracia, ainda que não haja previsão de participação popular em âmbito fora das eleições, conforme se depreende a partir da análise dos fatores que permitem a identificação da existência efetiva de uma democracia.

De acordo com Norberto Bobbio, a existência de uma democracia pressupõe o cumprimento de nove indicadores:

- (1) o órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto de membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições de primeiro ou segundo grau;
- (2) junto do supremo órgão legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe do Estado (como acontece nas repúblicas);
- (3) todos os cidadãos que tenham atingido a maioria, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente de sexo, devem ser eleitores;
- (4) todos os eleitores devem ter voto igual;

---

<sup>2</sup> Expressão utilizada nas aulas da disciplina “O Processo Político-Democrático”, ministradas no curso de pós-graduação “*stricto sensu*” da Universidade de São Paulo, no primeiro semestre de 2011.

(5) todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião formada o mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional;

(6) devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas ( o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada);

(7) tanto para as eleições de representantes como para as decisões do órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre;

(8) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições;

(9) o órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez eleito pelo povo (BOBBIO, 1986, p. 327)

Robert Dahl, por seu turno, outorga a alcunha de democracia a cenários dotados das seguintes características:

1 – liberdade de associação, no sentido de criar associações a essas se filiar;

2 – liberdade de expressão;

3 – direito de voto;

4 – elegibilidade para cargos públicos;

5 – direito dos líderes políticos disputarem respaldo popular;

6 – fontes alternativas de informação;

7 – eleições livres e competitivas;

8 – instituições hábeis a assegurar à política governamental ressonância no âmbito do corpo eleitoral, expressa por via de sufrágio ou por outro meio de manifestação de preferências políticas. (*apud* CAGGIANO, 1995, p. 55-56)

Resta claro que, de acordo com os critérios, tanto de Bobbio, quanto de Dahl, prescindem-se da existência de instrumentos de democracia participativa para a caracterização de um Estado como democrático, isto é, a democracia em seu formato representativo já carrega o timbre democrático.

Não há, por parte da democracia participativa, portanto, uma negação das virtudes da democracia representativa; mas sim um aperfeiçoamento, objetivando aumentar a densidade democrática do regime e livrá-lo das distorções quase inerentes à democracia representativa pura.

A democracia participativa parte do instituto da representação popular, que caracteriza a democracia representativa, e lhe acresce instrumentos de participação efetiva do povo no processo político-decisório, colocando o povo mais próximo ao cotidiano político. Obtém-se, portanto, o aumento da densidade democrática, à medida que o povo delibera diretamente a respeito determinados assuntos e é dotado de ferramentas aptas ao exercício de vigilância e influência constante sobre os atores primários da política, os representantes.

Cumpra, agora, analisem-se as ferramentas que permitem esta maior inserção do povo na vida política, isto é, se estudar os instrumentos de democracia participativa que constituem a alma deste modelo democrático.

## 2. INSTRUMENTOS DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

No presente trabalho, tomar-se-á como ponto de partida da análise dos instrumentos de democracia participativa o ordenamento jurídico pátrio, classificando os referidos instrumentos em três grandes categorias:

- 1 - Instrumentos adotados pelo Brasil e classificados como instrumentos de democracia participativa;
- 2 - Instrumentos adotados pelo Brasil, mas não denominados pelo ordenamento como de democracia participativa;
- 3 - Instrumentos não adotados no Brasil (Instrumentos de Direito Comparado).

Analisemos, brevemente, os principais caracteres de cada um dos instrumentos disponíveis nos referidos grupos.

- 1 - Instrumentos adotados pelo Brasil e classificados, pela Constituição, como instrumentos de democracia participativa

Dispõe a Constituição Federal:



Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

Verifica-se, portanto, que a Constituição denomina como instrumentos de participação popular na vida política o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, à medida que estatui que a soberania popular será exercida por meio deles ao lado do sufrágio universal, o qual constitui, por sua vez, o clássico instrumento de democracia representativa.

Tracemos, resumidamente, as linhas gerais de cada um destes institutos.

### **1.1. Plebiscito**

Consiste na consulta prévia feita aos cidadãos, relativa à determinada matéria a ser discutida posteriormente pelo Congresso, se este for autorizado pelo plebiscito, para fazê-lo; logo, se o povo não autorizar, por meio do plebiscito, o Congresso estará impedido de deliberar acerca da matéria objeto da consulta.

A convocação de plebiscitos é de competência privativa do Congresso Nacional, conforme dispõe o art. 49 da Constituição Federal.

### **1.2. Referendo**

O referendo é a submissão de lei ou medida ao crivo popular após sua tramitação pelo Congresso, portanto a população ratificará ou rejeitará norma previamente elaborada, a qual só adquirirá validade e vigência se ratificada pelo povo.

De acordo com o art. 49 da Constituição Federal, a competência para autorização de referendos é privativa do Congresso Nacional.

### **1.3. Iniciativa Popular**

A iniciativa popular é expediente por meio do qual a população apresenta projeto de lei a ser discutido pela Câmara dos Deputados e, posteriormente, pelo Senado, como casa revisora.

A apresentação do projeto, pela iniciativa popular, sujeita-se ao cumprimento de certos requisitos formais, trazidos pelo art. 61, § 2º da Constituição Federal:

§ 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Cumpra ressaltar que parte da doutrina considerava a utilização da iniciativa popular inviável, em decorrência dos requisitos impostos pela Constituição Federal. Tal posicionamento, entretanto, enfraquece-se em decorrência da bem sucedida experiência de iniciativa popular que originou o projeto de lei do qual adveio a Lei Complementar nº 135 que instituiu a “Regra da Ficha Limpa”.

## **2. INSTRUMENTOS ADOTADOS PELO BRASIL, MAS NÃO DENOMINADOS PELO ORDENAMENTO COMO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA**

### **2.1. Ação Popular**

A previsão da ação popular encontra-se no art. 5º, LXXIII da Constituição:

LXXIII - 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;

Referido dispositivo é regulamentado pela Lei nº 4.717/65, diploma normativo que disciplina a ação popular.

A ação popular é instrumento característico de regimes democráticos, como ensina Cláudio Lembo: “A ação popular não encontra campo propício nos regimes absolutistas, autoritários ou totalitários. Ela é produto específico e genuíno dos sistemas de governo democráticos”. (2007, p. 255)

José Afonso da Silva (2007, p. 83) assevera a natureza política do instituto: “A doutrina reconhece, quase sem discrepância, que a ação popular é instituto de natureza política e essencialmente democrático.”

Pode-se citar, ainda, o magistério de Pontes de Miranda (1946, v.4, p. 441), segundo o qual a legitimidade para propositura da ação popular advém do direito político.

Nesta linha, merecem observação os ensinamentos de Elival da Silva Ramos, atestando esta natureza de direito político

Dentre o rol de direitos subjetivos exercidos com relação ao Estado (direitos públicos subjetivos), denominam-se direitos políticos aqueles que implicam em participação, direta ou indireta, no poder, o que equivale, a dizer, nas funções do Estado.

Esses direitos políticos compõem uma gama extremamente variada, que vai bem além dos tradicionais direitos de votar e ser votado, cuja titularidade caracteriza o status da cidadania.

A ação popular, concebida restritamente como ação judicial intentada por qualquer do povo ou parcela deste, agindo nessa qualidade, e destinada à proteção dos interesses da coletividade política, é um direito político em sentido técnico. (RAMOS,1991,p.256)

Entretanto, mais do que instrumento disponível em democracias, constitui ela um autêntico instrumento de democracia participativa, à medida em que permite a qualquer cidadão tutelar a gestão e o interesse públicos, a todo tempo, não restringindo a participação popular ao sufrágio conforme ensina José Afonso da Silva:

No sistema brasileiro, tal instituto, efetivamente, atua uma forma de participação do cidadão na vida política; constitui, de fato, uma derrogação do princípio de que essa participação se faça por meio de representantes. (SILVA, 2007, p. 84-85).

## **2.2. Mandado de Injunção**

Partindo-se da consagrada premissa de que a ação popular constitui instrumento de democracia participativa, pode-se chegar à ousada conclusão de que o Mandado de Injunção também assume a característica de um autêntico instrumento de democracia participativa, embora ainda não exista doutrina neste sentido.

Com fito de se provar a tese veiculada, cumpre-se fazer um breve exame acerca dos caracteres fundamentais do instituto.

O Mandado de Injunção é ação de *status* constitucional, encontrando previsão no art. 5º, o qual estatui:

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.

Conforme se observa do cânone constitucional, o mandado de injunção é meio hábil a garantir que a pessoa não fique alijada do exercício de direitos e liberdades constitucionais ante a inércia do poder legislativo, que se omitiu de sua função de regulamentar dispositivo constitucional de eficácia limitada.

Sobressai, até mesmo de uma perfunctória análise, que o mandado de injunção permite uma intervenção do impetrante, que pode ser qualquer pessoa, no jogo político à medida em que, por meio do *writ*, se declara a omissão do legislador.

Ora, se com o mandado de injunção se interfere no meio político, é imperioso reconhecer-se sua natureza de instrumento de democracia participativa.

Insta salientar que o raciocínio exposto neste artigo ganha fôlego ainda maior com a adoção, cada vez mais forte, pelo Supremo Tribunal Federal, da posição concretista direta<sup>3</sup> dos efeitos do mandado de injunção.

A posição concretista direta propugna que a partir do julgamento procedente de um mandado de injunção, será elaborada norma concreta a permitir a fruição do direito ou liberdade obstada pela omissão legislativa. Deste modo, a partir da ação manejada por um indivíduo ou grupo, elabora-se norma jurídica, o que claramente constitui uma participação do povo na atividade legiferante, ainda que a norma seja destinada meramente aos indivíduos impetrantes, no caso de uma adoção de posição concretista de face mais tímida, a individual.

Ante o exposto, lança-se a tese da natureza de instrumento de democracia participativa ao mandado de injunção.

### 2.3. Ação Civil Pública

Ação civil pública encontra previsão na constituição:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

<sup>3</sup> A partir do julgamento do Mandado de Injunção nº 721, em 30/08/2007, o STF passou a adotar a posição concretista, que se tornou a posição dominante na corte, conforme as decisões posteriores, como, por exemplo: MIs 670, 708, 712, 828, 841, 850, 857, 879, 905, 927, 938, 962 e 998.

[...]

III - 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.

A despeito de a Constituição conferir legitimidade para o ajuizamento da ação civil pública ao Ministério Público, constitui, a referida ação, uma forma de atuação popular no campo político.

Isto porque a legitimidade outorgada pela Constituição ao Ministério Público não é exclusiva, isto é, não retira, à Constituição, a faculdade de outros entes ajuizarem uma ação civil pública. Referida legitimidade é concorrente e disjuntiva, conforme ensina a doutrina processual coletiva.

A Lei nº 7.347/85 confere legitimidade ativa às associações, permitindo o ajuizamento por setores da população.

Art.5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) 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. (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007)

A participação popular na Ação Civil Pública fica evidenciada pelo parágrafo 2º do art. 5º da Lei nº 7347/85:

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

Mas por que seria, a ação civil pública, um instrumento de democracia participativa? Ora, seu objeto engloba a tutela da coisa pública, conforme evidencia o art. 1º da Lei nº 7.347/85 e a titularidade ativa da ação é outorgada ao povo, por meio de associações.

O professor Rubens Beçak comunga de tal entendimento:

José AFONSO DA SILVA relaciona a Ação Popular, dentre nós desde a Constituição de 1934, como efetivo exercício de participação na vida política. Nós nos aventuramos ainda a dizer que a Ação Civil Pública, existente infraconstitucionalmente desde 1985 e, no patamar maior desde 1988, também é – por via reflexa – instrumento para tal. (2008, p. 8) é – por via reflexa – instrumento para tal.

## **2.4. Participação popular na gestão pública prevista na Constituição**

### **2.4.1. O Orçamento Participativo nos Municípios**

Fundamentado no art. 29 da Constituição Federal, nasce a idéia de orçamento participativo.

O orçamento participativo representa uma real e direta abertura de espaço político para participação da sociedade, a qual deliberará conjuntamente a gestão dos recursos públicos.

Boaventura Souza Santos (2002) elenca as características essenciais que constituem a espinha dorsal do orçamento participativo:

1 – participação aberta a todos os cidadãos sem nenhum status especial atribuído a qualquer organização, inclusive as comunitárias; 2 – combinação de democracia direta e representativa, cuja dinâmica institucional atribui aos próprios participantes a definição das regras internas; e 3 – alocação dos recursos para investimentos baseada na

combinação de critérios gerais e técnicos. Ou seja, compatibilização das decisões e regras estabelecidas pelos participantes com as exigências técnicas e legais da ação governamental, respeitando também os limites financeiros. (SANTOS, 2002, p. 66)

O arranjo estrutural que viabiliza a tomada das decisões é organizado do seguinte modo, conforme assinala Leonardo Avritzer:

1 – Assembleias regionais em que se desenrola a participação individual aberta a todos os membros da comunidade. Nelas as regras de deliberação e decisão são definidas pelo próprio participante.

2 – Há um princípio distributivo capaz de reverter desigualdades preexistentes em relação à distribuição de bens públicos. Desenvolve-se “tabelas de carência” em fase anterior à deliberação, com fito de identificar as áreas em que há mais necessidade de recursos.

3 – Mecanismo de compatibilização entre o processo de participação e de deliberação e o poder público. Na experiência, de Porto Alegre, criou-se um conselho capaz de deliberar a respeito do orçamento e de negociar prioridades com a prefeitura local. (ano, p.66)

Constata-se que experiência do orçamento participativo representa uma boa combinação de institutos de democracia representativa com democracia direta, construindo uma sadia democracia participativa, na qual atores políticos e atores sociais constroem consenso democrático na alocação dos recursos públicos.

## **2.4.2. Outras formas previstas na Constituição**

Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

Ar. 31. § 3º - As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

Art. 58. § 2º - às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

Art. 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.

Art. 194. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Art. 216. § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

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.

### **3. BREVE ANÁLISE DOS INSTRUMENTOS DE DIREITO COMPARADO**

#### **3.1. Veto**

Instrumento pelo qual uma lei em vigente é submetida ao a escrutínio popular se houver solicitação de determinado número de eleitores.

#### **3.2. Recall**

Instituto pelo qual os eleitores solicitam que o mandato de um parlamentar ou outro agente público eleito seja submetido ao escrutínio popular.



### 3.3. Ombudsman Público

O instituto do Ombudsman consiste no estabelecimento de uma pessoa desprovida de poder político-decisório, mas encarregada de emitir publicamente suas opiniões a respeito do exercício do poder pelos representantes, fazendo, quando necessário recomendações e advertências.<sup>4</sup>

No Brasil, a adoção de tal instituto parece um tanto quanto dispensável, visto que há instituição encarregada da defesa do regime democrático e dos interesses sociais: o Ministério Público, que é dotado de instrumentos mais poderosos que a mera publicidade da opinião.

Ademais, a liberdade de expressão conferida a todas as pessoas e a existência de uma imprensa livre, parecem cumprir a função do ombudsman.

## 4. CALCANHAR DE AQUILES DA DEMOCRACIA

### PARTICIPATIVA

A democracia participativa, como praticamente toda criação humana, está sujeita à falibilidade, traz, portanto, a possibilidade de desnaturação que acabaria por aniquilar a real participação popular na democracia. Tais desvios converteriam a democracia participativa em mero engodo: uma aparente democracia participativa dando irreál legitimidade popular a uma democracia representativa de baixa densidade democrática.

Neste sentido, Boaventura Souza Santos alerta para a possibilidade de distorções da participação popular, subtraindo-a de pretensas democracias participativas, e nos traz alguns exemplos emblemáticos:

Podemos, portanto, sistematizar algumas das características dos casos nos quais a participação não chega a vigorar ao final de um processo de descolonização ou democratização. Podemos pensar em pelos menos quatro casos diferentes: em primeiro lugar o português no qual as formas de participação são desqualificadas ao fim de um processo de disputa pela hegemonia da forma democrática no qual as forças conservadoras conseguem impor o seu modelo. Podemos pensar na Colômbia como um segundo caso, no qual as formas de participação não se deslegitimam mas tampouco conseguem se impor como modelo alternativo devido à reação dos

---

<sup>4</sup> A respeito do Ombudsman, se recomenda a leitura de excelente artigo escrito pela professora Regina Maria Macedo Nery Ferrari, contido na coletânea "Democracia, hoje. Um modelo político para o Brasil." Embora o referido artigo chegue à opinião diversa acerca da importância do instituto.

setores conservadores. O caso de Moçambique parece ser diferente. Por um lado é verdade que as práticas de participação em Moçambique tampouco se deslegitimam. O que o caso moçambicano apresenta é a necessidade de uma pluralização da própria gramática política para que a pluralidade da sociedade possa ser assimilada pela democracia. E temos finalmente o caso do Brasil, no qual as formas de participação podem fazer parte de um processo de cooptação, como parece ser o caso da noção de público utilizada por associações de filantropia empresarial. [...]Essas fundações, ao mesmo tempo em que ressaltam os efeitos sociais de suas políticas, tendem a reduzir a idéia de público a duas categorias: a dos consumidores e a dos empregados da própria empresa...” “... assim, os perigos da apropriação do discurso de democracia participativa por propostas que não significam muito mais que sua redução às categorias da mercantilização. (SANTOS, 2002, p. 64)

## 5. CONCLUSÃO

Nota-se, portanto, que a mescla de mecanismos de participação popular na tradicional democracia representativa, convertendo-a em verdadeira democracia participativa é muito salutar e ventila com novos ares a velha fórmula enfraquecida pelas distorções na representação conferindo-lhe novo vigor, alcançado por meio do aumento da densidade democrática.

Com relação aos instrumentos de democracia participativa, frisa-se a vanguardista tese, de que o Mandado de Injunção se revela como um autêntico mecanismo de democracia participativa. Esta classificação, aqui lançada, ganha ainda mais propósito com a atribuição concretista de efeitos ao mandado de injunção, mesmo que feita na sua modalidade mais tímida, qual seja: a individual.

Entretanto não basta a mera criação de tais instrumentos e sua previsão no ordenamento jurídico, é imprescindível sua efetividade, o que pressupõe uma população dotada de capacidade crítica e comprometida com a atuação no espaço público, pois só assim não se terá o esvaziamento da democracia participativa por fenômenos como o da cooptação.

Tais fenômenos são capazes de distorcer a própria democracia participativa, a qual tem por objetivo, justamente, corrigir os desvios tão frequentes no tradicional modelo de democracia representativa.

Cumprе salientar, todavia, que a adoção de tais expedientes de democracia participativa revela-se profícua em países dotados de certa maturidade democrática, tanto

do ponto de vista institucional, quanto no que tange à cultura de democracia de sua população.

Países que cumpram estes requisitos não se encontram suscetíveis a manipulações de cunho populista que acabariam por enfraquecer a periodicidade de eleições ou por conferir poderes ditatoriais a chefes de executivo carismáticos e demagogos.

Estes países, dentre os quais se pode incluir o Brasil, podem, por meio dos instrumentos de democracia participativa, aliar as virtudes operacionais da representação às vantagens da participação ativa, colhendo como fruto um regime pragmático, mas que, concomitantemente, proporciona que cada cidadão participe verdadeiramente da vida política e dê sua contribuição, algo que se pode chamar de Democracia do Século XXI.

## Referências

SILVA, A. J. DA. *Ação Popular Constitucional* – doutrina e processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BEÇAK, R.. Instrumentos de democracia participativa. In: Anais do IX Congresso do Conpedi. Manaus: CONPEDI, 2008. Disponível em: [www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/rubens\\_becak.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/rubens_becak.pdf). Acesso: 29/07/2012.

BOBBIO, N.. *O Futuro da Democracia* – uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. [S. l.]: Paz e Terra.

\_\_\_\_\_. MATEUCCI, N.; PASQUINO, G.. *Dicionário de Política*. 2. ed. Tradução de Renzo Dini e outros. Brasília: EdUNB, 1986 BONAVIDES, P. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros.

CAGGIANO, M. H. S.. *Sistemas Eleitorais X Representação Política* . 1987. Tese (Doutorado em 1987) – FDUSP, São Paulo.

\_\_\_\_\_. *Oposição na Política*. São Paulo: Angelotti, 1995.

FERREIRA FILHO, M. G.. *A Democracia Possível*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

\_\_\_\_\_. *A Reconstrução da Democracia*. São Paulo: Saraiva, 1978.

FERRARI, R. M. M. N.. *Democracia, Hoje – Um modelo político para o Brasil*, (ano).

GARCIA, M. (Coord.); BASTOS, C. (Ed.). *Democracia Hoje: um modelo político para o Brasil*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

LEMBO, C.. *A Pessoa: seus direitos*. Baureri: Manole, 2007.

MANIN, B.. *The principles of representative government*. Cambridge University Press, 2002.

MORAES, A.. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PONTES, M. DE.; CAVALCANTI, F. *Comentários à Constituição de 1946*, São Paulo: Max Limonad, vol. 4, 1953.

RAMOS, E. S. DA. *A ação popular como instrumento de participação política*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1991.

SANTOS, B. S.. *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

URBINATI, N.. *O que Torna a Representação Democrática?* Texto apresentado no Encontro Anual da American Political Science Association (Apsa), Washington (EUA), set. 2005. Tradução de Mauro Soares. Lua Nova, São Paulo, nº 67, p. 191-228, 2006.

# O POTENCIAL DO GERENCIAMENTO DE PROCESSOS PARA REDUZIR A DURAÇÃO DAS DEMANDAS E ASSEGURAR O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Márcio de Sessa<sup>1</sup>

## Introdução

O discurso da celeridade e efetividade processual ganhou intensidade nos últimos anos. Alterações no Código de Processo Civil e na própria Constituição foram feitas para tornar mais efetiva a prestação jurisdicional no tocante ao tempo de sua duração. Essa foi a resposta que surgiu em oposição ao que se convencionou chamar de *crise de morosidade* da Justiça.

Com a Constituição de 1988, o acesso à Justiça ganhou novos contornos, foi alçado ao patamar de garantia fundamental e afirmou o que o período do regime militar havia represado. Contudo, se o acesso foi garantido e ampliado, elevando-se sobremaneira a partir da década de 1990, a prestação se verificou intempestiva. A angústia de litigar na Justiça foi ampliada pela angústia da demora da Justiça.

Vários fatores contribuem para a lentidão da prestação jurisdicional, no entanto, o enfoque majoritário sempre buscou nas reformas processuais o meio de aceleração e garantia de efetividade e tempestividade. As reformas legislativas no Código de Processo Civil de 1973, se iniciaram na década de 1990, quando, em 1994, foi criado o instituto da tutela antecipada pela Lei nº 8.952; em seguida, uma série de outras reformas alterou o código de processo, todas com o anseio de oferecer maior celeridade ao trâmite processual, tocar o ponto da tempestividade e reduzir a enorme carga de processos a que está submetido o Judiciário.

No percurso das reformas legislativas, podemos demarcar dois momentos históricos importantes no trajeto da razoável duração do processo no direito brasileiro: primeiro, alçado ao patamar de garantia fundamental, a razoável duração do processo foi objeto da Emenda Constitucional nº 45/2004, quando foi incluída no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal e impulsionou novas reformas processuais legislativas; depois, mais recente, surge a proposta de elaboração de um novo Código de Processo Civil cujo discurso de sua necessidade sempre aponta e se aporta no elemento central da celeridade e efetividade do acesso à Justiça como meios garantidores da razoável duração do processo: em suma, uma prestação jurisdicional tempestiva.

<sup>1</sup> Mestrando pela Universidade Nove de Julho (Uninove)

Contudo, vários outros fatores influem na tempestividade da Justiça, desde a abertura democrática até a própria forma de organização do Poder Judiciário, dos cartórios judiciais, das relações *interna corporis*, da cultura da nossa formação jurídica, etc. Sabemos, portanto, que o rito processual não é o único fator que incide no tempo de duração do processo. Na ponta da organização judiciária, os cartórios judiciais desempenham papel essencial para comandar o tempo da prestação da justiça. Há que se ver, portanto, a influência dos cartórios na produção da crise da justiça e, por outro lado, as experiências de gerenciamento processual enquanto racionalidade dos cartórios no enfrentamento da morosidade.

Antes disso, a própria relação existente entre tempo e Direito que, muitas vezes, é reduzida ao andar cronológico dos dias para a contagem dos prazos processuais, também influi na concepção de processo e de processamento e afeta sua duração. Tempo e Direito representam uma fecunda interação: ambos se instituem e se instituem socialmente por obra do Direito. (SPENGLER, 2008, p.14) A importância do tempo para o Direito não se resume a prazos e nem à satisfação do sentimento de urgência a que estamos expostos.

O ritmo frenético da informação, sua velocidade instantânea em tempos hipermodernos faz parecer que tudo é para ontem. Para atender satisfatoriamente a demanda imposta pela sociedade ao Judiciário não é necessário que o julgamento seja feito com pressa, neste sentido que o discurso da segurança jurídica ganha força. Para o direito ser dito com segurança é necessário que seja dado tempo. Feito com pressa, o processo e o julgamento podem, de fato, ser eivados por violações de direitos e garantias. E quanto mais abarrotado o Judiciário fica, maior o sentimento de *pressa* para julgar e para processar/tramitar nos atinge. Por isso que, somente mudanças no rito processual não são suficientes para promover e atingir a razoável duração. É preciso mais: olhar para o conjunto de fatores que influem no tempo processual e, em especial, para o próprio trabalho daqueles que são os responsáveis pelo trâmite processual para que seja possível pensar alternativas satisfatórias para a crise.

Isso porque, para além da proposta de novo código, a razoável duração do processo deve ser devidamente encarada como garantia constitucional, tal como o é, inclusive conclusão de seu dispositivo; e pode ser pensada em seus aspectos mais amplos, como as experiências de gerenciamento de processos e seus resultados no combate à morosidade e o próprio lugar que a prestação jurisdicional ocupa nas prioridades do Estado brasileiro.

## 1. DESENVOLVIMENTO

A rotina daqueles que atuam na esfera judiciária fornece uma percepção do tempo que, geralmente, o reduz aos sentimentos de pressa, urgência, demora e lentidão. O

tempo dos conflitos sociais parece ser dissonante do tempo do judiciário, ocasionando pressão e desconforto nos sujeitos envolvidos. A questão temporal permeia a atividade jurídica de forma intrínseca, porém, costumeiramente o tempo é tratado apenas como a medição dos dias para a verificação e cumprimento dos prazos processuais; do mesmo modo, aguarda-se que o tempo passe (podendo ser percebido de modo devagar para uns e ligeiro para outros) até que se finde o processo. Cada qual tenta fazer o uso da temporalidade conforme a conveniência de seus interesses, para alguma lentidão é o próprio objeto da justiça e não a sua prestação institucional.

Seria, então, o tempo para o Direito esse sentimento de pressa, demora, contagem de prazos, impaciência, julgamento que atenda as expectativas de urgência? Indaga-se o porquê da demora à prolação de uma sentença ou surpreende-se com sua publicação repentina. Como medir o tempo para dizer o quanto dele seria justo num processo? Como conceituá-lo? Qual o lugar do tempo no Judiciário e na razoável duração do processo? Seria a morosidade sintoma? Neste emaranhado de sentimentos, conveniências, finalidades, somos inebriados sem saber ao certo o que é o tempo e como se relaciona com o Direito, o que, de partida, acarreta-nos limitações para elaborar sobre a temporalidade judiciária.

Para enfrentar estas indagações e lançar perspectiva mais abrangente da que se tem dado, comumente, ao princípio da razoável duração do processo, partimos da tese de François Ost para definir as bases da relação entre tempo e Direito.

A premissa do filósofo Ost se funda, também, na obra de Norbert Elias (1998), na qual o tempo é definido para além de a sua percepção objetiva, manifestada pelo mecanismo físico da própria natureza, quando observamos, por exemplo, a passagem dos dias, o perecimento dos seres e de objetos; e da percepção subjetiva, a experiência psíquica de quando sentimos o tempo em relação a algo e que, diante o mesmo intervalo, pode parecer uma eternidade ou uma fugacidade. Trata-se de transcender essas duas perspectivas para compreender que o tempo é uma *instituição social*, um símbolo, “uma construção social e, logo, um desafio de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico”. (OST, 2005, p.12)

Posto isso, portanto, o tempo é parte do próprio fenômeno social e não mero fio que se desenrola sem afetar a constituição das coisas e das relações, porém, ao contrário, o tempo se institui no seio das relações para participar de sua “própria natureza”. (OST, 2005, p.12-13) Liga-se inexoravelmente aos acontecimentos naturais e sociais, e como diz Ost, não se restringe a tangenciar, por seu exterior – formal e vazio, mas é parte constituinte porque é processo de instituição social. (OST,2005, p.13)

De outro lado, se o decorrer do tempo firma a obra social que se institui, “a função principal do jurídico é contribuir para a instituição do social: mais que proibições e sanções (...), o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que



redizem o sentido e o valor da vida em sociedade”. (OST, 2005, p.13) Instituir o social, aqui, representa atar o laço social, uma espécie de amálgama comunitário, que segura e mesmo que separa, mas que mantém a sociedade enlaçada e redizendo os próprios valores, sentidos e destino. A instituição do social também se afigura aos indivíduos como uma oferta de símbolos necessários para a construção de sua identidade e para sua autonomia. (OST, 2005, p. 13)

Percebe-se, assim, que a troca de forças entre tempo e Direito são essenciais, a performance imbricada de ambos nos mostra, *na* realidade, que se é a força do tempo que institui, é a força do direito que temporaliza, que constrói e define o laço social e a rede de trocas simbólicas da memória social.

O potencial deste laço entre a temporalização social do tempo e a instituição jurídica da sociedade, seguindo o raciocínio de Ost, demonstra a insuficiência da concepção (positivista) que trata o tempo, em relação ao direito e ao processo, como algo secundário e marginal à essência do rito processual, destinado tão somente a contabilizar os dias passados e os dias futuros, cumprir prazos e aguardar que seu desenrolar cumpra sua função por si só, como se o tempo fosse algo em si e dissociado da constituição da realidade e do processo. Contudo, para além do que a visão positivista (que nos influencia) pode apreender é que tempo e Direito estabelecem uma relação dialética que restabelece ao tempo o lugar de força instituinte e necessária do jurídico. (OST, 2005, p.14)

O tempo da prestação jurisdicional, portanto, não se afeiçoa somente ao sentimento de razoabilidade do cronograma judicial para a satisfação dos interesses postos no litígio, mas vincula-se, sobretudo, na necessidade de tempo para se dizer o direito e se aproximar da justiça, na permissão de maturar o entendimento sobre a controvérsia para a adequada aplicação e interpretação da norma jurídica. É o próprio *direito ao tempo*. Neste sentido, a sentença de Ost nos é interessante (inclusive para pensar o conceito de jurisdição): “não é possível *dizer o direito* senão *dando o tempo*”, e que pode ser pensada também pelo seu inverso: *dando o tempo se diz o direito*. São as forças conjugadas entre a Temperança, que é a sabedoria do tempo, e a Justiça, que é a sabedoria do Direito, que indagam a respeito de possibilidades desse fecundo relacionamento. (OST, 2005, p.12)

Contudo, essa relação entre tempo e direito é uma luta constante a favor da “temporalização social do tempo e pela instituição jurídica da sociedade” (OST, 2005, p.12), uma forma de buscar a regeneração da sociedade (umas das finalidades do processo judicial) quando abalada pelos litígios sociais e, no entanto, uma obra frágil, sempre ameaçada pela “destemporalização: a saída do tempo comum instituinte”. (OST, 2005, p. 15)

Neste desafio temporalizador, a morosidade do sistema de justiça constitui o enfrentamento necessário do Judiciário na recuperação ou, seria melhor dizer, na retemporalização de um tempo judiciário razoável em sua constituição, enquanto eixo instituinte do próprio Poder. Caso em que tem a seu favor o privilégio do longo prazo na definição de políticas públicas (para além de as reformas processuais) que deem conta de satisfazer as necessidades sociais com a adequada prestação do serviço público de distribuição e acesso à justiça. Neste sentido, é dado ao Estado o benefício do longo prazo (que o mercado não tem) e da projeção do futuro para prover a duração e a solidariedade social, acompanhando as mutações e impedindo que o tecido social se rasgue. (OST *apud* DELMAS, 2005, p. 36)

Nesse sentido, o processo judicial se aperfeiçoou como o percurso destacado e ritualizado de um tempo distinto, recriado, não cotidiano, para acolher os conflitos sociais e ampará-los numa perspectiva que garanta, por um lado, o enquadramento da ilicitude praticada, e por outro, a garantia de defesa daquele que desequilibrou as relações sociais; permite o desenvolvimento dos efeitos performativos e instituintes do julgamento: os efeitos jurídicos: (a condenação, a absolvição, etc) e os efeitos sociais (apaziguamento do conflito social). (OST, 2005, p. 14) O rito aqui se apresenta como o percurso dotado de ritos de passagem e de tempos próprios e instituidores de direitos para reorganizar o conflito e lhe dar direção: “trata de uma prática social que serve para governar o sentido da complexidade das coisas. O rito é a resposta para a incerteza, condimento da angústia do não-previsível, é controle, é tanta coisa, mas é sobretudo prática social”. (SPENGLER, 2008, p. 42)

O processo, portanto, para a sociedade e para o direito é bem delimitado: sabe-se o seu começo e o seu fim. E é somente neste espaço-tempo que sua simbologia e linguagem podem agir e agem com a exclusividade que lhes foi outorgada para que, ao término, a função de coação em decidir seja exercida pela Jurisdição-Estado. O poder do Estado, neste aspecto, é sentido por todos: o tempo diferido e ritualizado do processo não pode ser reproduzido, e isso se deve ao princípio da autoridade da coisa julgada, que impede, em regra, que a mesma jurisdição volte a ocupar-se de um caso já decidido por ela. Sendo, pois, o tempo do processo um tempo que não se repete, que não se reproduz, um tempo único, então. (SPENGLER, 2008, p. 43)

Regenerar a vida social, este é o sentido do tempo judiciário. Uma luta, portanto, contra o abandono, ofertando a cada grupo social a possibilidade de se reproduzir e redizer o conflito numa representação dramática em que é possível agir, refutar a corrosão temporal e afirmar a capacidade regeneradora do direito. (SPENGLER, 2008, p. 43-44) No entanto, diante a morosidade, o processo (tempo e espaço diferidos) trata de ampliar e potencializar o conflito, o que lhe causa a deturpação da própria finalidade. O tempo processual que escapa da razoabilidade torna o processo lugar comum,

com pouca diferenciação ao tempo da realidade cotidiana. Agravam-se os conflitos sociais, portanto, e o processo se esvazia dos sentidos de que é dotado.

E nessa luta por retemporalização, questões se nos colocam: uma delas é o contexto histórico no qual vivemos neste início de novo milênio e que afeta o sentido de duração das demandas judicializadas. Cuida-se dos *tempos hipermodernos*, aqui retratada com base em Gilles Lipovetsky (2004).

Para Lipovetsky, a pós-modernidade foi mobilizada no início dos anos 1970 para designar o abalo dos alicerces absolutos da racionalidade e o fracasso das grandes ideologias da história, o futuro era menos carregado de expectativas, vivíamos uma temporalidade fortemente marcada pelo precário e pelo efêmero, com horizontes mais curtos no lugar de visões entusiásticas do progresso, do mesmo modo que a derrocada das construções voluntaristas do futuro, fundadas em projeções idealizadas e grandes utopias futuristas, cediam lugar ao passo largo da crescente vitória e consolidação do consumismo centrado na vida presente; a *pós-modernidade* abria um período que indicava uma “temporalidade social inédita, marcada pela primazia do aqui agora”. (2004, p. 51)

Neste espaço-tempo de abertura do novo, de desintegração da modernidade, viveu-se “um breve momento de redução das pressões e imposições sociais”.(LIPOVETSKY, 2004, p.52) Passada essa fase de transição, uma nova temporalidade social se impôs, “triunfam a tecnologia genética, globalização liberal e os direitos humanos” (LIPOVETSKY, 2004, p. 52), no entanto, ressurgem pressões sociais diante esse novo tempo centrado no hoje e desprovido de contrapesos.

A temporalidade social que se impôs veio carregada pelo ímpeto técnico-científico, de modernização desenfreada, desregulamentação econômica, mercantilização proliferativa, rapidez, de “uma sensação de fuga para adiante” (LIPOVETSKY, 2004, p. 53), e igualmente de promessas e de perigos. Enquanto a pós-modernidade se instaurava, a hipermodernidade era gestada.

Diferentemente do pós-moderno que se fez com o olhar em oposição ao passado moderno, a hipermodernidade não encontra para si elementos que a façam se construir em oposição ao discurso precedente. O que se vislumbra na hipermodernidade é a elevação do poder revelado na pós-modernidade. Aceleração, extremos e excessos são características deste novo momento hiper. Tudo se eleva ao máximo: operações econômicas, investimentos em capitais, o consumo desenfreado, a lógica da obsolescência, o tempo quase real, ou real, de muitas transações e relações, o desenvolvimento tecnológico avassalador, shopping centers, a maximização dos ganhos na economia e em diversas dimensões da vida, vigilância extrema, etc, em suma: é preciso sempre mais.

Como visto, o presente assume importância extrema e talvez seja esta a radicalidade deste momento hiper: a intensidade que se pretende viver o agora com a fragilidade dos laços com o passado e com o futuro. O tempo se torna um problema: diante tantas oportunidades e necessidades sente-se a escassez temporal. Surgem, portanto, conflitos a partir da temporalidade que cultua o presente e que cria temporalidades diferentes. Tudo é urgente, nada deve ser esperado. A praticidade e o pragmatismo ganham espaços nos discursos de mudança. O tempo sofre uma imensa desregulação e individualização (LIPOVETSKY, 2004, p. 58), são os perigos de destemporalização, “a saída do tempo como instituinte” (OST, 2005, p.15) contra os quais o tempo social terá que se fazer valer. (OST, 2005, p. 25) Para Lipovetsky, vivemos no “reinado da urgência”, numa sociedade completamente reestruturada pelas “técnicas do efêmero, da renovação e da sedução permanentes”. (LIPOVETSKY, 2004, p. 77, 59)

Essa temporalidade instaurada nas últimas décadas tem gerado conflitos. No tocante ao judiciário podemos senti-los diante as urgências impositivas da dinâmica social em contraponto ao tempo diferido do processo. De um lado, em especial, os atores sociais mais diretamente imersos no capitalismo mundial que se referenciam no tempo real, da simultaneidade, no custo-benefício, riscos e expectativas de ganhos em relação ao tempo de duração dos procedimentos; do outro, o tempo diferido do processo judicial, que busca outras garantias e finalidades, “encarado como sinônimo de segurança e concebido como uma relação de ordem e autoridade (...), impede a realização de julgamentos precipitados sem distanciamento” do conflito social. (FARIA, 2005, p. 38)

No entanto, a morosidade é a própria destemporalização que retira do processo o seu caráter de tempo diferido, deslocando-o para o lugar de uso conveniente. Alguns atores sociais utilizam da morosidade do processo (e não do processo); para outros que buscam a justiça, o processo encarna a própria expressão da entropia, que tudo leva ao caos. De qualquer forma, o conflito entre o tempo social e o tempo do processo permanece, seja pela própria finalidade de acolher o conflito, seja pela patologia que o desvirtua.

Contudo, ainda que rapidamente, há que se perquirirem os elementos que conformam a *crise do judiciário*, *crise da morosidade processual*, etc, expressão que de longa data conhecemos. Seu auge ocorreu em 2004, quando a reforma do judiciário veio pela Emenda 45, gerando ampla discussão e polêmica. Na época, Maria Tereza Sadek afirmou que a força da tradição da Instituição Judiciária sucumbiria às inovações em curso, o que alteraria o seu perfil. (SADEK, 2004, p. 79) Assim o foi e hoje temos já consolidados os órgãos externos de controle, bem como a súmula vinculante e a súmula impeditiva de recursos e a previsão, alçada a garantia constitucional, da razoável duração do processo no art. 5º da Constituição Federal.

Essa foi a primeira grande resposta para a questão/desafio da celeridade processual. Recentemente tivemos outra investida contra a morosidade do processo: a proposta de um novo Código de Processo Civil. Percebe-se que o caminho adotado para oferecer respostas ao problema foi o da reforma legislativa-processual. Mas a questão posta é se somente as reformas processuais, depois das várias experiências, dão conta da demanda institucional e social para prestar o serviço de distribuição de justiça. Põe-se, no cenário, o desafio de elaborar a respeito de uma razoável duração do processo enquanto o eixo instituinte e temporalizador do Poder Judiciário para além da dimensão processual apenas.

Para José Eduardo Faria, a crise da justiça “se traduz pela ineficiência com que o Judiciário desempenha três funções básicas: a instrumental, a política e a simbólica”. (2005, p. 24) A primeira diz respeito ao serviço essencial de resolução de conflitos, o que, como vimos, carrega a capacidade e a força de regeneração da vida social por seu tempo diferido e ritualizado, próprio do Judiciário. A função política é acentuada pela divisão dos poderes, pelo poder conferido de controle social para coagir no cumprimento de deveres e obrigações, que assegura a integração da sociedade e reforça as estruturas de poder. No entanto, o poder simbólico é responsável por disseminar os sentidos de equidade e justiça na vida social, alimenta o imaginário com significados que organizam sentidos sociais, integra os laços de interpretação da ordem jurídica para os atores sociais e consegue exprimir padrões de legitimidade na vida política. (FARIA, 2005, p. 24)

Sadek demarca a dupla face do Poder judiciário: o de Poder do Estado e a função institucional de prestação de serviços para distribuição da justiça. A Constituição de 1988 conferiu poder político ao Judiciário, conferindo-lhe capacidade de agir politicamente para questionar, paralisar políticas e atos administrativos aprovados pelos outros poderes, Legislativo e Executivo, bem como determinar medidas de forma independente, sem a vontade dos outros dois poderes. Ademais, a Constituição de 1988 enfatizou os direitos sociais, veio carregada pelos valores da redemocratização e elevou ao extremo as potencialidades do constitucionalismo, aproximou o Direito e a política e adotou o princípio da separação e independência dos poderes. (SADEK, 2004, p. 79)

Contudo, o modelo adotado e que se funda na clássica separação dos poderes, lançou o Poder Judiciário na difícil tarefa de exercer a mediação política entre os outros dois poderes. Coube ao Judiciário, portanto, o papel de guardião da Constituição Federal por meio de o controle de constitucionalidade. Por essas razões que a Constituição Federal de 1988 alçou o Judiciário para o centro da vida pública para exercer um papel de protagonista. (SADEK, p. 80)

Destas imbricações de nosso modelo constitucionalista surge a elaboração sobre a “judicialização da política”. (Cf. FARIA, 2005, p. 27-32; SADEK, 2004, p. 84-85)

O contexto da responsabilidade fiscal e “racionalidade sistêmica” da economia (argumentos do Executivo) lançam ao Judiciário a acusação de *judicialização da política* ao invadir áreas que não são, ou não seriam de sua alçada, aumentando e multiplicando as tensões no âmbito governamental. (FARIA, 2005, p. 28)

Quanto à crise do judiciário em relação à sua faceta de prestação de serviço, há que se ver, inicialmente, que o crescimento da demanda por Justiça no Brasil, afirma Sadek, está altamente relacionada às taxas de industrialização e de urbanização cujo aumento do potencial de conflitos também aumenta a probabilidade de litígios judiciais. Entretanto, esse exercício de cidadania depende da consciência dos direitos e da credibilidade, da máquina judiciária. Contudo, o Brasil passou por uma rápida e contínua industrialização e urbanização, a partir de 1930, mas cujo potencial de litigiosidade judicial foi contido pelo período do regime militar, de 1964 a 1984, quando o exercício dos direitos e o acesso à justiça foram represados. (SADEK, 2004, p. 86)

Com o advento da Constituição de 1988, o acesso à Justiça recebeu especial atenção, tornando-se garantia fundamental: toda lesão ou ameaça a direito serão apreciadas pelo Poder Judiciário (inciso XXXV do art. 5º). A constituinte de 1988 representou um ponto de inflexão para a sociedade brasileira, alterando profundamente o perfil do Poder do Judiciário, que passou a se apresentar cada vez mais fortemente na vida pública. (SADEK, 2004, p. 81) Ademais, “o advento dos direitos difusos e coletivos também contribuiu para o aumento da complexidade dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário”. (ALVES, 2009, p. 12)

Desde então, a demanda pelo serviço público de justiça aumentou vertiginosamente. Essa demanda crescente, frente a uma instituição que pouco se modernizou, causou um déficit gradativo de processos entrados e processos julgados. (ALVES, 2009, p. 12) Isso causou o congestionamento da justiça com a formação de um resíduo de processos à espera da prestação jurisdicional; esse acúmulo foi denominado de “taxa de congestionamento”<sup>2</sup>, conforme os relatórios “Justiça em números” do Conselho Nacional de Justiça. (2009, p. 178)

Trata-se, agora, de gerir este enorme contingente litigioso de modo a garantir a qualidade da justiça. (ALVES, 2009, p. 12) Porém, os números do congestionamento do judiciário são alarmantes, sintomas de um sistema de justiça que não suporta a demanda social que lhe é entregue. Ao analisar a “crise da justiça”, percebe-se que a tendência é o acirramento, o que demonstra o paradoxo a que estamos submetidos: “o amplo e efetivo acesso à justiça é um objetivo promovido e perseguido por um Estado que não tem condições de suportá-lo”. (ALVES, 2009, p. 10)

Outros fatores influem na eficiência do uso da máquina e dos recursos humanos. Podemos citar, como um dos principais, inclusive, o papel das execuções fiscais em nosso sistema de justiça. O relatório do CNJ a respeito de a Justiça brasileira trouxe

<sup>2</sup> Se as novas demandas e os casos pendentes de períodos anteriores são finalizados ao longo do ano.

dados relevantes sobre a relação da morosidade do sistema e as execuções fiscais: cerca de um terço dos processos em andamento na justiça brasileira são de execuções fiscais. Outros apontamentos poderiam ser feitos para demarcar os pilares da “crise do judiciário”, como a cultura da instituição que institui uma mentalidade que privilegia o abstrato em detrimento do compromisso com o real ou a forma de recrutamento de seus servidores, a cargo da própria instituição.

Neste cenário, Paulo Eduardo Alves da Silva suscita a delicada questão de saber se, diante os índices do CNJ “o contraditório e a cognição judicial são exercidos com a profundidade e segurança pretendida pelo legislador processual”. (2009, p. 14) A sua impressão, e que aqui se compartilha, sugere que os dados fornecidos sobre a Justiça brasileira

não cabem no modelo processual de formação jurídica vigentes. O modelo de “linha de produção” da justiça do século XXI é completamente diverso do funcionamento artesanal do século XIX, quando a ciência processual foi concebida. (SILVA, 2009, p. 14)

Nessa luta pela retemporalização do tempo judiciário, há que se entender o funcionamento dos cartórios judiciais e o seu lugar na estrutura de poder do Judiciário para se pensar, e instituir, uma temporalidade judiciária razoável. A rigor, a função dos cartórios judiciais presume a garantia de continuidade do impulso jurisdicional para fazer o trâmite dos autos de acordo com a lei processual. Pressupõe-se que o trâmite deva ser adequado tanto para garantir a tempestividade quanto o acesso à ordem jurídica justa (Cf. WATANABE, 1987) da prestação jurisdicional. No entanto, o desenvolvimento histórico da justiça brasileira, tornou o trabalho dos cartórios sobrecarregados e prestados a destempo, muitas vezes impossibilitados sequer de cumprir os prazos processuais definidos em lei. (BRASIL, 2007, p. 30)

Isso em razão da administração da justiça não ter acompanhado as mudanças sociais e tecnológicas dos últimos períodos. Ademais, diante a nova e crescente demanda inaugurada com a Constituição Federal/88, o próprio exercício da função cartorial não foi reformulado para se adequar aos tempos de exigência e pressão por celeridade. Nesse sentido, a socióloga Maria Tereza Sadek afirma que o “principal problema do Judiciário não está na infraestrutura física, mas sim na gestão”. (SADEK, 2009c, p. 1) Explica Sadek que não há correlação entre a estrutura, entendida pelo material (computadores, carros, etc.) e recursos humanos (magistrados, servidores, etc.) com a lentidão no julgamento dos processos, ou seja, com a eficiência da prestação jurisdicional. Afirma a socióloga que é necessária uma gestão racionalizada dos recursos empregados na Justiça, dado que a maior parte do orçamento dos Tribunais é destinada aos recursos humanos. Sem uma administração interna e adequada, com planejamento e

alocação racionalizada dos recursos, o Judiciário não escapa das taxas de congestionamento. Para isso, será necessário que esse novo paradigma de administração interna rompa com o modelo atual que é o mesmo desde a criação do poder Judiciário. (SA-DEK, 2009c, p. 2)

A influência da gestão cartorial sobre o processo produz forte impacto sobre a morosidade judicial, contudo, observou-se que os demais atores do Judiciário não enxergam e não conferem protagonismo aos cartórios judiciais, sendo, praticamente, *invisíveis*: o cartório não é visto e, muitas vezes, não se vê. Invisível perante o Tribunal e o Legislativo e, por vezes, invisível perante si próprio. Isso sugere que o cartório, sua atividade e seus servidores são estranhos ao sistema de justiça, um sintoma de alienação da atividade concreta do exercício de distribuir justiça. Conforme Sadek, ao se referir à mentalidade do Poder Judiciário e sua preferência pela forma ao substantivo, a invisibilidade pode ser vista como umas das facetas do incentivo ao saber abstrato em detrimento do compromisso com o real. (2004, p. 89)

Para compreender o impacto dos cartórios na produção da morosidade, destacam-se três elementos que merecem atenção: 1) a “jurisdição” exercida em cartório; 2) a “invisibilidade” dos cartórios perante o Tribunal e o legislador; 3) o destaque dado às tarefas burocráticas e aos relacionamentos pessoais. (ALVES, 2007, p. 29) A análise desses três fatores demonstra que a atividade dos cartórios é de natureza essencial ao sistema de justiça, sem que, contudo, seja reconhecido e alçado a esse lugar na estrutura de poder do Judiciário.

A “jurisdição exercida em cartório” demonstra que o impacto dos cartórios no sistema de justiça extrapola a questão de processamento moroso/célere. Como salienta Paulo Eduardo Alves da Silva, a intervenção realizada pelos cartórios atinge o aspecto material do exercício jurisdicional: “os funcionários de cartório são quem elabora um volume considerável de decisões judiciais”. (SILVA, 2007, p. 29) A prática não reconhecida oficialmente é amplamente difundida, sendo que, geralmente, um ou dois servidores são destacados para exercer essa função material da jurisdição para posterior ratificação do magistrado. O Tribunal orienta que diretores e chefes de cartórios se limitem às funções administrativas, contudo, “é possível que o consentimento silencioso e descomprometido com essa prática seja mais nocivo que o reconhecimento, acompanhamento, organização e controle”. (SILVA, 2009, p. 64)

Noutra ponta, o Tribunal é visto pelos servidores tal qual uma entidade abstrata e distante, com forte hierarquização e rigidez, com diálogo praticamente inexistente e que apenas aparece para cobrar o cumprimento de medidas consideradas descabidas, o que gera o sentimento de desrespeito. No entanto, ao Tribunal é conferida a responsabilidade última pela organização dos cartórios judiciais. (BRASIL, 2007, p. 29; 2008, p. 35-36) Percebe-se, pois, a fragilidade do elo entre as unidades responsáveis pelo



trâmite processual das ações com o sistema de justiça, prevalecendo uma dissociação entre a elaboração teórica do direito, na dimensão do exercício da judicatura, e os mecanismos de processamento do sistema de justiça responsáveis por conferir concretude às garantias de prestação jurisdicional. Nesse mesmo sentido, Alves da Silva aponta que para os legisladores os cartórios judiciais também são *invisíveis*, sendo desconsiderados na elaboração dos procedimentos processuais, onde os prazos previstos geralmente não se pautam na rotina do trâmite do processo, e, como resultado, não possui condições de serem cumpridos pelos funcionários. (SILVA, 2007, p. 29) Postura esta que demonstra que o legislador desconhece o vínculo entre a elaboração teórica do direito (lei) e a sua possibilidade de efetividade-concretização no processamento das demandas.

De mesmo modo, na ausência de debate a respeito de a densidade do papel do cartório no sistema de justiça, a pauta de demanda dos funcionários se desloca para insatisfações de outras ordens, como a política de gestão de recursos humanos do Tribunal, os relacionamentos pessoais entre os funcionários e os aspectos burocráticos da rotina em detrimento da efetiva resolução de conflitos e de políticas de gestão do cartório e gerenciamento dos processos. A função política que integra o processamento das demandas, em consonância com a Constituição e as leis, esvazia-se para dar lugar às questões mais literais do exercício do trâmite processual. (BRASIL, 2007, p. 36-37)

No entanto, além dessas questões, outras de natureza organizacional relacionadas à técnica e forma de trabalho também compõem as causas do impacto dos cartórios na distribuição da justiça. (BRASIL, 2007, p. 41) Por essa razão, “o aprimoramento da estrutura organizacional e dos métodos de trabalho dos cartórios judiciais assume especial relevância para o controle da morosidade da justiça” (BRASIL, 2007, p. 41), isso porque os tempos de ciclos das rotinas do cartório constituem e consomem a maior parte do tempo de tramitação processual. Neste sentido, são apontados três problemas que afetam o processamento dos autos e estendem sua duração a períodos não razoáveis: 1) falta de planejamento e rotinas complexas; 2) estrutura organizacional obsoleta; e 3) dificuldade e resistência da informatização da justiça. (BRASIL, 2007, p. 41)

A gestão dos cartórios não está fundada em critérios racionais de organização, como relatórios de gestão ou índice de resultados. Ao que parece, os cartórios se mobilizam na organização de forma espontânea, sem adotar critérios objetivos e fundamentalmente por meio de a tradição dos conhecimentos dos funcionários mais antigos aos mais novos. Necessário, pois, para instituir a retemporalização do judiciário, que se traduzam novos conceitos de organização e de ciclos de rotinas procedimentais dos cartórios e que estes sejam reconhecidos como parte sistêmica do Poder Judiciário, com a devida atenção para a gestão e gerenciamento, de modo que a consecução da finalidade de processar e julgar sejam realizados, do início ao fim, pelo eixo da

razoável duração. Neste sentido, retemporalizar o Poder Judiciário significa recuperar ao processo o lugar e o tempo diferido de acolhimento do conflito social.

A morosidade da Justiça, então, também se afigura como o resultado da visão predominantemente *determinista* que muito apostou nas reformas processuais. Como se percebe, a destemporalização do tempo judiciário ocorreu, também, por prevalecer o abstrato sobre o concreto, dando-se maior importância para a elaboração e aplicação da lei em detrimento dos mecanismos de processamento do próprio direito. O impacto dos cartórios na morosidade contribuiu para a redução do direito de ação a um artefato com caráter antidemocrático: a demora da prestação jurisdicional, até final trânsito em julgado, confere um poder ditatorial às decisões, pois subjugam os jurisdicionados a um tempo não razoável de espera.

A despeito da estrutura de poder e da cultura jurídica em que os cartórios estão inseridos, é possível afirmar que muitos deles, espontaneamente, têm realizado alguma forma de gerenciamento processual de modo a acelerar a tramitação das demandas para melhor atender aos jurisdicionados. Quanto ao conceito, podemos compreender o gerenciamento de processos:

[...] como o planejamento da condução de demandas judiciais em direção à resolução mais adequada do conflito, com o menor dispêndio de tempo e recursos. Depende de uma postura ativa do juiz no controle do andamento dos feitos e organização da unidade judiciária. (ALVES, 2009, p. 21)

Importante assentar que o gerenciamento de processos representa uma racionalidade incorporada pela unidade judiciária para desenvolver suas funções e tarefas, não havendo um conjunto exaustivo de regras e procedimentos para a condução planejada dos processos. (SILVA, 2009, p. 22) Não se trata de mero instrumental, mas de uma concepção de processamento de demandas e distribuição de justiça.

No Brasil, diante o crescente volume de demandas, verificou-se que os juízes e funcionários criaram informalmente soluções organizacionais para enfrentar essa situação de crise. Deste modo, não existe uma lei que preveja o gerenciamento processual e diga o que ele é e como se aplica. Mas entre o procedimento definido em lei e o modo como o processo caminha existem práticas isoladas de condução desenvolvidas por juízes e servidores que são transmitidas aos colegas também de modo informal. (SILVA, 2009, p.39,40) Neste sentido, os cartórios podem ser vistos como “objeto privilegiado de análise do poder jurisdicional”, dado que tem “influência sobre o conteúdo, a forma e o tempo da tutela jurisdicional”. (SILVA, 2009, p. 52)

Dentre as experiências, verificaram-se dois grandes gêneros de gerenciamento: as práticas de condução do processo propriamente e as de organização dos serviços

cartoriais. Subdivide-se, a primeira, naquelas que investem na resolução amigável de conflitos (sessão prévia de conciliação ou audiência preliminar do art. 331 do CPC) e as que conduzem o processo sem pausas para a conciliação; na segunda, de caráter de gestão do cartório, há as que privilegiam o aspecto motivacional, as que investem em estrutura e as que organizam os fluxos de trabalho para abolir os “gargalos”. (ALVES, 2009, p. 41) São, portanto, cinco formas de gerenciamento apontadas e que cotejadas entre si demonstram maior ou menor grau de impacto no tempo de duração do processo de acordo com as escolhas feitas para planejar a tramitação.

Nas práticas de gerenciamento pela resolução amigável o impacto sobre a morosidade ocorre de forma indireta, mas de alcance sobre o conjunto do cartório: “num primeiro momento, reduz a pauta e, num segundo momento, essa redução de pauta diminui o tempo de processamento dos feitos restantes que, em tese, tem maior atenção do juiz”. (SILVA, 2009, p.48) Nesta experiência, o exercício da audiência preliminar (art. 331 do CPC) é fator decisivo para o gerenciamento processual: “além de tentar o acordo, é uma oportunidade para o juiz debater o caso com as partes e planejar o processamento mais rápido e menos custoso do feito – reduzindo assim a pauta”. (SILVA, 2009, p.48) Contudo, o efeito cíclico e progressivo de redução da pauta depende da capacidade de mediação e conciliação do juiz e da probabilidade e adequação da resolução amigável para o caso; e, ainda, que tais fatores reduzam efetivamente o tempo de processamento das demandas não acordadas. É necessário, portanto, que se compreenda o potencial da audiência preliminar para que se obtenham resultados; a audiência preliminar sem planejamento integrado demonstrou poucas vantagens e um custo maior. (SILVA, 2009, p. 49)

Ainda relacionado ao primeiro gênero, detectou-se o gerenciamento mediante o “andamento ininterrupto do processo” que consiste em “evitar proferir decisões agraváveis, concentrar a publicação dessas decisões em um único momento e designar audiências de conciliação apenas quando necessário”, cujo objetivo é o de manter o processo no “trilho normal” em direção à sentença, evitando interrupções indesejadas e incidentes que atrapalhem o trâmite/processo. (SILVA, 2009, p. 50) Neste caso, evidente o contraste em relação ao método de estímulo à resolução amigável, posto que a audiência preliminar seja vista como um empecilho ao trâmite e, noutra ponta, a escolha dos momentos para decisão do juiz escapam aos momentos definidos em lei, travando-se um embate não entre a lei e o poder do juiz, mas entre o controle judicial ou privado sobre o andamento do processo. (SILVA, 2009, p. 51) Revela-se, ainda, que não existe consenso na magistratura (e demais atores do sistema) sobre a função e o potencial da audiência preliminar (art. 331 CPC) para o trâmite do processo e o impacto indireto e benéfico que provoca na atividade do cartório e na prestação jurisdicional. Isso demonstra que não existe convergência conceitual a respeito de a própria

aplicação do procedimento genericamente definido em lei com a realidade de processamento das demandas, havendo, pois, um vasto campo para conceber racionalidades de gerenciamento de processos.

Outra modalidade de gerenciamento verificada foi a de “gestão do fluxo de rotinas dos cartórios”, cujo fundamento percebe que as atividades dos cartórios são interdependentes e que o atraso em uma etapa gera o atraso total. As rotinas dos cartórios não são definidas em lei, suas atividades são prescritas por normas administrativas dos tribunais, sendo que “cada ato tem uma ordem e uma medida temporal (um prazo) para ser realizado”. (SILVA, 2009, p. 53) Portanto, tendo por referência os atos processuais do trâmite, as rotinas precisam ser planejadas com um olhar macroscópico para garantir a fluência das atividades e reduzir os represamentos que geram os “gargalos”: “se o fluxo não é planejado, as providências se represam nesse gargalo, o que aumenta o tempo total de tramitação do feito”. (SILVA, 2009, p. 53,54) Outro fator importante que este gerenciamento desempenhou foi o da eficácia preclusiva em relação ao trâmite processual. Se a preclusão não gera para o processo a eficácia que gera para as partes, o gerenciamento do fluxo das rotinas assumiu esse papel de gerar tempestividade nos atos processuais diante a exigência de uma consciência de fluxo de trabalho existente nos cartórios. (SILVA, 2009, p. 54) Sobre esta experiência, diante a redução do tempo total de trâmite dos processos, verifica-se que:

A influência das rotinas de cartório sobre o ritmo do procedimento, a interdependência destas rotinas entre si e a precariedade dos mecanismos de controle normalmente utilizados são uma evidência do potencial da gestão do fluxo dos cartórios no combate à morosidade da Justiça brasileira. (SILVA, 2009, p. 56)

Outra modalidade de gerenciamento experimentada e que produziu o efeito de redução do tempo de processamento foi a “gestão de recursos humanos”. Os resultados verificados apontam que numa estrutura burocrática de serviço público com pouco espaço para esse tipo de investimento, “gerir os recursos humanos e a estrutura de pessoal dos cartórios judiciais também parece ter potencial para a melhoria do funcionamento da justiça brasileira”. (SILVA, 2009, p. 56)

Considerando que a imensa maioria do efetivo de funcionários é alocada para a resolução adjudicada do conflito (sentença) e que o regime burocrático com poucas perspectivas de crescimento profissional e aumento salarial contribui para consolidar vícios difíceis de serem sanados, a imposição de metas de produção e o seu controle são de difícil incorporação pelos cartórios. Nessa medida, “escreventes reconheceram que, quando pressionados por aumento de produtividade, pleiteiam o benefício da ‘licença-saúde’ e tiram ‘alguns dias de descanso’”. (SILVA, 2009, p. 56) Portanto, elaborar

programas de gestão do cartório baseado na melhoria do ambiente de trabalho, na motivação dos funcionários, numa ordem interna mais fluída, na proximidade do juiz com o cartório, dentre outras que torne menos burocrático os relacionamentos têm o potencial de influir beneficentemente no trabalho de processamento que desempenham as unidades judiciárias (SILVA, 2009, p. 59,60); sobretudo porque as metas impostas pelo Tribunal reforçam a perspectiva de invisibilidade dos cartórios.

Por último, a experiência de gerenciamento fundada na “triagem e preparação das decisões” que consiste numa seção informal para realizar uma prévia análise e elaboração de minuta da decisão, posteriormente ratificada pelo juiz. Neste caso a triagem serve para indicar as questões relevantes, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais pertinentes, uma preparação do caso e do material que o juiz vai utilizar, permitindo-lhe concentrar sua atividade no exercício da jurisdição. Porém, em alguns casos, a triagem estende-se até a elaboração da minuta de decisão do juiz, geralmente são casos repetitivos (como despejo a revelia) e que os assessores designados já conhecem o posicionamento do magistrado. Não se trata de uma simples delegação ao cartório da função jurisdicional, “mas da organização de uma equipe coordenada e controlada pelo juiz para a prestação da justiça nos padrões de justiça e tempo exigidos pela sociedade”.(SILVA, 2009, p. 61) Contudo, o risco de desviar em delegação ilegítima do poder jurisdicional existe e pode ser verificado quando decisões mais complexas, como os saneadores e sentenças, ficam a cargo dos funcionários. O próprio Tribunal orienta que os diretores e chefes de cartório se limitem às atividades administrativas e não reconhece oficialmente a triagem exercida pelos cartórios, este, pois, o perigo que o consentimento silencioso e descomprometido traz a esta atuação para que se desvie numa delegação ilegítima. (SILVA, 2009, p. 61-64)

A estruturação de equipes de triagem possibilita o melhor atendimento do jurisdicionado e da organização do próprio cartório na função de processar e julgar. “O modelo idealizado de prestação jurisdicional, em que o juiz aprecia detidamente os requerimentos e a documentação dos autos simplesmente não existe mais e nem teria como existir”. (SILVA, 2009, p. 64) Reconhecer esse método, exercer controle e responsabilização sobre ele pode gerar bons resultados para potencializar os recursos humanos existentes e combater a crise da justiça.

Portanto, a “conjugação dos elementos que compõem o acesso à justiça depende menos de uma jurisdição de gestão da aplicação da lei e mais de uma jurisdição de gestão da resolução dos conflitos”. (SILVA, 2009, p. 74,80) A absoluta regularidade do procedimento não significa tutela efetiva e tempestiva, isonomia entre as partes, duração razoável, acesso à justiça e devido processo. Pode significar, muitas vezes, demasiado apego às formas em detrimento do princípio da instrumentalidade das formas (CPC 154, 244, etc.). (SILVA, 2009, p. 84)

## CONCLUSÃO

Os resultados gerais das práticas de gerenciamento sugerem que o investimento no protagonismo dos cartórios judiciais, como lugar privilegiado de concretização do processo e “dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, tem o potencial de reduzir o tempo de duração possibilitando que sejam asseguradas as garantias fundamentais. Cuida-se de incorporar uma nova racionalidade ao sistema de justiça, preparando tanto o processo quanto os procedimentos e rotinas dos cartórios para a jurisdição de resolução de conflitos.

Portanto, o gerenciamento de processos pode ser um mecanismo elaborado no tecido social do sistema de justiça e coordenado pelo Estado, que o legitima e o torna efetivo. Esse ritual de reorganização, reelaboração e instituição de novas temporalidades têm o poder de instituir a razoabilidade no seio do direito de ação e do sistema de justiça, enquanto elemento constitutivo e não apenas como abstração que os tangenciam.

## Referências

ANNONI, D.. *A responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo*. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. *Exposição de motivos do anteprojeto do novo código de processo civil*. Comissão de Juristas instituída pelo Ato nº 379/2010 do Presidente do Senado Federal, 2010.

\_\_\_\_\_. *Análise da gestão e funcionamento dos cartórios judiciais*. Brasília. Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2007.

\_\_\_\_\_. *II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo*. Chefes do Executivo, Legislativo e Judiciário, 2009.

\_\_\_\_\_. *Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano*. Chefes do Executivo, Legislativo e Judiciário, 2004.

CRUZ E; TUCCI, J. R.. *Tempo e Processo*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1997.

ELIAS, N.. *Sobre o tempo*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: D. Jorge Zahar, 1998.

EWALD, A. P.; MANCEBO, D.; UZIEL, A.; Prestrelo, E. T.. *Possibilidades identitárias: discussões na hipermodernidade*. Estudos e Pesquisas em Psicologia, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, a.6, nº 2, 2º semestre 2006.

FARIA, J. E.. *A crise do judiciário no Brasil*. In LIMA JR. J. B. *A independência dos juízes no Brasil*. Aspectos relevantes, casos e recomendações. Recife: Gajop, Bagaço, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito e Justiça no Século 21: a crise da Justiça no Brasil*. Coimbra/Portugal. Seminário Direito e Justiça no Século 21, 2003,. Disponível em: <<http://opj.ces.uc.pt/portugues/novidds/comunica/JoseEduarFaria.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2011.

KOEHLER, F. A. L.. *A razoável duração do processo*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

LIPOVETSKY, G.; Charles, S.. *Tempos Hipermodernos: tempo contra tempo, ou a sociedade hipermoderna*. Tradução de Mario Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

MORAIS, J. L. B. DE. *A subjetividade do tempo: uma perspectiva interdisciplinar do Direito e da Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Universidade de Santa Cruz do Sul, 1998.

NERY JUNIOR, N.. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, D. T. DE. *O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo Judicial*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Teologia e Ciências Humanas, Departamento de Direito, Universidade Católica de Pernambuco, Pernambuco. 2007.

OST, F.. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Universidade do Sagrado Coração, 2005.

SADEK, M. T.. Entrevista concedida em: 8 fev. 2009-a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-08/entrevista-maria-teresa-sadek-cientista-politica>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

\_\_\_\_\_. Entrevista concedida em: 8 jan. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-jan-08/justica\\_trabalha\\_nao\\_chega\\_cidadao](http://www.conjur.com.br/2006-jan-08/justica_trabalha_nao_chega_cidadao)>. Acesso em: 10 dez. 2010.

\_\_\_\_\_. Entrevista concedida em: 11 ago. 2009-b. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-11/faz-parte-essencia-justica-preencher-espacos-vazios-sadek>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

\_\_\_\_\_. Entrevista concedida em: 30 out. 2009-c. Disponível em: <[http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/JUSTICA+FUNCIONA+COMO+HA+100+ANOS+AFIRMA+MARIA+TEREZA+SADEK\\_66415.shtml](http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/JUSTICA+FUNCIONA+COMO+HA+100+ANOS+AFIRMA+MARIA+TEREZA+SADEK_66415.shtml)>. Acesso em: 10 de dez. 2010.

\_\_\_\_\_. *Judiciário: Mudanças e Reformas*. São Paulo: Estudos Avançados. Universidade de São Paulo, v. 18, nº 51, maio/ago., 2004.



SILVA, P. E. A. DA. *Gerenciamento de processos judiciais*: desformalização dos meios de solução de conflitos e gestão da burocracia judicial. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

\_\_\_\_\_. *Uma etnografia dos cartórios judiciais*: estudo de caso em cartórios judiciais do Estado de São Paulo. *Cadernos Direito GV*, São Paulo, v.5, nº 24, jul. 2008.

SPENGLER, F. M.. *Tempo, Direito e Constituição*: reflexos na prestação jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WATANABE, K.. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, A. P. C. R. D.; WATANABE, K.. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.130-132.

# OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUSTENTABILIDADE DO ESTADO

*Rodolfo Luiz Maderic Richardo<sup>1</sup>*

## **Introdução**

No decorrer das Ciências Humanas Sociais, estudar o Estado pareceu fenômeno empírico de registro dos mais diversos exercícios de uma sociedade para manter-se com o poder. Dessas lições, identificar a sustentabilidade do sistema, na afirmação de direitos aos cidadãos, é tarefa nova, característica das apreensões do entender de seu funcionamento à efetividade do bem-estar social que se pretende.

Observação reiterada é a de que o Estado como cumpridor do papel de Poder Executivo, na qual certa máquina pública burocrática (Cf. NOHARA, 2012) prescindir de exercícios coordenados, os direitos dos cidadãos alcançam baixa efetividade, e cautelosa conclusão, estariam sendo desrespeitados mesmo na esfera de tutela pética.

O custo dos direitos, como pauta das teorias econômicas jurídicas, alcança rediscussão a ponto de serem institutos modernos de verificação de quão um direito ou outro é preterido ou exercido no âmbito das políticas públicas promovidas pelo Estado.

Assim, analisar a efetividade dos direitos humanos perpassa a timidez de esgotar os entendimentos de quais teriam custos e quais seriam decorrentes da natureza humana, pressupõe a análise fria das condutas dos agentes públicos que formam a cadeia de execução estatal, na forma como implicam seus afazeres e escolhas, perseguindo um rearranjo de técnicas que ultrapassam o Direito Administrativo ao Constitucional, as ciências de apoio e a rediscussão de dogmas, amplamente difundidos, que precisam ser revistos com o aprimoramento da instituição Cidadania.

A integração dos dispositivos normativos, a retomada dos Princípios como norte de decisões hermenêuticas e a busca de revisão das políticas de Estado, permeará a abundância de caminhos para o crescimento das teses de efetividade cada vez maior dos direitos humanos.

## **1. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Uma vez garantidos entre o rol de modernas democracias, os direitos fundamentais não bastaram restar positivados, apenas, dependendo sobremaneira de instrumentos e ferramentais para sua fruição. Por óbvio que toda coerção, proteção e valores

<sup>1</sup> Mestrando pela Universidade Nove de Julho (Uninove)

contidos na norma são de suma importância, porém, na sua aplicação de nada valem belos textos se não se materializarem por inércia do Poder Estatal e até mesmo dos cidadãos a quem possuem a titularidade.

Nesse sentido surgem para o Direito Constitucional alguns reflexos dos próprios contextos, tido como garantidores dos Direitos Fundamentais, mas que até os fins do século passado produziram dor e sofrimento por abusos e arbitrariedades de toda sorte contra a sua efetividade. Coincidentemente este foi o período de maior burocratização do Estado e que mais tarde seria revisto com o modelo gerencial.

Não bastou a posituação, aos aplicadores, embora presente normas completas de direitos e garantias, de nada valiam se os valores, as condições sociais e políticas e até cifras, nela envolvidas, não as refletissem com robustez o seu verdadeiro sentido, qual seja o da efetividade sonhada.

O cenário possibilitou o surgimento de teorias diversas e entendimentos dos quais, em síntese, não bastavam direitos positivos, era preciso na aplicação, o resgate do primado das normas, dos seus valores intrínsecos e de multiplicidade de aplicação com valores do próprio homem.

Para tanto, o conceito de garantias fundamentais foi marcado como um modelo de esplendor de significados e valores, como presente na axiologia de Alexandre de Moraes:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. (MORAES, 1997, p. 39)

No conceito percebemos a citação da dignidade como pressuposto essencial da garantia dos direitos fundamentais, bem como certo patamar limitador de um mínimo suportável para a condição humana.

Daí, em abordagem conceitual o autor concluí que para os direitos humanos há características universais, que embora observadas por povos, culturas e diferentes sociedades, teriam uma nucleação central marcada por: “Imprescritibilidade; Inalienabilidade; Irrenunciabilidade; Inviolabilidade; Universalidade; Efetividade; Interdependência e Complementaridade”. (MORAES, 1997, p. 41)

Dentre as características identificáveis para a aplicação dos Direitos Fundamentais, surgem métodos que, partindo do texto constitucional, servem para assegurar a ampla integração do significado normativo aos objetivos concretos esperados, em verdadeiro exercício revolucionário Hermenêutico<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Nesse sentido, o Neoconstitucionalismo ou Pós-Positivismo procura ultrapassar o mero sentido normativo de um texto constitucional escrito, vai além, busca identificar o núcleo central do direito fundamental e

A pós-modernidade, no entanto, nos faz refletir se o discurso de abuso e arbitrariedade da manutenção do poder, ao passo do mero formalismo de rol de direitos, precisa ser revisto em processos de interpretação, fundados na valorização dos modelos de Estado, seja pela técnica-racional (Cf. WEBER, 1999) ou pela adoção de gestão.

## 2. INTEGRAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Durante muito tempo e até por conta da influência individual libertária dos direitos fundamentais, os extratos de uma constituição eram aplicados com o sentido literal e única e exclusivamente com efeitos particulares.

Não se notava acertada aplicação, com baixa eficácia dos meios e consequentemente baixa integração entre os valores e conceitos das normas com os efeitos esperados por uma sociedade.

A partir da ideia de que os regramentos existentes na Carta Constitucional possuem “Força Normativa”(BARROSO, 2003, p. 75) e permeiam maior efetividade aos direitos fundamentais, surgem instrumentos para assegurar inclusive sua eventual violação, garantidos como próprios direitos, chamados de acesso.

Hans Kelsen (1979) define classicamente o que se pode entender como “efetividade: o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos”.

Ou seja, remontada a ideia de que o direito possui acepções diversas, envolvidas ora em aspectos sociológicos, filosóficos e jurídicos, vez que as condutas do cidadão, permitem caso a caso, aplicar o direito e em abstrato os fundamentais.

Entre nós, Luis Roberto Barroso complementa o conceito:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. (BARROSO, 2003, p. 85)

Da síntese doutrinária, aduzimos que os direitos e garantias fundamentais possuem efetividade à medida que, são acrescidos na ordem social, de interpretações e desempenho dos seus traços e desenhos retidos no corpo dos escritos constitucionais, em verdadeira integração causa e efeito.

Resta-nos saber se o ordenamento pátrio possui tais características e em que estágio ou dimensões, estariam sendo trabalhadas.

Assim, nas atuações do Estado Brasileiro, desde o momento mais singular do lidar com a coisa pública, como o primeiro atendimento ao cidadão, ao mais complexo, eventual conflito com outros diretos.

prestar um julgamento, os dispositivos normativos produzem reflexos nos efeitos da efetividade dos direitos fundamentais.

Ciclo de eterna efetividade, de prática cidadã, de leitura adequada dos comprometimentos de candidatos a cargos eletivos, no quitar tributos, enfim, ao cidadão, são intrínsecos os movimentos pela efetividade, pois, confia no pacto cidadão-Estado e age pela manutenção do ciclo de sua manutenção.

O que se revisita com a acepção da Sustentabilidade e o Estado é o agir público, é a política pública como fonte de resguardo de manutenção do sistema ideal ou do acanhado discurso patrimonialista de alcance e manutenção do poder?

Administrar, não é tarefa fácil. Escolher o saldo de uma peça ornamental para o enfeite de seu lar não condiz com o procedimento de escolha de um arsenal institucional de deveres e direitos, como os previdenciários, a ponto que nesta discussão, direitos são limites às escolhas de regras de cunho ordinário para a fruição.

O mesmo se infere do orçamento público, revelado como uma matemática complexa, ao custo de uma distância, desvelado em cifras de alcance inimaginável ao cidadão comum, mas dentro dele está o seu direito à saúde, à segurança, entre outros.

Diferente ótica é a do poder de tributar, cada vez mais moderno e eficaz, passando a risca, instrumentos de verificação para a adoção das cobranças devidas, que se não honradas, inflam o Poder Judiciário com grande volume de execuções fiscais.

Discutir, portanto, a sustentabilidade dos direitos humanos e do Estado, implica necessariamente na apuração de efetividade desses direitos postos.

### **3. PROPOSIÇÕES SOBRE A EFETIVIDADE NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO (CF. BARROSO, 2003, p. 279-281)**

O campo valorativo de maior ou menor aplicação de um direito fundamental precisa estar sintonizado, aglutinado de opiniões e anseios sociais, em nítida interpretação aberta do conteúdo da norma. Isso não ocorre plenamente no Brasil, quer por suas Instituições, quer por sua cultura de dominação e manutenção da ordem social de desigualdades.

Por outro lado, somado ao abismo entre normas, interpretação e aplicação, não há ainda uma cultura de que a Constituição possui caráter preponderante no ordenamento, limitando o que se poderia extrair como um sentimento constitucional exacerbado.

Não há outra razão, senão o passado instável de alteração de regimes de exceção e democráticos, atividade pendular prejudicial e traumática ao amadurecimento dos direitos fundamentais no País. O Racionalismo do Estado, muito bem planejado, não

logrou êxito ao ser encaixado no ranço patrimonialista da República de Coronéis, fadado ao descrédito com o rearranjo de gestão fixada pelo neoliberalismo.

A efetividade consistente na autodeterminação do conteúdo normativo revela o mundo dos fatos com a exposição dos verdadeiros valores da norma, que no caso brasileiro, infelizmente possui caráter eminentemente elitista, vez que o acesso à garantia, quer no Poder Judiciário, quer por Políticas Públicas ou até ao passo do comprometimento do Poder Legislativo com a edição de Normas, ficam sobremaneira abaixo das expectativas necessárias.

Neste sentido, de modo a ser efetiva, uma norma constitucional precisa ser livre de promessas irrealizáveis, subjetivas, extensas, pendentes de forte atuação estatal e dispêndio de recursos, sob pena de restar-se infrutífera.

Por seu turno, ao ser absorvida como algo impregnado aos seus anseios e conceitos mais coligados, os cidadãos terão pela norma, adequados compromissos por seu zelo e cumprimento, dispensando o caráter excessivo da coerção.

Por fim, de nada valerá se a Organização da Carta não dispuser de instrumentos adequados e processos, para em se havendo necessidade, possam ser acionados como mecanismos de ordens institucionais e cidadãs contra a própria força estatal.

A Organização Normativa da Constituição Federal de 1988 prevê: Normas de organização; Normas definidoras de direitos Individuais e Coletivos, Sociais, de Nacionalidade, Políticos e relativos à existência, organização e participação de partidos políticos.

Decorrentes do processo de dimensões<sup>3</sup> e não de gerações, os direitos fundamentais constituíram-se durante o processo formador da Carta as seguintes classes: Primeira: Direitos Cíveis e Políticos (MAGNA CARTA); Segunda: Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Séc. XX – CARTAS SOCIAIS) e Terceira: Difusos e Coletivos – valores indisponíveis e inexauríveis (fins do sec. XX). (Cf. MORAES, 1997, p. 45)

No entanto, como não se é possível regular positivamente todas as hipóteses de direitos fundamentais aos quais haverá repercussão humana e social, foram também editadas Normas Programáticas cujos fins sociais consistem no resguardo de certas pretensões de prestações positivas pelo Estado.

A aplicação dos direitos humanos consiste obviamente na leitura do disposto no § 1º do Art. 5º da Carta, que prevê: “As Normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A pressa no resguardo das variantes de aplicação, conforme confirma a história, é fruto do panorama e do objetivo efetivo de que se propôs o Constituinte Originário, ao guarnecer o cidadão que sua aplicação seria imediata.

---

<sup>3</sup> Vladimir Oliveira da Silveira ensaia ser o sistema de direitos humanos abarcado por períodos alternados de desenvolvimento, o que chama de DINAMOGENESE.

O que não evitou, contudo que se aventurasse a Doutrina a observar o que o citado dispositivo abarcaria como Fundamental e, evidentemente, quais direitos estariam ali lançados ao sabor da imediata aplicação.

Houve consenso, ao se entender que os ditos direitos humanos fundamentais individuais, também chamados de Liberdades Públicas, possuem imediata fruição, sem qualquer ação estatal, aliás, em alguns casos, o que se recomenda como primado do efetivo resguardo, direito – dever de abstenção.

Por outro lado, os sociais, tidos como programáticos, estes sim, caso o Estado não vincule suas receitas, promova leis e políticas públicas, nada há que ser extraído como aplicação.

No entanto, os Princípios ganham espaço e grau de fundamental opção constitucional de programação das atividades da República, por conseguinte, sujeitos também à efetividade.

Como vimos, fruto no Neoconstitucionalismo a intenção dessa abordagem, foi programar de modo supralegal os efeitos de uma norma, cabendo a leitura do seu núcleo central ao momento, as condições sociais e políticas de uma sociedade.

A quebra do paradigma de simples correlação direito – aplicação, com os Princípios e sua efetividade, enumera valores para a ampliação do rol, até então, limitado dos direitos fundamentais, reforça a ideia de que se conflitarão e mais, que ponderadas medidas são necessárias para isso ser argumentado. (BARROSO, 2003, p. 286)

Do relato da composição e organização da efetividade dos direitos fundamentais na sociedade brasileira, é possível se afirmar que há relatividade na sua aplicação, quando houver conflito entre dois ou mais e nos casos expressos previstos originariamente pelo Constituinte, hipóteses de Estado de Sítio e de Defesa.

Meritório destaque cumpre-nos registrar sobre a preponderância no Sistema dos Direitos Fundamentais da atuação do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Advocacia, instituições que guarnecem ao exercício cidadão da aplicação das normas, verdadeiro encampado vocacional de efetividade.

De igual monta, são os Fundamentos da República (CF/1988, art.º1), o primado da Separação dos Poderes CF/1988, art.º2), os Objetivos Fundamentais CF/1988, art.3º) e Princípios CF/1988, art.4º) previstos no texto constitucional, de caráter eminentemente programático, que permeiam saídas e possibilidades ao constante processo de maximização da efetividade dos direitos fundamentais.

E não poderia ser diverso o entendimento que o § 2º traz no artigo 5º da Constituição a respeito de a exemplificação de um rol puramente ampliável, inclusive ao processo revisional constante de confrontação a outras experiências do Direito Comparado, que alhures, permitem sempre o reforço das garantias.

Art. 5º [...]

§ 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.

A título esclarecedor, apenas um limite há ao rol, qualquer tipo de retrocesso cujo procedimento possa vilipendiar ou aniquilar direitos, mesmo que programáticos e decorrentes de princípios, e neste caso a limitação é lato sensu, não se configurando apenas às liberdades públicas.

Particularmente vimos, até o momento, os principais aspectos das garantias fundamentais e como sua efetividade está intrinsecamente correlacionada à identificação do núcleo central do direito, resta-nos tecer algumas ideias sobre o desenvolvimento da filosofia do mínimo existencial.

Essa prática está intimamente correlacionada ao aspecto de maior ou menor efetividade de um direito, pelo Estado, e do quão desenvolvido se faz na ambiência sustentável da manutenção de suas cláusulas de origem.

Não é incomum ao País, àqueles mais advertidos, notar que desde a origem como ente, já tenha editado diversas constituições, sem falar na alta quantidade de emendas ao corpo constitucional de 1988. Ciclos de violações e tormentas aos direitos humanos foram verificados, o que indica reticente prática de ingerência nas limitações.

Fato é prova do modelo patrimonialista de império que perpassa gerações e busca enraizar-se com suas práticas no sistema estatal, mas que pode ser superado por um modelo racional de conduta, na qual a gestão pública garantirá os maiores resultados à efetividade dos direitos.

Tal modelo é exemplificado pela doutrina como um núcleo duro, um abrigo de emergência, que na ocorrência extrema de não serem mais garantidos direitos nenhum, estes estariam a salvo.

#### **4. A EFETIVIDADE E A IDEIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

Todo direito possui um custo, essa ideia veremos, mais adiante, com a análise do pensamento de Sunstein e Stephen Holmes, no entanto, ao firmarmos o propósito de refletirmos o que seria um conjunto mínimo de garantias e direitos, tidos como mínimo existencial para os seres humanos viverem em sociedade, abordaremos estudos de John Rawls (2000).

Para Rawls, a qualidade dos direitos fundamentais, e por óbvio, a sua efetividade consistem na eficácia dos meios para requisitá-los. Assim, em *O Liberalismo Político*



desvenda a hipótese em três panoramas, o primeiro de uma justiça processual perfeita, a segunda imperfeita e uma tipicamente pura.

Das ideias, o primeiro caso revela um padrão mais preciso de aplicação dos direitos fundamentais com maior efetividade, decorrente da aproximação da justiça e da garantia de manutenção de sua aplicação.

Ao se visualizar o processo imperfeito, como critério independente, não há que se falar em processo para guarnecê-lo, logo a efetividade será baixa.

Na terceira via, há alcance do resultado justo, mas sem processos, em nítido critério de interdependência.

Dos três modelos teóricos, ao passo da nossa realidade, cabem adequadamente nas esferas e atuações dos Poderes, quer na prestação jurisdicional, quer na atividade legislativa ou ainda na promoção de políticas públicas, em resgate permanente e sustentável das boas práticas da Administração.

Decorrente dessa apertada síntese, cumpre-se decorrer a respeito de a ideia do Mínimo Existencial: pressuposto lógico de sua construção teórica, como em breve citação:

Cada homem deve ter o direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico [...]

Desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas simultaneamente:

a) proporcionarem a maior expectativa de benefícios aos menos favorecidos;

b) estejam ligados a funções e a posições abertas a todos em posição de igualdade equitativa de oportunidades. (RAWLS, 2000)

O Princípio da Diferença consistente no espaço individual onde o Estado não pode entrar, impõe ao Poder Legislativo a edição de leis equitativas e ao Poder Judiciário firmar posições com o intuito da Justiça Distributiva.

Ademais em nosso meio as ideias de Rawls surgem como contraponto à inércia de atuação estatal, que ultimado a prestarem direitos fundamentais de ordem social, foram instados a desenvolverem e adaptarem a ideia da Reserva do Possível (Cf. SARLET, 2007, p. 121), ponderada pelo contraponto do mínimo à dignidade humana.

Com o sobrestamento de entendimentos da reserva do possível e do mínimo existencial, a interpretação dos direitos fundamentais, notadamente os sociais, restou-se evitada de choques de ciclos, pendulares e antagônicos ao sistema sustentável de garantia dos direitos.

Sobre o primado da Teoria Jurídica dos Direitos, Robert Alexy (1997), promove a análise das normas constitucionais e as classifica como válidas ou inválidas, quando puramente normativas e otimizadas, quando diante de Princípios e Regras Programáticas.

Caso haja conflito, a solução proposta pelo autor é o reforço da argumentação, com o uso da Racionalidade, o menor prejuízo aos direitos em confronto e vasto uso dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Logo, o Mínimo Existencial surge da Ponderação entre a Dignidade da Pessoa Humana e a Igualdade Real, sem prejuízo de outros Princípios aplicáveis, quais sejam: Separação dos Poderes; Vinculação Orçamentária; do legislador democrático e limitação do direito de terceiros.

Partindo tanto da ótica vertical entre Estado e Cidadão e horizontal entre cidadãos, mutuamente, a essencial extração para maior efetividade dos Direitos Fundamentais é sobre seu núcleo envolvido e sua essencialidade perante a dignidade humana.

A sustentabilidade do Estado então permeia esses dois fundamentos principais, garantir direitos ao cidadão e respeitar a dignidade do homem, sem esses parâmetros, o sistema restaria corrompido.

Acontece que, na esteira da aplicação dos direitos fundamentais, uma pergunta não cala, a de que os direitos necessitam de custos independentemente de provimentos estatais. Para tanto, estudos da macroeconomia e da sociologia respondem que sim, mas na seara jurídica muito pouco se amadureceu acerca de o tema.

## 5. O CUSTO DOS DIREITOS

Doutrinariamente de modo a enriquecer a discussão \ respeito de a efetividade dos direitos fundamentais, Cass Sunstein e Stephen Holmes (SUNSTEIN, 1990) revelam curioso aspecto em relação ao custo dos direitos em geral, quer sejam dos individuais ou sociais e programáticos. Para eles o Estado, em todos os casos, precisa arcar com certa monta, caso contrário não haverá efetivação.

De certo, que a discussão envolve a conclusão cujos direitos negativos são positivos, em complexo e inicial paradoxo, mas que possui certa afirmação verdadeira partindo-se da ideia de que são afetados por ausência de recursos e mais, que poderiam ser mais efetivos se houvesse a redistribuição das riquezas.

Nesse sentido, o exercício de responsabilidades está intrinsecamente correlacionado com o exercício de direitos, como uma opção social e conquista ampla da efetividade, é o que nos expõe com clareza Flavio Galdino:

A importação acrítica de ideias já produziu efeitos prejudiciais ao nosso direito. Multiplicam-se os exemplos, estando o próprio tema dos direitos fundamentais

apto a ministrar vários deles, como, por exemplo, o sistema de prestação de serviços públicos de saúde, em que a Constituição da República de 1988, importando o modelo nórdico, francamente inadequado para a realidade brasileira, vem trazendo grande transtorno. A importação pressupõe uma análise prévia e detida da compatibilidade das ideias importadas ao sistema e à realidade onde presumivelmente devem integrar-se. (GALDINO *apud* TORRES, 2007, p. 276)

Assim, as experiências comparadas em relação à efetividade e, no caso, relativo aos custos dos Direitos Fundamentais, assumem, na realidade brasileira, duas óticas: a primeira como um óbice, posto que munido desse paradigma o Estado pudesse aniquilá-los e tardar sua efetividade com o puro argumento de falta de recursos ou aumento de tributos, mas também, uma segunda, a de pressupostos, que melhor se dirá com o amadurecimento da ideia de aprimoramento de políticas públicas, edição normativa e atividade jurisdicional.

Como reflexão conclusiva, poderíamos nos questionar se os direitos fundamentais nascem em árvores? Óbvio que o escopo de tal provocação visa arguir quanto ao movimento do Jusnaturalismo<sup>4</sup>, no entanto, ao se afirmar que todo direito possui um custo, por óbvio que o primado dos direitos e garantias seria a capacidade de prestação positiva dos Estados.

Caberá ao estudo contemporâneo desses teóricos responder tais questões, posto que o exercício dos direitos fundamentais é, quanto à efetividade, matéria de composição política, jurídica e social, que variante na concepção humana, adentra em eterna discussão.

No entanto, tema ascendente é a da pauta sustentável das discussões públicas, fomentando os Estados a se adaptarem cada vez mais para os interesses do cidadão, razão de ser. Talvez com uma abordagem de origem como a de concluir-se do pacto social à manutenção do poder, um revisitar eterno de ações, possamos alcançar melhores nas práticas públicas e na efetividade dos direitos fundamentais.

---

<sup>4</sup> Movimento jusfilosófico: prega que determinados direitos possuem origem precedente da Natureza Humana, logo não poderiam ser dissociados, sob pena de extinção da própria origem.

## Referências

ALEXY, R.. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, L. R.. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRESSER, L. C. P. Burocracia Pública na Construção do Brasil. In: *Revista de Sociologia e Política*, 2007, n° 28, p. 9-30, jun., 2008.

\_\_\_\_\_. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. *Revista de Serviço Público*, ano 47, v. 120, n° 1, jna./abr., 1996.

FAORO, R.. *Os Donos do Poder*. Formação do Patronato Político Brasileiro. 10. ed. São Paulo, Globo, 2000.

KELSEN, H.. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado, 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

MORAES, A. DE. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral – Comentários aos Arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil – Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1997.

NOHARA, I. P. *Reforma Administrativa e Burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro*. Tese de Livre Docência. (Doutorado em...) - Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 2. São Paulo: Atlas, 2012.

RAWLS, J.. *O Liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

SARLET, I. W.. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVEIRA, V. O. DA; ROCASOLANO, M. M.. *Direitos Humanos – Conceitos, Significados e Funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUNSTEIN, C.. *After Rights Revolution – Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press, DATA.

TORRES, R. L. (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. São Paulo: Renovar, 2007.

WEBER, M.. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

# A CRISE DO MODELO BUROCRÁTICO DE GESTÃO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*Daniela Almeida Bittencourt<sup>1</sup>*

## **Introdução**

**T**endo-se em vista que o estudo pretendido nesse trabalho é centrado na evolução do modelo burocrático do país a partir proclamação da República e suas posteriores implicações, a proposta desse estudo objetiva, de modo inicial, tecer uma breve apresentação das principais características do modelo burocrático de gestão na concepção de Max Weber.

Diante das noções a respeito de o modelo burocrático de gestão, será traçada a estrutura de poder em que o Estado embasou as relações do poder público (patrimonialista, coronelismo, filhotismo, por exemplo), além de a indicação, da forma de atuação do poder público em face do modelo burocrático, desde a República Velha, passando pelo Estado Novo e Ditadura Militar até a chegada da redemocratização do Estado com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A partir dessa análise histórica, apresentar-se-á breves considerações no tocante à do princípio da eficiência da Administração Pública com a Emenda Constitucional 19/98, eis que derivado do movimento de Reforma Administrativa iniciado na década de 1990.

Por fim, o trabalho será encerrado com algumas conclusões sobre essas questões.

## **1. O MODELO BUROCRÁTICO WEBERIANO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Com suas origens no regime absolutista, o Estado Moderno durante alguns séculos teve suas características confundidas com os defeitos e qualidades do monarca, em virtude, também, da centralização das atividades administrativas — uma circunstância lógica e necessária para a manutenção do monopólio e poder do rei.

A partir das influências do Iluminismo e da Revolução Francesa, inseridas numa perspectiva de formação de um Estado dissociado da imagem personificada de poder (autoritária e estamental), o poder público passou a ser encarado como um inimigo

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho (Uninove)

da liberdade individual, e qualquer restrição às garantias individuais era tida como ilegítima. (Cf. DALLARI, 1989, p. 233)

Em decorrência dessas alterações institucionais do controle do poder, a formalização organizacional da sociedade passa a ser uma necessidade em razão da crescente diferenciação das funções, pois, no novo contexto, o Estado não poderia cumprir de forma adequada seu papel de coordenação sem que aumentasse seu próprio grau de organização. Nesse cenário, os primeiros quadros burocráticos foram forjados e acabaram transformando-se em novo paradigma, tendo como base o racionalismo legal despersonalizador e não-patrimonialista, tendo sua legitimidade determinada pelos procedimentos. (Cf. GABARCO, 2002, p. 31-32)

Max Weber foi quem mais analisou e sintetizou as principais características do modelo burocrático. Embora abordasse a questão da modernidade, ele não era defensor de suas instituições mais intrínsecas.

Weber criticava severamente algumas características da vida social contemporânea, em particular, a ascendente predominância das organizações burocráticas administradas em um clima de legalidade formal e arregimentação desumanizadora típica gerada pela racionalidade. (Cf. KRONMAN, 2009, p. 7)

Ao tentar elaborar o conceito de uma norma jurídica conjugado à ideia relacionada de uma ordem jurídica, Weber atribuiu uma relevante importância à forma como as normas jurídicas são administradas em consonância à especialização e às competências dos órgãos estatais.

Nesse sentido, Christian Mendez Alcantara sintetiza:

O conceito weberiano de burocracia relaciona-se à especialização e treinamento racionais, com competências ordenadas através de leis ou regulamentos, com a hierarquia e a carreira, com a vitaliciedade do cargo, treinamento especializado e divisão de trabalho. (2009, p. 26)

Dentro dessa perspectiva, Max Weber objetivava uma ideia que pudesse reunir características que pudessem ser comuns a todos os Estados. O ponto de ligação indicado por ele foi a possibilidade do uso do monopolizado da coerção. Para tanto, o domínio estatal exigia uma organização eficiente sobre o território por meio de uma administração burocrática suficientemente forte e neutra. (Cf. BALDO, 2009, p. 52-53)

De acordo com Emerson Gabardo:

Weber identifica como características fundamentais do Estado burocrático justamente o somatório entre a prévia definição de competências e o exercício contínuo de uma atividade vinculada a regras oficiais. O quadro mais puro de denominação legal é o que se exerce por meio do

quadro administrativo burocrático, porque somente este modelo pressupõe: 1. hierarquia oficial (instâncias fixas de controle e supervisão com a garantia do direito de apelação das subordinadas às superiores); 2. regramento das condutas (cuja aplicação depende de qualificação profissional e de regras especificamente técnicas); 3. separação entre o quadro administrativo e os meios de administração e produção; e 4. documentação formal dos processos administrativos. (GABARDO, 2002, p. 33)

Note-se, outrossim, que para Weber a completa separação entre o quadro administrativo, funcionários e trabalhadores, e os meios de organização são fundamentais, além de ser algo essencial para desenvolvimento do Estado.

Nesse sentido, a ideia de trabalho ocupa papel de suma importância na construção dos valores burocráticos, de modo que o processo de metodização do comportamento humano continuou a influir no cumprimento das funções públicas.

Rafael Antonio Baldo (2009,p.44) sintetiza esse aspecto afirmando que as atividades burocráticas são reunidas num conjunto de funções distribuídas em cargos, permitindo a divisão de trabalho, especialização funcional e identificação funcional de deveres.

Ainda, segundo Max Weber, o servidor burocrático costuma atuar com maior exatidão e eficiência. Inserida nesses aspectos, a superioridade técnica é concebida, dentre outras características, pela precisão técnica, rapidez, conhecimento da documentação, continuidade e subordinação hierárquica. (WEBER, 1999, p. 212)

Assim, revestido de racionalidade e impessoalidade, a burocracia permitiria ao Estado Moderno condições indispensáveis para o seu desenvolvimento. Conseqüentemente, ante o centralismo político, o domínio do Estado exigia uma organização eficiente sobre todo o território nacional por meio de uma administração burocrática eficiente, forte e neutra.

Diante disso, basicamente, segundo Max Weber, a administração pública burocrática é a superação do patrimonialismo do Estado. Explica-se: o funcionário contratado substitui na estrutura da administração pública os vínculos pessoais ligados aos cargos honoríficos e/ou hereditários. Essa racionalização jurídica da estrutura da administração pública proporciona maior previsibilidade e neutralidade, o que é uma ferramenta para desenvolvimento do capitalismo. (ALCANTARA, 2009, p. 28)



## 2. O PROCESSO DE EVOLUÇÃO DO MODELO BUROCRÁTICO REPUBLICANO E A CRISE NA DÉCADA DE 1990

No Brasil, os períodos da Colônia e Império ficaram marcados pela economia movimentada e estruturada principalmente da produção latifundiária monocultural, de modo que as relações e estruturas de poder eram basicamente patrimonialistas.

Os primeiros traços da iniciativa de transformar os eixos de poder baseados nas relações interpessoais e de iniciativas patrimonialistas foram trazidos com a queda do primeiro período republicano, também conhecido como ‘República Velha’, já na década de 1930, com o intuito de implementar formalmente a visão burocrática de gestão das instituições públicas.

Mesmo após a proclamação da República no fim do século XIX, as alianças de poder, marcadas principalmente pelo patrimonialismo, continuaram existindo.

Na República Velha (1889 – 1930), as relações de poder foram marcadas principalmente pela indistinção entre o poder público e privado, tendo essa característica fortalecida pelo coronelismo.

Victor Nunes Leal define o coronelismo como um movimento resultante da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada, desenvolvido sob a forma de um compromisso, uma troca de favores que envolve o poder público, fortalecido ante a decadente influência dos chefes locais, que por sua vez eram os senhores de terra. (LEAL, 1975, p. 20)

Com a proclamação da República, o voto passou a ser censitário e, dentro da perspectiva da situação agrária brasileira da época, a cadeia de comando do poder tinha como alicerce a total influência que o coronel tinha sobre os votos.

Eles eram os verdadeiros chefes locais e comandavam discricionariamente a escolha dos candidatos por meio do chamado voto de cabresto. Os eleitores eram compelidos a votar no candidato apoiado pelo coronel, lembrando-se, apenas, de que naquele período o voto não era secreto, além de ser feito na paróquia dos municípios.

Esse tipo de manobra política acabou por reforçar a dificuldade de distinção da atuação entre o poder público e o privado. As realizações de utilidade pública eram frutos de empenho ou prestígio político do chefe local — o coronel. Ainda, a relação de poder desenhada nas trocas de favores e reconhecimentos pessoais.

Nesse cenário, a conexão entre os candidatos escolhidos e apoiados pelos chefes locais apresentava reflexos diretos nos ganhos e perdas dos municípios, na medida em que a relação de troca dos votos era feita por benefícios.

Dessa forma:

Apoiar a corrente local majoritária é, pois, o meio mais seguro de obter esse resultado, inclusive porque a posse do governo municipal representa, para ela e para o governo estadual, um fator positivo nas eleições, balança em que tanto pesam o dinheiro público e os benefícios de procedência oficial. (LEAL, 1975, p. 49)

Nessa época, o modelo burocrático de gestão, nos moldes do ideal weberiano, estava muito longe de apresentar qualquer padrão capaz de atender ou representar qualquer de suas características à população.

Embora muitas vezes princípios como o da impessoalidade e igualdade de oportunidades estivessem presentes nos discursos políticos, não havia mediação que vinculassem a administração pública a segui-los. ( *Cf.* VIEIRA, 2011, p. 78)

A dominação do aparelho estatal por um grupo oligárquico — os coronéis, cujas bases de poder eram agrárias -, tinha como reflexo secundário outras espécies de relações de poder, como o mandonismo, o filhotismo, o favorecimento e o clientelismo, o que repercutia diretamente na desorganização dos serviços públicos.

A República Velha entra em crise política e econômica a partir de 1920. O ponto central dessa crise é originado da dependência das exportações para abastecimento das mais diversas necessidades do país. O ponto central desse sistema de manutenção do poder firmado no poder dos coronéis perde força e surge novo programa para o país: a industrialização.

Com a Revolução de 1930, que levou Getúlio Vargas ao poder, tem início uma revolução industrial e nacional, que vai definir por meio de um processo dialético duas classes liderantes: a burguesia industrial e a burguesia pública moderna (*Cf.* BRESSER PEREIRA, s.d.)

Ao longo da construção do seu governo, Getúlio Vargas inicia o processo de industrialização como estratégia, tendo as questões siderúrgicas e petrolíferas caráter urgente. Ele também criou obras de apoio: a legislação trabalhista e a reforma do serviço público. (VIEIRA, 2011, p. 79)

Desde que assumiu o poder em 1930, Getúlio Vargas passou a entender as deficiências administrativas como problemas centrais na explicação do atraso econômico do país. A racionalização dos serviços e da estrutura administrativa do Estado era o planejamento de intervenção do Estado. (*Cf.* BRESSER PEREIRA, s.d.)

Assim, o liberalismo clássico existente nas primeiras décadas da República foi deixado para trás e o Estado passa a intervir na economia do país. As medidas de reformulação da expansão da burocracia desenhada por Weber ganharam destaque do governo de Vargas.

Com o Estado Novo, a Constituição de 1937 traz algumas normas com o intuito de modificar a estrutura até então vigente.

A partir de então, houve, por exemplo, a previsão de exigência de concurso público para os funcionários públicos e a criação de um departamento administrativo junto à presidência. Em 1938 houve a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), que passou, então, a ser o órgão responsável pela reforma administrativa, responsabilizando-se pelos princípios tidos como universalistas e democráticos de acesso aos cargos públicos por um método corporativo. (Cf. BRESSER PEREIRA, s.d.)

Nesse contexto, afirma Leandro Carneiro Assumpção Vieira:

A igualdade de oportunidade para ingresso no serviço público, a ênfase nos aspectos éticos e jurídicos da função pública, a valorização da impessoalidade e a padronização classificatória e salarial dos cargos deveriam, a partir daquele momento, presidir a estruturação dos serviços públicos brasileiros. (VIEIRA, 2011, p.82)

Outros órgãos públicos também foram criados após 1930, sendo importantes fontes de pensamento na época, como os Conselhos de Geografia e de Economia e Finanças. Dessa forma, a proposta era criar um Estado em que a burocracia pública passava a ter um papel decisivo no desenvolvimento econômico do país: o Estado deixa de ter o caráter apenas de garantidor da ordem social para assumir o papel de prestar serviços sociais e de ser agente do desenvolvimento econômico. (Cf. BRESSER PEREIRA, s.d)

O marco do desenvolvimento burocrático público brasileiro estava sendo realizado por meio de a criação de empresas estatais, de organizações e autarquias. Quando em 1956 Juscelino Kubitschek cria o Programa de Metas, completou o processo de industrialização iniciado por Vargas. (Cf. BRESSER PEREIRA, s.d)

Contudo, deve-se ressaltar que no período do governo de Juscelino, a questão do funcionalismo público não foi cogitada na Reforma Administrativa, tampouco as soluções adotadas passavam pelos princípios do sistema do merecimento. Foram criados determinados grupos com uma espécie de estrutura administrativa paralela com instrumentos de caráter pragmático, que buscavam superar o formalismo até então enraizado na administração pública. (Cf. VIEIRA, 2011, p. 84)

Com o fim do governo Kubitschek, a crise econômica, acentuada pelos excessivos gastos com as dívidas contraídas em virtude da industrialização a qualquer custo, somava-se à crise política causada pela eleição e posterior renúncia do presidente Jânio Quadros. O ápice dessas crises deu-se com o golpe militar de 1964, em que os militares assumiram o governo do país, causando, conseqüentemente, mudanças no sistema de gestão administrativa.

A Constituição de 1967, elaborada após a tomada do poder pelos militares, apresentou alguns avanços no que concerne, por exemplo, à exigência de concurso público

para a investidura dos cargos públicos, diferente do que anteriormente era consagrado apenas como ingresso no serviço público.

Da mudança trazida pela Constituição de 1967 sobre os cargos públicos, Leonardo Carneiro Assumpção Vieira afirma:

Trata-se de um avanço em relação ao que constava no Texto Constitucional de 1946. A expressão “primeira investidura” permitia uma espécie de provimento derivado, hoje extinta, prevista nos estatutos de então e conhecida como “acesso”. Este é um importante mecanismo de mobilidade funcional na função pública. (VIEIRA, 2011, p.86)

Apesar de haver essa previsão no texto constitucional, sobre o acesso aos cargos públicos também deve-se mencionar a edição do Decreto-Lei nº 200, que causou uma forte expansão da Administração Pública Indireta, não havendo em suas disposições exigência para concurso público, incentivando a terceirização da mão de obra.

Luiz Alberto dos Santos destaca que:

[...] a necessidade de profissionalização do serviço público foi deixada de lado, assumindo-se como solução o provimento de cargos comissionados e a livre contratação — via empresas estatais, fundações e autarquias — de pessoal para a alta administração e demais atividades, sem concurso, fora do plano de cargos em vigor. (SANTOS, 1997, p. 40)

Com o enfraquecimento do governo militar no final da década de 1970, a sociedade civil organiza-se, e um dos pontos cruciais desse processo dá-se com a eleição do primeiro presidente civil e a convocação da Assembléia Nacional Constituinte.

A Constituição da República promulgada em 1988 trouxe avanços na matéria de direito administrativo. A inclusão dos princípios da administração pública no *caput* do artigo 37 é reflexo de uma superação muito grande na questão de elaboração normativa. Ademais, o controle exercido pelo Poder Judiciário aconteceria de maneira mais efetiva, à medida em que as regras fossem mais específicas. Essa foi uma questão de forte precisão e impacto nas relações de atuação da administração pública.

Enquanto no plano federativo incentivava-se a descentralização, no campo administrativo havia retorno à centralização administrativa, limitando-se as disposições do Decreto-Lei 200, retornando-se aos ideais da Reforma Administrativa da década de 1930. (BRESSER PEREIRA, s.d., p. 82)

Sob esse aspecto, Emerson Gabardo ressalta:

As críticas apontadas à burocracia na qualidade de sistema, em regra de caráter destrutivo, são em sua maioria

deslocadas. A automização do modelo é que provoca a sua deturpação, seja em decorrência da permanência do clientelismo, do fisiologismo e do nepotismo, seja do próprio excesso de formalismo, que, por óbvio, provoca prejuízos na perspectiva material, inclusive do ponto de vista político-democrático. (GABARDO, 2002, p. 35)

No entanto, no início da década de 1990, com o debate acerca de o papel do Estado e diante da grande importância da expansão das economias e dos mercados capitalistas modernos, no Brasil, a ineficiência, a corrupção e o patrimonialismo presos ao Estado contribuíram para crescentes déficits orçamentários.

De uma breve análise dos pontos históricos delineados no parágrafo anterior, observa-se que, durante toda história da administração pública brasileira, uma característica notória da burocracia foi a irracionalidade. Isto porque, como dito anteriormente, as relações e raízes da atuação do Estado deram-se por meio, principalmente, do patriarcalismo e patrimonialismo.

O Brasil, a partir de 1998, incorporou à Constituição o princípio da eficiência por meio da emenda constitucional 19/98, com o intuito de melhorar a atuação da administração pública, tendo como sinônimo o bom andamento, que, por mais amplo que seja, compreenderia também o próprio bom senso na persecução dos objetivos e na programação, além de a busca pela maior responsabilização, coordenação e especialização funcionais, que nada mais são que questões estruturais da própria administração. (Cf. GABARDO, 2012, p. 343)

### **3. A INSERÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Os primeiros quadros burocráticos de gestão surgiram como reação ao modelo absolutista de Estado, de modo que a organização da sociedade passa a ser uma necessidade devido à diferenciação das funções dentro do próprio Estado, fundado no racionalismo despersonalizador e não-patrimonialista. (GABARDO, 2002, p. 31-32)

Com a pós-modernidade, a noção de democracia ficou ampliada, baseada na concretização de prestações positivas para alcançar o bem-estar do povo.

No intuito de auxiliar e melhorar essas atividades que o Estado deveria promover, o princípio da eficiência foi inserido expressamente na Constituição da República de 1988 a partir da edição da Emenda Constitucional nº19/1998.

O referido princípio foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro trazendo a concepção de que o administrador público precisa ser eficiente, ou seja, deve ser aquele

capaz de produzir o efeito desejado, que dá bons resultados, exercendo suas atividades prezando pela igualdade, objetividade e imparcialidade. (Cf. MORAES, 2005, p. 301)

No que concerne à noção de eficiência administrativa, Irene Patrícia Nohara destaca que esse princípio não deve ser pautado apenas no aproveitamento dos recursos colocados à disposição dos agentes públicos, de modo que, também deve abranger a relação entre os meios utilizados e as necessidades existentes. (Cf. NOHARA, 2012, p. 90)

Alexandre Santos de Aragão destaca:

A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos. (2012, p. 375)

Dessa forma, o dever de eficiência do Estado não se esgota em determinado nível organizacional, muito menos na execução de uma determinada atividade. Promove, assim, o máximo de direitos à sociedade com uma imposição mínima de deveres, como algo que deve nortear toda a administração pública. (Cf. MENDES, 2012, p. 371) Também, proporciona o condicionamento de toda legislação infraconstitucional, pois passa a ser um princípio a ser observado em todo sistema.

À medida em que a eficiência passa a ser compreendida em diferentes dimensões do sistema jurídico-administrativo, pode-se considerar um grande salto na estrutura do Estado, na medida em que reduz a margem de discricionariedade do administrador público, facilitando a ação concentrada dos entes públicos.

O caráter do princípio da eficiência inserido no art. 37 da Constituição Federal de 1988 remete à crise burocrática e ao crescente aumento da participação do mercado privado nas iniciativas e atividades que até então eram tidas como basicamente de competência da administração pública.

Como ensina Irene Patrícia Nohara:

Se o conteúdo da eficiência for analisado a fundo, a partir de uma visão crítica, pode-se perceber que ele surgiu por conta da vontade política para flexibilizar as chamadas “amarras burocráticas” rumo a um conceito de administração gerencial, ou seja, da influência neoliberal de ajuste das tecnocracias estatais da América Latina, daí o discurso do então Ministro da Reforma Administrativa, que propugnou a adoção de novos modelos de gestão

pública que pudessem dar “respostas mais ágeis” às demandas da “realidade” global em busca da superação de desequilíbrios tópicos de economias com déficits fiscais e problemas monetários. (NOHARA, 2012, p.93)

A partir dessas considerações, analisando-se o conteúdo do princípio da eficiência, é possível perceber que sua inserção no ordenamento jurídico com a Emenda Constitucional 19/98 surgiu como reflexo da intenção de modificar a estrutura burocrática vigente para um novo conceito de administração por meio do modelo gerencial. (Cf. NOHARA, 2012, p. 93)

## CONCLUSÃO

O modelo burocrático de gestão do Estado, idealizado com a legitimação fundamental de ideias centradas em princípios e procedimentos, revestido de racionalidade e impessoalidade, permitiria ao Estado Moderno condições indispensáveis para o seu desenvolvimento.

Consequentemente, segundo Max Weber, por conta do centralismo político, o domínio do Estado exigia uma organização eficiente sobre todo o território nacional por meio de uma administração burocrática eficiente, forte e neutra.

Ocorre que, no período republicano brasileiro (1889-1930), as estruturas de poder do país tinham raízes em relações patrimonialistas, marcadas, principalmente, pela indistinção entre o poder público e privado, tendo essa característica fortalecida pelo coronelismo, movimento resultante da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada, fortalecido pela influência dos chefes locais.

Quando Getúlio Vargas assumiu a Presidência da República em 1930, a racionalização dos serviços e da estrutura administrativa do Estado era o planejamento de intervenção do Estado. Assim, a Constituição de 1937 trouxe algumas normas com o intuito de modificar a estrutura até então vigente.

Contudo, no período em que os militares assumiram o governo do país, a Constituição de 1967, apresentou alguns avanços, contudo, a eficiência dos serviços estatais estava prejudicada por conta das vicissitudes do modelo burocrático vigente à época.

A partir da redemocratização do Brasil com a promulgação da Constituição da República de 1988, iniciativas de Reforma Administrativa foram tomadas, com o intuito de superar a ineficiência e atrasos causados por conta das inúmeras falhas de um modelo burocrático sucateado pela construção e necessidade de manutenção de poder nas estruturas administrativas do Estado.

O princípio constitucional da eficiência, inserido na Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº19/98, surgiu como reflexo da intenção de modificar a

estrutura burocrática vigente para um novo conceito de administração por meio do modelo gerencial, e com a concepção de que o administrador público deve ser eficiente, à medida em que deve ser aquele capaz de produzir o efeito desejado aos administrados, gerando bons resultados, exercendo suas atividades vinculado à igualdade, à objetividade e à imparcialidade.

## Referências

ALCANTARA, C. M.. *O modelo gerencial: organizações públicas não-estatais e o princípio da eficiência: uma visão jurídica e administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ARAGÃO, A. S. DE.. O princípio da eficiência. In: MARRARA, T. (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

BALDO, R. A.. *Novos horizontes para a Gestão Pública*. Curitiba: Juruá, 2009.

BRESSER, L. C. P.. *Burocracia pública na construção do Brasil*.(s.d.) Disponível em: <[http://www.bresserpereira.org.br/BOOKS/Burocracia\\_Publica\\_construcao\\_Brasil.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/BOOKS/Burocracia_Publica_construcao_Brasil.pdf)> Acesso em: 23 mai. 2012.

DALLARI, D. A. DE.. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GABARDO, E.. *Princípio constitucional da eficiência*. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. A eficiência no desenvolvimento do Estado brasileiro: uma questão política e administrativa. In: MARRARA, T. (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.



KRONMAN, A.. *Max Weber*. Tradução de John Milton. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

LEAL, V. N.. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1975.

MENDES, G. A. S. DOS. Princípio da eficiência. In: MARRARA, T. (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, A.. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

NOHARA, I. P.. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

SANTOS, L. A.. DOS. *A reforma administrativa no contexto da cidadania*. Brasília: Akro Advice, 1997.

VIEIRA, L. C. A.. *Merecimento na administração pública: concurso público, avaliação de desempenho e política pública de pessoal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

WEBER, M.. *Economia e sociedade*. Tradução de Regis Barbosa; Karen Barbosa. 3 ed. v. 2. Brasília: UNB, 1999.

# A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SISTEMA JURÍDICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

*Luiz Roberto Carboni Souza<sup>1</sup>*

## **Introdução**

O presente artigo tem o escopo de propor uma reflexão acerca dos direitos fundamentais sob uma ótica diversa da tradicional dimensão subjetiva.

Após breve menção sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, demonstrando as gerações de direitos, buscou-se realizar um estudo sobre os direitos fundamentais como direitos subjetivos e suas categorias.

Os direitos fundamentais representam valores de um Estado Democrático de Direito, irradiando seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico. Procurou-se identificar as consequências de uma nova dimensão dos direitos fundamentais.

Quais as consequências de elevar os direitos fundamentais para uma dimensão objetiva, vinculando o Poder Estatal em todas as suas esferas?

## **1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

Os direitos do homem, tidos como aqueles direitos naturais do ser humano, surgiram já no século VIII a.C., no dizer de Fábio Konder Comparato:

[...] é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes. (COMPARATO, 2008, 12)

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 25) sustentam, no entanto, que, para se falar em direitos fundamentais, faz-se necessário a constatação de três elementos: Estado, indivíduo e um documento juridicamente vinculante, para regular a

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direitos Fundamentais pelo Centro Universitário FIEO; especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL; especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Professor da Universidade Nove de Julho – UNINOVE; professor da Universidade Anhangüera, unidade Pirituba; advogado.

relação entre os dois primeiros elementos. Esses elementos surgiram no fim do século XVIII, com o movimento intitulado constitucionalismo.

A ideia de Constituição, como norma superior que regula e organiza o Estado, não é privilégio dos tempos modernos. Essa ideia de uma norma diferenciada, que se sobrepunha sobre as demais e regulava a organização do Estado, já era conhecida dos gregos e dos romanos.<sup>2</sup>

Conforme o ensinamento de Lassale (2005, p. 49), “uma Constituição real e efetiva a possuem e hão de possuí-la sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos”.

É, no entanto, uma prerrogativa dos tempos modernos o surgimento de Constituições escritas e rígidas, que além de regular a organização do Estado, garantem direitos e prerrogativas dos cidadãos.

Conforme o ensinamento de Dirley da Cunha Júnior, o Constitucionalismo não está ligado, portanto, ao surgimento de Constituições – ideia presente já nas civilizações antigas, conforme visto-, mas no surgimento de Constituições escritas e rígidas:

A ideia de Constituição precede ao próprio Constitucionalismo, entendido este como movimento político-constitucional que pregava a necessidade de elaboração de Constituições escritas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder, em benefício de um regime de liberdades públicas. (2006, p. 21)

O Constitucionalismo está intimamente ligado ao surgimento dos direitos fundamentais do ser humano. Justamente por representar “uma técnica específica de limites de poder com fins garantísticos” (CUNHA JUNIOR, 2006, p. 22), foi fator preponderante para a derrubada dos regimes autoritários do Absolutismo.

Os pensamentos extraídos das teorias contratualistas, que ganharam relevo na corrente jusnaturalista, exerceram grande influência e inspiração para a elaboração dos primeiros documentos que reconheceram os direitos individuais do ser humano.

A razão de ser do Estado estaria justamente na defesa desses direitos, residindo aí o seu princípio legitimador.

Embora não possua natureza de um documento constitucional, não se pode negar a importância da Carta Magna, outorgada por João Sem Terra, em 1215, para a consagração dos direitos fundamentais:

Lembremos apenas que a ‘Magna Carta’, assinada em 1215, mas tornada definitiva só em 1225, não é de natureza constitucional, ‘longe de ser a Carta das liberdades nacionais, é, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões

<sup>2</sup> “Na Grécia Antiga, a palavra ‘*politéia*’, derivada do vocábulo ‘*pólis*’ (*Estado, cidade amuralhada*), significava *Constituição*. Aristóteles diferenciava o ‘*monói*’ (*lei ordinária*) da ‘*politéia*’ (*Constituição*), já que esta estabelecia a estrutura e os alicerces do Estado e servia de fundamento de validade para aquele. Entre os romanos, a expressão ‘*rem publicam constituere*’ significava constituir, organizar o Estado. Do vocábulo ‘*constituere*’ derivam as palavras ‘*constitutio*’ e ‘*constitutione*’ significando *Constituição, ordem normativa fundamental*. Posteriormente, deram origem, no século XII, ao vocábulo italiano ‘*costituzione*’ (*Constituição*).” (HELAL, 2006. p. 46)

e os direitos dos homens livres. Ora, os homens livres, nesse tempo, eram tão poucos que podiam contar-se, e nada de novo se fazia a favor dos que não eram livres. (SILVA, 2007, p. 52)

Outro documento inglês que merece destaque é o *Bill of Rights* (Declaração de Direitos), de 1688,

[...] pela qual se firmara a supremacia do Parlamento, impondo a abdicação do rei Jaime II e designando novos monarcas, Guilherme III e Maria II, cujos poderes reais limitavam com a declaração de direitos a eles submetida e por eles aceita. Daí surge, para a Inglaterra, a monarquia constitucional, submetida à soberania popular (superada a realiza de direito divino), que teve em Locke o seu principal teórico e que serviu de inspiração ideológica para a formação das democracias liberais da Europa e da América nos séculos XVIII e XIX. (SILVA, 2007, p. 153)

O primeiro documento escrito a ser considerado em sua essência um documento dos direitos fundamentais do homem, é a Declaração de Virgínia. Sendo uma das treze colônias inglesas na América, em 1776 (anteriormente à declaração de independência dos EUA), confeccionou esse documento, enumerando os direitos básicos do homem. Referida declaração foi um prelúdio da declaração de independência das 13 colônias britânicas.

A Constituição dos EUA, aprovada na Convenção de Filadélfia, em 1787, não continha inicialmente uma declaração de direitos fundamentais dos homens. Ocorre, entretanto com a finalidade de que entrasse em vigor, ao menos nove dos 13 Estados independentes (ex-colônias inglesas), deveriam ratificar a Constituição. Com a ratificação, esses Estados independentes passariam a integrar um Estado Federativo, tornando-se Estados Membros desta Federação.

Alguns Estados Independentes somente aceitaram ratificar a Constituição de Filadélfia, se nela fosse acrescentada uma declaração de direitos fundamentais dos homens. Isso foi realizado, segundo enunciados de Thomas Jefferson e James Madison, dando origem

a dez primeiras Emendas Constitucionais à Constituição da Convenção de Filadélfia, aprovadas em 1791, às quais se seguiram outras até 1975. As dez primeiras emendas constituem a *Bill of Rights* do povo americano. (SILVA, 2007, p. 155)

Como resultado da Revolução Francesa, surgiu em 1789 a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, que consagrou em seu artigo 16 que “Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”. (COMPARATO, 2008, p. 159)

Surgem, assim, os direitos de primeira geração, por meio de a técnica de tutela das liberdades públicas em face do Estado por meio de constituições escritas e rígidas. É a consagração de direitos por intermédio de exigência de uma abstenção do Estado. É uma nítida proteção contra atos arbitrários do Poder Público. É a consagração da liberdade do indivíduo.

Com o advento da Revolução Industrial e a propagação do capitalismo desenfreado, o homem percebeu que não bastava exigir do Estado uma atitude negativa, uma abstenção em prol da proteção da liberdade individual. Era necessário, portanto, novos direitos, que garantissem, ao lado das liberdades, direitos de igualdade. Surgiram então os direitos sociais, direitos de segunda geração cuja característica primordial é a possibilidade do indivíduo exigir do Estado uma prestação, uma intervenção a favor de a igualdade substancial, de uma melhor qualidade de vida do indivíduo. São direitos que nascem, no dizer de Norberto Bobbio, das lutas de classes. (BOBBIO, 2004,p.5)

Nessa época contemporânea, surgiram outros direitos, que sequer podiam ser imaginados como possíveis outrora. São direitos que, na expressão de Norberto Bobbio, “constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata”. (BOBBIO,2004,p.6) São os chamados direitos de terceira geração. São direitos cuja titularidade é difusa. O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos da nossa Constituição Federal, conforme art. 225, é exemplo de direito de terceira geração.

Norberto Bobbio fala de novas exigências, novas necessidades de proteção, consagração de direitos, que somente poderiam ser de quarta geração. Cita, como exemplo, a necessidade de uma regulamentação das novas tecnologias inerentes da manipulação genética, questionando quais os limites dessa manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo.(BOBBIO,2004,p.6)

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a 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, 2009, p. 57)

## 2 . A DIMENSÃO SUBJETIVA DOS DIREITOS

### FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, segundo uma dimensão subjetiva, correspondem ao direito do indivíduo de exigir do Estado uma ação negativa, ou então de exigir do Poder Público uma ação positiva. É a principal atividade dos direitos fundamentais: “conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza

material, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado”. (DIMOULIS, MARTINS, 2008, p.16)

Os direitos fundamentais, sob a ótica subjetiva, portanto, funcionam como uma limitação dos poderes do Estado em benefício do indivíduo.

A questão da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é bem exposta na doutrina desenvolvida pelo Constitucionalista alemão Georg Jelinek, no fim do Século XIX. Referida doutrina, denominada de ‘os quatro *status*’ (ALEXY, 2008, p. 555), identifica quatro possibilidades de relacionamento entre o indivíduo e o Estado, a partir de onde é possível realizar uma classificação dos direitos fundamentais sob a ótica subjetiva.

O primeiro *status*, identificado por George Jelinek, foi denominado de *status subjectionis* ou *status* passivo. O indivíduo encontra-se em estado de sujeição e subordinação em relação ao Poder Público, caracterizando-o como detentor de deveres para com o Estado.

O segundo *status* é o *status negativus*. Nesse caso, Estado e Indivíduo se relacionam de forma a exigir do Poder Público uma abstenção de interferência na esfera do indivíduo. Desse *status* surge o direito subjetivo de exigir-se do Estado uma abstenção. São os direitos de defesa ou de resistência. Conforme esclarece Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 179) os direitos de defesa

caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo. Estes direitos objetivam a limitação da ação do Estado, Destinam-se a evitar a ingerência do Estado sobre os bens protegidos (liberdade, propriedade, etc...) e fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas.

O terceiro *status* foi chamado por George Jelinek de *status positivus*. Indivíduo e Estado se relacionam de forma a não exigir uma ação negativa, de abstenção do Poder Público, ao contrário. É a interação Indivíduo /Estado, onde aquele tem o direito subjetivo de exigir deste uma ação positiva, um fazer. Este direito subjetivo é denominado de direitos a prestação, que “exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades, com isso estabelecendo moldes pra o futuro da sociedade”. (BRANCO; MENDES, 2012, p. 181)

Paulo Gustavo Gonet Branco (2012,p.182) esclarece que os direitos à prestação podem ser concebidos como *direitos à prestação jurídica* – obrigação do Estado em normar bens jurídicos elevados à categoria de direitos fundamentais, seja pela emissão de normas jurídicas de natureza penal, ou de normas de organização e procedimento,

ou *direitos à prestação material*, também chamados de direitos à prestação em sentido estrito.

Os chamados direitos a prestações materiais são tidos como direitos sociais por excelência:

Estão concebidos com o propósito de atenuar desigualdades de fato na sociedade, visando ensejar que a liberação das necessidades aproveite ao gozo da liberdade efetiva por um número maior de indivíduos. O seu objeto consiste numa utilidade concreta (bem ou serviço). (BRANCO; MENDES, 2012, p.183)

O quarto *status* é aquele denominado de *status activus*, no qual o Indivíduo é que interfere na esfera do Estado, do Poder Público. É o direito subjetivo do indivíduo de participar da formação da vontade do Estado. São os direitos de participação, caracterizados pelos direitos políticos.

A partir dos quatro *status* identificados na doutrina de Georg Jelinek (*subjectionis, negativus, positivus, activus*), os direitos fundamentais são identificados em três categorias: direitos de defesa (ou de resistência), direitos à prestação, e direitos de participação. Essa classificação desenvolvida pelo constitucionalista alemão leva em consideração a interação Indivíduo e Estado a partir da função desempenhada pelos direitos fundamentais e a titularidade destes.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, no entanto, identificam que a doutrina desenvolvida por Georg Jelinek, embora tenha virtudes classificatórias, “o esquema trialista de Jelinek não abrange todas as formas de direitos fundamentais que encontramos nas Constituições modernas”. (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 71) Os direitos difusos, que começaram a ser garantidos a partir do século XX, pós segunda guerra mundial, direitos de terceira geração, não se enquadram à classificação proposta por Jelinek, pois a identificação do seu titular não é possível, uma vez que é difusa.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais “correspondem à caracterização destes direitos de, em maior ou menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou então essa dimensão se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas”. (BRANCO; MENDES, 2012, p. 190) São limitações, portanto, do poder do Estado, em benefício do indivíduo, garantindo a este exigir do Poder Público uma abstenção ou uma ação positiva em seu favor.

### 3. A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são, conforme vimos, direitos subjetivos, mas são também, a um só tempo, elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Se como direitos subjetivos os direitos fundamentais asseguram aos seus titulares direitos

em face de o Estado, no plano objetivo formam a base de todo o ordenamento jurídico constitucional de um Estado de Direito Democrático. (Cf. MENDES, 2002)

Ao contrário da dimensão subjetiva, a percepção objetiva dos direitos fundamentais independe de seus titulares, dos sujeitos de direitos. (Cf. DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 118)

Paulo Gustavo Gonet Branco, comentando a respeito de o significado dos direitos fundamentais como uma dimensão objetiva, esclarece que:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.

Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estrutura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático. (BRANCO; MENDES, 2012, p. 190)

Constitui a conformação da ordem jurídica para que os direitos fundamentais exerçam o papel de elementos condicionantes da produção e concretização do próprio direito.

Gilmar Ferreira Mendes, citando os ensinamentos de Konrad Hesse, afirma que entre nós, assim como na Lei Fundamental Alemã, exercem os direitos fundamentais papel de elemento da ordem jurídica objetiva:

A par do seu inegável significado como direito de proteção ou de defesa contra atos lesivos por parte do Poder Público, cumprem os direitos fundamentais um relevante papel como elementos da ordem jurídica objetiva da comunidade. [...] Também entre nós pode-se afirmar que, ao gravar os direitos fundamentais com a cláusula de eternidade (CF, art. 60, §4º), pretendeu o constituinte explicitar o especial significado objetivo dos direitos fundamentais como elementos da ordem jurídica objetiva.



Tal como observado por Hesse, os direitos fundamentais contêm elementos essenciais não só do sistema democrático (igualdade, liberdade de opinião, liberdade de reunião, igualdade de oportunidade), mas também do próprio Estado de Direito (vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais). Também as regras básicas sobre casamento, família, propriedade e direito de sucessão configurariam, para Hesse, os fundamentos da ordem jurídica privada. (MENDES, 2012, p. 120-121)

Robert Alexy, ao analisar os efeitos irradiantes dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, esclarece que o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu que os direitos fundamentais exercem um papel de ordem objetiva de valores:

Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornecem diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência. (2008, p. 524)

Essa faceta dos direitos fundamentais acaba por acarretar alguns aspectos que merecem comentários: a) os direitos fundamentais como normas de competência negativa; b) vinculação dos Poderes do Estado; c) os direitos fundamentais como critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional; d) aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

#### a - Os Direitos Fundamentais como Normas de Competência Negativa

O aspecto objetivo dos direitos fundamentais evidencia o caráter de normas de competência negativa. Esse caráter não altera a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, ao contrário. Evidencia que os direitos fundamentais, como direitos subjetivos outorgados pela Constituição ao seu titular, ainda que não exercidos por este, devem ser tutelados pelo Estado. Conforme salientam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, essa característica fica evidenciada quando se trata de controle abstrato de constitucionalidade:

Assim, por exemplo, não é necessário esperar a impetração de mandado de segurança que questione a constitucionalidade de uma lei de censura com base na liberdade de imprensa para proceder ao controle dessa lei que viola a Constituição. As partes legitimadas no âmbito do

processo constitucional devem dar andamento *ex officio* a esse controle, fazendo o Estado respeitar os limites de sua competência por meio da ação direta de inconstitucionalidade, da arguição de descumprimento de preceito fundamental ou de outro meio de controle abstrato, cujo julgamento no Brasil é de competência do Supremo Tribunal Federal [...]. (2008, p. 119)

O exercício do controle abstrato de constitucionalidade, independente de lesão a direitos individuais, subjetivos, é uma forma de autocontrole do Estado em função dos direitos fundamentais.

#### b – Vinculação do Poder Público

Os direitos fundamentais, na perspectiva da dimensão objetiva, tratando-se de normas constitucionais, vinculam a atuação do Poder Público em todas as suas esferas. Seja a atuação legislativa, administrativa ou até mesmos a judicante está vinculada aos valores e normatividade dos direitos fundamentais. Os atos do poder público devem observar os direitos fundamentais, e o seu desrespeito acarreta a sua invalidade. (Cf. BRANCO; MENDES, 2012, p. 167)

#### i – Vinculação do Poder Legislativo pelos Direitos Fundamentais

A atuação do Poder Legislativo deve guardar coerência com os direitos fundamentais.

Essa vinculação encontra um comportamento positivo nas hipóteses em que o Poder Constituinte Originário delegou ao legislador infraconstitucional a concretização de um direito fundamental. Impõem-se um dever ao legislador ordinário legislar, no sentido de concretizar, efetivar um direito fundamental, sob pena de incidir em inconstitucionalidade por omissão.

Há outras situações, por exemplo, no caso das normas constitucionais de eficácia contida, em que a atuação do legislador ordinário, ao conter a eficácia da norma constitucional, está vedado a legislar ao ponto de atingir o núcleo essencial do direito, impondo um comportamento negativo. Deve o legislador se abster de criar condições desarrazoadas que torne impraticável o direito previsto na Constituição.

Da vinculação da atuação legislativa pelos direitos fundamentais decorre o princípio do retrocesso social, conforme ensinamento de J. J. Gomes Canotilho:

Os direitos derivados a prestações, naquilo em que constituem a densificação de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de “guarda de flanco” (J.P. Müller) desses direitos garantindo o grau de concretização já obtido. Consequentemente, eles radicam-se

subjectivamente não podendo os poderes públicos eliminar, sem compensação ou alternativa, o *núcleo essencial* já realizado desses direitos. Nesse sentido se fala também de *cláusulas de proibição de evolução reaccionária* ou de *retrocesso social*. (2003, p. 479)

Os direitos fundamentais, como normas constitucionais, impõem, ainda, outro comportamento negativo ao legislador ordinário: a edição de normas infraconstitucionais deve ocorrer de forma a não contrariar os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais se apresentam também, como limitações materiais expressas ao exercício do Poder Constituinte Derivado, seja de reforma ou de revisão. A autorização do Poder Constituinte Originário para modificação da Constituição, seja com fundamento no art. 60 da Constituição Federal ou no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, devem observar o limite material imposto pelos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais constituem um núcleo rígido da Constituição, que deve ser observado, pelo Congresso Nacional, por ocasião da sua atuação como Poder Constituinte Derivado.

#### ii – Vinculação da Administração Pública

A Administração Pública também está vinculada aos direitos fundamentais. Deve-se compreender por Administração Pública não somente as pessoas jurídicas de direito público, mas da mesma forma as pessoas jurídicas de direito privado que disponham de poderes públicos. (Cf. BRANCO; MENDES, 2012, p. 169)

Sobre a vinculação da Administração Pública em face dos direitos fundamentais, J.J. Gomes Canotilho esclarece que:

O princípio da constitucionalidade imediata da administração impõe que a administração (entenda-se: as várias administrações públicas, central, regional ou local, directa, indirecta, autónoma e consessionada) e já vinculada às normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias. Isso significaria em todo o rigor: (1) a administração, ao exercer a sua competência de execução da lei, só deve executar as leis constitucionais, isto é, as leis conforme aos preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias; (2) a administração, ao praticar actos de execução de leis constitucionais (= leis conforme os direitos fundamentais), deve executá-las constitucionalmente, isto é, interpretar e aplicar estas leis de um modo conforme direitos, liberdades e garantias. (2003, p. 479)

A vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais torna nulos os atos praticados ao seu arrepio. Da mesma forma, a Administração Pública deve licitar, contratar, interpretar normas jurídicas, expedir decretos em conformidade com os direitos fundamentais.

### iii – Vinculação do Poder Judiciário

Cabe ao Poder Judiciário a clássica tarefa de defender os direitos fundamentais violados em uma solução de conflitos, conforme o teor do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Na solução de conflitos, deve o Poder Jurisdicional ater-se ao teor dos direitos fundamentais, de forma a solucionar o litígio com estrita observância aos direitos fundamentais. “Da vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais decorre, ainda, a necessidade de ser aferir a legitimidade das decisões judiciais, tendo em vista, sobretudo, a correta aplicação desses direitos aos casos concretos.” (MENDES, 2012, p. 120)

No exercício da função judicante, se o magistrado da causa perceber que há ofensa a um direito fundamental, que acarreta em inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ainda que nenhuma das partes tenha arguido referida inconstitucionalidade, deverá deixar de aplicar a norma ao caso concreto. É o chamado controle de constitucionalidade difuso, podendo ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, em qualquer instância, ao caso concreto na solução de um litígio.

É dever do Poder Judiciário ainda, ao proferir as suas decisões, fazê-las de forma a dar verdadeira efetividade aos direitos fundamentais, sob pena de reduzi-los a meras proposições normativas, em flagrante desrespeito ao disposto no parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal.

A vinculação do Poder Judiciário em dar efetividade aos direitos fundamentais em suas decisões fica evidenciada pela alteração na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao Mandado de Injunção.

O entendimento da Suprema Corte era de que, ao julgar procedente um Mandado de Injunção, por omissão inconstitucional, não poderia impor ao Poder Legislativo omissio prazo ou sanção pela não existência da lei. Tão pouco poderia o Supremo Tribunal Federal suprir a omissão legislativa. (Cf. MORAES, 2012, p. 185)

Nos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, que buscavam a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, prevista no inciso VII do art. 37 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal alterou o seu posicionamento, aplicando a *teoria concretista geral*. A julgar procedente o Mandado de Injunção, por ausência legislativa que pudesse dar eficácia ao direito fundamental de greve aos servidores públicos, determinou que enquanto não fosse elaborada referida lei pelo Congresso Nacional,

fosse aplicada aos servidores públicos a legislação específica da iniciativa privada, por analogia, conforme Jorge Hage:

Eis os fundamentos do erudito voto do Ministro Gilmar, no MI 670: a) o Judiciário, embora sem pretender qualquer “protagonismo legislativo”, não pode permanecer em situação que caracteriza uma verdadeira “omissão judicial”; b) as características dos direitos sociais, conferidos no novo Estado Social, à diferença do antigo Estado Liberal, não se satisfazem com a postura de mero “legislador negativo” das Cortes; c) há, porém, que observar critérios, como que sejam os da vontade hipotética do legislador e o da solução constitucionalmente obrigatória; d) a partir dos conceitos de “omissão legislativa parcial” e de “sentenças aditivas” do direito italiano, deve o Supremo adotar, provisoriamente, para as greves no serviço público, as regras aplicáveis ao setor privado. Dito isso, votou ele no sentido de determinar-se a aplicação das Leis nº 7.701/88 e nº 7.783/89 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores civis. (HAGE, 2010, p. 167)

Embora a decisão não tenha sido unânime<sup>3</sup>, o Supremo Tribunal Federal, ao determinar a aplicação por meio de analogia para que o direito de greve pudesse ser exercido pelos servidores públicos, garantiu a efetividade dos direitos fundamentais. Percebe-se que referido posicionamento da Suprema Corte está em perfeita consonância com a vinculação que os direitos fundamentais lhes impõem.

c – Os Direitos Fundamentais como Critério de Interpretação e Configuração do Direito Infraconstitucional

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais evidencia-se pela razão do direito infraconstitucional ser interpretado a partir das normas de direitos fundamentais.

Não somente o administrador público e o judiciário devem proceder à interpretação das normas a partir dos valores e sentidos dos direitos fundamentais. Todo e qualquer aplicador do direito deve proceder à aplicação do direito infraconstitucional a partir da perspectiva dos direitos fundamentais.

A doutrina refere-se muitas vezes ao princípio da “interpretação conforme a Constituição”. Uma importante dimensão desse princípio é a “interpretação conforme os direitos fundamentais” (*grundrechtskonforme Auslegung*). Quando o aplicador do direito está diante de várias interpretações possíveis de uma norma infraconstitucional,

<sup>3</sup> O relator original dos autos, ministro Maurício Correia, já havia pronunciado voto conforme antiga jurisprudência da Corte, e os atuais ministros – Ricardo Levandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio votaram no sentido de limitar os efeitos da decisão apenas às partes do processo (teoria concretista individual).

deve escolher aquela que melhor se coadune às prescrições dos direitos fundamentais. (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 120)

Os direitos fundamentais, não somente como direitos subjetivos dos indivíduos em face do próprio Estado, mas como a própria essência do Estado Democrático de Direito, os valores e princípios constitucionais de um determinado Estado, acarretou a constitucionalização do direito infraconstitucional. As normas infraconstitucionais devem ser compatíveis verticalmente com a Constituição não somente no plano formal e material, mas também no plano axiológico, em conformidade com os valores e princípios da Constituição (decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais), conforme esclarece Luis Roberto Barroso:

Neste ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional. (BARROSO, 2010, p. 364)

As normas infraconstitucionais devem expressar os valores normatizados pelos direitos fundamentais, sob pena de serem consideradas inconstitucionais.

#### d – Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas

O estudo da afirmação histórica dos direitos fundamentais evidencia que o Poder Público foi o destinatário precípua dos direitos fundamentais. Foram inicialmente concebidos para estabelecer um espaço de imunidade entre o indivíduo e o Estado.

Ocorre, entretanto, que a partir do momento em que os direitos fundamentais passam a ser concebidos como fundamentos de um Estado Democrático de Direito, questiona-se se podem ser opostos frente grupos econômicos ou políticos de peso que, embora particulares, tivessem o condão de impor aos indivíduos os mesmos constrangimentos que o Estado.

Ganhou alento a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios

indivíduos, nas suas relações entre si. Ao se desvendar o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, abriu-se à inteligência predominante a noção de que esses direitos, na verdade, exprimem os valores básicos da ordem jurídica e social, que devem ser prestigiados em todos os setores da vida civil, que devem ser preservados e promovidos pelo Estado como princípios estruturantes da sociedade. O discurso majoritário adere, então, ao postulado de que “as normas sobre direitos fundamentais apresentam, ínsitas a elas mesmas, um comando de proteção, que obriga o Estado a impedir que tais direitos sejam vulnerados também nas relações privadas”.[...]Tudo isso contribuiu para que se assentasse a doutrina de que também as pessoas privadas podem estar submetidas aos direitos fundamentais. (BRANCO; MENDES, 2012, p. 201)

Embora o Supremo Tribunal Federal já houvesse se manifestado anteriormente sobre a aplicabilidade de direitos fundamentais nas relações entre particulares<sup>4</sup>, foi a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819-9, Rio de Janeiro, pela Segunda Turma, que a Suprema Corte enfrentou a questão diretamente. Trata-se de recurso da União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, de decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que havia determinado reintegração de sócio em razão de não observância ao princípio constitucional da ampla defesa em processo de exclusão.

A Ministra relatora Ellen Gracie<sup>5</sup>, em seu voto, conheceu do recurso e lhe deu provimento, em razão do entendimento que, nas relações privadas deve prevalecer o princípio da autonomia privada:

A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC.

---

<sup>4</sup> São exemplos de aplicação pelo Supremo Tribunal Federal da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: a) RE 160.222-8 O Supremo entendeu como “constrangimento ilegal” a revista íntima em mulheres em fábrica de *lingerie*; b) RE 158.215-4: entendeu-se como violado o princípio do devido processo legal e ampla defesa na hipótese de exclusão de associado em cooperativa sem direito à defesa; c) RE 161.243-6: configuração de discriminação de empregado brasileiro em relação a francês na empresa Air France, mesmo realizando atividades idênticas.

<sup>5</sup> Recurso Extraordinário 201.819-8/ Rio de Janeiro, Relatora Originária Min. Ellen Gracie; Relator para o Acórdão Min. Gilmar Mendes. p. 581. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>, Acesso em: 11 dez. 2010.

Acompanhando o voto da ministra relatora, votou o ministro Carlos Velloso<sup>6</sup>, argumentando que, nas relações privadas os contratos e estatutos sociais têm força de lei entre os particulares. Uma vez observado o estatuto social da União Brasileira de Compositores, não haveria razão para questionamentos a respeito de a exclusão de sócio.

O ministro Gilmar Ferreira Mendes, lembrando a construção jurisprudencial da teoria dos direitos fundamentais pela Corte Constitucional da Alemanha, e da sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal em outras ocasiões, divergiu do voto da ministra relatora, negando provimento ao recurso extraordinário. Acompanharam o voto divergente os ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello.

Em seu voto, o ministro Joaquim Barbosa destacou que<sup>7</sup>

o fato é que, entre nós, a aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera privada é consequência de diversos fatores, muitos deles observáveis na prática jurídica contemporânea, inclusive entre nós. O primeiro deles, o paulatino rompimento das barreiras que separavam até final do século XIX o direito público e o direito privado. Por outro lado, um fenômeno facilmente observável em sistemas jurídicos dotados de jurisdição constitucional – a chamada “constitucionalização do direito privado”, mais especificamente do direito civil. Noutras palavras, as relações privadas, aquelas que há até bem pouco tempo se regiam exclusivamente pelo direito civil, hoje sofrem o influxo dos princípios de direito, emanados predominantemente das decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição constitucional.

De fato, uma das consequências inelutáveis da aceitação quase universal da supremacia da Constituição e da jurisdição constitucional como instrumento destinado a assegurar-la reside no fato de que os direitos fundamentais, imperativo indeclinável de todas as democracias, não mais se concebem como limitações impostas única e exclusivamente ao Estado.

---

<sup>6</sup> Recurso Extraordinário 201.819-8/ Rio de Janeiro, Relatora Originária Min. Ellen Gracie; Relator para o Acórdão Min. Gilmar Mendes, p. 629. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>, Acesso em: 11 dez. 2010.

<sup>7</sup> Recurso Extraordinário 201.819-8/ Rio de Janeiro, Relatora Originária Min. Ellen Gracie; Relator para o Acórdão Min. Gilmar Mendes, p. 622. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>, Acesso em: 11 dez. 2010.



A aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, em decorrência dos efeitos irradiantes dos direitos fundamentais tem sido admitida pelo Supremo Tribunal Federal, portanto.

#### 4. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais foram inicialmente concebidos como forma de limitação do Estado, resguardando ao indivíduo uma esfera de liberdade, sem a ingerência do poder público. Ao longo do tempo percebeu-se que havia a necessidade de se reconhecer outros direitos ao homem, além daqueles que impunham ao Estado um dever de abstenção. Surgiram, então, os direitos sociais, impondo ao Estado uma obrigação positiva, no sentido de melhorar as condições de vida do indivíduo. Posteriormente surgiram os direitos de terceira geração, de titularidade difusa, como o meio ambiente. Desde o fim do século XVIII, quando surgiram os direitos de primeira geração, até os dias atuais, os direitos fundamentais adquiriram contornos diversos, sem que, no entanto, perdessem a sua dimensão subjetiva.

Os direitos fundamentais deixam, entretanto, de ser compreendidos apenas e tão somente no sentido de conferir ao cidadão um direito subjetivo em face do Estado. Sem perder a sua faceta subjetiva, os direitos fundamentais ganham um novo contorno: passam a ser a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.

Essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais produz eficácia irradiante em todo o ordenamento jurídico. Vincula o Estado em todas as suas esferas do Poder, condiciona a interpretação das normas infraconstitucionais, alterou o sujeito passivo dos direitos fundamentais, possibilitando a sua aplicação nas relações privadas.

A eficácia objetiva dos direitos fundamentais transcende os direitos subjetivos do indivíduo, vinculando todo o ordenamento jurídico. Essa nova dimensão dos direitos fundamentais não pode mais ser ignorada pelos operadores do direito, pois demonstra a prevalência dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico como um todo, impondo-se inclusive sobre o direito privado, e sustentando um Estado Democrático de Direito.

## Referências

- ALEXY, R.. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, L.R.. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- BOBBIO, N.. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F.. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- \_\_\_\_\_. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 13, abril-maio, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 12 dez. 2010.
- CANOTILHO, J. J. G.. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- COMPARATO, F. K.. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- CUNHA JÚNIOR, D. DA. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: JusPODIVM, 2006.
- DIMOULIS, D.; MARTINS, L.. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FERREIRA FILHO, M. G.. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11.ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

HAGE, J.. Controle Judicial Sobre as Omissões Normativa. In: MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G.; VALE, André Rufino do (Org.). *A Jurisprudência do STF nos 20 Anos de Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 165-169.

HELAL, J. P. C.. *Controle da Constitucionalidade : teoria e evolução*. Curitiba: Juruá, 2006.

LASSALE, F.. *O que é uma Constituição*. Tradução: Leandro Farina. 2. ed.. Campinas: Minelli, 2005.

MENDES, G. F.. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional*. 4.ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ, Centro de Atualização Jurídica, nº 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 11 dez. 2010.

MORAES, A. DE. *Direito Constitucional*. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. Jurisdição Constitucional: Breves Notas Comparativas sobre a Estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema Norte- Americana. *Revista de Direito Mackenzie*, São Paulo: Mackenzie, ano 2, nº 2, 2001.

SILVA, J. A. DA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, A. R.. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

TEMER, M.. *Elementos de Direito Constitucional*. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

# CENSURA TOGADA: O BRASIL DE COSTAS PARA O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

*Vanessa de Castro Rosa<sup>1</sup>*

## **Introdução**

O presente trabalho tem como escopo analisar a posição do Brasil frente à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no tocante à temática da proteção à liberdade de pensamento e expressão, buscando denunciar o descaso do Brasil com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos em relação a esses direitos.

Desse modo, o estudo tem como objeto os principais julgados da Corte Interamericana a respeito de liberdade de pensamento e expressão e alguns casos absurdos de violação a esses direitos perpetrados pelo Poder Judiciário brasileiro.

Para a realização deste singelo estudo foram usados: o método histórico para a investigação da evolução dos julgados da Corte Interamericana em relação à proteção da liberdade de pensamento e expressão, o método dialético para análise das contradições entre as decisões da Corte e do Poder Judiciário brasileiro, e o método crítico para uma análise comparativa do conteúdo das decisões, sob o paradigma da Convenção Americana e do comportamento do Brasil diante do Sistema Interamericano.

No capítulo segundo, analisa-se o conteúdo e sentido da liberdade de expressão e sua finalidade, bem como a sua contribuição para a construção do Estado Democrático de Direito, buscando verificar a importância desse direito para a vida individual e coletiva das pessoas.

No capítulo terceiro, constatada a essencialidade do direito à liberdade de pensamento e expressão, analisa-se o papel da Corte Interamericana na defesa desse direito, por intermédio de a análise de seus principais julgados relativo ao tema.

No capítulo quarto, visto o posicionamento da Corte Interamericana relativo ao tema, verifica-se a posição do Poder Judiciário acerca de a mesma questão e a forma destoante de julgar em relação à jurisprudência da Corte e da própria Convenção.

No capítulo quinto, verificada a divergência e a presença da censura prévia judicial, perquire-se formas de se avançar no sentido de se alcançar uma proteção efetiva do

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela UNESP. Especialista em Direito Ambiental (UGF). Especialista em Direito Processual Civil (Unisul). Especialista em Direito Penal e Processual Penal (UCDB). Mestranda em Direitos Humanos Fundamentais no Centro Universitário FIEO. Defensora Pública.

direito a liberdade de pensamento e expressão e de se construir uma sociedade brasileira mais democrática.

Percorrido esse caminho, almeja-se chamar a atenção sobre as violações a liberdade de pensamento e expressão, por parte do próprio Poder Judiciário brasileiro, que ignora a Convenção Americana de Direitos Humanos e a interpretação fixada pela Corte Interamericana, colocando o Brasil cada vez mais fora do Sistema Interamericano e contribuindo para a desconstrução da cidadania e do Estado Democrático de Direito, por meio de a imposição da censura togada em pleno século XXI, que se tornou ícone da sociedade da informação.

## **1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PENSAMENTO COMO GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

A liberdade de expressão constitui direito fundamental, garantido pela Constituição da República, dado sua primordial importância para o desenvolvimento do ser humano como pessoa, pois, é por meio de a comunicação que o ser humano se afirma como tal, toma consciência de si e do mundo, configurando seus valores, sua ética e sua moral. De forma que a comunicação é garantia do desenvolvimento da personalidade do ser humano e do Estado Democrático de Direito.

É por intermédio de a liberdade de expressão, informação e comunicação que o ser humano se forma no convívio com o seu semelhante, ocasião em que o embate de ideias, a troca de experiências e o conhecimento do diferente contribui para a formação ética, moral e cultural, razão pela qual a liberdade de expressão é essencial ao desenvolvimento e à formação da vontade livre do homem. (Cf. MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 403)

Ademais, a liberdade de expressão transmite conhecimentos tradicionais, preservando a cultura e a memória de um povo, além de possibilitar a convivência em sociedade. Assim, de acordo com Juan E. Díaz Bordenave, “sociedade e comunicação são uma coisa só. Não poderia existir comunicação sem sociedade, nem sociedade sem comunicação”. (1982,p.16-17)

A livre manifestação do pensamento permite que a pessoa conheça seus direitos e lute por eles, contribuindo para a construção do Estado Democrático de Direito, além de ser importante ferramenta de formação cidadã e conseqüentemente, um importante meio de combate à corrupção e à alienação.

Não sem motivo que durante as ditaduras uma das primeiras atitudes a ser tomada pelos despóticos é o fechamento ou controle da imprensa e dos meios de comunicação,

como forma de dominação e controle da população, especialmente, porque uma população desinformada torna-se alienada e facilmente manipulável.

Ademais, a comunicação também é uma fonte lucrativa de recursos, o que atrai a atenção e o interesse de grandes empresas, transformando a informação em mercadoria e manipulando-a da pior forma possível e com vistas exclusivamente ao lucro, além de despi-la de sua função social.

Por tal razão, a Corte em sua Opinião Consultiva nº 05/1985, solicitada pela Costa Rica, em relação à interpretação dos art. 13 e 29 da Convenção Americana, dispõe que<sup>2</sup>:

As duas dimensões [...] da liberdade de expressão devem ser garantidas simultaneamente. Não seria lícito invocar o direito da sociedade de ser informada de forma verdadeira para fundamentar um regime de censura prévia, supostamente destinado a eliminar as informações falsas a critério do censor. Como tampouco, seria admissível que, a respeito de a base do direito de difundir informações e ideias, se constituam monopólios públicos ou privados relativo aos meios de comunicação para moldar a opinião pública segundo único ponto de vista. (CORTE, s.d.)(*tradução nossa*)

Destarte, resta claro que a liberdade de expressão deve ser ampla e de forma a privilegiar o pluralismo, não sendo admissível a formação de monopólios públicos ou privados, o que afronta a liberdade de expressão e pensamento, por divulgar apenas um ponto de vista, fato que só, infelizmente, acontecer no Brasil.

O uso da informação, como mercadoria além do lucro, movimentada a política de um Estado, conforme os interesses do capital, por essa razão, a UNESCO preocupa-se com a qualidade da informação.

De acordo com Juan Bordenave:

A chamada ‘indústria cultural’, isto é, a exploração comercial dos recursos da comunicação, tornou-se uma das mais atraentes inversões de capital e, conseqüentemente, grandes corporações multinacionais passaram a ser proprietárias de redes de comunicação e de empresas que manufaturam equipamentos para as mesmas.

---

<sup>2</sup> “Las dos dimensiones mencionadas (supra 30) de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de La sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según um solo punto de vista.” (CORTE, s.d.).

A comunicação elevou-se ao nível de um dos grandes problemas políticos do mundo, até o ponto de obrigar a UNESCO a criar uma *Comissão de Estudo dos Problemas da Comunicação*, com 16 membros, presidida por um ex-Prêmio Nobel da Paz, bem como a preocupar-se com o estabelecimento de uma *Nova Ordem Mundial da Informação*.

Dentro de cada nação, o controle da comunicação adquiriu suma importância, visto que ela pode estabilizar ou desestabilizar governos. A UNESCO iniciou uma campanha mundial para conseguir que cada país tenha sua *Política Nacional de Comunicação*, provocando com isto o antagonismo das associações internacionais de proprietários de meios de comunicação social.(1982, p.34)

Destarte, imbuídas da consciência e preocupação com a proteção a liberdade de expressão e pensamento a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (Bogotá-1948), em seu art. 4º, protege a liberdade de opinião, expressão e difusão do pensamento, seguida pela Convenção Americana de Direitos Humanos (São José da Costa Rica-1969), que protege e disciplina, nos art. 13 e 14, o direito à liberdade de pensamento e expressão e o direito de resposta, respectivamente.

Mais recentemente a proteção desses direitos foi reafirmada pela Declaração de Princípios em relação à Liberdade de Expressão, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 2000, e pela Carta Democrática Interamericana, aprovada em Lima, em 11/09/2001, que atrela, em seu art.4º<sup>3</sup>, a liberdade de expressão e imprensa à construção do Estado Democrático.

O epicentro dessa proteção reside no art. 13 da Convenção Americana, o qual dispõe da seguinte forma:

Art. 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabi-

---

<sup>3</sup> Art.4º. São componentes fundamentais do exercício da democracia: a transparência das atividades governamentais, a probidade, a responsabilidade dos governos na gestão pública, o respeito dos direitos sociais e a liberdade de expressão e de imprensa.

lidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

O artigo é claro ao eleger o sistema de responsabilidades ulteriores para assegurar o respeito à reputação das demais pessoas e a proteção da segurança nacional, ordem, saúde e moral públicas. Isto é, não é cabível a censura prévia, eventuais abusos devem ser apurados posteriormente, pois, dada a essencialidade do direito à liberdade de pensamento e expressão, não se pode restringi-lo *a priori*.

A opção pela responsabilidade ulterior traz em si o sistema de reparação e consequentemente o controle dos abusos, pois, não significa que os meios de comunicação não sejam responsáveis. Todavia, a responsabilidade depende do dano, seguindo a mesma linha de pensamento do direito penal.

A única exceção trazida pelo artigo a qual permite a censura prévia diz respeito à proteção moral da infância e adolescência e toda propaganda a favor da guerra, apologia ao ódio nacional, racial ou religioso a qual constitua incitamento à discriminação, hostilidade, crime ou violência, vezque a proibição prévia deve ser feita por meio de lei, em atenção ao princípio da legalidade.



## 2. O PAPEL DA CORTE INTERAMERICANA NA DEFESA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A América Latina vivenciou no pós-2ª Guerra Mundial uma série de ditaduras, que, sem exceção, restringiram a liberdade de imprensa seja direta ou indiretamente, seja por meio de imposição de órgãos governamentais de censura ou por meios de manipulação ideológica, por meio de a imprensa coagida ou corrompida.

Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos passou a desenvolver uma importante doutrina de tutela da liberdade de expressão e de imprensa, pautada na Convenção Interamericana, na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (Bogotá-1948), na Carta Democrática Interamericana (2001) e na Declaração de Princípios a respeito Liberdade de Imprensa, como forma de garantir tais direitos, essenciais à democracia e à dignidade na América.

Destarte, na atuação da Corte, seja contenciosa ou consultiva, estão sendo afirmados os alicerces para a consolidação da cultura democrática na América, bem como a conscientização necessária para se evitar o retorno das ditaduras e da censura.

No tocante à atuação contenciosa da Corte, destacam-se os seguintes casos: Olmedo Bustos *versus* Chile (05/02/2001), Ivcher-Bronstein *versus* Peru (06/02/2001), Herrera Ulloa *versus* Costa Rica (02/07/2004), Ricardo Canese *versus* Paraguai (31/08/2004), Palamara Iribarne *versus* Chile (22/11/2005), Claude Reyes *versus* Chile (19/09/2006), Kimel *versus* Argentina (02/05/2008), Tristan Donoso *versus* Panamá (27/01/2009), Caso Perozo *versus* Venezuela (28/01/2009), Caso Usón Ramirez *versus* Venezuela (20/11/2009), Manuel Cepeda Vargas *versus* Colômbia (26/05/2010), Fontecchia D'Amico *versus* Argentina (29/11/2011).

O caso Olmedo Bustos *versus* Chile<sup>4</sup>, também conhecido como *A última tentação de Cristo* decorre da censura judicial imposta pela Corte Suprema do Chile, em 17/06/1997, a respeito de a exibição cinematográfica do referido filme de Martin Scorsese, sob a alegação de defesa da honra e reputação de Jesus Cristo.

A Corte entendeu que a norma constitucional chilena que previa a possibilidade de censura viola a Convenção Americana, haja vista que o exercício de liberdade de expressão e informação não pode estar sujeita a controle prévio, dada a imprescindibilidade da livre manifestação e difusão do pensamento e informação. Destarte, a Corte condenou o Chile, embora este não tenha se oposto aos teores das acusações, por violação ao direito de liberdade de expressão e pensamento, ao direito de liberdade de consciência e religião, devendo, portanto, modificar a legislação nacional, extirpando a censura prévia, de forma a se adequar a Convenção Americana,

---

<sup>4</sup> Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_73\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2012.

devendo ainda exibir o filme e indenizar as vítimas pelos danos materiais. Em 2003, a Corte declarou que o Chile cumpriu integralmente a sentença.

No caso *Ivcher-Bronstein versus Peru*<sup>5</sup> (o sr. Ivcher, cidadão israelense, o qual teve de renunciar a nacionalidade originária para se naturalizar peruano, após denunciar, em seu canal de televisão, uma série de torturas realizadas pelo Serviço Secreto Peruano, foi perseguido e teve a nacionalidade peruana cancelada.

A Corte Interamericana decidiu por sua competência para julgar o caso, haja vista que o Peru havia denunciado a Convenção Americana, a fim de afastar a jurisdição internacional, entendendo que a denúncia não tem efeitos imediatos e julgou o caso procedente, declarando as violações do Estado Peruano ao direito de nacionalidade, propriedade e liberdade de imprensa e expressão, condenando o Peru a investigar as violações ocorridas, facilitar medidas para que a vítima readquirisse seus bens, além de dano moral e material.

No caso *Herrera Ulloa versus Costa Rica*<sup>6</sup>, o demandante era jornalista que publicou trechos de reportagens de um jornal belga sobre o envolvimento de um diplomata da Costa Rica em atividades ilícitas e, por isto, foi condenado por quatro crimes contra a honra na justiça nacional. A Corte decidiu que a Costa Rica violou a liberdade de expressão e pensamento, devendo anular a sentença penal condenatória, adequar o seu ordenamento a Convenção Americana e indenizar a vítima pelos danos morais e patrimoniais. A Costa Rica cumpriu integralmente a sentença internacional.

No caso *Ricardo Canese versus Paraguai*<sup>7</sup>, o sr. Ricardo Canese era candidato a presidente em 1993, e durante a campanha fez críticas e alegações de que o outro candidato estava envolvido em irregularidades na construção de uma hidrelétrica. Foi condenado a quatro meses de prisão.

A Corte nesse caso declarou a importância de liberdade de expressão no processo eleitoral e do debate para a construção da democracia, além de afirmar que a liberdade de expressão é uma das formas mais eficazes de combate à corrupção e que sobre ela não pode haver restrições indiretas tais como as sanções penais camufladas de crimes contra a honra, especialmente, quando se impera o interesse público, tal como na divulgação de informações públicas a respeito de candidatos no processo eleitoral.

Nessa esteira, a Corte declarou a violação à liberdade de expressão, ao direito de circulação e ao princípio de retroatividade da norma penal mais benéfica, haja vista que durante o curso do processo houve a redução da pena do crime cominado ao sr. Ricardo Canese, mas a justiça não aplicou o benefício para ele. Também houve

<sup>5</sup> Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_54\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_54_esp.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2012.

<sup>6</sup> Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2012.

<sup>7</sup> Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_111\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2012.

condenação em danos morais e patrimoniais, além de publicar a sentença da Corte Interamericana na imprensa nacional. Em 06/08/2008, foi declarado o integral cumprimento das obrigações e extinto o processo.

No caso *Palamara Iribarne versus Chile*<sup>8</sup>, o sr. Humberto Palamara era oficial da marinha chilena aposentado. Em 1992, escreveu o livro *Etica y Servicios de Inteligencia*, com base nas informações disponíveis publicamente. Foi processado na justiça militar, civil e penal, sofreu várias medidas restritivas indevidamente, sem o devido processo legal. A marinha proibiu a publicação do livro e confiscou todos os exemplares.

A Corte Interamericana determinou indenização pelos danos morais e materiais, a publicação imediata do livro à custa da marinha e da sentença internacional no sítio eletrônico do Estado, a anulação da sentença penal e dever de modificar as competências relativas à jurisdição militar de modo que ela somente julgue o militar em atividade, além de delimitar muito bem a competência penal de a justiça militar, e proteger a liberdade de expressão no ordenamento nacional. O caso foi quase que integralmente cumprido, a exceção da alteração da legislação militar.

No caso *Claude Reyes versus Chile*<sup>9</sup>, o sr. Marcel Claude Reyes requereu informações acerca de determinada empresa e seu projeto ao Comitê de Investimentos Estrangeiros, haja vista que havia suspeita de danos ambientais e ofensa ao desenvolvimento sustentável da região, porém o acesso a tais informações foi negado. A Corte decidiu que houve violação à liberdade de expressão, pois o art. 13 da Convenção Americana consagra que o direito à informação deve estar regido pelo princípio da máxima divulgação, incluindo a informação que esteja em poder do Estado, excepcionando apenas os casos de prejuízo objetivo maior que o benefício da informação ao interesse público.

Desse modo, a Corte determinou que o Estado fornecesse as informações solicitadas no prazo de seis meses por meio de publicação no diário oficial e em jornal de circulação nacional, devendo ainda o Chile tomar medidas necessárias para o acesso à informação, capacitando os funcionários públicos para fornecê-las. Em 2008, o Chile cumpriu integralmente a sentença e ainda elogiou a Corte e a agradeceu pela oportunidade de melhorar as leis, a cidadania e os órgãos públicos.

No caso *Kimel versus Argentina*<sup>10</sup>, o sr. Eduardo Gabriel Kimel, historiador, publicou o livro *La masacre de San Patricio*, em que criticava a atuação de um juiz na apuração da morte de cinco religiosos, durante a ditadura militar. O juiz sentindo-se

<sup>8</sup> Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2012.

<sup>9</sup> Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf)>. Acesso em: 11 jul. 2012.

<sup>10</sup> Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_177\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf)>. Acesso em: 29 jul. 2012.

ofendido processou o autor por injúrias e calúnias, o qual foi condenado à pena de prisão e indenização.

A Corte condenou a Argentina a reparar o sr. Kimel pelos danos materiais e morais, devendo anular a sentença penal condenatória e todas as consequências dela decorrentes no prazo de seis meses, devendo ainda publicar a sentença da Corte nos meios de comunicação nacionais, e realizar um ato público de reconhecimento de sua culpa.

No caso *Tristan Donoso versus Panamá*<sup>11</sup>, o sr. Tristan Donoso, advogado, teve algumas de suas conversas com um cliente gravadas pelo Procurador Geral da Nação. E ao denunciar tal fato em uma conferência de imprensa, teve contra si a instauração de procedimentos contra honra (calúnia e injúria) instaurados pelo Procurador Geral da Nação que foi absolvido da acusação de violação à intimidade, confidencialidade e livre exercício da advocacia pelas gravações indevidas.

Nesse caso, a Corte advertiu para o caráter intimidante e inibidor das sanções civis desproporcionais, reafirmou que a proteção da honra das pessoas afetas ao interesse público deve ser de maneira conforme com os princípios do pluralismo democrático e com uma margem de aceitação e tolerância maior que a dos particulares. E, portanto, decidiu que o Panamá violou, entre outros, o direito à liberdade de expressão, devendo indenizar a vítima em dano moral, anular a sentença penal condenatória imposta ao sr. Tristan e publicar a sentença internacional nos meios de circulação nacional. A sentença foi integralmente cumprida pelo Panamá.

O caso *Ríos versus Venezuela*<sup>12</sup>, ocorrido durante conturbado momento após a tentativa de golpe em 2002, ocasião em que funcionários da Radio Caracas e Televisão S/A (RCTV) sofreram agressões físicas e verbais por parte de funcionários públicos e particulares, durante as manifestações e confrontos ocorridos no período de 2002 a 2004.

A Corte decidiu que houve violação ao dever do Estado em garantir liberdade de expressão, entre outras violações a artigos da Convenção Americana, devendo, assim, o Estado conduzir eficazmente, e em prazo razoável, as investigações e os processos penais em trâmite, adotar medidas necessárias para evitar restrições indevidas, diretas ou indiretas, ao exercício da liberdade de informação e arcar com as custas do processo. A sentença está em fase de cumprimento.

O caso *Perozo versus Venezuela*<sup>13</sup> deriva de uma série de atos e omissões ocorridos entre 2001 e 2005, cometidos por funcionários públicos e particulares, contra os funcionários do canal de televisão Globovisión, consistentes em atos de instigamento,

<sup>11</sup> Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_193\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf)>. Acesso em: 11 jul. 2012.

<sup>12</sup> Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_194\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2012.

<sup>13</sup> Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_195\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2012.

agressões físicas e verbais, que impediram o trabalho dos funcionários do canal de TV, durante período conturbado da Venezuela, no contexto posterior à tentativa de golpe de Estado.

A Corte decidiu praticamente, de forma idêntica ao caso anterior. A sentença também está em fase de cumprimento.

No caso *Usón Ramírez versus Venezuela*<sup>14</sup>, trata-se de um militar de alta patente aposentado, sr. Francisco Usón Ramírez, que foi condenado na justiça militar, por injúria contra a Força Armada Nacional, por emitir opiniões críticas em um programa televisivo, sobre a ação da instituição sobre um grupo de soldados que estavam presos e foram gravemente feridos na cela pelo uso de um lança-chamas.

A Corte decidiu que houve violação da legalidade, de garantias judiciais e da liberdade de expressão, devendo a Venezuela anular a sentença criminal proferida contra a vítima, no prazo de um ano, e também, estabelecer, em prazo razoável, por intermédio de sua legislação, os limites da competência dos tribunais militares, especialmente, devendo modificar o art. 505 da lei penal militar, que permite o julgamento de civis por militares, além de publicar a sentença e indenizar em danos morais, materiais e nas custas do processo.

No caso *Manuel Cepeda Vargas versus Colômbia*<sup>15</sup>, o sr. Manuel Cepeda Vargas era senador colombiano, eleito pela Unión Patriótica (UP), partido minoritário, e no dia 09 de agosto de 1994, foi assassinado por integrantes do exército e paramilitares, sendo que ele já vinha recebendo ameaças e, inclusive denunciado a existência de um plano chamado “golpe de graça” que visava exterminar todos os dirigentes da UP, no entanto, o governo negou a existência desse plano, embora, os dirigentes da UP estivessem sendo assassinados e nada fez para garantir a integridade do senador.

A Corte condenou a Colômbia a investigar e punir os crimes perpetrados contra sr. Manuel Cepeda, garantindo segurança aos familiares dele, bem como publicar a sentença e elaborar um documento escrito e audiovisual relativo à vida política e jornalística do senador, outorgar uma bolsa de estudos, com o nome do senador, em uma universidade pública colombiana, no curso de Ciências da Comunicação, além da indenização aos familiares por danos materiais e morais.

Por fim, no caso *Fontevicchia D’Amico versus Argentina*<sup>16</sup>, os autores da demanda são funcionários de uma revista argentina que foi condenada por ter veiculado notícias entre o envolvimento amoroso do presidente da nação, Carlos Saúl Menem, e uma deputada, cujo resultado seria um filho não reconhecido. Houve uma condenação cí-

<sup>14</sup> Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_207\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2012.

<sup>15</sup> Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_213\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2012.

<sup>16</sup> Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_238\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2012.

vel ulterior por violação à vida privada do presidente, confirmada pela Suprema Corte da Argentina.

A Corte Interamericana ao ser demandada pelos funcionários da revista Noticias, deu a eles razão por entender que a informação divulgada se inseria na categoria de informação de interesse público, haja vista que sobre tal relação havia presentes suntuosos dados pelo presidente à deputada e ao suposto filho, recebimento de valores e favores políticos e econômicos ao esposo da deputada, conseqüentemente os supostos “laços familiares” já tinham sido divulgados na mídia argentina e internacional, dois anos antes da publicação, pela revista Noticias e, também porque a responsabilização não observou as balizas do art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesse julgado, a Corte reafirmou que o sistema de responsabilização é ulterior e excepcional, e fixou que a responsabilização deve ter um fim legítimo e deve ser idônea e necessária, ou seja, deve haver uma necessidade social imperiosa.

Destarte, é possível visualizar nos casos acima expostos preocupação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, especialmente da Corte Interamericana, em garantir o direito à liberdade de expressão e informação, de modo que em cada julgado a Corte afirma a imprescindibilidade desse direito, bem como a necessidade dos ordenamentos nacionais se adaptarem à Convenção Americana de Direito Humanos.

Outra preocupação recorrente da Corte está em garantir o fluxo de pensamento e informações, tanto que nos casos em que houve impedimento de publicação da informação, quanto nos casos Palamara Iribarne e Olmedo Bustos, a Corte determinou a publicação do livro e a transmissão do filme, como formas de se permitir concretamente o fluxo da liberdade de expressão.

Outrossim, a Corte, reiteradamente, em seus julgados determina a publicação da sentença nos meios nacionais do país originário do caso, por considerar sua sentença, per si, uma forma de reparação, exercendo, assim, uma função pedagógica como meio de criar e implementar o direito à liberdade de expressão.

A Corte ensina, em seus julgados, que a liberdade de expressão tem uma dimensão individual e uma dimensão social, pela qual ninguém pode ser arbitrariamente impedido de manifestar o próprio pensamento (dimensão individual) e representa o direito de todos de receber qualquer informação e conhecer a expressão do pensamento alheio, por exemplo, nos casos, Ivcher-Bronstein, Usón Ramírez e Manuel Cepeda Vargas, em que a expressão dos autores foi punida por contrariar interesses escusos dos seus respectivos Estados.

E por meio de esses julgados a Corte ao interpretar a Convenção ensina ao continente americano, e até ao mundo, o sentido da Convenção Americana no tocante a garantia do direito à liberdade de expressão e pensamento.

### 3. A CENSURA NO BRASIL: AINDA A CULTURA AUTORITÁRIA NO JUDICIÁRIO

Todavia, embora a Corte Americana se esforce em ensinar e clarificar o sentido do direito, a liberdade de expressão e pensamento na Convenção Americana, o Brasil a cada dia torna-se mais conhecido como o país da censura togada, que ignora o art. 13 da Convenção Americana e a interpretação dada pela Corte em seus julgados a respeito de o tema.

De acordo com o site Deutsche Welle (MAZZOTE,s.d.), ao analisar liberdade de imprensa brasileira, qualquer interessado em impedir a divulgação de uma notícia pela imprensa pode usar o Judiciário para fazê-lo, vez que recentemente, um estudo feito pela Freedom House categorizou o Brasil como um país parcialmente livre, posicionando-o em 90º lugar no ranking mundial de liberdade de imprensa e no 22º lugar na América (do total de 35), podendo tal feito ser explicado pela atuação do assédio judicial à imprensa.

A censura é uma flagrante violação ao direito de liberdade de pensamento e expressão, além de ser um instrumento vil de manipulação da realidade, que aniquila a consciência político-social, transformando pessoas em mera massa amorfa de dominados, impotentes antes às novas organizações espúrias do poder.

Vale consignar a advertência de Sérgio Mattos:

[...] é preocupante o ressurgimento da censura prévia no Brasil, incluídos aqui as tentativas de aprovação da Lei da Mordaza e o uso de outras ferramentas econômicas, jurídicas e policiais para intimidar a imprensa e os jornalistas. Estamos nos referindo também a uma nova forma de censura, de aspecto hipócrita, que, sem contar com a repressão policial, envolve todos os tipos de pressões e constrangimentos possíveis, além de condenações e prisões de jornalistas em todo o mundo.(2005, p. 165)

Não se pode olvidar de outras formas de violação à liberdade de pensamento e expressão, infelizmente, comuns no Brasil, tais como o desaparecimento e homicídio de jornalistas, fatos que estão sendo apurados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, referente ao caso do desaparecimento do jornalista Ivan Rocha<sup>17</sup>, ocorrido em 22/04/1991, em Belém (PA) e do assassinato de Manoel Leal de Oliveira, ocorrido em 14/01/1998, na cidade de Itabuna (BA), contudo neste o Brasil vem, até então, cumprindo as medidas recomendadas pela Comissão para reparação de dano e evitar o encaminhamento à Corte.

---

<sup>17</sup> Apurado pela Comissão na Petição de Admissibilidade nº 702/03, de 22/03/11.

A Convenção Americana de Direitos Humanos em seu art. 13 estabeleceu a forma de responsabilização referente à violação do direito de liberdade de pensamento e expressão, sendo as balizas determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme visto acima. Contudo, o Poder Judiciário Brasileiro, reiteradamente, ignora tais disposições ora em prol de poderes ocultos, ora em virtude da ignorância do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Entre os abundantes exemplos, está a censura judicial imposta ao jornal O Estado de S.Paulo<sup>18</sup> proibido de divulgar as descobertas da operação “Boi-barrica” da Polícia Federal, em que Fernando Sarney, suspeito de fazer o famigerado caixa-dois na campanha de Roseana Sarney, fora indiciado por formação de quadrilha, lavagem de dinheiro e falsidade ideológica, isto em nome dos direitos da personalidade e privacidade.

Talvez se o Supremo Tribunal Federal não ignorasse a jurisprudência da Corte Interamericana, à luz dos casos *Fontevicchia D’Amico versus Argentina* e *Tristan Donoso versus Panamá* e *Herrera Ulloa versus Costa Rica*, entre outros, certamente não teria imposto a proibição de divulgar fatos públicos sobre pessoas públicas, relacionados ao interesse público (financiamento de campanha eleitoral) aos cidadãos brasileiros.

Outra restrição prévia à divulgação de notícia imposta pela Justiça brasileira diz respeito ao caso do jornalista Lúcio Flávio Pinto, do jornal O Povo, que foi intimado a não publicar sob pena de prisão em flagrante, processo criminal e multa de R\$ 200.000,00 qualquer notícia sobre o envolvimento dos proprietários do jornal afiliado da Rede Globo, em fraudes contra a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia.<sup>19</sup>

Outro exemplo de atuação judicial que cerceia a liberdade de imprensa refere-se ao Jornal de Londrina, um jornal de pequeno porte, distribuído gratuitamente, que, por noticiar envolvimento do prefeito de Sertãozinho, em diversas irregularidades, foi condenado à multa de R\$ 600.000,00 impondo, pela via indireta, o fechamento do jornal, já que o valor da condenação inviabiliza a continuidade das suas atividades, por ser muito maior que todo o patrimônio da pequena empresa.

A ação desse caso está aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal, no tocante à imposição da multa. Porém, mister se faz registrar a curiosa construção argumentativa para sustentar a censura: o Tribunal de Justiça do Paraná entendeu que a condenação em dano moral ao jornal era necessária, pois, embora os fatos divulgados fossem verdadeiros, só poderiam ter sido publicados depois do trânsito em julgado do processo penal que condenou o prefeito.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/pages/especiais/sobcensura/>>. Acesso em: 28 jul. 2012.

<sup>19</sup> Disponível em: <<http://www.diarioonline.com.br/noticia-136704-juiz-ameaca-prender-e-multar-lucio-flavio-pinto.html>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

<sup>20</sup> Disponível em: <<http://knightcenter.utexas.edu/pt-br/blog/jornal-de-londrina-alerta-que-tera-que>>



Essa curiosa interpretação além de não encontrar guarida em nenhum documento do Sistema Interamericano, nem na Constituição Brasileira, cria uma regra restritiva a um direito fundamental, sem qualquer amparo legal. Além de olvidar a teoria da real malícia, que tem sido amplamente usada pelas Cortes Internacionais, Americana e Européia, além das Cortes Supremas de vários Estados, como parâmetro para a responsabilização.

De acordo com Daniel Lopes Cerqueira

[...] a doutrina da real malícia (*actual malice*) fornece importantes subsídios teóricos para avaliar a responsabilidade pela difusão de uma determinada informação ou opinião. Obrigatoriamente aplicada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *New York Times v. Sullivan*, tal doutrina implica a impossibilidade de sancionar a difusão de uma informação, salvo quando feita com uma temerária despreocupação pela verdade (*reckless disregard for the truth*) ou com o pleno conhecimento de sua falsidade. (2007, p. 284)

Outra atuação restritiva do Judiciário em relação à imprensa foi direcionada ao *site* Conjur que noticiou e exibiu a decisão do Conselho Nacional de Justiça que determinou a instauração de processo administrativo contra magistrado de São Paulo, que se negava a receber advogados em seu gabinete.<sup>21</sup>

Outro exemplo é dado pelo jornalista Paulo Henrique Amorim, que em seu *site* *Conversa afiada*<sup>22</sup> publica a lista dos processos contra ele movidos, especialmente por Daniel Dantas, contra as notícias e críticas. Embora não tenha condenação, é constante a pressão judicial e afirma o jornalista que “nossos adversários tentam criar uma jurisprudência para nos punir e nos calar pelo bolso”.<sup>23</sup>

Também não poderia deixar de se mencionar o constante assédio ao jornalista Jorge Reis da Costa, conhecido como Jorge Kajuru, sendo o primeiro jornalista condenado a pena de prisão após a ditadura, segundo Alberto Dines, por ter chamado de “oportunista” a rede afiliada da Rede Globo em Goiás, devido à forma com que teria obtido os direitos de transmissão do campeonato goiano de futebol. (MATTOS,2005,p.167)

Como pode-se observar, a imposição de censura judicial à imprensa geralmente está associada a interesses escusos de setores detentores do poder político e econômico no Brasil, que impedem o conhecimento do povo de fatos que podem influenciar nas

---

fechar-portas-com-indenizacao-de-r-600-mil-ex-prefeito>. Acesso em: 20 jul. 2012.

<sup>21</sup> Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-nov-09/juiza-proibe-conjur-divulgar-decisoes-sigilo-sas-cnj>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

<sup>22</sup> Disponível em: <<http://www.conversaafiada.com.br/nao-me-calarao/>>. Acesso em: 28 jul. 2012.

<sup>23</sup> Disponível em: <<http://ponto.outraspalavras.net/2011/05/13/blogueiros-denunciam-%e2%80%9cjudicializacao-da-censura%e2%80%9d/>>. Acesso em: 28 jul. 2012.

decisões eleitorais sobre a conduta de determinados políticos ou evidenciar a conduta imoral de determinadas empresas de comunicação.

Em pleno século XXI, no auge da sociedade de informação, dominada pelo fluxo rápido de dados através dos recursos tecnológicos sofisticados, que permitem uma comunicação instantânea com qualquer pessoa em qualquer parte do mundo, o Brasil se vê, ainda, arraigado à concepção coronelista de poder e de censura, agora, exercida pelo Judiciário, que coloca o Brasil na contramão da história.

Infelizmente, o Brasil está repleto de casos de censura judicial. Nestse esboço só foram trazidos alguns indicativos, para trazer luz à indagação a respeito de o tipo de democracia que se vivencia no País, bem como a noção de direito à liberdade de pensamento e expressão que os Tribunais vêm aplicando.

#### **4. CAMINHOS PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INFORMAÇÃO**

Indubitavelmente, o primeiro caminho que se abre para a liberdade de expressão e informação é tratar a informação como um bem social e não como uma mercadoria, haja vista que a informação serve à conscientização dos cidadãos· (Cf. MATTA,1980,p.26)

A informação está protegida pelo direito a liberdade de pensamento e expressão, por ser um importante instrumento de formação cidadã do povo e de controle de legalidade do governo, haja vista que um povo bem informado, ciente de seus direitos e deveres, é capaz de exercer a fiscalização da gestão do bem público.

De outra banda, a proteção a honra, privacidade e reputação das pessoas públicas, obviamente, devem ser resguardadas, todavia, a Corte já sinalizou, mais de uma vez, que as pessoas públicas sofrem, em virtude do cargo público, uma flexibilização desta garantia, o que a doutrina civilista nacional, sem maiores problemas já aceita normalmente.

Todavia, quando a garantia individual entrar em choque com o interesse público ou social, esse deve prevalecer, conforme a Corte já julgou várias vezes, por exemplo, nos casos Herrera Ulloa, Ricardo Canese e Usón Ramírez.

Dessa forma, a Corte rechaça o uso das leis nacionais que punem a manifestação de pensamento, a título de crime contra honra, usando a proteção penal da honra como instrumento disfarçado de censura. É preciso ter a distinção entre lei de imprensa e lei de censura, trazida por Karl Marx, “a lei da imprensa pune o abuso da liberdade. A lei da censura pune a liberdade como se fosse um abuso”. (MARX, 2000,p.59)

Outra questão que exsurge para que a liberdade de pensamento e expressão possa quebrar os grilhões da censura judicial, é a compreensão do teor do art. 13 da

Convenção que determina o sistema de responsabilidade ulterior, proibindo a censura prévia, salvo as duas hipóteses que a própria Convenção traz – proteção da criança e adolescente e proibição de incitação a ódio e discriminações.

O sistema de responsabilidade ulterior garante a veiculação de informações, e caso estas sejam maliciosas, sofrerão a imputação de responsabilidade, que por sua vez, não pode ser excessiva ou abusiva, a ponto de impor o fechamento do estabelecimento, ou seja, deve seguir os padrões de lógica e razoabilidade.

## 5. CONCLUSÃO

Espera-se ter despertado o interesse no tocante ao tema, para que seja possível uma reflexão a respeito de o tratamento que o Poder Judiciário brasileiro dispensa ao direito de liberdade de pensamento e de expressão, bem como a postura da magistratura brasileira em relação às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Na era da informação e da globalização as fronteiras estão cada vez mais maleáveis e abertas à comunicação de culturas e informações, as relações entre Estados e entre pessoas estão mais próximas e o Direito caminha nesse sentido de aproximar culturas, sociedades e políticas.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos vivenciou um grande avanço na difusão da universalidade e da solidariedade, tal como preconizado pela Declaração Universal (1948) e pela Declaração de Viena (1993) e consubstanciado na atuação da Organização das Nações Unidas e na formação dos Tribunais Internacionais, especialmente, o Tribunal Penal Internacional.

Desta forma, verifica-se um ideal de solidariedade e democracia, sendo construído na sociedade internacional, com o auxílio dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, dos quais o Brasil é integrante.

Assim, cabe ao Brasil cumprir as decisões dos Tribunais Internacionais, bem como os Tratados e Declarações por ele assumidos, portanto, a partir do momento em que se aceitou fazer parte do Sistema de Proteção dos Direitos Humanos, um compromisso foi firmado e deve ser cumprido, não havendo espaço para a desonestidade.

Contudo, os tribunais nacionais, reiteradamente, ignoram a Convenção Americana e a interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, usando de justificativas insanas ou mesmo sem qualquer justificativa, no tocante a proteção da liberdade de expressão e pensamento.

Esses direitos são fundamentais para a dignidade do ser humano e para garantia do Estado Democrático de Direito, pois, garantem o desenvolvimento da psique humana, da personalidade, da cultura, da memória de um povo, da identidade e consciência individual e coletiva, pois esses atributos se constroem a partir da interação entre os seres, o que decorre da liberdade de pensamento e expressão.

Outro lado desses direitos diz respeito à dimensão coletiva, ou seja, a consciência social e política, pois a liberdade de pensamento e expressão permite, nesse âmbito, a formação plural de ideias, o debate democrático, o controle de legalidade e moralidade da Administração Pública (inclusive do Judiciário), o voto consciente, participação política na esfera de governo e formação crítica de cidadãos.

Diante da essencialidade destes direitos, a Corte Interamericana foi acionada diversas vezes, chamada a interpretar o art. 13 da Convenção Americana, como forma de dizer qual é a forma necessária e correta para se aplicar tal artigo, na defesa da liberdade de pensamento e expressão.

Nesse sentido, o art. 13 estabelece a proibição de censura prévia e o regime de responsabilização ulterior, como garantia à liberdade de pensamento e expressão. Todavia, no Brasil, essa proteção se esmorece pouco a pouco pela atuação do Judiciário, fato que já chamou a atenção de órgãos internacionais de defesa da liberdade de expressão, como a Freedom House, que em pesquisa classificou o País como possuidor de liberdade parcial, em decorrência da censura judicial.

Desse modo, atitudes judiciais como: proibições liminares de veiculação de notícias, ameaças de prisão a jornalistas, indiciamentos por não revelarem a fonte da informação, prisões, indenizações vultosas, homicídios de jornalistas não esclarecidos, entre outras, são formas de desproteger a liberdade de pensamento e expressão e desconstruir a sociedade democrática.

Destarte, espera-se que o Judiciário brasileiro quebre os grilhões da ditadura e do coronelismo, que seja mecanismo de defesa das liberdades fundamentais e instrumento de construção de uma sociedade plural, livre, democrática e social, integrada com o mundo, e não o contrário disto.

## Referências

BORDENAVE, J. E. D.. *O que é comunicação*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva* nº 5/1985. São José. Costa Rica. 13 nov. 1885. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_05\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. *Casos*. São José. Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 22 out. 2010.

OLIVEIRA, M. L. (Coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

MARX, K.. *Liberdade de imprensa*. Porto Alegre: LPM, 2000.

MATTA, F. R.. *A informação na nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

MATTOS, S.. *Mídia controlada: a história da censura no Brasil e no mundo*. São Paulo: Paulus, 2005.

MAZOTTE, N.. *Tribunais viraram instrumento de censura no Brasil*, diz Deutsche Welle. Disponível em: <<https://knightcenter.utexas.edu/pt-br/blog/tribunais-viraram-instrumento-de-censura-no-brasil-diz-deutsche-welle>>. Acesso em: 14 jul. 2012.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G.. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

# DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE MORADIA POR MEIO DE AS ZONAS ESPECIAIS DE INTERESSE SOCIAL (ZEIS)

*Carlos Alberto Carmello Junior<sup>1</sup>*

## **Introdução**

É corrente a assertiva de que a planificação da atividade urbanística ou do próprio direito urbanístico (Cf. SANTINI, 2007), tem como escopo fundamental a ordenação territorial da cidade, na incessante persecução de cidades que cumparam suas funções socioambientais.

Dentro deste espectro amplo de planificação, relevante se faz investigar como o direito fundamental à moradia se insere no contexto jurídico de políticas de regularização fundiária, destinadas precipuamente a atender às necessidades da população de baixa renda.

A compreensão da atividade urbanística pressupõe um esquadrinhar da atividade de planejamento municipal, notadamente do Plano Diretor, instrumento de política urbana veiculado por lei cuja elaboração decorre de verdadeiro procedimento, necessariamente democrático.

O objeto do presente texto é revelar como o direito fundamental de moradia pode se materializar por meio da urbanificação, especialmente por meio das Zonas Especiais de Interesse Social.

## **1. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E SUA EFETIVIDADE**

O direito à moradia foi inserido no rol dos direitos sociais do art. 6º da Constituição Federal de 1988 por meio de a Emenda Constitucional nº 26 de 2000.

Importante registrar que, mesmo antes de ser expressamente referido como direito social no corpo do texto constitucional, já poderiam ser invocados fundamentos bastante razoáveis para se entender que ele implicitamente existia, como direito decorrente de normas e princípios constitucionais, e, portanto, que era merecedor de proteção jurídica.

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Processual e Constitucional da UniSantos, professor de Direito da Criança e do Adolescente na Unisanta, mestrando em Direito Ambiental pela UniSantos, promotor de Justiça.

Afirme-se, em primeiro lugar, que o direito à moradia consta de diversos tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro é signatário. Por outro lado, a Constituição Federal, em diversos dispositivos tratava (trata) da moradia. Tome-se como exemplo a competência comum dos entes federativos de “promover programas de construção de moradia e melhoria das condições habitacionais e saneamento básico” (art. 24, inc. IX), a referência à moradia dentre os requisitos para o usucapião urbano (art.183), não se olvidando que o imperativo constitucional de cumprir, a propriedade, necessariamente uma função social (art. 5º, XXIII, art. 170, III). Tais dispositivos, em si considerados, permitiam reconhecer que a moradia erigiu-se em valor prestigiado na ordem constitucional.

A fundamentalidade de tal direito, reconhecida, até então, de forma implícita, circunscreve-se à sua vinculação com o superprincípio da dignidade da pessoa humana. (SARLET, s.d., s.l., p. 517) É conhecido o estudo do psicólogo americano Abrahan Maslow a respeito da hierarquia das necessidades humanas. Para Maslow, o ser humano deve ter satisfeitas, antes de tudo, algumas necessidades primárias. Pois bem, dentre tais necessidades primárias está inserida a necessidade de ter um “abrigo”, um “teto”. Não por outra razão, o “sonho da casa própria” aparece em primeiro lugar no imaginário de felicidade das camadas mais populares da sociedade.

A inserção do direito à moradia no rol dos direitos sociais do art. 6º da Constituição Federal, para além de espancar dúvidas que poderiam eventualmente remanescer acerca da sua fundamentalidade, enseja questionamentos a respeito da eficácia de tal disposição constitucional, notadamente porque, estabelecido constitucionalmente o “objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III, da CF), a precariedade em que vivem milhões de brasileiros, que dormem embaixo de pontes, cortiços, em assentamentos urbanos privados de saneamento, ou mesmo sem um título jurídico que legitime a moradia, é realidade que deve se colocar na ordem do dia na planificação da atividade da administrativa, não podendo tal questão ser indiferente também à atividade legislativa e jurisdicional.

É conhecida, e merece ser lembrada, a distinção entre eficácia e jurídica e efetividade da norma jurídica. A eficácia jurídica diz com a sua aptidão de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, coincidindo com o que se poderia denominar de “grau” de sua executoriedade. A efetividade, por sua vez, é relacionada à circunstância de a norma ser ou não aplicada e seguida, se tem aptidão de repercutir no mundo dos fatos. A mera aptidão para produzir efeitos jurídicos não se revela suficiente, muitas vezes, para que a norma consiga de fato produzir os efeitos almejados pelo constituinte.

Importa, pois, considerar se, e em que medida, a norma constitucional do art. 6º, de indubitável caráter programático (norma constitucional de eficácia limitada) que

estabelece o direito à moradia como um direito social, mereceu destaque nas ações desenvolvidas pelo poder público e qual eficácia jurídica que tal direito vem recebendo dos Tribunais, notadamente o Supremo Tribunal Federal.

O desenvolvimento de políticas públicas de moradia pode ser vislumbrado pelas Leis nº 11.124/05 e 11.997/2009, que criaram, respectivamente, o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (com o objetivo de viabilizar à população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável, implementar políticas e subsídios, dentre outros) e o Programa “Minha Casa Minha Vida” (objetivo: criar mecanismos de incentivos à produção e à aquisição de novas unidades habitacionais para famílias com renda de até 10 salários mínimos). Por meio de tais diplomas, foram criados fundos para centralização e gerenciamento de recursos destinados à habitação, o que se traduz em medida importante de planejamento da atividade administrativa, fator que deve preponderar, aliás, em toda atividade urbanística, como se apreende da Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade).

No âmbito do Poder Judiciário, o direito à moradia foi abordado no RE nº 407688-8-SP, no qual era questionada a possibilidade de penhora do único imóvel do fiador de uma locação. No julgamento desse importante caso, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o direito fundamental de moradia não pode ser invocado pelo fiador que tem seu imóvel residencial penhorado por força de inadimplência em contrato de locação, julgando-se, pois, constitucional o inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90 (bem de família). Esse caso serviu de *leading case* e rendeu ensejo a outros julgamentos da Corte no mesmo sentido.

Os argumentos, que foram trazidos pelos Ministros que formaram a maioria, dizem respeito, em linhas gerais, à liberdade contratual e, à circunstância de que a fiança, no contrato de locação, acaba servindo como incentivo à oferta de moradia.

A decisão do Supremo, com a devida licença, esvaziou sobremaneira a proteção constitucional que o direito à moradia merece, à medida que, também as normas constitucionais de eficácia limitada, investem o cidadão numa perspectiva de proteção contra atos que possam aniquilar o conteúdo essencial do direito. Ora, há aspectos extremamente importantes, que mereceram importantes considerações nos votos vencidos, e bem demonstram que o direito social em questão foi reduzido há muito pouco. Dentre outros relevantes aspectos, destacaram os ministros Eros Grau, Ayres Brito e Celso de Mello: a) o fato de que fiador não dispunha de outros imóveis e tinha aquele penhorado para sua moradia; b) que, ao ser viabilizada a penhora, o fiador se encontrava em posição desfavorável em relação ao próprio locatário proprietário de um bem de família, disso resultando ofensa ao princípio da isonomia e c) a circunstância de existirem outras possibilidades, além da fiança, de serem fomentadas ofertas



de imóveis para moradia, não se podendo, desde logo, condescender com o sacrifício do direito fundamental do cidadão de ter um teto para morar.

Urge, pois, que o STF ofereça uma interpretação mais alinhada à ideia de dignidade humana ao direito social de moradia. Muito embora o Ministro Cezar Peluso tenha admitido, no julgamento em análise, a possibilidade de penhora do único imóvel do fiador de uma locação, já teve Sua Excelência a oportunidade de assentar, em publicação em que se comemoravam dez anos da “Associação de Juízes para Democracia”, que “com a restrição ao direito de propriedade em benefício ao direito de habitação, o titular do direito de propriedade não perde nada em termos de dignidade humana, mas aquele que é despojado de um abrigo, esse, sim, sofre muito”, assertiva que servia, “como uma luva”, para a tese da impenhorabilidade do imóvel do fiador de uma locação. Tal como hoje delineado pelo Supremo Tribunal Federal, o direito fundamental à moradia nada significa para o cidadão.

Há, contudo, perspectiva de novas abordagens das Cortes Superiores para esta importante questão. Recente julgamento efetuado pelo Superior Tribunal de Justiça impediu a continuidade de ação penal ambiental sob o argumento de que o réu efetuara a degradação para exercer seu direito de moradia.<sup>2</sup> Se a decisão é questionável pelo aspecto de haver reconhecido insignificância na seara da proteção ambiental – tese que, a princípio não concordamos (o caso era de estado de necessidade!) - teve a decisão, o inegável mérito de conferir conteúdo protetivo ao direito social de moradia, reconhecendo que alguma eficácia tal direito há ter, não se traduzindo em mera “exortação de boa vontade” inserida na Constituição.

Estes novos contornos jurídicos que, em nossa visão, hão de ser conferidos ao direito à moradia, se, por um lado, ainda não conduzem à caracterização desejável de tal direito como “público subjetivo”, por outro, devem servir de alicerce para que se solidifique o entendimento de que a regularização fundiária, antes que um interesse pertencente aos moradores em situação de irregularidade, traduz-se em verdadeiro interesse difuso. Trata-se, na verdade, de contextualizar o direito à moradia com o direito à cidade.

## 2. O PLANEJAMENTO DA ATIVIDADE URBANÍSTICA

O art.182 da Constituição Federal determina que a política de desenvolvimento urbano tenha por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. A execução de tal encargo recai sobre o Município, que deve observar as diretrizes gerais fixadas em lei.

A Lei nº 10.257 de 2001, conhecida como Estatuto da Cidade, é a norma geral a que os municípios devem obediência na execução da política urbana. Prevê a lei diversos

<sup>2</sup> HC124820, 5/5/11, Rel. Celso Limongi.

instrumentosem seu art. 4º, com os quais podem os municípios delinear um modelo de cidade adequado. Acrescente-se que o rol dos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade é meramente exemplificativo, podendo o Município valer-se de outras ferramentas para a construção de uma cidade que cumpra suas funções sociais e que seja ambientalmente sustentável.

Os planos nacionais, estaduais, distritais e municipais de ordenação do território, bem assim o planejamento das regiões metropolitanas caracterizam um dos instrumentos de política urbana. Houve por bem o legislador conjugar tais planos com aqueles referentes ao desenvolvimento econômico e social, de tal forma que não há como se dissociar a ordenação do território urbano com o que se projeta em termos sociais e econômicos para o território contemplado. Neste espectro mais abrangente de planificação, os planos assumem contornos bastante abrangentes, híbridos, necessariamente multidisciplinares.

Assim, os instrumentos trazidos pelo Estatuto das Cidades, longe de objetivarem tutelar a questão da moradia da pessoa individualmente considerada, procuram compreender tal direito dentro da cidade como um todo, ou seja, dentre as múltiplas dimensões que o fenômeno urbano assume, decorrendo, desta intercontextualidade, a inserção do direito à moradia dentro da perspectiva difusa do direito a cidades sócio, e ambientalmente, sustentáveis.

## **2.1. O Plano Diretor**

No âmbito municipal, o plano diretor é o mecanismo de ordenação do território, instrumento básico da política urbana. A comprovar a íntima correlação entre o desenvolvimento e o urbanismo, tal plano apareceu, em cidades diversas, com os nomes de “plano diretor de desenvolvimento urbano”, “plano de desenvolvimento local integrado”, sempre em contexto de planejar melhorias econômicas e sociais (saúde, educação, habitação, assistência) em função do território da cidade, seja ele urbano ou rural.

Instrumento de construção coletiva, para o qual devem concorrer associações representativas do planejamento municipal, de iniciativa do prefeito, deve o Plano Diretor ser aprovado na Câmara Municipal, passando posteriormente à sanção pelo chefe do Executivo. Deve respeito às normas de planejamento da União, dos Estados e das regiões metropolitanas, não podendo ignorar, também, as disposições urbanísticas de cidades circunvizinhas.

Remanesce dúvida acerca de se tratar ou não de lei em sentido material, por lhe faltar as características da generalidade e abstração, nada obstante ter que ser aprovado por lei. Se é verdade que o Plano Diretor condiciona a utilização de cada imóvel urbano, fugindo-se da generalidade que reveste o conceito de lei, reveste-se, por outro lado, da imperatividade. De qualquer forma, sendo veiculado por lei, não há como se

fugir de que se trata, no mínimo, de lei em sentido concreto, passível de controle de legalidade nos moldes da lei em sentido material.

Realce-se que no plano diretor, podem ser contempladas alternativas para a utilização de imóveis não utilizados ou subutilizados, o que não está previsto no Estatuto da Cidade, art. 4º. Isto se reforça pela norma do art. 42 quando se utiliza da expressão “no mínimo”.

O plano diretor deve se conjugar com as leis orçamentárias na busca da ordenação e desenvolvimento dos espaços da cidade. Caso não haja esta interação, o plano diretor não passará de uma folha de papel, à medida que não estarão previstos os recursos necessários para o desenvolvimento das cidades. Na realidade, é o plano diretor que deve orientar a elaboração das leis orçamentárias (par. 1º do art. 40 do Estatuto da Cidade).

Ainda, a elaboração do plano diretor do município não pode ignorar o que é disposto nos planos diretores das cidades vizinhas, ainda que não se tenha instalada juridicamente uma região metropolitana (par. 3º do art. 25 da Constituição Federal).

## 2.2 Urbanificação

É preciso reconhecer que, malgrado a vigência de tais normas urbanísticas, a urbanização que se desenvolveu e, em grande parte ainda vem se desenvolvendo no Estado brasileiro, é mais produto de desordem do que de planejamento. Com efeito, a ocupação dos espaços tem se dado à revelia das normas jurídicas pertinentes, sendo mesmo de se questionar, como faz Raquel Rolnik (1999), a própria consistência da legislação regulatória, que não tem como incidir nos denominados modos informais de produção da cidade. As normas de loteamentos – especialmente a Lei nº 6766/76 – não conseguem disciplinar ocupações irregulares e suas nefastas consequências.

Tais consequências da ocupação irregular e não planejada ou da ocupação mal planejada (aqui exemplificada pela concessão de alvarás para construção de arranha-céus em bairros que não contam com malha viária para suportar o fluxo de tráfego decorrente), são perceptíveis: falta de condições de saneamento, com reflexos ambientais nos recursos hídricos, deficiências relacionadas à carência de serviços públicos absolutamente essenciais, como saúde e educação, insuficiência crônica da malha viária, dentre tantas outras.

E a urbanização irregular, em que pese se traduzir, muitas vezes, em desrespeito a elementares normas jurídicas tendentes a disciplinar o uso dos espaços, é prática que parece ganhar foros de legitimidade e, em alguns casos, de juridicidade, com o decurso do tempo, tornando, muitas vezes, as iniciativas públicas de regularização absolutamente irrealizáveis, até porque inexistentes condições materiais e orçamentárias para fazer cessar situações socialmente toleradas pela sociedade e, muitas vezes, pelo

próprio Poder Público (que cobra impostos, oferece serviços de transportes, escolas, etc.) em áreas que não poderiam ser ocupadas.

Nesse contexto, atividade de urbanificação surge como um imperativo na tentativa de corrigir problemas decorrentes da urbanização, transformando o meio urbano. (SILVA, 2003, p. 21)

### **3. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA**

Estabelecida como diretriz de política urbana (XIV, art. 2º do EC), a regularização fundiária é caracterizada por ações públicas de ordem jurídica, urbanísticas, ambientais e mesmo sociais, por razões de interesse social ou de interesse específico, com o escopo de legalizar assentamentos informais que se encontram à margem da lei, garantindo o direito social à moradia, resguardando-se a função social da propriedade e o meio ambiente.

Interessa, para a regularização fundiária, que se desenvolvam medidas relacionadas à edificação, infraestrutura, saneamento, transporte e serviços públicos.

Por força dos arts. 182, art. 30, I e VII da CF, a atividade é de competência municipal.

É inequívoco o dever do poder público municipal de ordenar a ocupação dos espaços da urbe, bem assim o de corrigir distorções da desenfreada ocupação (urbanificar). Assim, o planejamento, no âmbito municipal, se materializa na confecção do plano diretor, que deverá especificar as condições de uso, parcelamento e ocupação do solo. (CORREA, 1991, p. 256-262)

Já a urbanificação se infere dos mecanismos de que pode se valer o poder público para que o proprietário promova o adequado aproveitamento (de acordo com o Plano Diretor), os quais foram especificados na Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001 (Estatuto das Cidades), destacando-se, nesse particular, a regularização fundiária, notadamente para legalizar um sem número de moradias estabelecidas à margem da lei.

### **4. ZONAS ESPECIAIS DE INTERESSE SOCIAL (ZEIS)**

Dentre os institutos relacionados à regularização fundiária, destaque especial há que ser dado às Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), instituto consagrado na alínea “f” do inciso V, do art. 4º do Estatuto da Cidade.

Dentro do amplo espectro do planejamento urbano, as ZEIS atrelam-se à atividade de zoneamento específico, no qual são estabelecidos padrões urbanísticos diferenciados, podendo incidir sobre áreas públicas e privadas.

Pode ser definida como “uma categoria específica de zoneamento, permitindo a aplicação de normas especiais de uso e ocupação do solo para fins de regularização

fundiária de áreas ocupadas em desconformidade com a legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e de edificações”. (ALMEIDA, 2009, p. 6)

Por meio da instituição de uma ZEIS objetiva-se a produção de habitação de interesse social em regiões dotadas de infraestrutura e equipamentos urbanos, a instalação de infraestrutura urbana e equipamentos comunitários em locais que não o tenham e ainda trazer legalidade/juridicidade a cortiços, favelas mediante a implementação de parâmetros urbanísticos simplificados.

A existência das ZEIS circunscreve-se à necessidade de, em primeiro lugar, reconhecer que a cidade se produz muitas vezes por padrões informais, ou seja, ao arrepio das normas urbanísticas.

Em segundo lugar, a existência do instituto parece se justificar também pela circunstância de que alguns desses modos informais de produção da cidade acabam por criar situações fáticas irreversíveis e que adquirem legitimidade pelo decurso do tempo. Não há como negar, por exemplo, a existência de conjuntos habitacionais irregulares, nas quais milhares de pessoas residem há décadas, contando com algum respaldo do poder público.

Por fim, trata-se de uma forma de democratizar a ocupação de espaços urbanos, conferindo títulos jurídicos a quem reside em ocupações irregulares.

Com efeito, quando se pensa na razão de existência das ZEIS, fato que não pode ser olvidado é o de que as especificações urbanísticas estabelecidas pela Lei nº 6.766/79 e mesmo pelo Estatuto da Cidade são fatores que promovem valorização imobiliária, o que faz com que o acesso a imóveis localizados em determinadas áreas se tornem economicamente proibitivo para a população de baixa renda, a qual, por razões diversas, encontra-se ocupando imóveis localizados nestas áreas em situação irregular. (SILVA, 2008, p. 132)

Pressupõem as ZEIS que sejam estabelecidos padrões diferenciados para a ocupação dos imóveis, que serão estabelecidos em função da especificidade da área ocupada ou não ocupada.

É possível, pois, que as ZEIS incidam sobre áreas ocupadas (favelas, cortiços, conjuntos irregulares, loteamentos irregulares, edificações deterioradas, etc.), como áreas não ocupadas (terrenos vazios, glebas não utilizadas).

Para que haja a implementação de uma ZEIS, faz-se necessária sua inserção no plano diretor ou lei posterior, porque e insere dentro do contexto de zoneamento de usos. (SAULE JUNIOR, 2006, p. 3767) Nem sempre será possível contemplar a criação de uma ZEIS dentro do plano diretor, pois, sua confecção resulta de um processo demorado, podendo, portanto, as ZEIS serem instituídas por leis posteriores.

É fundamental que, na instituição de uma ZEIS, sejam estabelecidos os perímetros das áreas, diretrizes para estabelecimento de parcelamento e institutos que serão utilizados na regularização fundiária.

A Resolução nº 01/07/2005 do Conselho das Cidades discrimina o que se deve contemplar ao se estabelecer as ZEIS: demarcação, definição de normas especiais de uso, instrumentos de regularização/ de produção da habitação e participação popular.

Um dos aspectos que deve ser considerado é que a Lei nº 6766/1976 foi modificada pela Lei nº 9.785/1999 para permitir a flexibilização de padrões urbanísticos (reduzem-se os equipamentos públicos de infraestrutura do parcelamento) e implementação de um plano de regularização específico para as ZEIS: viabiliza-se o registro do imóvel de forma mais simplificada, sem prejuízo da segurança do ato registrário.

Outra questão importante em relação às áreas em que podem elas ser instituídas é o de que a Resolução CONAMA nº 369/2006 viabiliza a supressão de vegetação em áreas de preservação permanente em casos de utilidade pública e interesse social, especialmente para moradia de pessoas de baixa renda, que se insiram em contexto de ZEIS.

A instituição de uma ZEIS interessa de perto ao direito registrário, pois deve haver conformação jurídica do processo de tornar proprietários, na aceção jurídica do termo, todos aqueles que exercem posse de áreas nem sempre registráveis à luz da legislação.

Assim, no que diz respeito ao aspecto registrário, o parágrafo 11 do art. 213 da Lei de Registros Públicos aduz que independe de retificação registral a regularização fundiária de ZEIS.

Esse artigo deve ser lido com cuidado: não se dispensa a retificação, mas sim o rito previsto na LRP para retificação (notificação dos confrontantes, possibilidade de impugnação, etc). Bastará que o órgão registrário, à luz dos documentos oferecidos pelos órgãos técnicos do município, efetue a especialização do perímetro das ZEIS.

Como se pode perceber, é bastante intensa a conexão existente entre a efetivação do direito de moradia por meio das ZEIS e o resguardo à ordem ambiental, urbanística e registrária.

Se os valores ambientais e urbanísticos se revelam, inequivocamente, como interesses difusos, importa considerar que a questão registrária não é menos importante, em termos de segurança das relações jurídicas.

A segurança do registro não traz apenas segurança ao morador, mas à coletividade (PASSARELLI, 2008, p. 166), que passa a contar com moradias estabelecidas dentro da ordem jurídica, estimulando o investimento, aumentando a circulação de riquezas, desenvolvendo auto-estima em quem, até então, era socialmente estigmatizado como invasor, ocupante, morador de “puxadinho”, dentre outros.

A conformação jurídica do instituto das Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) confere novos contornos ao direito fundamental de moradia, pois, abre perspectiva de se qualificar o interesse da coletividade em ver instituída uma ZEIS em área eventualmente ocupada ou sem utilidade, na busca de cidades socioambientais.

E, a partir desta vinculação do direito de moradia com o de cidades sustentáveis, abre-se campo vasto para analisar relevantes questões: a existência ou não do dever de legislar (instituir ZEIS), de vinculação do administrador, uma vez remanescendo os motivos determinantes, aos planos previamente aprovados, possibilidade de judicialização de comportamentos omissivos ou desconformes ao que foi previamente planejado.

## 5. CONCLUSÕES

- a. O planejamento é da essência da atividade urbanística.
- b. Conquanto estabelecido expressamente no rol dos direitos sociais, o direito fundamental à moradia ainda se traduz em promessa a ser adimplida pelo Estado brasileiro, não se observando, no agir do Poder Executivo e do Judiciário, avanços significativos tendentes à concretização de tal direito.
- c. Nada obstante ser possível subjetivar o direito de moradia, como uma das projeções da propriedade, a conformação jurídica do direito à moradia não se dissocia do direito a cidades sócio e ambientalmente sustentáveis, razão pela qual não se pode tomá-lo de forma independente dos aspectos metaindividuais que se identificam na ocupação da urbe.
- d. As Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) se caracterizam como importante instrumento de regularização fundiária, notadamente porque democratizam a utilização dos espaços públicos, tornando jurídicas ocupações irregulares.
- e. As ZEIS devem ser contempladas na lei que institui o Plano Diretor ou legislação municipal subsequente, inserindo-se dentro do contexto de zoneamento.

## Referências

- ALMEIDA, G. M.J. A. DE. A Medida Provisória nº 459 e as Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS). *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, 2009. a.IV, nº 24, p. 6.
- CORREA, A. C. M. DI. Planejamento urbano: competência para legislar dos Estados e dos Municípios. *Revista de Direito Público*, [S. l.], 1991, v. 24, nº 98, p. 256-262.
- ROLNIK, R.. Regulação Urbanística e exclusão social no Estado de São Paulo: mitos e verdades. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, 1999, nº 46.
- SAULE JR., N.; LIMA, A. N. V.; ALMEIDA, G. M.J. A. DE. As zonas especiais de interesse social como instrumento de política de regularização fundiária. In: *Fórum de Direito Urbano e Ambiental (FDUA)*, nº 30., a.5, Belo Horizonte: nov./dez. 2006.
- SILVA, C. H. D. DA. *Plano Diretor – teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.132.
- SILVA, J. A.. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo:Malheiros,, 2003, p. 21.





# O PODER NAVAL E MEDIDAS DE PROTEÇÃO E PREVENÇÃO CONTRA ACIDENTES NAS ÁREAS DE EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO EM ALTO MAR

*Gerson Luis Lima Ramos<sup>1</sup>*

## **Introdução**

O mar foi e sempre será a principal via de escoamento do comércio de mercadorias, pois, é através dele que os navios e embarcações singram os mares para efetivar, desde os primórdios da civilização, o que o transporte terrestre ou qualquer outro meio não consegue: o deslocamento de grandes quantidades de carga e também de pessoas, ao menor custo por unidade transportada. “Inexoravelmente, desde os primórdios, o mar destaca-se como imprescindível via de transporte de mercadorias e gerador de alimentos.” (OCTAVIANO, 2005, p. 1)

No passado, com os grandes descobrimentos de novas rotas e continentes, somados à constante evolução e aperfeiçoamento da utilização do meio marítimo, pelas embarcações, o comércio mundial tomou um impulso jamais visto antes, resultando em ações de nível governamental para a organização, regulamentação e proteção desse importante segmento de transporte.

Ao mesmo tempo em que o mar servia de via para o escoamento das riquezas, também servia de meio para ataques e pilhagens durante a travessia no mar, provocados por ladrões, piratas e toda sorte de interessados nas valiosas mercadorias transportadas.

No Brasil, não foi diferente e assim tivemos alguns episódios em que principalmente franceses e holandeses, por via marítima, tentaram invadir e se apoderarem das terras produtivas do Brasil durante o período colonial. Para combater essa invasão e o transporte dos produtos que seriam enviados para aqueles países via marítima, coube a Portugal e seus aliados rechaçarem essas tentativas, instalando bases militares ao longo do litoral e reforçando a guarda marinha, atacando os navios invasores.

Um caso de destaque fundamental para a soberania nacional foi a Guerra do Paraguai, em 1865, com a memorável Batalha do Riachuelo, ocorrida em 11 de junho, apesar do teatro das operações ser um ambiente fluvial, não marítimo. Entretanto, a atuação da Marinha foi determinante para a vitória e expulsão dos inimigos da Região Sul do País.

---

<sup>1</sup> Advogado, Pós Graduado em Direito Marítimo, Portuário e Aduaneiro. Mestrando em Direito Internacional pela UniSantos.

Meio século depois, voltam os clarins da guerra a ameaçar os povos e em 1914, é deflagrada a Primeira Guerra Mundial. Contudo, cabe à Marinha, inicialmente, a importante missão de manter a neutralidade do nosso País, dentro dos limites das nossas águas territoriais.

Porém, com o torpedeamento de navios brasileiros a 26 de outubro de 1917, o Brasil reconhece e proclama o estado de guerra iniciado pelo Império Alemão contra nosso País e assim sendo, estando a Marinha sempre presente, onde a honra e os interesses da Pátria estão em jogo, apresta uma Divisão Naval (DNOG) para as operações de guerra em águas europeias à qual coube o patrulhamento da área compreendida entre Dakar, Cabo Verde e Gibraltar sendo Frontin considerado um chefe tenaz e valente. Infelizmente, se não bastassem os infortúnios da guerra, juntou-se a peste em Dakar, fazendo 464 vítimas dentre os dois mil homens que guarneciam os nove navios da DNOG.

De novo em 1939, a guerra incendeia os mares do mundo e, mais uma vez, a Marinha mantém a neutralidade brasileira patrulhando nossas águas territoriais. Não obstante, em 19 de agosto de 1942, cinco navios brasileiros são torpedeados e o estado de guerra é proclamado. De Trinidad ao Rio Grande – através de 3.895 milhas marítimas coube à Marinha do Brasil, nessa fase da nossa História, a árdua missão de, no silêncio das imensidões oceânicas, patrulhando ou protegendo o nosso extenso litoral, escoltando comboios internacionais, manter acobertadas de perigos, as rotas marítimas que asseguravam a subsistência dos brasileiros do Norte, Sul e Centro, suprimento indispensável à vida do País.

Ressalta-se que a Batalha do Atlântico foi uma campanha de grande envergadura e sem tréguas aos submarinos inimigos, que infestavam os mares procurando paralisar as vias de comunicação marítimas, comércio e abastecimento dos aliados.

Para se ter uma ideia do que foi essa luta basta exemplificar que de um total de 4.786 navios mercantes, neutros e aliados, afundados por ação inimiga em todo o mundo, 3.109 o foram no Atlântico. Esta sequência de quadros, onde são assinalados os afundamentos de navios mercantes em diversas épocas, embora não mostre a reação que naturalmente existiu, evidencia claramente a nossa responsabilidade no Atlântico, pois é obvio que o Brasil desfrutando, nessa área, uma posição geográfica da mais alta importância estratégica e detentor de aproximadamente 4.000 milhas de suas amplas fronteiras litorâneas, esteve e estará inevitavelmente envolvido em qualquer disputa que se desenvolva em suas águas. (ANTUNES, 2005)

## 1. O PODER NAVAL

Hoje em dia, o comércio marítimo mundial sofre profundas transformações decorrentes da situação geopolítica e econômica dos países, o que constantemente se

notado no fluxo de mercadorias ao longo das principais rotas marítimas mundiais. O globo terrestre possui 27% da superfície do globo formada por continente e 73% de espaços marítimos (Cf. MOURA, 1991, p. 65-66), o que faz com que cerca de mais de 90% das mercadorias sejam transportadas pelo mar.

Assim, temos os principais eixos comerciais localizados no hemisfério norte, e a carga fluindo no sentido Leste-Oeste-Leste, ou seja, na horizontal, contemplando os grandes mercados consumidores e produtores da Europa (incluindo o Mar Mediterrâneo), EUA e Ásia.

O Brasil situa-se no hemisfério sul e possui como principais parceiros comerciais os EUA, China, Europa e Argentina. Isso demonstra que as rotas marítimas a serem empregadas são no sentido vertical, ou seja, basicamente de Norte-Sul-Norte, onde a distância, por vezes, é demasiadamente longa, refletindo no valor do frete marítimo e demais custos decorrentes.

Todavia, mais de 95% do comércio exterior brasileiro é por via marítima, movimentando cerca de US\$ 192 bilhões (importação e Exportação). Toda essa riqueza é transportada por navios brasileiros e estrangeiros, com uma fraca participação de nossa bandeira, de apenas 3% desse total, levando os importadores e exportadores a pagarem uma quantia de cerca de US\$ 7 bilhões em fretes para os navios de outras nacionalidades, evadindo-se, assim, importante montante em divisas.

O Poder Naval entra, nesse contexto, como um instrumento de política de segurança nacional, em que cabe ao poder público por meio de seu ente ou órgão administrativo e operacional (Ministério da Marinha), salvaguardar os interesses e riquezas nacionais, assim como promover a proteção e segurança das vias navegáveis, dentro da jurisdição nacional.

O Poder Naval deve operar sempre que houver qualquer ameaça ao controle seguro e estável das rotas marítimas, das áreas de prospecção, exploração e produção de petróleo e outros minerais, das instalações portuárias, da atividade pesqueira, ameaça ao domínio de ilhas e arquipélagos ao longo do litoral, e outras ocorrências em que deva haver a efetiva presença física dos meios logísticos navais para que as ações sejam realizadas com êxito.

Assim, o Poder Marítimo de uma nação pode ser definido como a capacidade que esta tem de utilizar o mar em benefício próprio; e ao Poder Naval, componente militar do Poder Marítimo, compete promover a segurança dos demais componentes deste poder, em tempos de guerra assim como de paz.

A Marinha do Brasil, órgão militar das Forças Armadas, que exerce sua atuação nas vias marítimas, equipada com embarcações de pequeno, médio e grande porte, armados, capazes de reagir à agressão contrária, é denominada de Autoridade Marítima, onde exerce importantes ações de nível de Estado na proteção e segurança do meio

aquaviário, assim como da formação e treinamento da mão-de-obra civil e militar que atua em diferentes ramos de atividades.

Portanto, o principal instrumento do Poder Naval – a força – inclui os navios, aviação orgânica, unidades de fuzileiros e de mergulhadores, a par dos elementos de segurança (instalações navais) e de transporte (abrange, entre outros recursos, navios adequados das marinhas civis sujeitos à requisição militar).

Assim, temos a Diretoria Geral de Navegação (DGN), a Diretoria de Portos e Costas (DPC), a Diretoria de Hidrografia e Navegação (DHN), dentre outras.<sup>2</sup>

Cabe especificamente à DPC, dentre outras atribuições e propósitos, contribuir para a orientação e o controle da Marinha Mercante (atividade comercial) e suas atividades correlatas, no que interessar à Defesa Nacional, contribuir para a segurança do tráfego aquaviário, contribuir para a prevenção da poluição por parte das embarcações, plataformas e suas estações de apoio, contribuir para a formulação e execução das políticas nacionais que digam respeito ao mar, contribuir para implementar e fiscalizar o cumprimento de Leis e Regulamentos, no mar e nas águas interiores (rios e lagos), dentre outros.

Nesse sentido, compete à DPC, para consecução de seus propósitos, elaborar normas para o tráfego e permanência das embarcações nas águas sobre jurisdição nacional, realizar inspeções e vistorias navais, proceder à inscrição, registro e fiscalização das embarcações nacionais e estrangeiras em território nacional, efetuar o registro e certificação de helipontos das embarcações e plataformas, com vistas à homologação por parte dos órgãos competentes, realizar o cadastramento e funcionamento de marinhas, clubes e entidades desportivas náuticas, no que diz respeito à salvaguarda da vida humana e segurança da navegação no mar aberto, e em hidrovias interiores.

Também compete à DPC estabelecer a dotação mínima de equipamentos e acessórios de segurança para as embarcações e plataformas, estabelecer os requisitos referentes às condições de segurança e habitabilidade, bem como para a prevenção da poluição por parte das embarcações, plataformas ou instalações de apoio, definir áreas marítimas e interiores para construir refúgios provisórios, onde as embarcações possam fundear ou varar, para executar reparos emergenciais. Visa também exercer a supervisão funcional sobre as Capitanias dos Portos, Capitanias Fluviais e suas respectivas Delegacias e Agências.

Em situações de conflito, crise, estado de sítio, defesa, intervenção federal ou outro regime governamental especial, cabe à DPC as tarefas concernentes à mobilização e desmobilização que lhes forem atribuídas pelas Normas e Diretrizes referentes à Mobilização Marítima emanadas pelo diretor-geral de navegação.

A DPC e a Agência Nacional do Transporte Aquaviário (ANTAQ) devem desenvolver sinergia em suas respectivas áreas de atuação, cabendo à DPC interagir nos

<sup>2</sup> Disponível em: <http://www.mar.mil.br>. Acesso: em 15 ago. 2012.

assuntos de interesse concernentes à defesa nacional, à segurança da navegação aquaviária, e à salvaguarda da vida humana no mar, sempre consultando a ANTAQ quando do estabelecimento de normas e procedimentos de segurança que tenham repercussão nos aspectos econômicos e operacionais da prestação de serviços de transporte aquaviário.

## 2. FRONTEIRAS MARÍTIMAS

Sendo o Brasil signatário da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos do Mar (CNUDM) e da Convenção de Montego Bay (Jamaica, 1982)<sup>3</sup>, a soberania do País está delimitada nas seguintes faixas de mar: a) Mar Territorial (faixa de extensão marítima além de a marca de terra costeira, com 12 milhas de extensão), acrescidas de mais 12 milhas, perfazendo 24 milhas ou Zona Contígua, e uma faixa de 200 milhas a partir da linha de base no litoral, denominada Zona Econômica Exclusiva (ZEE). De acordo com a Convenção, a soberania no Mar Territorial é absoluta do Estado costeiro, sendo, porém, gradativamente diminuída entre as Zonas Contiguas e Econômica Exclusiva, onde o estado permanece soberano apenas para a prospecção, exploração, produção e proteção das riquezas minerais, vegetais e animais situadas dentro dessa área, por exemplo.

Entretanto, a Convenção estabeleceu uma possibilidade de extensão da ZEE para os Estados costeiros, que tenham uma continuidade da plataforma continental além de as 200 milhas, o que ocorre com o Brasil. Assim, existe o projeto “Amazônia Azul”, uma proposta de extensão de mais 150 milhas, ou seja, uma ZEE de 350 milhas elaborado pelo governo federal e apresentado na ONU. O ganho de área marítima seria equivalente à área total da Amazônia, daí a referência ao nome do projeto. Existem algumas resistências externas, principalmente dos EUA quanto ao valor de área solicitado pelo Brasil, mas o caso está em análise na Comissão designada para decidir o pleito nacional.

O interesse econômico pela área é tamanho, que pode representar o acréscimo de importantíssimas jazidas petrolíferas e de outros campos minerais e animais (pesca). A região atual da ZEE abrange atualmente 85% da produção de petróleo, cerca de 1,9 milhões de barris/dia, ou US\$ 3,6 bilhões por mês. Espera-se que com a produção dos campos localizados na região do pré-sal, esses valores se multipliquem dezenas de vezes, mostrando a importância de se conquistar essa expansão da fronteira marítima.

A vigilância marítima é a chave para o controle e a gestão do Oceano, juntamente com uma política forte em assuntos relacionados. Há definitivamente uma “corrida ao armamento” para uma melhor pesquisa, vigilância e controle das águas costeiras e

<sup>3</sup> O Brasil, que ratificou a Convenção em dezembro de 1988, ajustou seu Direito Interno, antes de encontrar-se obrigado no plano internacional. A Lei nº 8.617, de 4 de janeiro, adota o conceito de zona econômica exclusiva para as 188 milhas adjacentes.

ZEE. Muitos estados costeiros têm dispositivos marítimos adequados à tarefa de vigilância e investem fortemente na pesquisa científica marinha, nomeadamente na Europa. Os sistemas de radares costeiros, integrados geralmente a serviços de informação da gestão do tráfego de navios (VTMIS), existem em quase todos os estados costeiros europeus. Muitos têm uma Guarda Costeira ou uma instituição forte abrangente a qual coordena em si as agências encarregues da vigilância e gestão marítima.

## 2.1 Pré-sal e Áreas de Exploração

A região onde se encontra o petróleo a mais de 5.000 metros abaixo do nível do mar, afastada cerca de 100 a 300 milhas da costa, abaixo de uma camada espessa de sal, denomina-se de região do pré-sal, que tem cerca de 800 km de comprimento (sentido Norte-Sul), por 200 km de largura (Leste-Oeste), abrangendo os litorais dos Estados do Espírito Santo, Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná e parte de Santa Catarina.

Foram encontrados petróleo de excelente qualidade e gás natural em grande quantidade, garantindo o alto valor econômico dos produtos e matéria-prima ali alocados. Segundo a Agência Nacional do Petróleo (ANP), as reservas brasileiras deram um salto de 14,2 bilhões de barris para 50 bilhões de barris, garantindo um futuro promissor para a economia nacional, que se coloca definitivamente entre as maiores potências de petróleo do mundo.

Para garantir os investimentos e acelerar o desenvolvimento, o governo criou uma empresa similar à Petrobrás, a Pré-Sal Petróleo S/A, e os tipos de contrato utilizados podem ser: concessão, partilha de produção e serviços, em que a diferença básica está na propriedade do óleo extraído.

Na concessão, o concessionário é o proprietário, pagando pelas taxas e impostos (royalties).

Na partilha, a União é a proprietária, pagando ao contratado a sua parte (partilha), devendo ser esse o modelo a ser adotado para essa exploração do petróleo.

No Brasil, temos um sistema misto proposto, conforme abaixo:

1. Para a “área do pré-sal” e “áreas estratégicas” (baixo risco exploratório e elevado potencial), adota-se o contrato de partilha da produção. É o macro.
2. Para o restante das bacias sedimentares brasileiras (elevado risco e potencial variável), continuar com o contrato de concessão. É macro e mídi.
3. Para áreas de produção declinante, campos marginais ou áreas com acumulações marginais de óleo”, continuar o contrato de concessão, mas com alterações, para

adaptá-lo a empreendimentos pequenos . É o míni ou micro.

A preocupação com a exata duração das concessões brasileiras é fundamental, haja vista que aí reside a chave que poderá trazer ou restringir os investimentos que, de fato, são necessários nessa área, assevera Thiago Pedroso de Andrade. (2007, p. 62)

## **2.2 Segurança Operacional em Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural**

O Brasil possui basicamente três órgãos governamentais que agem em conjunto ou isoladamente, em se tratando de exploração e produção de petróleo e gás natural, provenientes de campos marítimos.

Assim, temos a Marinha do Brasil, a ANP e o Instituto Brasileiro do Meio-Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA).

### **2.2.1 ANP**

A ANP<sup>4</sup>, no desempenho de suas atribuições previstas na Lei nº 9.478/1997, prioriza o uso racional dos recursos energéticos e o cumprimento das boas práticas para a proteção do meio ambiente nas operações da indústria do petróleo e gás natural.

Assim, temos que as ações da ANP devem se desenvolver, em caso de acidente, conforme abaixo:

- Recebida a comunicação do incidente, a ANP passa a monitorar os procedimentos de mitigação adotados pela empresa concessionária e, quando couber, passa a investigar o incidente.
- Um Relatório Detalhado de Incidentes deve ser apresentado pela empresa no prazo máximo de 30 dias.
- Entretanto, a ANP poderá solicitar a qualquer tempo documentos, imagens e informações a respeito do ocorrido para verificar se os procedimentos previstos estão sendo cumpridos
- Incidentes de poluição por óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em água sob jurisdição nacional, como previsto na Lei nº 9.966/2000, devem ser comunicados diretamente à ANP, de acordo com instruções do Anexo II do Decreto nº 4.136/2002

---

<sup>4</sup> Disponível em: <http://www.anp.gov.br>. Acesso: em 15 ago. 2012.



A ANP dispõe, em seu escritório central no Rio de Janeiro, de uma sala de monitoramento que permite o acompanhamento, em tempo real, do tráfego em águas brasileiras de todas as plataformas e embarcações em operação na indústria do petróleo.

Esse sistema – parte do sistema geral que monitora todos os tipos de embarcação – é operado por servidores da ANP e sua manutenção está prevista no termo de cooperação com a Marinha do Brasil para a fiscalização da segurança operacional das atividades de perfuração e exploração de óleo e gás.

No âmbito do termo de cooperação, a Marinha do Brasil também realiza perícias técnicas em plataformas marítimas de perfuração, produção e armazenagem de petróleo, fundamentalmente balizadas pelos preceitos da *International Maritime Organization* (IMO). As perícias técnicas feitas pela Marinha incluem a verificação dos sistemas de navegação; comunicação; salvatagem; prevenção da poluição; estabilidade, lastro e esgoto; movimentação de carga; propulsão; amarração e ancoragem; detecção, proteção e combate a incêndio; e geração de energia. Após verificados e aprovados todos os itens, ANP e Marinha emitem Declarações de Conformidade conjuntas, para cada unidade marítima em foco. Esse documento atesta o cumprimento das normas e regulamentações contidas em toda a legislação nacional e internacional relativa às atividades de exploração, produção e armazenamento de petróleo no meio aquaviário.

### **2.2.2 IBAMA**

Adicionalmente à cooperação da Marinha do Brasil, o Ibama<sup>5</sup>, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente – MMA, fiscaliza o cumprimento, pelas empresas concessionárias, das normas ambientais nas atividades marítimas, incluindo a avaliação e a aprovação dos planos de emergência individuais, bem como a capacidade e as ações das concessionárias para resposta a incidentes.

Enfim, para zelar pelo atendimento às diretrizes ambientais, a ANP mantém a Coordenadoria de Meio Ambiente, cujas funções incluem o relacionamento com órgãos ambientais federais e estaduais e com instituições de ensino e de pesquisa para atualização de tecnologias, além de a coleta e gerenciamento de dados e informações relacionados com o meio ambiente e com a indústria de petróleo e gás.

## **3. ATRIBUIÇÕES DA ANP, DA MARINHA DO BRASIL E DO IBAMA**

Quanto às competências legais e práticas referentes às atividades offshore de exploração e produção de petróleo e gás natural:

---

<sup>5</sup> Disponível em: <http://www.ibama.gov.br>. Acesso em: 15 ago. 2012.

**ANP** – aprovação e fiscalização das instalações e procedimentos de pesquisa, perfuração, produção, tratamento, armazenamento e movimentação de petróleo e gás natural e processamento dos hidrocarbonetos produzidos

**Marinha** – aprovação e fiscalização das embarcações de apoio e plataformas, tanto de perfuração como de produção. Manutenção do sistema de monitoramento de embarcações e fornecimento de apoio logístico às atividades de fiscalização.

**IBAMA** – concessão do licenciamento ambiental para a atividade, assim como a definição de seus condicionantes, incluindo a aprovação do Plano de Emergência Individual, requisito para o licenciamento ambiental, e o controle ambiental e a fiscalização das plataformas e suas unidades de apoio.

#### 4. A COMISSÃO DE INVESTIGAÇÃO E PREVENÇÃO DOS ACIDENTES DA NAVEGAÇÃO

A Comissão de Investigação e Prevenção dos Acidentes da Navegação (CIPANA-VE) examina e investiga os acidentes e incidentes da navegação com ou a bordo de navios nas águas jurisdicionais brasileiras, independente da Bandeira, em conformidade com o Código de Investigação de Acidentes da Organização Marítima Internacional (IMO).

O principal objetivo das investigações de acidentes da CIPANA-VE é determinar as circunstâncias e causas do acidente com o propósito de prevenir novos acidentes e incidentes marítimos no futuro.<sup>6</sup>

Exemplo: Do Impacto Ambiental (caso da P-36). Análise:

- À época do acidente, a plataforma P-36 tinha estocado a bordo e em suas linhas e vasos de produção cerca de 1200 m<sup>3</sup> de óleo diesel e 350 m<sup>3</sup> de petróleo bruto.
- Com o afundamento da mesma, esses fluidos começaram a vazar no oceano, a uma distância aproximada de 150 km da costa, tendo cerca de 350 m<sup>3</sup> de óleo aflorado nas primeiras 24 horas após o afundamento, segundo “Comunicação de derramamento de Substância Poluente”, de 21/03/2001, da Petrobras, em cumprimento à Portaria ANP nº 14, art. 30, de 01/02/2000.
- Este derramamento foi combatido através do recolhimento de parte do óleo e dispersão química e mecânica da outra parte.

<sup>6</sup> Disponível em: [https://www.dpc.mar.mil.br/cipana-ve/rel\\_acidentes.htm](https://www.dpc.mar.mil.br/cipana-ve/rel_acidentes.htm). Acesso em: 15 ago. 2012.

## 5. CONSIDERAÇÕES

Em que pese todas as medidas de proteção para evitar a poluição do ambiente marinho, conforme explanado anteriormente, temos de fazer menção à Declaração Universal dos Direitos da Água, em que nos art. 1º e 5º, temos:

Art. 1º - A água faz parte do patrimônio do planeta. Cada continente, cada povo, cada nação, cada região, cada cidade, cada cidadão é plenamente responsável aos olhos de todos.

Art. 5º - A água não é somente uma herança dos nossos predecessores; ela é, sobretudo, um empréstimo aos nossos sucessores.

Sua proteção constitui uma necessidade vital, assim como uma obrigação moral do homem para com as gerações presentes e futuras.

No caso do pré-sal brasileiro, questiona-se, entre outros aspectos, a localização de tais reservas e a possibilidade de sua exploração. Será possível que estas reservas se estendam por áreas como a zona dos fundos marinhos além de a jurisdição nacional (“Área”), a qual é considerada herança comum da humanidade (*common heritage of mankind*) pela Convenção de Direito do Mar de 1982 (1982 *Law of the Sea Convention* – LOSC), e que tem sua exploração extremamente restrita e submetida à Autoridade Internacional do Fundo do Mar (*Sea Bed Authority*)?

A soberania nacional está sendo requerida, nos dias atuais, a fazer com que exista real proteção às riquezas contidas na ZEE (Zona Econômica Exclusiva), havendo nesse sentido uma extrema necessidade da gloriosa Marinha ser bem equipada e dotada de modernos equipamentos, navios, aeronaves capazes de exercer, com presteza, o dever constitucional de vigilância e guarda do imenso território marítimo nacional.

## Referências

ANDRADE, T. P.. Direito do Petróleo e Gás. Aspectos Ambientais e Internacionais. In: ANTUNES, R. G.. *A Marinha do Brasil e a Questão Ambiental*. Dissertação (Mestrado em Sistema de Gestão) – Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói - Estado do Rio de Janeiro. 2005.

BARBOSA, A. R.. *Breve panorama dos Contratos no Setor de Petróleo*. Teresina: Jus Navigandi, 2002.

GONÇALVES, A.; RODRIGUES, G. M. A. (Org.). *Direito do Petróleo e Gás*. Aspectos Ambientais e Internacionais. Santos - São Paulo: Leopoldianum, 2007.

MOURA, G. B. DE. *Direito da Navegação*. São Paulo: Aduaneiras, 1991.

OCTAVIANO, E. M. M. O.. *Curso de Direito Marítimo*. 2. ed. Barueri- São Paulo: Manole, 2005.



# OCUPAÇÃO HUMANA EM ESPAÇOS PROTEGIDOS E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

*Gabriela Soldano Garcez<sup>1</sup>*

## **Introdução**

Nas últimas décadas, houve grande crescimento populacional urbano. As pessoas dirigiram-se às cidades à procura de melhores condições de vida. Entretanto, a maioria dessas cidades não estava preparada para receber índices tão altos de população migrantes, as quais necessitam de moradia e infraestrutura.

Como consequência, a expansão desordenada prejudicou os espaços urbanos, ocasionando, além de risco para os “novos e antigos” moradores, degradação ambiental, tendo em vista que parte dessa população passou a ocupar espaços ambientalmente protegidos, como mangues e topos de morro.

Com isso, percebe-se a necessidade do Poder Público de investir em infraestrutura e novos meios de regularização da ocupação informal, tendo-se em mente que o direito à moradia é um direito social garantido pela Constituição Federal de 1988, no art. 6º, *caput*, bem como um direito fundamental garantido pelo art. 5º, também da Carta Magna, além de ser classificado como um direito humano básico, garantido por diversas Convenções Internacionais (como a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Pacto Internacional de Direito Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, entre outras que o Brasil é signatário).

Neste contexto, o presente trabalho visa analisar a responsabilidade do Estado pelos danos materiais e morais sofridos por população que foi retirada, por ordem judicial, de área de proteção ambiental invadida, onde havia sido implantados serviços de utilidade pública pelo Poder Público.

Para tanto, tem início com uma análise do conceito de meio ambiente e Direito Ambiental e, da necessidade de proteção deste bem jurídico, bem como define os danos ambientais. Posteriormente, aborda a responsabilidade civil em matéria ambiental, tanto do ponto de vista dos danos ambientais derivados de condutas comissivas, quanto de condutas omissivas do Estado.

---

<sup>1</sup> Advogada e jornalista diplomada. Pós-graduada em Direito Processual Civil e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Católica de Santos. Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos.

Ademais, de forma introdutória ao assunto a ser abordado, propõe uma análise do direito à moradia como responsabilidade do Estado, sopesando tanto a omissão do Poder Público Municipal quanto a ocupação e a construção de moradias em áreas de preservação ambiental, bem como quanto a ação municipal na concessão de serviços essenciais a esta população irregular, por exemplo, água, luz, coleta de lixo e esgoto.

Por fim, avalia a responsabilidade civil do Estado por eventuais danos materiais e morais sofridos por população em situação irregular, a qual foi retirada de área de proteção ambiental, na qual não houve qualquer exercício prévio de poder de polícia, mas sim, concessão de serviços sociais básicos que encorajaram a permanência da população naquele local (como os já citados: água, luz, coleta de lixo e esgoto).

Com isso, o presente artigo tem por objetivo analisar o dever do Poder Público Municipal quanto à fiscalização das ocupações e construções irregulares em locais de proteção ambiental, bem como a possível retirada da população desses locais por meio de o efetivo exercício do poder de polícia. Avalia, ainda, as consequências perpetuadas diante da omissão deste dever estatal, como, por exemplo, a reparação pelos danos materiais e morais da população retirada da área citada, em que não houve fiscalização estatal.

## 1. DIREITO AMBIENTAL

O conceito legal da expressão “meio ambiente” está contido no art. 3º, inciso I, da Lei nº 6.938, de 1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), como sendo 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”.

A Constituição Federal de 1988 (a primeira brasileira a mencionar a expressão “meio ambiente”, de forma expressa no art. 225) recepcionou esse conceito, reconhecendo-o “como um bem ambiental fundamental” (PORFIRIO JUNIOR, 2002, p. 33) e classificando-o como um “bem de uso como do povo e essencial à sadia qualidade de vida”.

Assim, a “Constituição cidadã” alça o meio ambiente a condição de um direito difuso, inserindo-o no rol de direitos de terceira dimensão (representativos dos direitos de solidariedade e fraternidade, que buscam a preservação da qualidade de vida, determinação dos povos, tutela do meio ambiente, entre outros).

A Constituição de 1988 [...] obriga a sociedade e o Estado, como um todo, a um compromisso de respeito e consideração ao meio ambiente, conforme os vários dispositivos ambientais espalhados por todo o texto constitucional. (PADILHA, 2010, p. 156)

Entretanto, a expressão “meio ambiente” é criticada por diversos doutrinadores por representar uma redundância, tendo em vista que “ambiente” significa tudo aquilo que envolve os seres vivos e as coisas. Enquanto que, “meio” é tudo aquilo que nos cerca. São, portanto, sinônimos. Todavia, vale salientar que “a polêmica é de irrelevante importância, (...) já que é uma discussão muito mais voltada à nomenclatura do que ao conteúdo em si”. (SILVA, 2009, p. 41)

Ademais, diversas declarações internacionais concedem ao meio ambiente o *status* de direito fundamental, como Declaração de Estocolmo (que inspirou mais de uma década depois de sua criação a Constituição Federal de 1988), em seu Princípio nº 1.

O homem tem o direito à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras.

Tal entendimento foi repetido no Princípio nº 1 da Declaração do Rio de Janeiro.

Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com o meio ambiente.

## 1.1 - Tutela do meio ambiente

Percebe-se que, um bem jurídico desta importância não poderia ficar longe da proteção do Direito. Por essa razão, o Direito Ambiental passou a disciplinar “o comportamento humano em relação ao meio ambiente”. (MUKAI, 1992, p. 10)

Segundo a professora Maria Luiza Machado Granziera, “o papel do Direito Ambiental (...) é buscar meios de prevenir ou reparar danos ambientais, conduzindo pessoas e Estados a adotarem práticas ambientalmente mais sustentáveis nas suas atividades, econômicas ou não”. (GRANZIERA, 2011, p. 1) Já o professor Carlos Gomes de Carvalho define o Direito Ambiental como o “conjunto de princípios e regras destinados à proteção do meio ambiente, compreendendo medidas administrativas e judiciais, com a reparação econômica e financeira dos danos causados ao ambiente e aos ecossistemas de uma maneira geral”. (CARVALHO, 1990, p. 140)

De forma bastante simplória, pode-se concluir que, o Direito Ambiental visa disciplinar as atividades humanas, a fim de diminuir os impactos negativos destas para o ambiente, garantindo o máximo de proteção possível a este bem jurídico.



Assim,

o Direito Ambiental constitui o conjunto de regras jurídicas de direito público que norteiam as atividades humanas, ora impondo limites, ora induzindo comportamentos por meio de instrumentos econômicos, com o objetivo de garantir que essas atividades não causem danos ao meio ambiente, impondo-se a responsabilização e as consequentes sanções aos transgressores dessas normas. (GRANZIERA, 2011, p. 6)

## 1.2 - Danos ambientais

Para Álvaro Villaça de Azevedo (Cf. AZEVEDO, 1990, p. 224), a palavra dano refere-se a qualquer espécie de lesão, circunscrita no plano jurídico, que implique em perda econômica. Tal definição abarca, assim, somente os efeitos patrimoniais do dano.

Já na lição de José Cretella Júnior, o dano é “a descompensação ou desequilíbrio, quer patrimonial, quer moral, sofrido por sujeito de direito, em virtude de ato ou fato gerado por outrem, infringindo norma jurídica”. (CRETELLA JÚNIOR, 1977, p. 201) Neste contexto, vale ressaltar que a norma jurídica mencionada pelo autor tem de ser compreendida de modo amplo pelo nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que tanto atos ilícitos, quanto lícitos podem causar danos.

Mais especificadamente, o dano ecológico pode ser conceituado como sendo “qualquer lesão ao meio ambiente causada por condutas ou atividades de pessoa física ou jurídica de Direito Público ou de Direito Privado”. (SILVA, 2000, p. 265) Tal conceito encontra-se em conformidade com o parágrafo 3º, do art. 225, da Constituição: “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”.

Entretanto, o dano ecológico é apenas uma das espécies do dano ambiental, pois, aquele leva em consideração apenas as lesões causadas ao meio ambiente natural, ainda que não resulte em prejuízos patrimoniais diretos ou indiretos. Por isso, o dano ecológico é também denominado de “dano ambiental puro”. (PORFIRIO JUNIOR, 2002, p. 51)

Contudo, os danos ambientais podem ter causas tanto acidentais, (como um acidente que ocasiona vazamento de óleo de um navio), quanto causas estruturais (decorrentes de atividades habituais que resultam em poluição, por exemplo, o despejo de efluentes num rio).

Neste contexto, o dano ambiental indenizável será aquele que gerar modificações das propriedades do meio ambiente, que ultrapassem o limite de tolerabilidade (que deve ser analisado caso a caso), em determinado lapso de tempo.

## **2. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL**

Conforme visto, o art. 225, da Constituição Federal, prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e a coletividade o dever de protegê-lo e defendê-lo para as presentes e futuras gerações.

Dentre os mecanismos previstos para a efetivação desta proteção ambiental, encontra-se a responsabilização pelos danos ambientais.

### **2.1 . Breve panorama da responsabilidade civil**

“A responsabilidade civil pode ser definida como a obrigação imposta a uma pessoa, física ou jurídica, de ressarcir os danos, patrimoniais e/ou morais, que causou a alguém seja em razão de sua atividade ou de sua conduta”. (SILVA, 2005, p. 426) Esse dever jurídico de reparar o dano pode ser causado (fato gerador) tanto por uma relação jurídica contratual (gerando responsabilidade contratual), quanto pela transgressão de um dever imposta pela lei (gerando responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana).

O Código Civil de 2002, nos art. 927 combinado com os art. 186 e 187, impõe a obrigação de reparar o dano pela prática de atos ilícitos, entendidos como a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viole direito e cause dano a outrem, ainda que exclusivamente moral (conforme art. 186), ou ainda, o exercício de um direito excedendo seus limites impostos pelos fins econômico ou social, pela boa-fé ou bons costumes (conforme art.187).

Por outro lado, o parágrafo único, do art. 927, adota a Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva, aplicada às atividades que implicam em risco: “(...)haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Coube à legislação esparsa determinar os casos considerados atividade de risco, como o fez o parágrafo 1º, do art. 14, da Lei nº 6.938/81, quanto à responsabilidade civil objetiva em matéria ambiental.

Art. 14, parágrafo 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da

União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

## **2.2 - Responsabilidade civil do Estado em matéria ambiental**

De forma geral, nosso ordenamento jurídico segue a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado, devendo este ser responsabilizado pelos danos causados a terceiros pela Administração ou por seus agentes, conforme parágrafo 6º, do art. 37, da Constituição Federal.

Por outro lado, a doutrina sustenta que esta responsabilidade estatal é pautada na Teoria do Risco Administrativo, o que permite a prova de excludente de responsabilidade, dentre elas a culpa exclusiva da vítima, a culpa de terceiros ou, ainda, caso fortuito ou de força maior.

Tratando-se de matéria ambiental, o parágrafo 1º, do art. 14, da Lei nº 6.938/1981, conforme dito anteriormente, prevê a obrigação do poluidor de indenizar os danos causados ao meio ambiente. O inciso IV, do art. 3º, da mesma Lei, disciplina quem pode configurar na posição de poluidor, definindo-o como a “pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.

Assim, como o Estado assumiu os riscos de sua conduta, pode ser responsabilizado, caso venha a causar um dano ambiental. Tal responsabilidade pode ser derivada de condutas omissivas ou comissivas.

### **2.2.1 – Dos danos ambientais derivados de condutas comissivas do Estado**

Na hipótese de condutas comissivas, desde a Constituição de 1946, adota-se a Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado, extraída atualmente do parágrafo 6º, do art. 37, Constituição Federal. Parágrafo este já mencionado anteriormente.

Dessa forma, todo ato comissivo da Administração que resulta em dano ambiental enseja responsabilidade objetiva. Admite-se, entretanto, a excludente da força maior, compreendida “como ou fato ou evento não decorrente de ação da Administração”. (PORFIRIO JUNIOR, 2002, p. 69)

### **2.2.2 – Dos danos ambientais derivados de condutas omissivas do Estado**

Na hipótese de condutas omissivas, a Administração não se apresenta como causador direto do dano ambiental.

Conforme ensinamento de Édis Milaré:

O Poder Público poderá sempre figurar no polo passivo de qualquer demanda dirigida à reparação do meio ambiente: se ele não for responsável por ter ocasionado diretamente o dano, por intermédio de um de seus agentes, o será ao menos solidariamente, por omissão no dever de fiscalização e impedir que tais danos aconteçam. (MILARÉ, 2000, p. 426)

Entretanto, prevalece na doutrina o entendimento de que, no caso de condutas omissivas (ou seja, quando o serviço não funcionou, funcionou tardiamente ou de forma ineficiente), deve ser aplicada a responsabilidade subjetiva.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que se o Estado não agiu, não pode ser ele o autor do dano. “E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo”. (MELLO, 2002, p. 854-855)

Assim, o Estado pode ser responsabilizado quando descumprir o dever legal de obstar eventos que venham a causar danos ambientais. Tal dever legal configura o exercício do poder de polícia por parte da Administração.

A necessidade do exercício deste poder deve ser auferido em cada caso concreto.

O juiz, ao analisar uma ação de responsabilidade por omissão, deverá verificar a conduta realizada pelo Estado. Haverá responsabilidade civil por omissão sempre que o Estado ferir o dever geral de cautela exigido para aquela espécie de caso. É necessário demonstrar a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço ensejador do dano, quando ao Estado era exigido um certo padrão de conduta capaz de obstar o evento lesivo. Não há como se delimitar *a priori* o que venha a ser este padrão de conduta exigido. Há de se realizar uma análise sistemática para cada caso, cotejando-se, entre a obrigação exigida do Estado oriunda de um dever geral de cautela, a especificidade do dever de vigilância de cada setor de proteção ambiental e o padrão normal de diligência a que deve estar submetido o Estado no trato do serviço público. (SILVEIRA, 1998, p. 178-179)

### **3. DO DIREITO À MORADIA**

O direito à moradia foi introduzido no rol de direitos sociais do art. 6º, da Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010, tornando-se parte, portanto, dos direitos fundamentais do sistema jurídico brasileiro.

A moradia faz parte, ainda, dos direitos humanos de terceira dimensão, referentes a direitos econômicos, sociais e culturais.

#### **3.1 - Do direito à moradia como responsabilidade do Estado**

Segundo a Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata (art. 5º, parágrafo 1º). Assim, o Estado tem obrigação de criação de meios materiais indispensáveis para o exercício efetivo e de forma progressiva do direito à moradia.

O Estado deve adotar, portanto, instrumentos financeiros, legais e administrativos para a promoção de uma política habitacional, tendo em vista que faz parte da competência legislativa concorrente (Estados e municípios) a edição de uma lei estadual de política habitacional e urbana, com organismos e instrumentos próprios, com destino especial às áreas metropolitanas, por exemplo, a Baixada Santista.

Com relação a esta política habitacional, os Estados têm, ainda, de acordo com o art. 23, inciso IX, da Constituição (que disciplina a competência comum entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios), o dever de promover programas de construção de moradias para a população, bem como melhorar as condições habitacionais e de saneamento básico.

Essa norma emite a obrigação para as entidades federativas de atender os grupos sociais marginalizados e excluídos do mercado habitacional, mediante a realização de programas de habitação de interesse social, como, por exemplo, o de regularização fundiária e urbanização de favelas. (SAULE JÚNIOR, 1999, p. 101)

#### **3.2 - Da omissão do Poder Público Municipal quanto à ocupação de área de proteção ambiental**

O município tem o dever de regularizar os loteamentos urbanos, visto que o art.30, inciso VIII, da Constituição Federal, confere competência a este ente federal para promover o adequado ordenamento territorial mediante planejamento, controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Neste sentido:

Apelação cível. Ação civil pública. Ocupação irregular de área de preservação permanente. Prova carreada aos autos. Responsabilidade do município pela remoção, já que impossível a regularização do parcelamento de solo urbano. Legitimidade do ministério público. Compete ao Município promover o adequado ordenamento territorial, mediante o controle do uso e parcelamento do solo urbano, por isso, tem o dever de regularizar o loteamento irregular (art. 40 da Lei nº 6.766/99). Como, no caso, o local ocupado irregularmente se constitui em área de preservação permanente, sendo impossível a sua regularização, deve o Município remover as famílias. Dever que se extrai do art. 225 da CF e art. 3º, incisos I, III, letra 'd' e IV da Lei nº 6.938/1981. Legitimidade do Município de figurar no polo passivo da ação civil pública. Apelação desprovida. (TJ RS – 21ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70043642115. Relator Des. Marco Aurélio Heinz. Julgada em 03 de agosto de 2011).

Assim, o poder Público Municipal tem o dever legal e constitucional de impedir a degradação ambiental, ocasionada por construções ilegais em áreas de proteção ambiental, por exemplo, nos mangues e topos de morro.

Esse dever legal de proteção é realizado por meio de o exercício de um efetivo poder de polícia.

Segundo Hely Lopes Meireles:

Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda a Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional. (MEIRELES, 1999. p. 115)

Quando não realizada tal proteção em áreas ambientais sensíveis, tendo em vista a omissão no exercício do poder de polícia em defesa do meio ambiente, o município pode ser considerado como “poluidor indireto primário”, pois permitiu construções

ilegais fossem levantadas por terceiros, tendo em vista o conceito de poluidor do art. 3º, inciso IV, da Lei nº 6.938/1991:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:  
[...]

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, afirmando a legitimidade passiva daquele município em ação civil pública ambiental:

Ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra o Município do Rio de Janeiro visando compeli-lo a demolir construções situadas em zona de proteção ambiental, o Penedo Dois Irmãos. Legitimidade passiva do Município na qualidade de poluidor indireto primário, pela omissão no cumprimento de seu dever constitucional e legal de impedir a degradação ambiental, pelas construções ilegais. Inexistência do litisconsórcio necessário da União, Estado, Município, ocupantes e proprietários da área pela peculiaridade da ação civil pública que visa defender interesses difusos e é regida pelo princípio da solidariedade, pelo qual incumbe ao autor escolher com quem demandar. Competência consequente da Justiça Estadual. A proteção do meio ambiente é um poder-dever do Município, vinculativo, não se cogitando pura e simplesmente de poder discricionário. Liminar concedida e revogada. Provimento do recurso para restabelecê-la diante da fumaça do bom direito e do perigo de demora (TJRJ - 1ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2.200/95. Relator Des. Martinho Campos, julgado em 09/04/96. Publicado no Diário Oficial de 31/05/96).

Do acórdão citado, extraem-se o seguinte trecho:

Tem o Município o dever constitucional de defender e preservar o meio ambiente (art. 225), impedindo a sua degradação e o dever legal, na forma da Lei Orgânica, art. 443, de interditar, embargar, ou demolir 'qualquer construções ou atividade de urbanização executada sem autorização ou licença'.

O penhasco Dois Irmãos, onde se situa a área de degradação, foi tombado com o objetivo de proteger a paisagem e o que resta da Mata Atlântica.

Se o Município, por omissão, deixa de cumprir o seu dever constitucional e legal de proteger o meio ambiente, é responsável indireto, como diz a lei, pela degradação. E esse dever é primário, nos termos do artigo 22, parágrafo único, do Código Florestal: “Nas áreas urbanas, a que se refere o artigo 2º, desta Lei, a fiscalização é competência dos Municípios, atuando a União supletivamente”.

Como agente poluidor primário, que tem inclusive o dever de impedir a desfiguração da cidade sob o aspecto urbanístico, o Município é o responsável e contra ele a Ação Civil Pública foi corretamente dirigida. [...]

O Ministério Público escolheu bem a quem acionar: o poluidor indireto primário, que eventualmente responderá por omissão, se a sentença de mérito assim o entender. (TJRJ - 1ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2.200/95. Relator Des. Martinho Campos, julgado em 09/04/96. Publicado no Diário Oficial de 31/05/96).

Também decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, afirmando a responsabilidade do Município pela ausência de qualquer política administrativa necessária para impedir loteamentos irregulares.

Nesse sentido:

Ação Civil Pública – Loteamento irregular – Regularização – Atribuição de competência municipal – Ausência de responsabilidade solidária do Estado, quer pela regularização, quer pelos danos aos adquirentes de lotes e ao meio ambiente. Ilegitimidade passiva ad causam da Fazenda do Estado. (TJSP – 8ª Câmara Direito Privado, Ap. Cível nº 251.161.1/4. Relator Des. Cesar Lacerda, julgado em 14.8.1996).

Do acórdão citado, extraem-se o seguinte trecho:

Trata-se de responsabilização objetiva do Poder Público Municipal, pelos prejuízos decorrentes de comportamentos omissivos. A regularização de loteamentos é atividade atribuída à Prefeitura Municipal, consoante se vê do artigo 40, da Lei nº. 6.766/1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano. [...]



No mérito a respeitável sentença recorrida conferiu adequada solução à demanda, ao reconhecer a omissão administrativa da Prefeitura Municipal, que não adotou suficientes medidas capazes de impedir a implantação do loteamento irregular, de nefastas consequências urbanísticas e ecológicas.

A legislação outorga à Administração Municipal diversos instrumentos para coibir o surgimento de loteamentos clandestinos. Não obstante, não houve a adoção de providências rigorosas e eficazes, tanto que o loteamento foi executado.

Como é intuitivo, a instalação do núcleo habitacional clandestino não se desenvolveu do dia para a noite. Se a Municipalidade houvesse agido com rigor, nos limites de sua competência, manejando os instrumentos de que dispõe, inclusive no âmbito jurisdicional, o loteamento não teria proliferado na intensidade em que se verifica neste caso.

Conclui-se que à Administração Pública compete a fiscalização das construções e ocupações, sendo estas legítimas ou não.

Assim, quando não realizado o dever constitucional de preservação do meio ambiente, em decorrência do art. 225, da Constituição, tendo em vista que não realizou qualquer das condutas necessárias para impedir as construções ilegais, vez que estão em dissonância dos padrões estabelecidos nas legislações de uso e parcelamento do solo, o Poder Público Municipal é responsável indireto pela degradação, pois, se omitiu na fiscalização do solo urbano, permitindo o crescimento de “cidades ilegítimas”.

### **3.3 - Da ação do Poder Público Municipal na implementação de serviços básicos, como água, luz e coleta de lixo, em áreas ocupadas irregularmente**

Diante de uma ocupação irregular já estabelecida, o dilema encontra-se na possibilidade de retirada pela Administração Pública destas construções ou, por outro lado, a efetivação de serviços públicos essenciais a esta população irregular, por exemplo, água, luz, saneamento básico, entre outros.

Dessa forma, a pergunta essencial é:

O Poder Público tem o dever de prestar os serviços públicos essenciais para um grupo de cidadãos residentes

num loteamento irregular situado numa área de preservação ambiental, com a finalidade de suprir suas necessidades básicas como o abastecimento de água? (SAULE JÚNIOR, 1999, p. 264)

Se o Poder Público (seja Municipal ou Estadual) nada fez para a retirada da população que ocupou área de proteção ambiental, deve, por outro lado, implementar serviços básicos, destinados a garantir os direitos do ser humano.

Com fundamento nas responsabilidades e obrigações estabelecidas na Constituição de 1988, como o direito à saúde e à moradia, entre outros, todos considerados direitos fundamentais (tendo em vista o caráter primordial à vida humana), o Poder Público Municipal pode implementar serviços básicos essenciais, como abastecimento de água, luz, coleta de esgoto e lixo, para esta população carente, ocupante irregular do solo urbano, tendo em vista que tais serviços são de utilidade pública, indispensável à vida, à saúde e, principalmente, à dignidade da pessoa humana, bem como garantidos constitucionalmente.

Neste sentido, jurisprudência de nossos Tribunais:

Agravo de instrumento e agravo regimental. Direito público inespecífico. Ação cominatória. Construção de rede de fornecimento de água potável. Liminar concedida. Bem essencial à sobrevivência digna, desimportando se a área foi ou não invadida. Nulidade da citação incorrente. 1. Agravo regimental prejudicado, tendo em vista o julgamento do mérito do agravo de instrumento. 2. [...]. 3. Todos, independentemente de serem ou não invasores de área, têm direito aos direitos básicos de qualquer cidadão, não havendo amparo legal para o pretender não conceder o acesso aos bens da vida por tal motivo, máxime quando se trata de bem essencial à sobrevivência digna em que, senão todos, alguns dos autores residem no local há aproximadamente quatro anos e requereram à recorrente a instalação de rede para que tenham acesso ao bem da vida sem resposta da recorrente. A questão da viabilidade técnica, ou inviabilidade técnica de levar a efeito a antecipação dos efeitos da tutela deveriam vir comprovados na petição deste recurso para que pudesse ser apreciada tecnicamente por este relator. Não foi assim, porém. Art. 22, do CDC e parágrafo único. Agravo de instrumento improvido. Agravo Regimental prejudicado. (TJRS – 1ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento n 70009129586. Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal. Julgado em 17/11/2004).

Apelação cível. Direito administrativo e processual civil. Instalação de rede de água. Ocupação irregular em área verde. Direito ao fornecimento. Ação de obrigação de fazer. Procedência na origem. Preliminar de carência de ação rejeitada. Improvimento do apelo em grau recursal. Sentença confirmada. 1. Falta de interesse processual. Preliminar de carência de ação por falta de interesse processual. Inexistência. Não acolhimento. 2. Ainda que ocupante de área verde, ou seja, área pública de preservação permanente, não pode à autora ser negado o direito ao fornecimento de água potável, porquanto bem essencial à vida. 2.1. Além do que, inexistente qualquer previsão legal que impeça o fornecimento de água potável em virtude da ocupação irregular de terreno. Preliminar rejeitada. Apelação não provida. (TJRS – 4ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. Nº 70017365180. Relator Wellington Pacheco Barros. Julgado em 14 de fevereiro de 2007).

A dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado brasileiro (art. 1º, inciso III), bem como deve ser princípio norteador das políticas públicas.

Neste sentido, é inegável que políticas de saneamento, recursos hídricos, prestação de serviços de luz e coleta de esgoto, por exemplo, são condicionantes para uma configuração mínima de dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, políticas que visam o atendimento a condições básicas de vida e adequadas de habitação são reconhecidas como efetivadoras de direitos humanos, e resultam num conjunto de obrigações a serem cumpridas pelo Estado para garantia e respeito aos direitos da pessoa.

O pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade significa a obrigação do Poder Público promover a defesa dos interesses difusos da comunidade. As funções da cidade, como interesses difusos deve compreender o acesso de todos os que vivem na cidade à moradia, aos equipamentos e serviços urbanos como transporte coletivo, saneamento básico, direito à saúde, à educação, cultura, enfim, os direitos urbanos que são aqueles inerentes às condições de vida digna na cidade. (SAULE JÚNIOR, 1999, p. 289)

Tal implementação também encontra fundamento na ordem internacional, qual seja: art. 11, item 1, do Pacto Internacional dos Direitos econômicos, Sociais e Culturais, de 1969:

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 medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Bem como na Seção III (8) e Capítulo II (A.3) da Declaração sobre Assentamentos Humanos, adotada na primeira Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, que estabelece que a

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 avançados através de programas de ajudamútua e de ações comunitárias.

#### **4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA REPARAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS, DECORRENTES DA RETIRADA DE POPULAÇÃO DE ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL INVADIDA**

Percebe-se que, diante da omissão do Poder Público no exercício do poder de polícia, a fim de impedir danos ambientais praticados por terceiros, o Estado deve ser responsabilizado de forma solidária pelos danos ambientais decorrentes da conduta realizada, que não foi, de forma alguma, impedida pela polícia administrativa.

Entretanto, o que aqui se questiona, é a obrigação do Estado pela reparação dos danos materiais e morais à população retirada de área de proteção ambiental invadida, tendo em vista ordem judicial para tanto, mas que haviam recebido, nessa mesma área invadida, por parte do Poder Público Municipal, os serviços sociais básicos.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu no sentido de que tal responsabilidade é inexistente, tendo em vista que, se o imóvel ocupado encontra-se em área de preservação ambiental, é, portanto, um bem de uso comum do povo, o que lhe concede as características de indisponibilidade, inalienabilidade e insuscetibilidade de usucapião (tendo em vista que os imóveis públicos não podem ser usucapidos, por

expressa disposição constitucional, contida no art. 183, parágrafo 3º). Nesse contexto, não haveria, portanto, qualquer omissão ensejadora de indenização à população.

Nesse sentido:

Apelação Civil. Responsabilidade Civil do Estado. Ação de reparação de danos materiais e morais. Área de proteção ambiental invadida e nela edificadas precárias construções. Decisão judicial proferida em Ação Civil Pública determinando a retirada dos moradores irregulares que ali residiram por longos anos e exerceram atividades comerciais também irregulares. Pretensão ao ressarcimento dos danos materiais e morais, decorrentes de cumprimento de ordem judicial para desocupação da área. Ação julgada improcedente na origem. Manutenção. Recurso não provido, com observação. (TJ SP - 13ª Câmara de Direito Público – Apelação Cível nº 391.981-5/2-00. Relator Des. Rui Stoco. Julgada em 20 de dezembro de 2006).

Indenização por danos materiais e morais – pretensão deduzida por ocupante clandestino de área de preservação ambiental, da qual foi desapossado por decisão judicial, passando a residir em complexo habitacional – descabimento – bem de uso comum do povo, indisponível e inalienável, insuscetível de posse ou propriedade por usucapião, cuja detenção não gera direitos – precedentes do STJ – ato administrativo de desocupação, ademais, do qual não poderia resultar a obrigação de indenizar, porquanto efetivado em cumprimento à determinação judicial – direito legalmente reconhecido à Administração de sacrificar bens ou valores jurídicos inferiormente valorados pela ordem jurídica – autor que se colocou voluntariamente em situação de ilegalidade, descabendo a reparação de danos morais – ação improcedente – recurso improvido. (TJSP - 13ª Câmara de Direito Público - Apelação com Revisão nº 3924845/1. Relator Des. Oliveira Passos. Julgado em 23 de abril de 2008).

Ordinária - Responsabilidade civil do Poder Público - Ocupação indevida de área de preservação ambiental permanente - Inadmissibilidade - Sendo área de risco não há como se reconhecer eventual direito à indenização seja por acessões, seja por benfeitorias - Recurso improvido. (TJSP – 7ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº

374.704-5/5. Relator Walter Swensson. Julgado em 13 de novembro de 2006).

Ação indenizatória – Improcedência decretada corretamente em primeiro grau — Autor que edificou sua moradia em área de preservação permanente, como consta de decisão judicial proferida em ação civil pública proposta pelo Ministério Público - Desocupação total da área invadida e conseqüente remoção da construção que, destarte, mostra-se legítima – Descabimento. nas circunstâncias, da indenização pretendida, não se podendo falar em posse de boa-fé, já que o promovente não poderia ignorar o vício que impede a aquisição da área - Apelo não provido. (TJSP – 8ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível n 422.506.5/5-00. Relator Paulo Dimas Mascaretti. Julgado em 27 de Maio de 2009).

Ação ordinária - indenização por danos materiais e morais - área de preservação permanente ocupada de forma irregular - decisão judicial proferida em ação civil pública determinando a desocupação da área e demolição das moradias - pretensão à indenização de danos materiais e morais - pedido julgado improcedente – recurso improvido (TJSP – 7ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 414.938.5/2-00. Relator Constança Gonzaga. Julgado em 8 de março de 2010).

Dos julgados citados, relevante ressaltarem os seguintes entendimentos:

Inexiste nexo de causalidade entre os eventuais danos e os atos praticados pelo Poder Público Municipal. Se foram fornecidos os serviços públicos básicos aos moradores da área em questão (água, luz, telefone, transporte, coleta de lixo e serviço médico) o foram não como fomento à manutenção da situação irregular ali instalada, mas por questão humanitária e dever do Estado a todos os cidadãos, estão eles em situação de moradia irregular ou não, sem considerar que [...] muitos desses serviços ou melhoramentos não foram instalados pela Municipalidade de Cubatão, mas pelas concessionárias de serviços públicos.

Por fim, a omissão estatal quanto ao tempo em que os autores permaneceram usufruindo da coisa pública jamais poderia ensejar para eles direito à indenização, pois, se

danos houveram, foi sobre toda a coletividade que se abateu o prejuízo.

Não se deslembrem, também, de que ninguém pode alegar sua própria torpeza em Juízo. Como então admitir a concessão de ressarcimento de danos a quem ocupa imóvel alheio e nele constrói residências mediante esbulho, e até desenvolve atividades comerciais de forma irregular, locupletando-se às custas do proprietário do bem – no caso, bem público – o que é anda mais grave? (TJ SP - 13ª Câmara de Direito Público – Apelação Cível nº 391.981-5/2-00. Relator Des. Rui Stoco. Julgada em 20 de dezembro de 2006).

De tais fatos não poderia resultar a obrigação de indenizar da Administração, que praticou ato de império, em cumprimento à decisão judicial. Ato lícito, portanto, mostrando-se oportuna a lição da doutrina, no sentido de que a licitude de uma ação danosa resulta da existência de um direito legalmente reconhecido a um sujeito – no caso, a Municipalidade de Cubatão – de sacrificar bens ou valores jurídicos de terceiros – na espécie, o autor apelante – inferiormente valorados pela ordem jurídica. (CANOTILHO *apud* STOCO, 2004, p. 1163).

Veja-se que inexistente, segundo a jurisprudência, responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de atos legislativos (STJ – AI 820.751/SP – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 5.12.2007).

Ademais, também se mostra inadmissível o argumento de que o ato do Município-réu que provocou o dano indenizável, desde que o próprio autor colocou-se em situação de ilegalidade, não abrigada pelo Direito, descabendo o pedido de ressarcimento das verbas que alegadamente despendeu com a edificação da moradia. (TJSP - 13ª Câmara de Direito Público - Apelação com Revisão nº 3924845/1. Relator Des. Oliveira Passos. Julgado em 23 de abril de 2008).

Não há que se falar em posse de boa-fé, uma vez que o demandante não poderia ignorar o vício que o impossibilitava de possuir a área legitimamente. Como é sabido, os bens públicos, em razão de sua destinação ou afetação, estão fora de comercialização e não podem ser adquiridos por usucapião, não sendo passíveis de

posse por particulares, mas de mera detenção. (TJSP – 8ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 422.506.5/5-00. Relator Paulo Dimas Mascaretti. Julgado em 27 de Maio de 2009).

O meio ambiente natural é bem de uso comum do povo, absolutamente inalienável e imprescritível. Um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é um direito humano fundamental das gerações presentes e futuras com a finalidade de proporcionar a todos existência digna. E bem de todos. E dever de todos sua proteção e preservação. Incabível, por isso, falar-se em posse em área de preservação ambiental. O que houve foi mera detenção por tolerância da Administração Pública. [...] É sabido que quem se arrisca deve suportar as consequências do risco que decidiu assumir. Quem invade área desocupada não o faz incautamente. Ousa arriscar-se e, por conseguinte, não pode se arvorar em possuidor do bem. Por isso mesmo que se pode afirmar, peremptoriamente, lesão ao princípio da dignidade humana. (TJSP – 7ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 414.938.5/2-00. Relator Constança Gonzaga. Julgado em 8 de março de 2010).

Assim, há decisão no sentido de que, o Poder Público Municipal não é obrigado a indenizar qualquer dano decorrente de ordem judicial para retirada de municípios de área de proteção ambiental.

Por outro lado, para Yussef Said Cahali, basta a omissão da Administração, resultando em dano, para verificar-se sua obrigação de reparação.

Desde que exigível da Administração a execução da obra, a prestação do serviço ou a realização do ato omitido, que teriam prevenido ou evitado o evento danoso sofrido pelo particular identifica-se na conduta omissiva estatal a causa bastante para determinar a responsabilidade objetiva do Estado por sua reparação. (CAHALI, 1995, p. 286)

Isso ocorre porque, a Constituição Federal, no parágrafo 6º, do art. 37, adota a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado pelos danos causados pela Administração a terceiros.

Art. 37, parágrafo 6º - 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 de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.



Assim, comprovada a ação ou omissão, bem como comprovados o dano e o nexo de causalidade (entre a ação ou omissão e o dano), surge para o Estado o dever de indenizar.

Nesse contexto, a Administração seria responsável pelos danos causados aos particulares, em razão de uma conduta omissiva. Engloba, assim, a situação aqui questionada, tendo em vista que o município ausentou-se do seu dever de polícia, permitindo que a população permanecesse em área sabidamente de proteção ambiental, considerando-se que é dever do município remover os ocupantes irregulares de área de preservação permanente. Comprovado, portanto, o ato omissivo da Administração; o dano causado ao particular (ocasionado pela sua retirada do local), bem como o nexo de causalidade entre aquele ato e o dano (pois o dano somente foi gerado, em razão da omissão da Administração quanto ao exercício do poder de polícia, assim como pela ação da mesma Administração ao conceder serviços sociais básicos).

Ademais, o município realizou ainda ações que encorajaram a manutenção da população no local, por meio de a disponibilização de meios para tanto, como os serviços básicos mencionados.

Conclui-se que, o dever de indenizar não decorre do cumprimento de sentença judicial, mas sim da omissão da Administração na retirada da população de área de proteção ambiental invadida, vez que a ausência do exercício efetivo do poder de polícia, o que permitiu a manutenção da população em espaços ambientalmente protegidos, bem como diante da concessão de meios para que essa população permanecesse no local.

## 5. CONCLUSÃO

“A responsabilidade civil é um importante instrumento de dissuasão de ação e omissão capaz de atingir negativamente o meio ambiente”. (SILVA, 2005, p. 461)

Diante das considerações levantadas no presente artigo, percebe-se que os danos ambientais (as condutas ou omissões de pessoas físicas ou jurídicas, sejam de Direito Público ou Privado) devem ser indenizados, pois modificam o meio ambiente, acima do tolerável.

Esta responsabilidade pelos danos ambientais decorre, prioritariamente, do art. 225 e parágrafos, da Constituição Federal de 1988, podendo ser desencadeada tanto por condutas comissivas quanto omissivas.

Assim, o Estado será responsabilizado quando descumprir o dever legal de obstar eventos que venham a causar danos ambientais, ou seja, quando não exercer efetivamente o poder de polícia, sendo certo que essa omissão gerou danos ambientais.

Entretanto, a questão aqui levantada tratada responsabilidade do Estado pelos danos ocasionados, não somente frente ao meio ambiente, mas também à população, que

foi retirada de área de proteção ambiental depois de anos no local, (onde estabeleceu moradias e, até mesmo, comércio), em que não houve qualquer exercício do poder de polícia por parte da Administração (seja Poder Público Municipal ou Estadual) para conscientização destas pessoas de que ali não poderiam ficar e, posteriormente, encaminhamento para outro local. Por outro lado, a municipalidade ofereceu diversos meios para o encorajamento da permanência dessa população no local, com o fornecimento de serviços básicos, como água, luz, telefone, saneamento básico e coleta de lixo.

O Poder Público Municipal não pode permitir que a população estabeleça sua moradia em área de proteção ambiental. Entretanto, se a municipalidade omitir-se do seu dever de polícia, o Estado deve agir e impedir que tais construções ilegais ocorram. Isso acontece porque a competência para a promoção de programas de moradia é comum entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Ademais, a competência para a edição de lei estadual de política habitacional e urbana é concorrente entre Estados e Municípios, conforme explicado em item anterior.

Nos casos aqui analisados, pode-se concluir que os Poderes Públicos foram desidiosos, pois, foram negligentes quanto a implementação de políticas públicas para a retirada da população da área ambiental invadida.

Entretanto, se nenhum dos dois entes públicos nada fez, a população em situação irregular tem direito a condições mínimas de vida, como água, luz e esgoto.

Se esses serviços estiverem implementados, e por ventura surgir uma decisão judicial que obrigue a retirada dessa população do local, tanto o Poder Público Municipal quanto o Estadual devem fornecer condições mínimas para que essa população venha a se estabelecer em outro local, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade humana, tendo em vista que a implementação do direito à moradia é de responsabilidade do Estado.

Neste sentido:

Agravo de instrumento - ação civil pública - loteamento irregular em área de preservação permanente - inércia do município quanto à fiscalização do empreendimento - responsabilidade do poder público municipal pela remoção das famílias invasoras para local dotado de estrutura mínima de serviços públicos até final solução da lide - precedentes destacando o poder-dever do município em fiscalizar e regularizar loteamento irregular. Agravo desprovido. (TJRS – 4ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70013507249. Relator João Carlos Branco Cardoso. Julgado em 7 de junho de 2006).

Do julgado destacado, relevante ressaltar o seguinte trecho:

Destarte, ao que se depreende dos autos, a situação delin-eada na inicial da ação civil pública, veio a se , ao longo do tempo em face da inércia do poder público municipal, que nenhuma providência concreta adotou para evitá-la. [...] Ora, consoante salientaram os eminentes colegas na exordial, cumpria ao município, ora agravante, ao constatar a irregularidade da situação, advertir os moradores da impossibilidade de qualquer edificação, bem como promover as medidas judiciais pertinentes, seja em face dos proprietários, seja em face dos adquirentes ou invasores. Ao fim e ao cabo, referendou a administração pública, talvez por conveniência, o quadro de risco, estando, agora, obrigado a empreender as medidas necessárias para remoção das famílias, as quais, à evidência, não podem ser despejadas para lugar nenhum, impondo-se a disponibilização para estas de área com estrutura mínima de serviços públicos, ao menos até a final solução da lide, conforme determinado pela decisão agravada. (TJRS – 4ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70013507249. Relator João Carlos Branco Cardoso. Julgado em 7 de junho de 2006).

Conclui-se que, a Administração não é responsável pelos danos causados em razão da ordem judicial para a retirada da população, mas sim em razão de uma conduta omissiva, nos termos do parágrafo 6º, do art. 37, da Constituição Federal, tendo em vista que se omitiu no dever constitucional de fiscalização das áreas ambientais, permitindo que a população ali se instalasse, bem como fornecendo os serviços mencionados.

Como arremate, vale a pena transcrever trecho de decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida pelo eminente Ministro Herman Benjamin: “O imóvel público é indisponível, de modo que eventual omissão dos governos implica responsabilidade de seus agentes”.(STJ. REsp nº945.055/DF. Relator Min Herman Benjamin)

## Referências

- AZEVEDO, Á. V.. *Curso de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações*. 5. ed. São Paulo: RT, 1990.
- CAHALI, Y. S.. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- CANOTILHO, J. J. G.. In: STOCO, R.. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 6.ed., São Paulo:RT, 2004, p. 1163).
- CARVALHO, C. G. DE. *Introdução ao direito ambiental*. Cuiabá: Verde-Pantanal, 1990.
- CRETELLA JR., J.. Direito Administrativo. In: FRANÇA, R. L. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. 22 v., p. 201. São Paulo: Saraiva, 1977.
- GRANZIERA, M. L. M.. *Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- JACOBI, P.. *Cidade e meio ambiente – percepções e práticas em São Paulo*. São Paulo: Annablume, 2000.
- LEITE, J. R. M.; DANTAS, M. B. (Org.). *Aspectos processuais do Direito Ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- MEIRELES, H. L.. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELLO, C. A. B. DE. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MILARÉ, É.. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MUKAI, T.. *Direito Ambiental sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.
- PADILHA, N. S.. *Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PORFIRIO JR., N. F. DE. *Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SAMPAIO, R. S. R.; LEAL, G. J. S.; REIS, A. A. (Org.). *Tópicos de Direito Ambiental – 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SAULE JR., N.. *Direito à cidade – trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SILVA, J. A. DA. *Direito Ambiental Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, I. DA. *Crimes ambientais e juizados especiais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, S. T. DA. Responsabilidade Civil Ambiental. In: PHILIPPI JR., A.; ALVES, A. C. (Edit.). *Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*. São Paulo: Manole, 2005.

SILVEIRA, P. A. C. V. DA. Responsabilidade Civil da Administração Pública por dano ambiental. In: *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.72, p. 162-185. mar. 1998.

# QUANDO AMAR É CRIME: DIREITOS HUMANOS E O PEDIDO DE REFÚGIO PELA COMUNIDADE LGBT<sup>1</sup>

*Patrícia Cristina Vasques de Souza Gorisch<sup>2</sup>*

“You cannot keep your love hidden  
In all four directions are spies  
Since there are no secrets from God  
Why keep secrets from mortals?  
You only loved, so why be afraid?  
If you love, then why be afraid?”<sup>3</sup>

## Introdução

Relacionamentos sexuais representam um elemento fundamental da identidade individual e um aspecto íntimo de um indivíduo na vida privada. (NARAYAN,2006,p.313) Sendo, desta forma, elementos essenciais da identidade humana, estes direitos fazem parte do rol de direitos protegidos pela Organização das Nações Unidas (ONU).

A ONU é o principal órgão intergovernamental de proteção aos direitos humanos, desde o pós-Segunda Guerra Mundial. Atualmente, 193 Estados-membros<sup>4</sup> fazem parte da Organização. Para tal participação, os membros concordaram com os termos da Carta da ONU, em que consta no seu art.55 (c), que “(...) deve promover o respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”

Na Assembleia Geral da ONU, em 1948, adotou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que logo no seu art. 2º garante a todos o direito e as liberdades estabelecidas na declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou

---

<sup>1</sup> Texto elaborado no âmbito da Disciplina Direito Internacional dos Refugiados, ministrada pelo prof.dr. Gilberto M. A. Rodrigues, do Programa de Mestrado em Direito, Universidade Católica de Santos.

<sup>2</sup> Advogada, vice-presidente Nacional da Comissão de Direito Homoafetivo do IBDFAM Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), membro do Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual (GADVs), associada ao The National LGBT Bar Association e mestranda em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos. Desenvolve o Projeto “Orientação sexual sob a proteção da ONU”, sob orientação do prof. dr. Gilberto M. A. Rodrigues.

<sup>3</sup> Trecho de música iraniana, que virou símbolo da comunidade de: lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. (LGBT) no Irã.

<sup>4</sup> Organização das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.un.org/News/Press/docs/2006/org1469.doc.htm>. Acesso em: 01 jul.2001.

social, riqueza, nascimento *ou qualquer outra condição*. Esta outra condição pode ser interpretada como a orientação sexual ou a identidade de gênero.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, porém, é uma mera resolução, não é vinculante como uma convenção ou tratado entre os membros da ONU. Mesmo assim, a Declaração Universal, pode ser utilizada como um Direito Internacional consuetudinário, pois, os seus princípios têm sido praticados por várias organizações, tribunais e países.

Quando as minorias sexuais, que não fazem parte da chamada “heteronormalidade”, em vista da própria orientação sexual e identidade de gênero são marginalizados pela sociedade, este tratamento diverso, constitui uma forma de discriminação de gênero.

No dia 17 de junho de 2011, o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou uma resolução histórica relativa ao direito à diversidade sexual. Intitulada “Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero”<sup>5</sup>, foi aprovada em votação apertada (23 votos a favor, 19 contra e 3 abstenções). A resolução afirma que “todos os seres humanos nascem livres e iguais no que diz respeito à sua dignidade e seus direitos e que cada um pode se beneficiar do conjunto de direitos e liberdades (...) sem nenhuma distinção.” O documento expressa também preocupação com os atos de violência e discriminação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero (homofobia).

O Conselho pactuou também uma solicitação ao Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) a fim de que se realize um estudo mundial a respeito de a legislação e práticas homofóbicas, além de identificar de que forma a legislação internacional pode atuar no combate a este problema. Na mesma semana, a Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou por consenso uma resolução que condena a violência e a discriminação por motivos de orientação sexual e identidade de gênero.

Dentre os 19 países membros do Conselho que foram contra a resolução, na sua maioria, consideram crime a prática homossexual.

Os atos consensuais entre pessoas adultas e do mesmo sexo são criminalizados em mais de oitenta países dos Estados-membros da ONU e a homossexualidade resulta em penalidade de morte em seis<sup>6</sup> desses países.<sup>7</sup>

Em muitos países, leis contra “escândalos públicos”, “imoralidade” e “comportamento indecente” são usadas para penalizar pessoas que se pareçam, se vistam e que se comportem diferentemente das regras sociais impostas.

---

<sup>5</sup> General Assembly of UN, Human Rights Council. 17th session, Follow-up and implementation of the Vienna Declaration. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/58106434/UN-Resolution-on-Sexual-Orientation-and-Gender-Identity>. Acesso em: 24 jul.2011.

<sup>6</sup> Irã, Arábia Saudita, Emirados Árabes, Iemen e Nigéria.

<sup>7</sup> International Lesbian and Gay Association (ILGA) . Disponível em: [www.ilga.org](http://www.ilga.org). Acesso em: 1 jul.2011.

Materiais que fazem referência à orientação sexual e identidade de gênero são banidos das escolas (O'FLAHERTY; FISCHER, 2008, p. 207-248) o que faz com que aumente o número de casos de *bullying*. Em alguns países, leis proíbem a “promoção da homossexualidade” nas escolas. (CONOLLY, 2007) Muitas violações aos direitos humanos são realizadas em institutos médicos, sujeitando-os a eletrochoques e terapia da aversão.<sup>8</sup>

Amar, em alguns países, ainda é considerado crime. Amar um par do mesmo sexo resulta em morte; e muitos, para salvarem a própria vida, fogem desses países (em sua maioria, islâmicos), em busca de refúgio.

## 1. HISTÓRICO DO MOVIMENTO LGBT INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS

O movimento internacional de direitos da população LGBT foi marcado por avanços e retrocessos. Os primeiros escritos gays começaram em 1700 em Londres, Paris e Amsterdam, mas não foi antes de 1869 que um médico húngaro, Karoly Maria Benkhert, introduziu o termo “homossexual” para classificar a disfunção sexual dos relacionamentos. Em dois anos, o termo foi introduzido no Novo Código Penal da Prússia, o famoso “Parágrafo 175” (EPSTEIN; FRIEDMAN, 2000) que considerava não natural os atos sexuais realizados entre homens, punidos por crime e prisão por não menos que três anos.

Quando Hitler assumiu o poder em 1933, ele baniu todos os direitos dos gays e ordenou a demolição de institutos que tratavam do assunto. De 1939 a 1945, o governo perseguiu de 50 a 70.000 homens identificados como gays e os forçou a usar triângulos rosa nos braços durante o nazismo na Alemanha. (SCHWAB; BRAZDA, 2011) Este é o motivo pelo qual se associa a cor rosa com os gays.

Apesar das atrocidades ocorridas durante a Segunda Grande Guerra, muitos movimentos internacionais de direitos humanos se sensibilizaram com essa parcela da população. Mesmo com esses movimentos, na Alemanha Oriental, ainda havia vários prisioneiros de guerra, e muitos permaneceram presos durante 24 anos, até a retirada do parágrafo 175, em 1969.

Em 1973, depois de muitos anos de protesto, muitas organizações de direitos gays triunfaram quando a Associação Americana de Psiquiatria retirou a homossexualidade da lista de doenças mentais.

Os últimos vinte anos foram bastante felizes para as organizações sociais gays. No início da década de 1990, a Organização Mundial da Saúde (OMS) retirou a homossexualidade do Código Internacional de Doenças, o CID.

<sup>8</sup> Human Rights Watch. Disponível em: <http://hrw.org/english/docs/22/ago./2007/uganda16729.htm>.



Em 1992, pela primeira vez uma petição direcionada à Subcomissão de Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias da ONU solicitou o reconhecimento de direitos iguais e proteção das minorias sexuais. Dois anos depois, no caso conhecido como *Toonen v. Austrália*, a Comissão de Direitos Humanos (CDH) da ONU reconheceu que a lei, que criminalizava a atividade sexual de pessoas do mesmo sexo, violava a proteção igualitária internacional e as normas da privacidade.<sup>9</sup>

Em 2003, com o apoio de 23 países, o Brasil apresentou na ONU uma resolução que garantia às minorias sexuais a proteção internacional de direitos humanos.<sup>10</sup>

A resolução fracassou, após mais de um ano de alterações do documento e resistência de alguns Estados-membros.<sup>11</sup> Em 2006, o governo do Presidente George W. Bush, dos EUA, aliou-se ao Irã, Sudão, China e Cuba para bloquear possíveis consultas de gays, lésbicas de organizações não governamentais na ONU.<sup>12</sup>

A maioria dos Estados que perseguem os indivíduos LGBT violam acordos internacionais que oferecem aos seres humanos proteções para todos os indivíduos. Desta forma, ativistas devem utilizar os acordos internacionais para avançar nas reivindicações dos direitos básicos dos seres humanos, de modo que as minorias sexuais possam vir a usufruir outros direitos e benefícios com relação a emprego, casamento, habitação, para citar alguns.

Um dos grandes progressos da militância internacional das redes de ONGs LGBT se traduziu na conquista pela International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA), organização internacional que congrega mais de 670 organizações filiadas em mais de 110 países, de uma cadeira no Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC). Foram 29 votos a favor, 14 contra e cinco abstenções.<sup>13</sup>

## 2. A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE NO CORÃO

O sistema penal islâmico, aplicado no Irã, pune a homossexualidade masculina com pena de morte, se o participante é adulto. Se for menor de idade, a punição é de 74 chibatadas (arts. 108/113). Já o lesbianismo é punido com cem chibatadas se praticado por maior de idade. Caso o ato se repita por três vezes, a punição é de prisão; caso haja

<sup>9</sup> *Toonen v. Australia*, UN Doc. CCPR/C/50?D/488/1992, Opinion (Apr. 4<sup>th</sup>, 1994), Disponível em: [http://www.unhchr.ch/tbs/docs.nfs/\(Symbol\)/d22a00bcd11320c9c80256724005e60d5?opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/docs.nfs/(Symbol)/d22a00bcd11320c9c80256724005e60d5?opendocument)

<sup>10</sup> Na última década, contudo, o Vaticano aliou-se aos grupos islâmicos para obstar a discussão dos casos envolvendo a comunidade LGBT nas conferências de direitos humanos internacionais e de direitos das mulheres.

<sup>11</sup> International Gay&Lesbian Human Rights Commission. Disponível em: <http://www.iglhr.org>

<sup>12</sup> Human Rights Watch. Disponível em: <http://www.hrw.org/english/docs/2006/Jan../25 th/iran12535.htm>. Acesso em: 31.07.2011.

<sup>13</sup> International Lesbian and Gay Association (ILGA) . Disponível em: <http://ilga.org/ilga/pt/article/n5GeHB1PY> . Acesso em: 31 jul..2011.

a quarta ocasião pune-se com a pena de morte. (arts. 127, 129 e 130). (MACARRONE, 2006)

No Irã, conforme disse o próprio presidente, Mahmoud Ahmadinejad, em um discurso em Nova Iorque, “não existem homossexuais no meu país”. Realmente. Os poucos homossexuais que permanecem no país ou estão presos, ou mortos, ou na fila de operação para a chamada readequação de sexo, vulgarmente conhecida como “cirurgia de mudança de sexo”. Diferentemente do caráter curativo e readequador da operação realizada em transexuais, essas operações realizadas em homossexuais tanto masculinos quanto femininos, têm um efeito devastador. Em documentário da rede inglesa BBC<sup>14</sup>, vários homossexuais foram entrevistados e muitos acabaram admitindo que, para fugirem da pena de morte, fizeram a operação de readequação de sexo. Tais operações são permitidas e parcialmente custeadas pelo governo.

O Irã é o segundo país no mundo com o maior número de cirurgias de readequação de sexo, perdendo somente para a Tailândia, país precursor de tal cirurgia, e que realiza cirurgias em pessoas de diversas nacionalidades, ao contrário do Irã, cuja operação é meramente religiosa e punitiva.

Afirmamos ser punitiva, pois, o método utilizado na cirurgia é completamente diverso do mundo inteiro: para readequar o sexo masculino e feminino, ao contrário de outros países com larga experiência nesta cirurgia, no Irã não é utilizado parte do órgão masculino; ele é totalmente extirpado e para a constituição do sexo feminino, usa-se parte do intestino do operado, fazendo com que este sinta repulsa de si mesmo. Ademais, o operado nunca sentirá prazer sexual, vez que na cirurgia comumente realizada em outros países, a utilização de parte do membro masculino extirpado, faz com que o operado sinta prazer sexual após a operação.

Os dados de suicídio entre homossexuais no país são alarmantes: 33% dos operados se suicidam após a cirurgia; outros 33% se suicidam antes do procedimento punitivo.

Como é cediço, o homossexual é o indivíduo que sente atração sexual pelo mesmo sexo. Contudo, o transexual não se reconhece no próprio sexo biológico (masculino ou feminino), sentindo-se e comportando-se como indivíduo do sexo oposto ao seu biológico. Um homossexual homem não quer, desta forma, tornar-se mulher. Ele deseja homens, mas não quer mudar o próprio sexo, não há readequação, como no caso dos transexuais. Ou seja, a cirurgia realizada no Irã, serve exclusivamente para torturar gays e lésbicas, além de mandá-los à prisão e à pena de enforcamento, caso não aceitem a cirurgia.

Para escaparem da pena de morte e da cirurgia, muitos iranianos fogem, buscando refúgio. O refugiado iraniano mais famoso é o Arsham Persi, presidente da “Iranian

<sup>14</sup> BBC. *Being Gay in Iran*. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=EZbnpxvQIQQ> Acesso em: 1 jul. 2011.

Queer Organization”<sup>15</sup>, com sede no Canadá, um dos maiores redutos de refugiados LGBT no mundo.

O documentário “A Jihad for Love”(SHARMA,2007), ainda sem título no Brasil, mostra a dura realidade dos homossexuais de países islâmicos. No Egito, a conduta homossexual efetiva também é punida com pena de morte. Um famoso caso de crime contra a humanidade foi o *Cairo 52*, boate gay invadida por policiais que prenderam e julgaram sem direito à defesa 52 egípcios. A Anistia Internacional interveio, mas muitos foram estuprados e humilhados.

No Irã, desde 1979, o código penal é baseado na interpretação conservadora do Corão à luz da lei islâmica. Arsham, o refugiado iraniano que mora hoje no Canadá, mas que antes fugiu para a Turquia, afirma que “a Turquia não concede *status* de residente para os refugiados iranianos. A nós, é permitido somente permanecer até a decisão final do ACNUR. Se vencemos os nossos casos, temos que deixar a Turquia. Se perdemos, seremos mandados de volta ao Irã. Na Turquia, a maioria da população é muçulmana e não há leis que proibam a homossexualidade.” Apesar da inicial receptividade da Turquia, esta dura até a decisão do ACNUR. Homossexuais refugiados não são bem-vindos como residentes.

Interessante pontuar que um dos fundamentos do islamismo é o amor pelos seres humanos.

O filme “Unveiled” mostra a realidade das lésbicas no Irã. A protagonista não pode jurar pelo Corão por três vezes, dizendo que não mais seria lésbica. Sendo assim, a protagonista foge para a Turquia<sup>16</sup> e vai morar na Alemanha, onde vive como refugiada – vestida de homem, pois, a Turquia não aceita como motivo de refúgio, o lesbianismo, afirmando que não há perseguição às mulheres lésbicas – o que não procede.

Outros países africanos, por intermédio de seus governantes, defendem a castração dos homossexuais, como afirmou publicamente o ministro de Estado Makumbe, do Zimbábwe.

O documentário “Dangerous Living: coming out in the developing world”<sup>17</sup>, inédito no Brasil, relata a vida dos homossexuais nos países islâmicos e africanos. Nesse vídeo, o então presidente da Namíbia (país africano de colonização alemã), afirmou que “lesbianismo e homossexualismo, isso nós condenamos e rejeitamos na Namíbia.” O presidente lançou inclusive uma campanha chamada *gay bashing* (eliminação de gays).

E os gays fogem para não serem eliminados.. Viajam em condições extremas, escondidos em porões de navio ou por terra e quando chegam vivos, ainda têm que

---

<sup>15</sup> Disponível em: [www.irqr.net](http://www.irqr.net) Acesso em: 10 jul. 2011.

<sup>16</sup> “Embora na Turquia a lei não criminalize a conduta homossexual, ela não protege a violência por ódio aos homossexuais.” Organization for Refuge, Asylum & Migration (Oram).Unsafe Haven: the security challenges facing lesbian, gay, bisexual & transgender asylum seekers & refugees in Turkey. June 2011.

<sup>17</sup> Human Rights Watch. Disponível em: <http://www.hrw.org> Acesso em: 01 jul. 2011.

enfrentar a entrevista de solicitação de refúgio, bem como o rol de provas exigidas pelos países que se dizem acolhedores.

Se o pedido de refúgio é rejeitado, voltar ao país de origem significa uma única coisa: a morte.

### 3. O PEDIDO DE REFÚGIO

As rotas de fuga dos homossexuais estão em geral relacionadas a um país fronteiro que recebe, ou que, pelo menos, mantém algum programa de refugiado LGBT juntamente com a ONU, que por meio de o órgão nacional, decidirá se é caso ou não da concessão de refúgio.

Desde o início do século XX, o problema dos refugiados tornou-se uma preocupação da comunidade internacional, que, por razões humanitárias, começou a assumir responsabilidades à proteção e assistência. (ACNUR, 2004)

O refugiado tem de ter fundado temor de perseguição, sendo este um elemento meramente subjetivo, com ao menos alguma prova concreta (elemento objetivo).

De acordo com a Convenção da ONU de 1951, bem como o Protocolo de 1967, relativo ao Estatuto dos Refugiados, para ser considerado refugiado, o elemento *temor de perseguição*, com risco de morte, tem de ser claro. Não pode ser considerado refugiado aquela vítima da fome ou de desastres naturais.

Em 1996, foi estimado o número de 700 casos de pedidos de refúgio envolvendo orientação sexual. Só nos EUA, foram 60 casos.<sup>18</sup>

Dados da ONU apontam que no ano de 2007, eram mais de 9 milhões de refugiados. Desses, ao menos 10% são refugiados LGBT<sup>19</sup>, mas nem todos assumem tal posição, a exemplo da iraniana retratada no filme “Unveiled”. Muitos ainda não se sentem à vontade para falar a respeito do assunto, vez que a repressão, em seu país, é grande e assustadora.

Além disso, não existe uma definição universalmente aceita de “perseguição”. Do artigo 33 da convenção de 1951, pode-se inferir que a ameaça à vida ou à liberdade em virtude de raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou por *pertencer a certo grupo social* é sempre perseguição. Outras *violações graves aos direitos humanos* – pelas mesmas razões – constituiriam também perseguição. (O’FLAHERTY; FISCHER, 2008, p. 207-248)

Outro ponto importante a ser abordado, é que se deve distinguir a perseguição da punição prevista por um crime ou infração comum. Muitas pessoas buscam refúgio com base em crimes comuns, alegando perseguição. Crimes comuns deverão ser

<sup>18</sup> International Gay and Lesbian Human Rights Commission. A Resource Guide, 1996.

<sup>19</sup> International Lesbian and Gay Association (ILGA) Disponível em: [www.ilga.org](http://www.ilga.org). Acesso em: 10 jul. 2011.

julgados em seus países de origem e não são, em hipótese alguma, motivo para a busca ao refúgio. O refugiado é sempre vítima da injustiça, e não alguém que foge dela.

Os procedimentos judiciais do país de origem devem estar de acordo com o respeito aos direitos humanos. Nesses casos, os Pactos Internacionais de Direitos Humanos são instrumentos de força obrigatória para aqueles países que assinaram a Convenção de 1951.

Os agentes da perseguição podem ser tanto o governo do país de origem do refugiado, quanto de parte da população que não respeita, no caso em estudo, a orientação sexual do refugiado. Um país que se encaixaria nesse caso é a África do Sul: em sua Constituição Federal, protege o respeito à diversidade sexual – única constituição no mundo que contém tal consideração.<sup>20</sup> Ocorre que, neste mesmo país, a comunidade LGBT sofre com a discriminação de seu próprio povo, que pratica o chamado “estupro corretivo” tanto em homens quanto em mulheres<sup>21</sup>, afim de “curar”<sup>22</sup> a homossexualidade.<sup>23</sup>

Os refugiados gays estão amparando os seus pedidos de refúgio na circunstância de “pertencer a determinado grupo social”. Grupo social integra pessoas de origem, modo de vida e estatuto social similares. É o caso da população LGBT que, desde 1999, é considerado um grupo social pela ONU. A própria existência dessa população, para alguns governos, é considerada uma ameaça à economia, à religião e aos bons costumes, como é comumente citada no Irã e no Zimbábue.

Um dos requisitos do Estatuto do Refugiado é que, ao chegar ao país de acolhida, o solicitante deve formalizar o pedido quanto antes. Há, porém, a figura do refugiado “*sur place*”, ou seja, aquele solicitante que já se encontrava no exterior, mas que por motivos de mudança de governo ou de lei, haja o fundado temor de nova perseguição.

Depois de passada a fronteira, vem outro desafio para o solicitante, ainda maior: passar pelas autoridades, expor os próprios medos e a própria orientação sexual.<sup>24</sup>

No livro da organização não governamental “Stonewall”, em homenagem ao *Stonewall Inn*, conhecido bar LGBT de Nova Iorque, que culminou na rebelião *Stonewall* (DAVIES, 2011), contra a polícia nova-iorquina, sendo este evento, o início do chamado “orgulho gay”<sup>25</sup>, há um denso estudo dos pedidos de refúgio da comunidade LGBT

<sup>20</sup> Constituição da África do Sul. Seção 9: “EQUALITY – (3) *The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race(...)sexual orientation (...)*”

<sup>21</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos. E/CN4/2002/83, . 31 jan. 2002.

<sup>22</sup> Amnesty Internacional..*Rape and sexual Violence: Human Rights Law and Standards in the Internacional Criminal Court.* Disponível em: <http://www.amnesty.org/en/library/info/IOR53/001/2011/en>

<sup>23</sup> BBC TV. South African's Lesbians fear 'corrective rape'. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-13908662>. Acesso em: 26 jul. .2011.

<sup>24</sup> National Immigrant Justice Center; Human Rights First; Penn State Law. *The One-Year Asylum Deadline and the BIA: No Protection, No Process – An Analysis of Board of Immigration Appeals decisions 2005-2008.* Outubro, 2010.

<sup>25</sup> Wikipedia. *Rebelião de Stonewall.* Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Rebelião%20de\\_Stonewall](http://pt.wikipedia.org/wiki/Rebelião%20de_Stonewall). Acesso em: 1 jul. .2011.

feitos ao governo Britânico. O resultado é assustador: de um lado, advogados, juízes e assistentes sem o menor conhecimento da população LGBT e à sua causa; de outro lado, a resistência desses solicitantes de assumirem a condição de gays. Na primeira entrevista, o solicitante ao refúgio tem de explicar o motivo de tal pedido. Se o solicitante não disser logo na primeira entrevista, este perderá a oportunidade de explicar realmente a condição. E voltar ao país de origem é o mesmo que receber uma sentença de morte.

No estudo em questão (STONEWALL, 2011), é demonstrado que lésbicas e gays solicitantes de refúgio tem sentimento de vergonha e estigma por serem gays e raramente ou mesmo nunca falam abertamente acerca do medo de serem perseguidos e processados. Têm também medo extremo de autoridades, fazendo-os lembrar dos momentos vividos no país de origem.

Neste livro, a ONG afirma que as agentes de migração do Reino Unido penalizam os gays se eles não falarem abertamente a respeito da própria orientação sexual. Juízes mostram-se relutantes em aceitar que indivíduos achem difícil se assumirem na primeira oportunidade quando pedem o refúgio.

Ainda de acordo com o referido estudo, os agentes de migração concluem que os gays podem retornar ao país de origem, caso ajam com “discrição” em relação a própria atividade sexual ou identidade. Este tipo de recomendação é rechaçada pelo ACNUR.

Outro problema enfrentado pelos solicitantes de refúgio LGBT, é que não há centros de refugiados específicos para gays. Todos ficam juntos, e muitas vezes, com pessoas de sua pátria, o que aumenta ainda mais a tensão e a possibilidade de assumir a condição, vez que as dificuldades enfrentadas são as mesmas do país de origem.

Ademais, aqueles que esconderam durante anos a orientação sexual com medo de represálias de todos os tipos, acabam tendo de se abrir para pessoas que sequer conhecem. E mais: pessoas que sequer têm a sensibilidade no tratamento da comunidade LGBT.

Esse mesmo estudo constatou que o pedido de refúgio, com base na orientação sexual, praticamente não é aceito, pois 98% dos pedidos são negados. Outro dado importante é a falta de visibilidade lésbica. Como em muitos países a prática sexual entre duas mulheres não é considerada crime, mas isso não quer dizer que elas não sejam processadas.

Muitas decisões ainda estão baseadas na possibilidade de realocar os solicitantes a refúgio para outras cidades de seu país de origem, que não aquela que é conhecido como gay, lésbica, bissexual ou transexual. Em nada resolve o problema ao ser realocado, pois a polícia é a mesma e a lei é a mesma.

Destes 98% negados, muitos cometem suicídio no caminho de volta ao país de origem, ou ainda dentro do Reino Unido, pois, a volta significa mais humilhação, processo e pena de morte. Nas palavras de Harrison, um solicitante de refúgio jamaicano, “o que as pessoas não percebem é que a vida como gay não é como um interruptor de luz que você pode ligar e desligar. Não funciona assim”. (STONEWALL, 2011)

E ainda, os dizeres dramáticos de Youness, iraniano solicitante de refúgio no Reino Unido: “Como posso viver no Irã? Eu sou abertamente gay. Como posso ser abertamente gay e depois voltar ao meu país e ser discreto com 34 anos? Todos irão perguntar a respeito de casamento, filhos, essas coisas... Isso não faz sentido”. (STONEWALL, 2011)

A orientação sexual é algo inerente do ser humano e desde 2001 a Anistia Internacional reportou que gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros de todo o mundo sofrem perseguições, processos judiciais e violência, simplesmente por serem quem são. (ANISTIA, 2001) Muitos são torturados, estuprados, presos, sujeitados a tratamentos médicos, negados a terem uma relação sexual ou familiar com os seus parceiros, discriminados no trabalho, na escola, nas igrejas e lugares de adoração, rejeitados por suas famílias e comunidades.<sup>26</sup>

A legislação pertinente, com relação ao pedido de refúgio com base na orientação sexual, é a Convenção de 1951, o Protocolo de 1967, o Protocolo de 1996. No Reino Unido, incluem a *Human Rights Act* de 1998, implementando à Convenção de Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de 1950, bem como os Princípios de Yogarta.

Em março de 2007, um grupo de especialistas em direitos humanos, elaborou os Princípios de Yogyakarta, que tem como base, a dignidade e a humanidade. Esse documento considera tanto a identidade sexual quanto a orientação sexual como partes integrantes da dignidade e humanidade, e tais condições não podem servir de base para abuso e discriminação. (PRINCIPLES,2007) Essa comissão internacional, composta por membros de 25 países, inclusive o Brasil, desenvolveu esse projeto para pontuar princípios à aplicação ao direito internacional nos casos de violação dos direitos humanos baseados na orientação sexual e identidade de gênero.

Tais princípios protegem a comunidade LGBT de várias formas, inclusive com relação a intervenções médicas inadequadas (para “curar” a orientação sexual), bem como para subsidiar pedidos de asilo e de refúgio.

Até muito recentemente, alguns Estados-membros da ONU ainda defendiam (alguns ainda defendem) o relativismo dos Direitos Humanos, quando em choque com a cultura de um país. Muitos países islâmicos não concordam com a igualdade de direitos das mulheres e muitos países africanos justificam a chamada circuncisão feminina, como popularmente denomina-se a mutilação genital feminina ou a excisão genital

<sup>26</sup> ICAR. Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender (LGBT) Refugees and Asylum Seekers. set. 2003.

feminina, como algo proveniente de suas culturas. A Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1990, considera tal procedimento uma verdadeira mutilação, tortura e abuso sexual. (HORMAN, 2009)

Em 1993, na Conferência Mundial de Direitos Humanos, em Viena, o secretário de Estado norte-americano, Warren Christopher (Governo de Bill Clinton), proclamou que “não devemos deixar a relatividade cultural tornar-se o último refúgio da repressão”.(LAU)

De acordo com a ONG ORAM27, dos pedidos de refúgio por ano (cerca de 3.000), ao menos 90% são do sexo masculino e 10% fazem parte da comunidade LGBTI. (LE-TIGRE,2006)

### **A Falta de Visibilidade Lésbica e o Pedido de Refúgio**

As mulheres lésbicas são as que mais sofrem, apesar da falta de visibilidade. Muitos fatores limitam o número de pedidos de refúgio para lésbicas. Constrangimentos econômicos, sociais e culturais as afetam normalmente. Estas restrições estão intimamente conectadas à falta de autonomia econômica das mulheres, o que interfere, em muito, na sua mobilidade. Pressões da família, como cuidar das crianças, desencorajam as lésbicas de saírem de seus países. (NCLR,2011)

Outro ponto que é diferencial nas lésbicas é a estrutura física, bem mais frágil que a masculina. Muitos refugiados não pegam simplesmente um avião para solicitar refúgio no país de destino. Na maioria dos casos, os solicitantes ao refúgio fogem clandestinamente de seu país de origem, enfrentando mudanças repentinas de clima, sem alimentação, sem água e correndo uma série de riscos de doenças.

Em muitos países, principalmente aqueles de influência islâmica, a sociedade impõe normas de gênero, mediante modelo patriarcal, que impedem e proíbem as mulheres de viajarem sozinhas e muito menos para fora do país. Lésbicas são, dessa forma, incapazes de fugir, porque precisam de permissão do governo para viajar e sempre acompanhadas de um homem: marido, parente ou irmão. Por exemplo, a lei islâmica proíbe a esposa sair de casa sem a permissão do marido, e os parentes masculinos proíbem as mulheres solteiras de saírem de suas casas. (HRW, 2006a) Em países em que as mulheres não podem viajar sozinhas, caso sejam presas viajando, responderão por processo judicial por movimentação independente.

O desafio para lésbicas não é somente o de cruzar as fronteiras de seu país. Normalmente, países fronteiriços contêm praticamente as mesmas leis, e elas ainda podem ser presas e sofrer estupro, extorsão, roubo e morte.

---

<sup>27</sup> Disponível em: [www.oraminternational.org](http://www.oraminternational.org). Acesso em: 31jul. 2011.



Outro aspecto, que diferencia as lésbicas dos gays, é a situação econômica. Mesmo para aquelas mulheres que trabalham, o salário fica sob a responsabilidade do homem da casa (HRW, 2006b) (irmão mais velho ou marido).

Para aquelas lésbicas que fogem para os Estados Unidos em busca de refúgio, outro fator que deverão provar é a própria condição de lésbicas. Para os americanos, lésbicas são aquelas mulheres solteiras, sem filhos, jovens, independente de suas famílias e tendem a se vestir e se portar como homens. Naturalmente, estes estereótipos representam uma parte da comunidade lésbica americana, mas que consideram como um todo. Nos países islâmicos, a situação é completamente oposta: as mulheres se portam como mulheres, muitas foram casadas, dependem economicamente de suas famílias e possuem filhos.

Para o oficial de migração, a falta de visibilidade da própria orientação sexual já impede que a solicitante ao refúgio seja amparada, justamente porque a vida paralela era desconhecida da sociedade. Contudo, tal falta de visibilidade não impede a sua perseguição. Uma mulher lésbica que ainda não conseguiu assumir publicamente a própria orientação sexual – e não opção sexual, como muitos erroneamente afirmam – deixa de frequentar lugares da comunidade LGBT, deixa de participar de eventos, como paradas de visibilidade e não consegue se relacionar com outras mulheres, por medo. A diferença crucial de opção para orientação, é que na opção a pessoa tem alternativas de escolha; na orientação, não, é inato, nasce com a pessoa e faz parte de sua característica intrínseca. Por isso que a defesa na orientação sexual é realizada por grupos de direitos humanos.

Quando a lésbica solicitante ao refúgio informa ao funcionário da migração que é casada, muitos não acreditam que esta seja lésbica, pois, tem como regra o estereótipo citado acima. Porém, mesmo nos EUA, muitas lésbicas americanas tiveram filhos de relacionamento heterossexual passado.<sup>28</sup>

Para obter refúgio com base na orientação sexual, a solicitante ao refúgio, sendo lésbica, tem que provar ao oficial de migração que é realmente lésbica. O oficial, por sua vez, tem que verificar se este caso tem proteção de seu Estado. Como vimos anteriormente, o Estatuto do Refugiado considera o grupo social como sendo também a comunidade LGBT. Muitos oficiais afirmam que ser lésbica em país islâmico não é tão grave como ser gay, pois, consideram que a falta de penetração já as liberariam de possível perseguição. A falta de conhecimento de como lésbicas se relacionam, bem como o tipo de perseguição que é feita nos países de origem da solicitante, por si, só, fazem com que muitas mulheres voltem aos seus países de origem, e sem o refúgio concedido.

---

<sup>28</sup> De acordo com o Censo norte-americano de 2002, lésbicas e gays são pais e mães de mais de 250 mil crianças nos EUA. A maioria dessas crianças foi concebida em relacionamentos passados heterossexuais.

A perseguição estatal, bem como da sociedade, para essas mulheres que voltam aos seus países, que fugiram largando família e filhos, significa a sua própria sentença de morte.

#### 4. CONCLUSÃO

As violações aos direitos humanos baseadas na real ou percebida identidade sexual são frequentes quando incluem execuções extrajudiciais e detenções, ataques, crimes de honra, estupro e agressão sexual, bem como ódio da sociedade e discriminação. Pedidos de asilo baseados na identidade sexual representam um conjunto único de questões, que precisam ser melhor estudadas e compreendidas.

Oficiais de migração não entendem a noção de discrição. Comumente, entendem que a identidade sexual nada mais é do que o desejo dessas pessoas em se relacionarem com outras do mesmo sexo. Na realidade, as pessoas estão sendo perseguidas por muito mais do que somente por um comportamento sexual. Simplesmente por serem solteiras, vivendo com pessoas do mesmo sexo, mostrando afeto ao seu companheiro (a) ou apresentando-se com roupas e maneirismos diferentes dos habituais, podem ter severas consequências em muitas sociedades.

Os oficiais de migração deveriam estar capacitados para compreender que para os homossexuais “ser discreto” demanda em mentir e suprimir a identidade sexual e, por consequência, negar quem é e viver em constante medo de ser detido (a), ao invés de viver em liberdade e sem medo. Se assim for, essas situações são intoleráveis, e os homossexuais tem um razoável receio de requerer refúgio.

Em países em que é evidente a homofobia, a realocação para lésbicas e gays raramente é uma opção viável.

A violência e a violação aos direitos humanos experimentadas pelas lésbicas precisam ser vistos em conjunto com o abuso do gênero. Oficiais de migração deveriam ser treinados para entender que, além da dificuldade de serem lésbicas, elas ainda sofrem com a discriminação do gênero (feminino) e ainda com a possibilidade de serem mães e casadas nos seus países de origem, o que não significa que não sejam lésbicas.

Os países que recebem esses solicitantes de refúgio deveriam, assim, treinar os seus oficiais de migração para que percebam e entendam que, muitas vezes, falar sobre o assunto é muito difícil e traumático, já que a presença de autoridades remete à perseguição já sofrida pelo solicitante em seu país de origem.

Para os oficiais de migração, muitas vezes é difícil entender que amar outra pessoa do mesmo sexo em alguns países, significa, além de tortura, estupro, humilhações e violência de todo o tipo, uma verdadeira pena de morte.

## Referências

2009 in LGBT History: Uganda Anti-Homossexuality Bill, Strauss v. Horton, Matthew Sheppard Act, Employment Non-Discrimination Act. [S.l.]: Books LLC, 2009.

SHARMA, P. (direção). *A Jihad for Love: islam like you never seen it*. [filme]. [S.l.]: [s.n.], 2007.

IGLHRC - International Gay and Lesbian Human Right Commission. *A Reflection on 20 Years of Partnership for LGBT Human Right 1990/2010*. 2010. Disponível em: <www.iglhrc.org>. Acesso em: jul. 2011.

ACNUR. *Guidelines on International Protection: Cessation of refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*. [S.l.]: [s.n.], 2003.

\_\_\_\_\_. *Manual de Procedimentos e Critérios para Determinar a Condição de Refugiado*. Brasília: [s.n.], 2004.

BARBOSA, A. R.. *Breve panorama dos Contratos no Setor de Petróleo*. Teresina: Jus Navigandi, 2002. *O Reconhecimento dos Refugiados pelo Brasil: Decisões Comentadas pelo CONARE*. Brasília: Servidéias, 2007.

\_\_\_\_\_. *The 1951 Refugee Convention: Questions and Answers*. Genebra: [s.n.], 2007.

\_\_\_\_\_. NARE - Comitê Nacional para os Refugiados CONARQ - Conselho.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9474/97 e Coletânea de Instrumentos de Proteção Internacional dos Refugiados*. Brasília: Servidéias Comunicação, 2010.

ALMEIDA, G. DE; RAMOS, A. C. DE; RODRIGUES, G. M. A. (Org.). *60 anos de ACNUR: Perspectivas de Futuro*. São Paulo: CLA, 2011.

ANAARA N.. *The Status of Lesbian and Bisexual Women and Transgendered Persons in Mongolia*. CEDAW Comitee. Mongolia. [S.l.], 2008.

ARAIZA, W. D.. *Foreign and International Law in Constitutional Gay Rights Litigation: What Claims, What Use, and Whose Law?* William Mitchell Law Review, v. 32, p. 455/508, 2010.

ARAÚJO, L. A. D.. *A Proteção Constitucional do Transexual*. São Paulo: Saraiva.

ARAÚJO, N. D. *et alli*. *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BALL, C. A.. *From the Closet to the Courtroom*. Boston: Beacon, 2010.

BARRETO, L. P. (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas américas*. Brasília: Ministério da Justiça/ACNUR, 2010.

BRAZDA, J.-L. S. E. R.. *Triângulo Rosa*. São Paulo: Mescla, 2011.

BRONSKI, M.. *A Queer History of the United States*. [S.l.]: Beacon Press Books, 2011.

CANNING, P.. *Is it Getting Worse for LGBT Asylum Seekers?* LGBT Asylum News, 2011. Disponível em: <[www.madikazemi.blogspot.com/](http://www.madikazemi.blogspot.com/)>. Acesso em: 7 jul. 2011.

CLINIC, I. -I. H. R.. *The Violation of the Rights of LGBT Persons in El Salvador - Shadow Report submitted to the UN Human Rights Committee*. *International Human Rights Clinic (IHRC)*, out. 2010. Disponível em: <[www.ihrc.org](http://www.ihrc.org)>. Acesso em: jul. 2011.

COLLADO, F. D.. *Homofobia: odio, crimen y justicia 1995/2005*. Del Valle, México: Tiempo Dememoria Tusquets, 2007.

COSTA, H.. *Retratos do Brasil Homossexual*. São Paulo: Ediusp, 2008.

DETAINEES, B. -B. F. I.. *Working Against Clock: Inadequacy and Injustice in the Fast Track System*. *BID - Bail for Immigration Detainees*, 2006. Disponível em: <[www.biduk.org](http://www.biduk.org)>. Acesso em: maio 2011.

DIAS, M. B.. *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_. *União Homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DINIZ, D.. *Homofobia e Educação*. Brasília: UnB, 2009.

DONNELLY, J.. Non-Discrimination and sexual Orientation: Making Place for Sexual Minorities in the Global Human Rights Regime. In: BACHR, P. ( ) *Innovation and Inspiration: Fifty Years of the Universal Declaration of Human Rights*. Amsterdam: Roayl Netherlands Academy of arts and Sciences, cap. 99/110, 1999.

DYK, D. V.. *Lesbians Lives Unlimited: a report form the sudy the psycho-social-sexual experiences of lesbian women in Tswane (Pretaoria): a qualitative analysis*. [S.l.]: Well-being out, 2009.

EDDIE BRUCE-JONES.. *State-sponsored Homophobia: a world survey of laws criminalising same-sex sexual acts between consenting adults*. [S.l.]: [s.n.], 2011.

FACCHINI, R.. *Sopa de Letrinhas? Movimento Homossexual e Produção de Identidades Coletivas nos Anos 1990*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

FACCO, L.. *Era Uma Vez Um Casal Diferente*. São Paulo: Summus, 2011.

FIRST, H. R. (Ed.). *The One-Year Asylum Deadline and BIA: No Protection, No Process*. [S.l.]: Penn State Law, 2010.

FREDERIC, P. M.. *LGBT*. [S.l.]: Iphascript Publishing, 2010.

FREDERIC, P. M.. *LGBT in Japan*. [S.l.]: Iphascript Publishing, 2010.

FREUD, S.. *Análise de uma Fobia em um Menino de Cinco Anos (O Pequeno Hans)*. São Paulo: Imago, 1969.

FRY, P.. *O que é Homossexualidade*. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

FUGIE, E. H.. *União Homossexual e a Constituição Federal: Inconstitucionalidade do Artigo 226, par. 3º da CF. Revista de Direito de Família*. Porto Alegre, v. 15, p. 131, abr./jun. 1999.

GROUP, U. L.; GROUP, I. (Ed.). *Failing the Grade: Home Office initial decisions on lesbian and gay claims for asylum*. [S.l.]: [s.n.], 1993.

HAMADA, S.. *Transsexuals in the Middle East Await the Wave to Change*. The Wip, 2009. Disponível em: <www.thewip.net>. Acesso em: maio 2011.

IGLHRC. Report from the Institute. *Human Rights for Everyone, Everywhere. (IGLHRC)*. 2007. Disponível em: <www.iglhrc.org>. Acesso em: maio 2011.

IRAN: Discrimination and Violence Against sexual Minorities. *Human Rights Watch, 2010*. Disponível em: <www.hrw.org/en/news/2010/12/5/iran-discrimination>.

JONG, A. D.. *LGBT Refugees and Asylum Seekers*. Londres: ICAR, 2003.

KAREN K.. *Gender and Human Rights*. [S.l.]: Oxford University Press, 2006.

LAU, H.. *Sexual Orientation: Testing the Universality of International Human Right Law*. University of Chicago Law Review. Chicago, EUA, v. 71, 2004.

LETIGRE, T. K.. It's often a long road for LGBT refugees. *Bay Area Reporter*, 2006.

LGBT History of Germany: Persecution of Homossexuals in Nazi Germany and the Holocaust. Ernst Rohm. *Paragraph 175*. [filme]. Tabu Homossexualität. [S.l.]: Books LLC, 2010.

LGBT History: LGBT Social Movements, Queer Theory, Timeline of LGBT History, History of Human Sexuality, LGBT Themes in Mythology. [S.l.]: Books LLC, 2010.

LGBT Related Legislation: Buggery, Same-Sex Marriage Legislation Around the World, Sodomy Law, *Paragrah 175*. [filme] section 377a of the Penal Code. [S.l.]: Books LLC, 2010.

LLC, B.. (Ed.). *LGBT-Related Films*. [S.l.]: [s.n.], [s.d].

LOOKING for a Space: lesbians and gay men in cuba. Direção de Kelly Anderson. [S.l.]: [s.n.], 1994.

MACARRONE, A. (direção). *UNVEILED: survival isn't enough*. [filme] Intérprete: Jasmin Tabatabai. [S.l.]: [s.n.], 2005.

MEEM, D. T. *Finding Out: an introduction to LGBT studies*. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2010.

MIDDLE. *Sexes: redefining he and she*. Direção de Antony Thomas. [S.l.]: [s.n.], 2006.

MIGRATION, O. -O. F. R. A. &. (Ed.). *Unsafe Haven: the security challenges facing LGBT asylum seekers & refugees in Turkey*. [S.l.]: [s.n.], 2009.

MILES, N.. *No going Back: Lesbian and Gay People and the Asylum System*. [S.l.]: the Law Society, 2010.

MITTELSTAEDT J. V.. *Homophobia on the Rise in the Muslim World*. Der Spiegel, 2009. Disponível em: <[www.salon.com/print.hym?URL=/news/feature/2009/09/08/gay\\_muslim](http://www.salon.com/print.hym?URL=/news/feature/2009/09/08/gay_muslim)>. Acesso em: jul. 2011.

MODESTO, E.. *Entre Mulheres: depoimentos homoafetivos*. São Paulo: GLS, 2009.

MURRAY, T. (direção). *Almost Myself: reflections on mending and transcending gender*. [ filme] [S.l.]: [s.n.], 2005.

NARAYAN, P.. Somewhere Over the Rainbow. International Human Rights Protections for Sexual Minorities in the New Millenium. *Boston University International Law Journal*, Boston, v. 24, p. 313, 2006. Disponível em: <[www.madikazemi.blogspot.com/](http://www.madikazemi.blogspot.com/)>. Acesso em: 7 jul. 2011.

O'FLAHERTY, M.. Jurisprudential Annotations to the Yogyakarta Principles. *Yogyakarta Principles, 2007*. Disponível em: <[www.yogyakarta.org](http://www.yogyakarta.org)>. Acesso em: maio 2011.

ORAM - ORGANIZATION FOR REFUGEE . A. &. M. (ed.). *No Shelter: Protection gaps in Israel facing refugees fleeing gender-based persecution*. [S.l.]: [s.n.], 2011.

WILSON, J. (direção). *OUT in the Silence: love, hate, and a quest for change in small town in America* [S.l.]: [s.n.], 2009.

DUPRE, J. (direção). *OUT the Past: the struggle for gay and lesbian rights in america.* [S.l.]: [s.n.], 2004.

ANDRADE, S. (direção). *OVER the Rainbown: LGBT shorts.* (filme)[S.l.]: [s.n.], 2004.

EPSTEIN, R. (direção). *PARAGRAPH 175.* [S.l.]: [s.n.], 2000.

MULCAHY, R. (direção). *PRAYERS for Bobby.*(filme).. [S.l.]: [s.n.], 2010.

PRINCIPLES, T. Y.. *The Yogyakarta Principles: Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity. The Yogyakarta Principles*, 2007. Disponível em: <[www.yogyakarta.org](http://www.yogyakarta.org)>. Acesso em: maio 2011.

PUBLICATIONS, A. I. (Ed.). *Crimes of Hate, Conspiracy of Silence.* Londres: [s.n.], 2001.

RIGHTS, F. -E. U. A. F. F. (Ed.). *Homophobia, Transfobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity.* Viena: Publications Office, 2010.

RIOS, R. R. *Em Defesa dos Direitos Sexuais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVERMAN, V.( direção). *Screaming Queens: the riot's at campton's cafeteria.* (filme). [S.l.]: [s.n.], 2005.

HAWORTH, G. (direção). *She's a Boy I Knew.* (filme). [S.l.]: [s.n.], 2008.

MOODYSSON, L. (direção). *Show me Love.* (filme). [S.l.]: [s.n.], 2000.

DAVIS, K. (direção). *Southern Comfort.* Produção de Kate Davis. (filme). [S.l.]: [s.n.], 2003.

STEWART, C. (Ed.). *The Greenwood Encyclopedia of LGBT Issues Worldwide.* Santa Barbara: Greenwood Press, 2010.



DAVIS, K. (direção). *Stonewall Uprising*. (filme). [S.l.]: [s.n.], 2011.

THE Challenges to Successful Lesbian Asylum Claims. *National Center for Lesbian Rights (NCLR)*, 2010. Disponível em: <www.nclrights.org>. Acesso em: maio 2011.

The Impact of the Earthquake, ad Relief and Recovery Programs on Haitian LGBT People. *International Gay and Lesbian Human Rights Commission, (IGLHRC)* 2011. Disponível em: <www.iglhrc.org>. Acesso em: jul. 2011.

KAUFMAN, M. (direção). *The Laramie Project*. [filme]. [S.l.]: [s.n.], 2002.

SIMÕES J. A.. *Na Trilha do Arco-Iris: do movimento homossexual ao LGBT*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009.

SPOTTISWOODE, R.. (direção). *The Matthew Shepard Story*. [filme] [S.l.]: [s.n.], 2001.

THORESON, R. R.. Blackmail and Extortion of LGBT People in Sub Saharan Africa. *International Gay and Lesbian Human Rights Commission (IGLHRC)* 2010. Disponível em: <www.iglhrc.org>. Acesso em: jul. 2011.

SAX, G.(direção). *Tipping the Velvet*. [S.l.]: [s.n.]. 2002.

TONI, C. T.. *Manual de Direitos dos Homossexuais*. São Paulo: SRS, 2009.

SIMMONS, J. (direção). *Transgeneration*. [S.l.]: [s.n.]. 2005.

DE SÈVE, J. (direção). *Tying the knot: the union that's diving America*. [S.l.]: [s.n.], 2004.

WALIDAAH, H. (direção). *U People: A LGBT Documentary*. (filme) Produção de Olive Demetrius. [S.l.]: [s.n.], 2008.

VECCHIATTI, P. I.. *Manual da Homoafetividade*. São Paulo: Método, 2010.

WATCH, H. R. (Ed.). *Kyrgyzstan: These Everyday Humiliations. Violence Against LGBT People in Kyrgyzstan*. [S.l.]: [s.n.], 2008.

WATCH, H. R. (Ed.). *Criminalizing Identities: rights abuses in Camerron based on sexaul orientation and gender identity*. [S.l.]: [s.n.], 2010.

WILETS, J. D.. Conceptualizing Private Violence Against Sexual Minorities as Gendered Violence: An International and Comparative Law Perspective. *Albany Law Review*, v. 60, 2010.

HALL, M. (direção). *Will & Roght: religion, politics and gay marriage*. [S.l.]: [s.n.], 2004.

WILLIAMS, W. L.. Strategies for Challenging Homophobia in Islamic Malaysia and Secular China. *Nebula*, p. 1/20, março, 2009.

VENTURI, G.. *Diversidade sexual e Homofobia no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2011.

O'FLAHERTY, Michael; FISCHER, J.. *Sexual Orientation, Gender, identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles*. *Human Rights Law Review* 8:2, 2008, p. 207-248.

CONOLLY. Poland to Ban Schools from Discussing Homosexuality. *The Guardian*, 20 mar. 2007.

EPSTEIN, R.; FRIEDMAN, J.. *Paragraph 175* [filme] Produção de Rob Epstein; Jeffrey Friedman, direção de Rob Epstein. [S.l.]: [s.n.], 2000, 81 min. EUA.

SCHWAB, J.-L.; BRAZDA, R.. *Triângulo Rosa: um homossexual no campo de concentração nazista*. [S. l.]: Mescla Editorial, 2011.

BBC. *Being Gay in Iran*. Disponível em: [nhttp://www.youtube.com/watch?v=EZbnpvxQlQQ](http://www.youtube.com/watch?v=EZbnpvxQlQQ) Acesso em: 1 jul. 2011.

ACNUR. *Manual de Procedimentos e Critérios para Determinar a Condição de Refugiado*. E Instituto de Migrações e Direitos Humanos (CPIDH). Brasília. [s. n.], 2004. ACNUR Brasil.

LETIGRE, T.. It's often a Long Road for LGBT Refugees, 2006, *Bay Area Reporter*. Stonewall e The Law Society *No Going Back: lesbian and gay people and the asylum system*. 2011.

ANISTIA Internacional (22.06.2001) *Crimes de Ódio, Conspiração de Silêncio, Tortura e Tratamento Desumano Baseado na Identidade sexual*. Disponível em: <http://web.amnesty.org/library/index/ENGACT400162001?open&of=ENG-347>. Acesso em: 1 jul. 2011.

HORMAN, S. (direção). *Desert Flower*. (Filme), Alemanha, [s. n.], 2009. 124 min. (color, son.).

NCLR - *National Center for Lesbian Rights: The Challenges to Successful Lesbian Asylum Claims*. Disponível em: <http://www.nclrights.org>. Acesso em: 31 jul. 2011.

Human Rights Watch. *Women's Right in Middle East and North Africa (2006a)*. Disponível em: <http://hrw.org/women/overview-mena.html> Acesso em: 31 jul. 2011.

Human Rights Watch, *Women's Rights in Asia (2006b)*. Disponível em: <http://hrw.org/women/overview-asia.html>. Último acesso em: 31 jul. 2011.