

REVISTA INTERDISCIPLINAR DE DIREITO

FACULDADE DE DIREITO DE VALENÇA

v. 13, n. 2, 2016

ISSN: 1518-8167

e-ISSN: 2447-4290

Autores

Ana Carolina Nogueira Beirão

André Panno Beirão

André R. C. Fontes

Antônio Augusto Cançado Trindade

Antonio Carlos Flores de Moraes

Antônio Pereira Gaio Júnior

Camilo Plasant Carneiro

Carlos Alberto Lima de Almeida

Claudia Gurgel

Cleyson de Moraes Mello

Daniel Nunes Pereira

Diogo Oliveira Muniz Caldas

Jorge O. Bercholz

Lucas Pinheiro Garcia

Lucas Tadeu Prado Rodrigues

Maria de Fátima Alves São Pedro

Rodrigo Almeida Magalhães

Thiago Jordace

Vanderlei Martins





Revista Interdisciplinar de Direito Faculdade de Direito de Valença

v. 13, n. 2, 2016

Autores

Ana Carolina Nogueira Beirão
André Panno Beirão
André R. C. Fontes
Antônio Augusto Cançado Trindade
Antonio Carlos Flores de Moraes
Antônio Pereira Gaio Júnior
Camilo Plaisant Carneiro
Carlos Alberto Lima de Almeida
Claudia Gurgel
Cleyson de Moraes Mello
Daniel Nunes Pereira
Diogo Oliveira Muniz Caldas
Jorge O. Bercholz
Lucas Pinheiro Garcia
Lucas Tadeu Prado Rodrigues
Maria de Fátima Alves São Pedro
Rodrigo Almeida Magalhães
Thiago Jordace
Vanderlei Martins

Editar
Juiz de Fora-MG
2016

Presidente da Fundação Dom André Arcoverde

Dr. José Rogério Moura de Almeida Filho

Vice-presidente da Fundação Dom André Arcoverde

Antônio Carlos Dahbar Arbex

Presidente do Conselho de Curadores da Fundação Dom André Arcoverde

Prof. Miguel Augusto Pellegrini

Diretor Geral do Centro de Ensino Superior de Valença

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira

Diretor Acadêmico do Centro de Ensino Superior de Valença

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto

Fundador da Revista

Prof. Dr. João Marcelo de Araújo Júnior

Diretor da Faculdade de Direito de Valença

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira

Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Diretor da Revista

Prof. Ms. Arilton Leôncio Costa

Conselho Editorial

Prof. Dr. Aniello Angelo Avella (Membro Externo – Univ. di Roma Tor Vergata – Roma – Itália)

Prof. Dr. Antonio D'Elia Jr. (Membro Externo – UFF – Volta Redonda/RJ)

Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior (Membro Externo – UNIPAC – Juiz de Fora/)

Prof. Dr. Augusto Zimmermann (Membro Externo – Murdoch University – Murdoch – Austrália)

Prof. Dr. Carlos Frederico Mares de Souza Filho (Membro Externo – PUC-PA – Curitiba/PA)

Profa. Dra. Claudia Ribeiro Pereira Nunes (Membro Externo Instituto de Ensino Superior de Rondônia)

Prof. Dr. Jorge O. Bercholz (Membro Externo – UBA – Argentina)

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto (CESVA – Valença/RJ)

Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira da Mota (Membro Externo – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega (Membro Externo – UFG – Goiânia/GO)

Profa. Dra. Maria Goretti dal Bosco (Membro Externo – UFF – Niterói/RJ)

Profa. Dra. Martha Asunción Enriquez Prado (Membro Externo – UEL – Londrina/PR)

Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (Membro Externo – USP – São Paulo/SP)

Profa. Dra. Núria Bellosso Martín (Membro Externo – Univ. Burgos – Espanha)

Prof. Dr. Rafael Mario Iorio Filho (Membro Externo – UNESA – Rio de Janeiro/RJ)

Prof. Dr. Sebastião Marcelice Gomes (Membro Externo – UFAM – Manaus/AM)

Prof. Dr. Silvano Peloso (Membro Externo – Univ. degli Studi di Roma “La Sapienza” – Roma – Itália)

Prof. Dr. Sonia Netto Salomão (Membro Externo – Univ. degli Studi di Roma “La Sapienza” – Roma – Itália)

Prof. Dr. Tomás Prieto Alvarez (Membro Externo – Univ. Burgos – Buenos Aires – Argentina)

Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho (Membro Externo – UFPB – Campus I – João Pessoa/PB)

Profa. Dra. Vânia Siciliano Aieta (Membro Externo – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença / Fundação Educacional D. André Arcoverde. Faculdade de Direito – ano 1, n. 1. (maio 1998). Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 1998.

Publicação anual

Continuação de: Revista da Faculdade de Direito de Valença.

ISSN: 1518-8167

1. Direito – Periódico – Brasil. I. Fundação Educacional D. André Arcoverde. Faculdade de Direito – Brasil.

CDU: 34(81)(05)

A editora e os coordenadores desta obra não se responsabilizam por informações e opiniões contidas nos artigos científicos, que são de inteira responsabilidade dos seus autores.

Título	Revista Interdisciplinar de Direito
Título anterior	Revista da Faculdade de Direito de Valença
ISSN versão impressa	1518-8167
ISSN versão eletrônica	2447-4290
Linha editorial	A Revista FDV é generalista. Publica artigos sobre a dogmática das diversas áreas do direito nacional e internacional, além de trabalhos de pesquisa que possuam a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais como temas centrais de desenvolvimento.
Tipos de trabalhos publicados	Artigos científicos, ensaios e jurisprudências nacionais e internacionais
Periodicidade	Semestral
Instituição	Centro de Ensino Superior de Valença
Endereço	Rua Sargento Vitor, 161 – Fátima
Cidade	Valença
Estado	Rio de Janeiro
Website	http://faa.edu.br/revistas/fdv
Ano de criação	1998 (impressa) 2009 (on line)
Classificação	Qualis B5 Direito e B4 Artigos interdisciplinares
Instituição financiadora	Não recebe financiamento
Bases de dados nacionais	Diadorim, Sumários
Bases de dados internacionais	
Editor Chefe	Rogério Tabet de Almeida
E-mail principal	revista.fdv@faa.edu.br
E-mail alternativo	cesva@faa.edu.br
Telefone	24-2453-1888

*Na casa do justo há um grande tesouro, mas nos ganhos do ímpio há perturbação.
Os lábios dos sábios derramam o conhecimento, mas o coração dos tolos não faz assim.
O sacrifício dos ímpios é abominável ao SENHOR, mas a oração dos retos é o seu contentamento.
O caminho do ímpio é abominável ao SENHOR, mas ao que segue a justiça ele ama.
(Provérbios 15:6-9)*

Autores

Antônio Augusto Cançado Trindade

Juez de la Corte Internacional de Justicia (La Haya); Ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor Emérito de Derecho Internacional de la Universidad de Brasília, Brasil

André R. C. Fontes

Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Doutor em Ciências, em História das Ciências e das Técnicas e Epistemologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Doutor em Ciências Ambientais e Florestais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ); Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Uni-Rio). E-mail: gabaf@trf2.jus.br

André Panno Beirão / Ana Carolina Nogueira Beirão

Doutor em Direito Internacional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Professor de Direito Internacional e do Programa de Mestrado em Estudos Marítimos da EGN e Coordenador Adjunto para MP da Área de Ciência Política e Relações Internacionais da CAPES. E-mail: beirao@marinha.mil.br

Antonio Carlos Flores de Moraes

Conselheiro do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (1988); Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, Espanha (2010); Professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (aposentado: 1988-2015)

Antônio Pereira Gaio Júnior

Pós-Doutor em Direito (Universidade de Coimbra/PT). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos (*Ius Gentium Conimbrigael* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-PT). Doutor em Direito (UGF). Mestre em Direito (UGF). Pós-Graduado em Direito Processual (UGF). Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual – IIDP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro da *International Bar Association* – IBA. Membro Efetivo da Comissão Permanente de Direito Processual Civil do IAB-Nacional. Advogado. www.gaiojr.com - jgaio@terra.com.br

Camilo Plaisant Carneiro

Advogado. Professor do curso de Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito. Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida

Carlos Alberto Lima de Almeida

Doutor em Política Social pela UFF (2012). Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá (PPGD-UNESA). Advogado. E-mail: carlos.almeida@estacio.br

Claudia Tannus Gurgel do Amaral

Professora Adjunta e Pesquisadora da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro-UNIRIO. Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Linha de Pesquisa: Direito da Cidade.

Cleyson de Moraes Mello

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ; É professor da linha de pesquisa Direito da Cidade do PPGD da UERJ. É Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença – FAA/FDV. Advogado. E-mail: profcleysonmello@hotmail.com

Daniel Nunes Pereira / Lucas Pinheiro Garcia

Mestre e Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF), Mestre em Ciência Política (PPGCP/UFF), Especialista em História Europeia (Universiteit Utrecht), Bacharel em Direito (UFF-Niterói/RJ). Professor do Curso de Direito da Universidade Veiga de Almeida. Professor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença. E-mail: danielnunes@id.uff.br

Diogo Oliveira Muniz Caldas

Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Advogado. Professor do curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Moacyr Sreder Bastos, Professor do curso de Graduação em Direito da Universidade Santa Úrsula e do curso de Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida

Jorge O. Bercholz

Doctor en Derecho Político, Especialista en Sociología Jurídica y Abogado, Universidad de Buenos Aires.

Doctor Internacional en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Postgraduado como Especialista en Constitucionalismo y Democracia, y en Justicia Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diploma de postgrado, Especialista en Integración Regional y Relaciones Económicas Internacionales, Universidad de Barcelona.

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Universidad de Buenos Aires.

Maria de Fátima Alves São Pedro

Doutora em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (IFCS-UFRJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: fatimasaopedro@gmail.com

Rodrigo Almeida Magalhães / Lucas Tadeu Prado Rodrigues

Doutor e Mestre em Direito pela PUC/MG, professor da PUC/MG e UFMG, professor do mestrado e doutorado da PUC/MG, E-mail: amagalhaes@ig.com.br.

Thiago Jordace

Doutor em Direito da Cidade pela UERJ, Mestre em Direito Penal pela UERJ, Graduado em Direito pela UFRJ, professor da UFRRJ e do IBMEC, membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB/RJ e advogado. E-mail: thiagojordace@hotmail.com

Vanderlei Martins

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD-UERJ), em Regime de Dedicção Exclusiva. Atua na área de Ciências Sociais Aplicadas. E-mail: martins1951@yahoo.com.br

Sumário

Apresentação José Rogério Moura de Almeida Filho	13
La perennidad del legado de los “padres fundadores” del derecho internacional Antônio Augusto Cançado Trindade	15
Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro Antônio Pereira Gaio Júnior	45
Direito e(m) Verdade Cleyson de Moraes Mello	71
O Controle das Prestações de Contas no Brasil e as Improriedades mais Frequentes Antonio Carlos Flores de Moraes	81
As origens da Politização da Justiça ou da Judicialização da Política no atual Sistema Constitucional Brasileiro André Panno Beirão e Ana Carolina Nogueira Beirão	117
A Jurisprudência dos Conceitos e o Neokantismo André R. C. Fontes	129
Democracia e Participação: Conquistas da Cidadania Brasileira nos 28 anos de Constituição Claudia Gurgel	135
Mujeres supremas. La cuestión de género en Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales. Datos comparados sobre la performance de las juezas. Jorge O. Bercholc	157
Cidade e Políticas Públicas. A questão da Saúde Pública Vanderlei Martins	171

Uma Ética Holística para as Gerações Futuras: caminho para o Novo Direito Ambiental Maria de Fátima Alves São Pedro	199
NEABI-UNESA: a Extensão Social e as Questões Étnico-raciais Brasileiras Carlos Alberto Lima de Almeida	215
Alguns motivos para a Tutela Jurídica do Meio Ambiente em um Contexto de Avanço Tecnológico e Sociedade de Risco Thiago Jordace	227
Direito e Antropologia: por uma Aproximação Necessária Camilo Plaisant Carneiro e Diogo Oliveira Muniz Caldas	241
A Extinção do Empresário na Falência Lucas Tadeu Prado Rodrigues e Rodrigo Almeida Magalhães	255
Politicizing Skepticism – Agonal Thought for Democracy Daniel Nunes Pereira e Lucas Pinheiro Garcia	269

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos à comunidade brasileira mais uma edição da Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença. A produção científica que conforma esta obra coletiva tem como autores renomados juristas nacionais, bem como integrantes dos corpos docente e discente de nossas faculdades. A edição do presente número expressa a preocupação da Faculdade de Direito de Valença no sentido de oferecer um espaço para a discussão e o diálogo interdisciplinares, fato que permite ao leitor o contato com diferentes saberes e diferentes posições doutrinárias. Convidamos todos à leitura.

Valença, 15 de dezembro de 2016.

José Rogério Moura de Almeida Filho
Presidente da Fundação Educacional D. André Arcoverde

La perennidad del legado de los “padres fundadores” del derecho internacional

Antônio Augusto Cançado Trindade¹

Consideraciones Preliminares

Que sean mis primeras palabras, de profundo agradecimiento a las autoridades y profesores de la Universidad Autónoma de Madrid (U.A.M.), por el gran honor con que me distinguen al otorgarme el título de Doctor *Honoris Causa*. En esta ceremonia del 20 de mayo de 2016, quisiera, de inicio, extender las expresiones de mi gratitud a la U.A.M., a todos sus Catedráticos y Profesores, en las personas del Profesor D. Carlos D. Espósito Massicci (con mis agradecimientos por su *Laudatio*, que tanto me complace y que debo creditar a su generosidad); del Rector Magnífico, Profesor D. José María Sanz Martínez; de la Decana, Prof. Dña. Yolanda Valdeolivas García; del Director del Departamento de Derecho Público, Profesor D. Francisco Velazco Caballero; del Co-Director del Máster en Gobernanza y Derechos Humanos, Prof. D. Antonio Rovira Viñas; de los Profesores de Derecho Internacional, D. Antonio Remiro Brotóns y D. Javier Díez-Hochleitner.

Al cumplir más de dos décadas y media en el ejercicio de la magistratura internacional y sucesivamente en dos jurisdicciones internacionales distintas, con permanente fidelidad a las enseñanzas de los “padres fundadores” del Derecho de Gentes, quisiera, en esta ocasión, compartir con todos los presentes mis reflexiones sobre la perennidad de sus enseñanzas. Constituyen éstas, a mi juicio, auténticos clásicos del Derecho Internacional, precisamente por la perennidad y actualidad de sus lecciones, en las cuales se constatan el vínculo ineludible que establecen entre lo jurídico y lo ético, su perspectiva universalista, y la posición central que atribuyen a la persona humana en su enfoque esencialmente humanista de esa disciplina.

Me atenderé a las ideas básicas y esenciales que se encuentran en aquellos clásicos o que provienen de ellos, para demostrar precisamente la perennidad de sus enseñanzas desde una óptica fundamentalmente humanista, siempre atento a los principios generales del derecho, a informar y conformar las normas jurídicas. Para ello me referiré a las consideraciones que he venido desarrollando durante más de dos últimas décadas y media, en mis Votos Razonados, Concordantes y

¹ Juez de la Corte Internacional de Justicia (La Haya); Ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor Emérito de Derecho Internacional de la Universidad de Brasilia, Brasil.

Disidentes, tanto, inicialmente, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDAH), como, actualmente, en la Corte Internacional de Justicia (CIJ)², en la esperanza de que puedan conllevar las nuevas generaciones de estudiosos de la disciplina una mayor reflexión al respecto.

Las referencias a mis Votos Individuales en las dos jurisdicciones internacionales se recogen aquí tan sólo a modo de ilustración, no exhaustiva, de las ideas básicas o centrales de los mencionados clásicos del Derecho de Gentes, que por primera vez se basaron en derechos fundamentales inherentes a todos los seres humanos. En ambos tribunales internacionales he recurrido fielmente al legado de aquella admirable escuela de pensamiento, tanto para resolver casos contenciosos surgidos de las más diversas circunstancias, cuanto para emitir Pareceres Consultivos, lo cual pone de manifiesto la notable perennidad y actualidad de aquellas enseñanzas a las que vengo aludiendo.

Comenzaré centrándome, con proyección y en perspectiva históricas, en el tema de la *recta ratio*, en la conciencia humana como última fuente *material* del Derecho de Gentes. Seguidamente, abordaré el universalismo del Derecho de Gentes (la *lex praeceptiva* para el *totus orbis*), destacando la visión de la universalidad del *jus gentium* como atinente a un derecho y una justicia verdaderamente universales. En seguida, abordaré la titularidad internacional de los derechos de la persona humana, y la *centralidad* de las víctimas en el ordenamiento jurídico internacional, acorde con la concepción humanista en la jurisprudencia internacional y su irradiación. En secuencia lógica, pasaré a demostrar la relación de esta temática con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de nuestros tiempos, resaltando la importancia de los principios fundamentales del derecho, con especial atención al principio de la igualdad y no-discriminación. Todo lo cual me permitirá pasar a mis consideraciones finales.

La *Recta Ratio* en Proyección y Perspectiva Históricas

De inicio, permítaseme señalar que la noción de *recta ratio* pasó, en efecto, a ser identificada, a partir de las obras de los llamados “padres fundadores” del Derecho Internacional, en los siglos XVI y XVII, como perteneciente al dominio de los fundamentos del derecho natural, y, para algunos, a identificarse ella propia integralmente con este último. Las raíces del pensamiento humanista, propio de los “padres fundadores” del Derecho Internacional, remontan a un pasado más distante, el de las *Institutas* de Justiniano, con su reconceptualización del *jus*

² Actualmente reunidos en dos voluminosas colectáneas, a saber: A.A. Cançado Trindade, *Esencia y Transcendencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2008)*, tomos I-III, 2ª. edición rev., México D.F., Ed. Cámara de Diputados, 2015, vol. I, pp. 3-687; tomo II, pp. 3-439; tomo III, pp. 3-421; y *Judge A.A. Cançado Trindade – The Construction of a Humanized International Law – A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, tomo I (Corte Interamericana de Derechos Humanos), Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, pp. 9-852; tomo II (Corte Internacional de Justicia), Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, pp. 853-1876.

gentium (abarcando todo el género humano)³, y de las enseñanzas magistrales en el *De Officiis* de Cicerón (basadas en la *recta ratio*).

La contribución de los “fundadores” del *jus gentium* se inspiró así en gran medida en la filosofía escolástica del derecho natural, en particular en la concepción estoico-tomista de la *recta ratio* y de la justicia, que reconoció al ser humano como un ser social, racional y dotado de dignidad intrínseca. De ese modo, la *recta ratio* pasó a ser considerada como indispensable para la supervivencia del propio Derecho Internacional. Además, concibió, face a la unidad del género humano, un derecho universal, aplicable a todos - tanto a los Estados como a los individuos - y en todas partes (*totus orbis*)⁴. Al contribuir al surgimiento del *jus humanis societatis*, maestros como Francisco de Vitoria y Domingo de Soto imbuían sus enseñanzas del pensamiento humanista que les precedió.

En efecto, fue Cicerón quien formuló la más célebre caracterización de la *recta ratio*, al sostener que todo aquello que es correcto está determinado, en muchos aspectos, por el *orthos logos*. Siguiendo los principios de la *recta ratio*, cada sujeto de derecho debe comportarse con justicia, buena fe y benevolencia. Tales principios son *cogentes*, emanan de la conciencia humana y afirman la relación ineludible entre lo jurídico y lo ético. El derecho natural refleja los dictámenes de la *recta ratio*, en que se fundamenta la justicia. Cicerón concebía el Derecho como una emanación de la *recta ratio* dotada de validez perenne, que consideraba inderogable: su validez imprescriptible se extiende a todas las naciones y a todas las épocas⁵. Inspirándose en el pensamiento de los antiguos griegos, Cicerón dejó un legado precioso a los maestros fundadores de la escuela peninsular ibérica (“fundadores” del Derecho Internacional), al situar la *recta ratio* en los fundamentos del propio *jus gentium*.

El nuevo *jus gentium* fue construido sobre estas bases por los llamados “fundadores” del Derecho de Gentes, precisamente los integrantes de la escuela de pensamiento en la península ibérica (Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Serafim de Freitas, Martín de Azpilcueta, Martín de Ledesma, Pedro Simões, António de São Domingos, Francisco Suárez, entre otros), en las Universidades de Salamanca, Coimbra, Évora, Valladolid y Alcalá de Henares, así como en otras partes en el “Nuevo Mundo” (como los misioneros Bartolomé de las Casas y

³ Según las *Institutas* de Justiniano, lo que la “razón natural” establece entre las naciones se llama *jus gentium*.

⁴ El propósito de Francisco de Vitoria fue precisamente lograr que el *jus gentium* se aplicase no sólo a las relaciones entre los individuos, sino también a las relaciones entre las naciones; Vitoria utilizaba el término *gentes* como sinónimo de *naciones*.

⁵ En la célebre síntesis formulada por M.T. Cicerón en su obra clásica *De Republica*: “el verdadero Derecho es la *recta ratio* en conformidad con la naturaleza; es de aplicación universal, inalterable y perenne (...), un Derecho eterno e inmutable (...), válido para todas las naciones en todos los tiempos” (*De Republica*, Libro III, cap. XXII, párr. 33). Igualmente en su célebre *De Legibus* (Libro II, *circa* 51-43 a.C.) dice que nada hay más destructivo para los Estados, y más contrario al Derecho, que el uso de la violencia para los asuntos públicos en un país dotado de una constitución (Libro II, *circa* 51-43 a.C.).

Antônio Vieira, entre otros), a partir de los siglos XVI y XVII. Este nuevo *jus gentium* se asoció a la propia idea de humanidad, buscando asegurar la unidad de ésta y satisfacer sus necesidades y aspiraciones, de acuerdo con una concepción esencialmente universalista (además de pluralista).

El *jus communicationis* de F. de Vitoria, por ejemplo, fue concebido como un derecho para todos los seres humanos. Así, ya en los siglos XVI y XVII, para los autores de dicha escuela de pensamiento, el Estado emergente no era el sujeto exclusivo del Derecho de Gentes, sino que éste último amparaba también a los pueblos y a los individuos. Y a partir de entonces, la *recta ratio* pasó a ser invocada para fundamentar la visión del naciente Derecho Internacional como algo *necesario* y no simplemente *voluntario*. Desde entonces, se asumió que el perfeccionamiento del *jus gentium* llegaría, en la medida en que el sentimiento o noción de una humanidad común a todos se generalizara entre las naciones.

Las raíces de lo que ya se concebía como derecho común de la humanidad, pueden, por lo tanto, identificarse ya en esta importante evolución del *jus gentium*. En realidad, aún antes de los “fundadores” del Derecho Internacional, ya en el siglo XIII, Tomás de Aquino (1225-1274) se refirió al concepto de *jus gentium* en su *Summa Theologiae*, como algo aprehendido por la propia razón natural (siendo así más perfecto que el derecho positivo), y revelando una conciencia de la dimensión temporal, como se revestiendo de una validez universal, y dirigido a la realización del bien común, en beneficio último de todos los seres humanos, – pues de otro modo sería injusto.

En su correcto entender, es la propia *recta ratio* que revela que “el bien común es mejor” que el bien individual de uno u otro. La *synderesis*, para él, denotaba la forma de conocimiento o disposición de la razón a adherirse a los principios dirigidos a la realización del bien común. En la visión de Tomás de Aquino, el *jus gentium* se proponía reglamentar las relaciones humanas con un fundamento ético, conformando una suerte de “razón común de todas las naciones” en búsqueda del bien común. En efecto, la *recta ratio* dotó al *jus gentium*, en su evolución histórica, de bases éticas, le imprimió carácter de universalidad al tratarse de un derecho común a todos, emanando, en último término, de la *conciencia jurídica universal*, – su fuente material *par excellence*, tal como yo la identifico y concibo.

La Conciencia Humana (*Recta Ratio*) como Fuente Material

Última del Derecho de Gentes

Efectivamente, a lo largo de los años, me he referido en mis Votos y escritos a la fuente *material* por excelencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como de todo el Derecho Internacional, la cual identifico en la *conciencia jurídica universal*, y no en la mera voluntad de los Estados, articulada en el derecho positivo, y por ellos acordado en función de sus relaciones de poder

e interés estatal. En mi entender, la conciencia se sitúa necesariamente por encima de la voluntad. Esta concepción se encuentra por mí desarrollada en varios escritos míos publicados en distintos países, así como en mis Votos, ya sea en la CtIADH, como en la CIJ (cf. *infra*).

En el ámbito de la CtIADH, me permito recordar, *inter alia*, el pasaje de mi Voto Concordante en el histórico Parecer Consultivo n. 18 sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados* (del 17.09.2003), en dónde destaco la continuada presencia de la cláusula Martens en sucesivos instrumentos del Derecho Internacional Humanitario durante más de un siglo, precisamente en el plano de la *fuerza material* de todo el Derecho de Gentes (párr. 29), dando expresión a la *razón de humanidad* y imponiendo límites a la *razón de Estado*⁶. Otras ponderaciones congéneres se encuentran en mi Voto Razonado (párrs. 63 y 68) en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya versus Paraguay* (Sentencia del 29.03.2006) y en mi Voto Razonado (párr. 28) en el caso de *Almonacid Arellano versus Chile* (Sentencia del 26.09.2006).

En el ámbito de la CIJ, me permito aquí referirme, por ejemplo, al caso de las *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado*. Ante la decisión de la CIJ del 06.07.2010, que rechazó la demanda reconvenzional de Italia, emití un extenso Voto Disidente en el cual sostuve, *inter alia*, que era inadmisibile e infundado sugerir, incluso apoyándose en los más que periclitados dogmas positivistas, que los crímenes de trabajo forzado y esclavo de la época del III Reich no estaban prohibidos. Repliqué que con toda claridad lo estaban por la conciencia humana, y que tales crímenes no podrían ser cubiertos por inmunidades estatales; ya en época de la Alemania nazista, y aún antes de élla, la imposibilidad de impunidad del Estado por crímenes contra la humanidad⁷ “se encontraba profundamente arraigada en la conciencia humana, en la *conciencia jurídica universal*, que es, en mi entendimiento, la *fuerza material* última de todo el Derecho” (párr. 125).

De la concepción que sostuve en éste caso (así como en otros), emanan varias consecuencias, como, de inicio, el reconocimiento de que los seres humanos no son meros *objetos* de reglamentación del Derecho Internacional, sino *sujetos* de derechos que emanan directamente de éste. En el mismo Voto Disidente emitido en el dramático caso de las *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado* (2010), ponderé que el “despertar gradual de la conciencia humana” ha sido lo que hizo evolucionar la conceptualización de los “*delicta juris gentium*”, de las “violaciones del Derecho Internacional Humanitario”, y añadí:

⁶ Punto que desarrollo en mi *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 497-509.

⁷ Como las masacres perpetradas por la tropas nazistas en Civitella (Italia) y en Distomo (Grecia), y la sujeción de personas detenidas a trabajo forzado y esclavo en la industria bélica alemana, entre 1943 y 1945.

“Del mismo modo, con el despertar gradual de la conciencia humana, los seres humanos dejaron de ser objetos de protección para ser reconocidos como sujetos de derechos, a empezar por el derecho fundamental a la vida, abarcando el derecho de vivir en condiciones dignas. (...) Los seres humanos fueron reconocidos como sujetos en cualesquiera circunstancias, en tiempos de paz así como de conflicto armado” (párrs. 145-146).

Otra consecuencia de la referida fuente *material* del Derecho (*supra*) - a la par de las fuentes formales - es la prevalencia de la concepción humanista, que sostengo, del propio Derecho Internacional, el derecho de gentes (*droit des gens*). En el mismo Voto Disidente me permití advertir, además, que:

“No se puede erigir (e intentar mantener) un ordenamiento jurídico internacional por encima del sufrimiento de los seres humanos, con el silencio de los inocentes abandonados al olvido. (...) Por encima de la voluntad está la conciencia, que, a fin de cuentas, es la que mueve el Derecho adelante, como su fuente *material* última, removiendo la injusticia manifiesta” (párr. 179).

Posteriormente, retomé estas consideraciones en nuevo y extenso Voto Disidente, en el caso de la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio* (Croacia versus Serbia, Sentencia del 03.02.2015): ponderé que hay principios básicos, subyacentes a aquella Convención – como el principio de humanidad (cf. *infra*) – que obligan a todos los Estados, independientemente de cualquier obligación convencional. Estamos aquí en el ámbito del derecho tanto convencional como general o consuetudinario; y no podría ser de otro modo, pues emanan de la *conciencia jurídica universal*, como fuente material última del *jus gentium* (párr. 61). Sólo así se logra evitar la injusticia manifiesta.

De ahí resulta un *ordre public* internacional humanizado. Tal como elaboré, anteriormente, en mi Voto Razonado en la CtIADH, en el caso de la *Prisión de Castro-Castro versus Perú* (Interpretación de Sentencia, del 02.08.2008),

“Estamos ante un *ordre public* humanizado (o mismo verdaderamente humanista) en que el interés público o el interés general coincide plenamente con la prevalencia de los derechos humanos, – lo que implica el reconocimiento de que *los derechos humanos constituyen el fundamento básico, ellos propios, del ordenamiento jurídico*, en los planos internacional y nacional. Subyacente al concepto de *jus cogens* encuéntrase el pensamiento jusnaturalista, que conlleva a normas perentorias a partir de la afirmación y consagración de valores éticos que buscan beneficiar a la humanidad como un todo” (párr. 155).

De lo anteriormente expuesto, se desprende una consecuencia adicional e ineludible, a saber, los derechos humanos se sobreponen a los intereses y

conveniencias de los Estados, son *anteriores y superiores a los Estados*. En este entendimiento, elaboré, en mi supracitado Voto Disidente en la CIJ en el caso de las *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado*, sobre la inalienabilidad de los derechos inherentes al ser humano:

“(…) [C]ualquier pretendida renuncia por el Estado de los derechos inherentes a la persona humana sería contraria, a mi juicio, al *ordre public* internacional, y estaría desprovista de cualesquiera efectos jurídicos. Afirmar que ésto todavía no estaba reconocido a la época de la II guerra mundial (…), – una visión propia de la vieja postura positivista, con su inevitable sumisión al poder establecido, – sería, en mi entender, infundado. Equivaldría a admitir que los Estados podrían perpetrar crímenes contra la humanidad con total impunidad, que podrían sistemáticamente perpetrar masacres, humillar y esclavizar grupos de personas, deportarlas y someterlas a trabajo forzado, y entonces escudarse por detrás de una cláusula de renuncia negociada con otro[s] Estado(s), e intentar resolver todas las contiendas por medio de tratados de paz con su[s] Estado[s] contraparte[s]” (párr. 124).

Más recientemente, retomé esa misma línea de reflexiones en un contexto distinto, atinente a la Sentencia de la CIJ del 16.04.2013, en el caso de la *Disputa Fronteriza entre Burkina Faso y Níger*. En este caso, la CIJ procedió, a solicitud de las partes, a deslindar un sector de su frontera común, teniendo presente la promesa de ambas de que las condiciones de vida de la poblaciones locales nómadas y semi-nómadas, que habitan en la región, no serían afectadas por el trazado de la frontera. En mi Voto Razonado, me centré sobretudo en el “factor humano” (párrs. 11-105), y destacué cómo las propias partes litigantes en el transcurso del procedimiento ante la CIJ (particularmente en la fase oral), habían puesto de relieve su preocupación por las poblaciones locales (principalmente en las extensas respuestas a las preguntas que me permití formularles durante una audiencia pública ante la Corte). Incluso las mismas partes llegaron a expresar públicamente su acuerdo para conformar el régimen de trashumancia como un auténtico “sistema de solidaridad”.

En mi referido Voto Razonado, ponderé que el caso aludido revelaba cómo, incluso un tema clásico como el del territorio, es abordado hoy conjuntamente con la población. Subyacente a esta construcción jurisprudencial, agregué, “se encuentra el *principio de humanidad* por el que se busca mejorar las condiciones de vida de la *societas gentium* así como la consecución y realización del bien común”, en el marco del “nuevo *ius gentium* de nuestros tiempos” (párr. 90). Observé, además, que la enseñanza fundamental que se puede extraer del caso aludido reside en la constatación de que “es perfectamente permisible y viable deslindar una línea fronteriza teniendo en cuenta las necesidades de las poblaciones locales” (párr. 99).

El Derecho, – proseguí, – “no puede ser aplicado de forma mecánica” (párr. 104), y el Derecho de Gentes no puede ser abordado o estudiado adecuadamente a partir de un paradigma exclusivamente interestatal. A fin de cuentas, “en perspectiva histórica o temporal, las poblaciones nómadas y semi-nómadas, así como las sedentarias, precedieron en mucho a la aparición de los Estados en el *jus gentium* clásico” (párr. 104). Los Estados, concluí en mi Voto Razonado, “no son entidades perennes, ni siquiera en la historia del Derecho de Gentes”; se formaron ellos

“para cuidar de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, y para avanzar hacia el bien común. Los Estados tienen fines humanos. Más allá de la soberanía estatal, la lección básica a extraerse del presente caso se encuentra, en mi percepción, centrada en la solidaridad humana, *pari passu* con la necesaria seguridad jurídica de las fronteras. Esto es propio de la sociabilidad, emanando de la *recta ratio* en los fundamentos del *jus gentium*. La *recta ratio* marcó presencia en el pensamiento de los ‘padres fundadores’ del Derecho de Gentes, y continúa en nuestros días a resonar en la conciencia humana” (párr. 105).

La Universalidad del Derecho de Gentes: La *Lex Praeceptiva* para el *Totus Orbis*

Ya desde el siglo XVI, el pensamiento de los “padres fundadores” del derecho de gentes se configuró como precursor de la noción de prevalencia del *Estado de Derecho*; por ejemplo, en sus celebradas *Relecciones Teológicas* (1538-1539), Francisco de Vitoria enseñó que el ordenamiento jurídico obliga a todos, tanto gobernados como gobernantes, y, en esa misma línea de pensamiento, sostuvo que la comunidad internacional (*totus orbis*) prima sobre el libre arbitrio de cada Estado individual⁸. En su concepción, el derecho de gentes regula una comunidad internacional constituida por seres humanos organizados socialmente en Estados y coextensiva con la propia humanidad⁹; la reparación de las violaciones de los derechos humanos refleja una necesidad internacional atendida por el Derecho de Gentes, con los mismos principios de justicia aplicándose, en conformidad con la *recta ratio*, tanto a los Estados como a los individuos o pueblos que los forman.

⁸ Francisco de Vitoria, “*De Indis - Relectio Prior* (1538-1539)”, in: *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdañoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675.

⁹ El nuevo ordenamiento jurídico internacional pasaba, así, a ser concebido (particularmente en su *Relectio De Indis Prior*), como *jus gentium*, enteramente emancipado de su origen de derecho privado (en el Derecho Romano), imbuido de una visión humanista, que respecta las libertades de las naciones y de los individuos, y de ámbito universal. Pasaba a regular, con base en los principios del derecho natural y de la *recta ratio*, las relaciones entre todos los pueblos, con el debido respecto a sus derechos, a los territorios en que vivían, a sus contactos y libertad de movimiento (*jus communicationis*).

En un mundo caracterizado por la diversificación (de los pueblos y culturas) así como por el pluralismo (de ideas y cosmovisiones), el nuevo *jus gentium* aseguraba la unidad de la *societas gentium*, de la propia humanidad. Este nuevo *jus gentium* no podía, por tanto, derivar de la “voluntad” de sus sujetos de derecho (entre los cuales comenzaban a sobresalir los Estados nacionales), sino, por contra, se basaba en una *lex praeceptiva*, aprehendida por la razón humana¹⁰. A partir de esa unidad de la humanidad, se podía desprender que el *jus gentium* proveía el fundamento jurídico (derivado de una *lex praeceptiva* del derecho natural), para el *totus orbis*, susceptible de ser aprehendido por la razón humana, por la *recta ratio* inherente a la humanidad. De este modo, quedaba abierto el camino a la aprehensión de un auténtico *jus necessarium*, trascendiendo las limitaciones del *jus voluntarium*¹¹. Transcurridos más de cuatro siglos y medio, su mensaje retiene una impresionante actualidad.

En el siglo XVII, en la visión de F. Suárez, el derecho de gentes ponía ya de manifiesto la unidad y universalidad del género humano; al fin y al cabo, los Estados tienen necesidad de un sistema jurídico que regule sus relaciones, como miembros de la sociedad universal. En su consagrada obra *De Legibus ac Deo Legislatore* (1612), F. Suárez mantenía que el *jus gentium*, trascendiendo en mucho el *jus civile* y el derecho privado, es formado por los usos y costumbres comunes a la humanidad, siendo conformado por la razón natural para toda la humanidad, como un derecho universal. En la visión de Suárez, los preceptos del *jus gentium* se encuentran imbuidos de equidad y justicia; el *jus gentium* se configura en completa armonía con el derecho natural, del cual emanan sus normas, revelando, uno y otro, el mismo carácter verdaderamente universal.

Es notable la contribución de la escuela peninsular ibérica a la formación y consolidación del *jus gentium*. Vitoria y Suárez, entre otros, sentaron las bases de un derecho de aplicación universal (*commune omnibus gentibus*), de un derecho para toda la humanidad. Lamentablemente, el creciente influjo del positivismo jurídico (a finales del siglo XVIII y en el siglo XIX), personificó al Estado, dotándolo de “voluntad propia”, y reduciendo los derechos de los seres humanos a los que el Estado les “concedía” a éstos (el positivismo voluntarista). Se dificultó, así, la comprensión misma de la comunidad internacional, y se debilitó al propio Derecho Internacional, reduciéndolo a un derecho exclusivamente interestatal, no más *por encima* sino *entre* Estados soberanos. Las consecuencias desastrosas de tal distorsión son sobradamente conocidas. La personificación del Estado todopoderoso tuvo una influencia nefasta en la evolución del Derecho Internacional a fines del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX.

¹⁰ En las palabras del propio F. de Vitoria, *quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur jus gentium*; en su *De Lege - Commentarium in Primam Secundae*, dejó él claro que el propio derecho natural se encuentra no en la voluntad, sino más bien en la *recta ratio*.

¹¹ En los capítulos VI y VII de su *De Indis*, Vitoria aclara su concepto de *jus gentium* como un Derecho para todos (individuos y pueblos así como Estados), o sea, un derecho conformado, a su juicio, por el “consenso común de todos los pueblos y naciones”; *ibid.*, pp. 140 y 170.

Esta corriente doctrinal se resistió con todas las fuerzas al ideal de *emancipación* del ser humano de la tutela absoluta del Estado, y al reconocimiento del individuo como sujeto del Derecho Internacional. La idea de la soberanía estatal absoluta (con la cual se identificó un positivismo jurídico, inevitablemente servil al poder, inclusive en los regímenes autoritarios, dictatoriales y totalitarios), llevó a la irresponsabilidad y la pretendida omnipotencia del Estado, no impidiendo las sucesivas atrocidades por éste cometidas contra seres humanos bajo su jurisdicción. Tal soberanía estatal absoluta se mostró, con el paso del tiempo, enteramente injustificable y descabellada.

Desde la escuela peninsular ibérica de los siglos XVI y XVII hasta nuestros días, la concepción jusnaturalista del Derecho Internacional jamás se desvaneció; superó todas las crisis por las que este pasó, estuvo siempre presente en la doctrina jusinternacionalista más lúcida, – como atestigua su constante y perenne renacimiento, como reacción de la conciencia humana ante las sucesivas atrocidades cometidas contra el ser humano. Tales atrocidades lamentablemente contaron, en repetidas ocasiones, con el servilismo y la cobardía del positivismo jurídico.

Se podría argumentar que el mundo contemporáneo es enteramente distinto del de la época de los llamados “fundadores” del Derecho Internacional, que propugnaron por una *civitas maxima* regida por el Derecho de Gentes. Aunque se trate de dos escenarios mundiales distintos (nadie lo negaría), no hay cómo negar que la aspiración humana permanece la misma, a saber, la de la construcción de un ordenamiento internacional, aplicable tanto a los Estados (y organizaciones internacionales) como a los individuos, en conformidad con ciertos patrones universales de justicia. Estamos ante un “renacimiento” continuo del derecho natural, aunque éste jamás haya desaparecido. No más se trata de un retorno al derecho natural clásico, sino de su resurgimiento renovado, mediante la afirmación o restauración de un patrón de justicia, por el cual se evalúa el derecho positivo.

Universalidad del *Jus Gentium*: Derecho y Justicia Universales

En el seno de la CIJ, en mi Voto Razonado en el Parecer Consultivo del 22.07.2010 sobre la *Declaración de Independencia de Kosovo*, evoqué el ideal de la *civitas maxima gentium* invocado en los escritos de los llamados “padres fundadores” del Derecho Internacional (*supra*). Ya entonces, en su época, el *jus gentium* se había liberado de sus orígenes de derecho privado (que tuvo en el derecho romano), para aplicarse universalmente a todos los seres humanos (párr. 72). A partir de ahí, procedí a la advertencia de que “los Estados existen para los seres humanos y no vice-versa. El Derecho Internacional contemporáneo ya no es indiferente al destino de la población, el más precioso elemento constitutivo de la calidad de Estado” (párr. 238).

En efecto, ya no se sostiene la inversi3n de los fines del Estado, la cual lamentablemente condujo “los Estados a considerarse depositarios finales de la libertad humana, y a tratar a los individuos como medios y no como fines en s3 mismos, con todas las consecuencias desastrosas que de ello se derivaron. La expansi3n de la personalidad jur3dica internacional acarre3 la expansi3n de la responsabilidad internacional” (p3rr. 238) en nuestros tiempos. Y, al referirme a la “eterna saga del g3nero humano en su b3squeda de la emancipaci3n de la tiran3a y de la opresi3n sistem3tica”, concluí que “los Estados que se transformaron en m3quinas de opresi3n y destrucci3n” dejaron de ser Estados a los ojos de su poblaci3n victimada (p3rr. 239). Abandonadas en medio de una conculcaci3n generalizada de la ley, sus v3ctimas buscaron refugio y supervivencia en otras partes, en el *jus gentium*, en el Derecho de Gentes, y en nuestros tiempos en el propio *Derecho de las Naciones Unidas*.

En los 3ltimos a3os, tanto en la CtIADH como m3s recientemente en la CIJ, mis reflexiones han pasado a abordar la compleja tem3tica de la responsabilidad internacional *de los Estados* en medio a circunstancias *aggravantes*, que, en gran medida, que se encuentra a3n abierta en la doctrina jusinternacionalista contempor3nea. No obstante, creo poder decir que la justicia internacional contempor3nea ha logrado algunos avances, aunque todav3a tenga un largo camino por recorrer. Es lo que indica la soluci3n judicial internacional (impensable hace algunos a3os) de casos de masacres por la CtIADH, en la pasada d3cada, en la cual tuve el privilegio, adem3s de la enorme responsabilidad, de participar como magistrado¹². A estos casos se suman casos cong3neres, inclusive, en la actualidad, ante la CIJ. Este ciclo de casos nos pone en contacto con lo que hay de m3s sombr3o en la naturaleza humana; me he empe3ado en juzgar estos casos a partir de lo que visualizo como el advenimiento del *jus gentium* de nuestros tiempos, el Derecho internacional para la persona humana, y, en 3ltima instancia, para la humanidad¹³.

La Titularidad Internacional de Derechos de la Persona Humana

En mi Voto Razonado en el caso de la *Comunidad Ind3gena Sawhoyamaxa versus Paraguay* (Sentencia de la CtIADH del 29.03.2006), observ3 que, transcurridos siete a3os desde la Sentencia paradigm3tica de la CtIADH en el caso de los “Ni3os de la Calle” (*Villagr3n Morales y Otros versus Guatemala*, fondo, Sentencia del 19.11.1999),

¹² Para un estudio de los mismos, cf. A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*, Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71; A.A. Cançado Trindade, “Die Entwicklung des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte”, *70 Zeitschrift f3r ausl3ndisches 3ffentliches Recht und V3lkerrecht* (2010) pp. 629-699, esp. pp. 695-699.

¹³ Para mi propia concepci3n, cf. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 2a. ed. rev., The Hague, Nijhoff, 2013, pp. 1-726; A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, P3done, 2012, pp. 45-368.

“los abandonados y olvidados del mundo vuelven a llegar a un tribunal internacional de derechos humanos en búsqueda de justicia, en los casos de los miembros de las *Comunidades Yakye Axa* (Sentencia del 17.06.2005) y *Sawhoyamaxa* (la presente Sentencia). En el *cas d'espèce*, los forzosamente desplazados de sus hogares y tierras ancestrales, y socialmente marginados y excluidos, han efectivamente alcanzado una jurisdicción internacional, ante la cual han en fin encontrado justicia” (párr. 37).

Procedí, entonces, a recapitular, en los orígenes del Derecho de Gentes, las enseñanzas de los maestros de la escuela peninsular ibérica, particularmente las célebres *Relecciones Teológicas* (1538-1539) de Francisco de Vitoria y los *Tratados Doctrinales* (1552-1553) de Bartolomé de las Casas (párr. 62), con su fiel observancia del *principio de humanidad*. Recordé (párr. 63) las palabras de F. de Vitoria, que sostenía residir el fundamento último del Derecho

“en la dignidad de la persona humana como *ser racional*. El hombre se constituye en (...) sujeto capaz de derechos y deberes por su racionalidad, ya que por el uso de su facultad racional y su consiguiente libertad tiene *dominio de sus propios actos* y es también dueño de elegir libremente sus destinos (...). La facultad racional es, pues, la raíz fundamento formal que otorga al hombre el ser *capaz de dominio* y de derechos”¹⁴.

A su vez, Bartolomé de las Casas denunció, en sus *Tratados Doctrinales* del mismo siglo XVI, la “crueldad e inhumanidad” de las conquistas en el “Nuevo Mundo” (párr. 65), transgrediendo así el derecho natural y el de las gentes (párr. 66). En su entender, cada agente del poder público debería posibilitar a cada criatura racional “alcanzar su propio fin” (sobre todo el espiritual). En su *Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias* (1952), al expresar su indignación ante las destrucciones de las poblaciones, matanzas, reducción a servidumbre y otras crueldades perpetradas contra los indígenas, B. de las Casas también invocó expresamente la *recta ratio* y el derecho natural (párr. 66). Los discursos penetrantes de F. de Vitoria y B. de las Casas en el siglo XVI continúan a resonar en la conciencia humana y a revestirse de triste actualidad: en la presente era de los tribunales internacionales, la existencia de una jurisdicción internacional de los derechos humanos (como la de la CtIADH) se ha en efecto transformado en la última esperanza de los marginados y olvidados en las jurisdicciones nacionales (párr. 67).

En la adjudicación del caso de la *Comunidad Moiwana versus Surinam* (fondo, Sentencia de la CtIADH del 15.06.2005) me pude centrar en la titularidad internacional de los derechos de la persona humana. Tratábase de la masacre, perpetrada por el ejército en 1986, de la gran mayoría de los miembros de la Comunidad Moiwana (exceptuados unos pocos supervivientes, que escaparon, adentrándose en la floresta amazónica). En mi Voto Razonado, recordé que,

¹⁴ *Cit. in Obras de Francisco de Vitoria – Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdaño), Madrid, BAC, 1960, p. 521, y cf. p. 552.

“más de dos siglos antes de haber Surinam alcanzado la condición de Estado, sus pueblos *Maroon* celebraron acuerdos de paz con las autoridades coloniales, subsiguientemente renovados, y se libraron así de la esclavitud. Y los *Maroons*, – los *N’djuka* en particular, – consideraban estos tratados como todavía válidos y auténticos en las relaciones con el Estado sucesor, Surinam. Esto significa que aquellos pueblos ejercieron sus atributos de personas jurídicas en el derecho internacional, bien antes de el territorio em que vivían haber alcanzado la condición de Estado. Esto refuerza la tesis que siempre he sostenido, en el sentido de que los Estados no son, y jamás fueron, los sujetos únicos y exclusivos del Derecho Internacional. Este enfoque puramente inter-estatal fue forjado por el positivismo, a partir del reduccionismo vatteliano a mediados del siglo XVIII¹⁵, y se tornó *en vogue* a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, con las bien conocidas consecuencias desastrosas – las sucesivas atrocidades perpetradas en distintas regiones del mundo contra los seres humanos individual y colectivamente – que marcaron la historia trágica y horrenda del siglo XX. Sin embargo, desde sus orígenes históricos en el siglo XVI, el derecho de gentes (*droit des gens*) abarcaba no sólo los Estados, sino también los pueblos, y la persona humana, individualmente y en grupos), y la humanidad como un todo” (párrs. 6-7).

Recordé, además, el legado de la escuela peninsular ibérica, a partir del aula en Salamanca, *De Indis – Relectio Prior* (1538-1539), capítulos VI-VII, en que Francisco de Vitoria avanzó su entendimiento en el sentido del *jus gentium* como un derecho para todos, – individuos y pueblos así como Estados, “toda fracción de la humanidad”. Y resalte la importancia de “rescatar este enfoque universalista, en el proceso actual de *humanización* del Derecho Internacional y de construcción del nuevo *jus gentium* del siglo XXI” (párr. 8). El presente caso de la *Comunidad Moiwana*, – proseguí, – proporcionaba la ocasión para seguir avanzando, aún más, la “visión universalista del derecho de gentes”¹⁶ (párr. 9). Y aadı:

“Los seres humanos, individualmente y colectivamente, emergieron como sujetos del derecho internacional. Los derechos protegidos revelan una dimensión tanto individual como colectiva o social, pero son los seres humanos, miembros de tales minorías o colectividades, que, en última instancia, son *titulares* de aquellos derechos. Esta visión fue adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la decisión sin precedentes (el primer pronunciamiento del género de un

¹⁵ Encontrado en la obra de E. de Vattel, *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliquée  la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758).

¹⁶ Sostenida, v.g., por Francisco de Vitoria (*Relecciones Teológicas*, 1538-1539) y Francisco Suárez (*De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), que influyeron en la obra del propio H. Grotius, en su enfoque esencialmente universalista, como ya destace en mi anterior Voto Concordante en el Parecer Consultivo n. 18 de la CIADH sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (2003, párrs. 4-12) (párr. 62).

tribunal internacional) en el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua* (2001), que salvaguardó el derecho a la propiedad comunal de sus tierras (bajo el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) de los miembros de toda una comunidad indígena” (párr. 10).

En mi Voto Razonado en el caso mencionado de la *Comunidad Moiwana*, abordé además la prolongación del sufrimiento humano en el tiempo (párrs. 24 y 29-33), tal como lo hice también en mis Votos Razonados en el caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, reparaciones, Sentencia del 26.05.2001) y en el caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (reparaciones, Sentencia del 22.02.2002). Posteriormente, en mi Voto Razonado en el caso *Servellón García y Otros versus Honduras* (Sentencia del 21.09.2006), retomé este punto, frente a la tragedia contemporánea de los atentados contra los derechos humanos en medio a la descomposición del tejido social, y alerté:

“La violencia gratuita e innecesaria por parte de órganos y agentes del poder estatal, sobre todo contra los segmentos más vulnerables de la población, y la exclusión y punición, así como el confinamiento, de los ‘indeseables’ como ‘respuestas’ estatales a un ‘problema social’, han sido una constante en la historia del Estado moderno. No han ocurrido sólo en los países de América Latina, sino también de Europa y de todo el mundo. (...) El asesinato de niños en las calles del mundo es, además de una violación grave de los derechos humanos, una manifestación de la locura de los ‘civilizados’, la más enfática y asustadora negación de la razón” (párr. 24).

El caso *Servellón García y Otros*, – aguegué, – era “uno de los muchos casos congéneres que se producen diariamente en toda la América Latina y en todo el mundo. El Estado crea los ‘indeseables’, al dejar de cumplir las funciones sociales para las cuales fue históricamente creado, y después los margina, excluye, confina, o mata (o deja que los maten)” (párr. 26). Al menos, en el presente caso, – concluí, – los olvidados del mundo tuvieron como su causa llevada a conocimiento de un tribunal internacional de derechos humanos, la CtIADH, y

“Las humillaciones y sufrimientos de que padecieron fueron judicialmente reconocidos, con sus consecuencias jurídicas para los responsables por los mismos. En la presente Sentencia, la Corte advirtió para la peligrosa estigmatización de que niños y jóvenes pobres estuvieran condicionados a la delincuencia, que crea un ‘clima propicio’ para que aquellos menores en situación de riesgo se encuentren ante una amenaza latente a su vida, e integridad y libertad personales” (párr. 113).

La Centralidad de las Víctimas en el Ordenamiento Jurídico Internacional

Desde esta óptica esencialmente humanista, uno de los puntos que he señalado en mis Votos recientes, emitidos tanto en la CIJ como anteriormente en la CtIADH, es el de la *centralidad* de las víctimas y de las condiciones de vida de la población en el ordenamiento jurídico internacional contemporáneo. En el seno de la CtIADH, hice hincapié en resaltar la centralidad de las víctimas (aún en condiciones de la más completa vulnerabilidad), como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, e.g., en mi Voto Razonado, entre otros, en el mencionado caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya versus Paraguay* (Sentencia del 29.03.2006):

“El presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaya* revela la centralidad, no de la posición del Estado que invoca circunstancias presumiblemente eximentes de su responsabilidad, sino más bien de las víctimas, en una situación de alta vulnerabilidad, y que, aún sobreviviendo en condiciones de indigencia total, y virtual abandono, no obstante han logrado que su causa fuera examinada por un tribunal internacional de derechos humanos para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado en cuestión. La centralidad de las víctimas, en las circunstancias más adversas, como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pone de manifiesto su *derecho al Derecho*, su derecho a la justicia bajo la Convención Americana [sobre Derechos Humanos], el cual abarca la protección judicial (artículo 25) conjuntamente con las garantías judiciales (artículo 8). Tal derecho abarca toda la protección jurisdiccional, hasta la fiel ejecución de la Sentencia internacional (el derecho de acceso a la justicia internacional *Lato Sensu*), debidamente motivada, y fundamentada en el derecho aplicable en el *cas d’espèce*. El artículo 25 de la Convención Americana constituye efectivamente un pilar del Estado de Derecho en una sociedad democrática, en estrecha relación con las garantías del debido proceso legal (artículo 8), dando debida expresión a los principios generales del derecho universalmente reconocidos, que pertenecen al dominio del *jus cogens* internacional” (párr. 35).

En los últimos siete años he retomado esta misma línea de reflexión en varios casos recientes en la Corte de La Haya, a saber: a) en mi Voto Disidente (párr. 48) en el caso de *Bélgica versus Senegal* (en el cual sostengo la aplicación del principio de jurisdicción universal, con base en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura); b) en mi extenso Voto Razonado en el Parecer Consultivo sobre la *Declaración de Independencia de Kosovo* (párrs. 161-168); y c) en mi Voto Disidente (párrs. 1-124) en el caso *Georgia versus Federación Rusa*, sobre los conflictos armados en Osetia del Sur y en Abjasia (en el cual sostengo la necesidad de la interpretación de la cláusula compromisoria en cuestión, en

conformidad con el objeto y el fin de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial).

La centralidad de las víctimas se ha hecho presente inclusive en casos de violación sistemática de sus derechos fundamentales, en medio a circunstancias particularmente *agravantes*, tal como ilustrado dramáticamente por la adjudicación, a lo largo de la década pasada, del referido ciclo de casos de masacres. En tales casos, las víctimas, circundadas de la más completa vulnerabilidad, por veces enteramente indefensas, lograron tener su causa presentada ante las instancias internacionales, en búsqueda de la realización de la justicia. En el seno de la CtIADH, a partir de 1998-1999, y en la CIJ, a partir de 2009, he insistido, en sucesivos Votos (en el ejercicio de las funciones tanto de carácter consultivo como contencioso, y en medidas provisionales de protección) en la relevancia de este proceso histórico de la *humanización* del Derecho Internacional, – tal como he hecho también en mis libros publicados en distintos países¹⁷.

También en el seno de la CIJ, he insistido en la centralidad de las víctimas (aún en completa vulnerabilidad o indefensión) como titulares de derechos inalienables, emanados del Derecho Internacional. En mi extenso Voto Disidente, en el reciente caso de la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio* (Croacia *versus* Serbia, Sentencia del 03.02.2015), por ejemplo, he señalado que la Convención contra el Genocidio de 1948 no es estatocéntrica, sino más bien orientada hacia los grupos de personas, hacia las víctimas, que busca proteger (párrs. 59 y 529). El propio *corpus juris gentium* de la protección internacional de los derechos de la persona humana, esencialmente orientado hacia las víctimas, ha sido construido y consolidado a lo largo de las últimas décadas (casi siete décadas) en beneficio de los seres humanos individualmente¹⁸ o en grupos¹⁹ (párr. 59).

El referido *corpus juris gentium*, – proseguí, – abarca el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Internacional de los Refugiados (DIR), además del Derecho Penal Internacional contemporáneo (párr. 529). Y agregué que el *jus gentium*, tal como concebido,

¹⁷ Cf. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2ª. ed., Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2015, pp. 3-789; A.A. Cançado Trindade, *La Humanización del Derecho Internacional Contemporáneo*, Mexico, Edit. Porrúa, 2014, pp. 1-324; A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104; A.A. Cançado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, pp. 7-185; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, 2ª. ed., Santiago de Chile, Ed. Librotecnia, 2012, pp. 79-574.

¹⁸ Como, v.g., bajo la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965).

¹⁹ Como la referida Convención contra el Genocidio (1948).

“se inspiró en el principio de humanidad *Lato Sensu*. La conciencia humana prevalece sobre la voluntad de los Estados individuales. El respeto de la persona humana es en beneficio del bien común. Esta visión humanista del ordenamiento jurídico internacional se orientó – como lo hace hoy día – por una *perspectiva centrada en las gentes*, manteniendo en mente los *finés humanos del Estado*. El precioso legado del pensamiento del derecho natural, evocando la razón recta (*recta ratio*), nunca se desvaneció; ésto debería ser siempre subrayado, particularmente frente a la indiferencia y el pragmatismo de los *droit d'étatistes* ‘estratégicos’, tan numerosos en la profesión legal en nuestros días. Puede considerarse el principio de humanidad como una expresión de la *raison d'humanité* imponiendo límites a la *raison d'État*” (párr. 74).

La Concepción Humanista en la Jurisprudencia Internacional y Su Irradiación

En una dimensión amplia, la concepción humanista del ordenamiento jurídico internacional requiere la promoción continua de la cultura de los derechos humanos en el seno de las sociedades nacionales, inclusive para superar las resistencias e incomprensiones en éstas presentes y reincidentes, y buscar evitar los abusos del pasado. Hay, además, que buscar capacitar los círculos jurídicos en los más diversos países, en particular ante la escasa familiaridad con el Derecho Internacional, demostrada sobre todo por muchos Poderes judiciales nacionales. Tengo siempre presentes las interacciones entre los ordenamientos jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección de la persona humana²⁰.

No hay que pasar desapercibido que, en el caso *A.S. Diallo* (Guinea *versus* R.D. Congo, Sentencia del 30.11.2010), la CIJ, por la primera vez en toda su historia, estableció violaciones de dos tratados de derechos humanos, el Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en consecuencia de las detenciones arbitrarias de A.S. Diallo en el Congo, seguidas de su expulsión del país. Tal como señalé en mi Voto Razonado (párrs. 1-245) en aquel caso, la Corte de La Haya, moviéndose de la dimensión *inter-estatal* a la *intra-estatal*, igualmente por vez primera en toda su historia procedió a un reconocimiento explícito de la contribución, a esta materia, de la jurisprudencia de dos tribunales internacionales de derechos humanos, las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos, además de la práctica de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (precursora de la recién-establecida Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos). Ésto hubiera sido impensable hace pocos años, en la Corte de La Haya.

²⁰ Cf. A.A. Cançado Trindade, *Reflexiones sobre la Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos*, Guatemala, Edic. del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, 1995, pp. 3-41.

En el mismo Voto Razonado en el caso *A.S. Diallo*, destacué la relevancia de la nueva posición asumida por la CIJ, e invoqué el principio de humanidad (que en mi entender trasciende el Derecho Internacional Humanitario convencional y se extiende al propio derecho internacional general), así como el principio *pro persona humana*, en el ámbito de la jurisprudencia – ahora ciertamente en evolución – de la CIJ, en el combate a la arbitrariedad. Además, sostuve las conclusiones de la CIJ y su determinación adicional de la violación del derecho individual a la información sobre la asistencia consular (artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares), pero lo hice con base en el enfoque pionero e innovador avanzado por la CtIADH en su Parecer Consultivo n. 16 de la Convención de Viena relativo al *Derecho a la Información sobre Asistencia Consular en el Ámbito de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999), testimoniando el proceso histórico en curso de la *humanización* del derecho consular en particular²¹, y del Derecho Internacional en general.

No hay cómo hacer abstracción de los seres humanos, destinatarios últimos de las normas del Derecho de Gentes, titulares de derechos emanados directamente del Derecho Internacional. Son efectivamente sujetos del Derecho Internacional, dotados de personalidad jurídica internacional, tal como hoy lo reconoce inequívocamente la propia CIJ. No hay cómo eludir la posición de los individuos como sujetos del Derecho Internacional, ni siquiera en el contencioso interestatal clásico, propio de la Corte de La Haya. Este desarrollo, además de alentador en la búsqueda de la *realización de la justicia* en los planos, a la vez, nacional e internacional, me parece, además, irreversible, dado el despertar de la conciencia humana para su necesidad.

Relación de la Presente Temática con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El “renacimiento” continuo del derecho natural refuerza la universalidad de los derechos humanos, por cuanto inherentes a todos los seres humanos, – en contraposición a las normas positivas, que carecen de universalidad, por variar de un medio social a otro; de ahí se desprende la importancia de la personalidad jurídica del titular de derechos, inclusive como límite a las manifestaciones arbitrarias del poder estatal. El legado humanista de la escuela peninsular ibérica, fundamentada en los derechos inherentes a la persona humana, subyace en la reconstrucción del Derecho Internacional, a partir de la segunda mitad del siglo XX, mediante el reconocimiento de la importancia de sus principios fundamentales, configurándose, además, como precursor de la emergencia y considerable evolución, en las últimas seis décadas y media, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

²¹ Cf. A.A. Cançado Trindade, “The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice”, in *6 Chinese Journal of International Law* (2007) n. 1, p. 1-16 (1a. ed.); e in *18 Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* – Madrid (2007) pp. 277-298.

El “eterno retorno” del jusnaturalismo viene contribuyendo en mucho a la afirmación y consolidación del primado, en el orden de los valores, de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, *vis-à-vis* los seres humanos bajo las jurisdicciones respectivas de cada Estado, así como en relación con la comunidad internacional como un todo. Esta última, testimoniando la moralización del propio derecho, asume la vindicación de los intereses comunes superiores. Rescatar, en esta segunda década del siglo XXI, el legado del *jus gentium* en evolución, – tal como vengo proponiendo hacer ya hace varios años²², – equivale a sostener la concepción universalista del Derecho Internacional, atenta al mundo en que vivimos. Es ésta una tarea que me parece crucial en nuestros días, en un mundo despedazado por conflictos y disparidades, de modo a tornar el Derecho Internacional capaz de responder a las necesidades y aspiraciones de la humanidad en la actualidad.

En mi Voto Concordante en el histórico Parecer Consultivo n. 18 (del 17.09.2003) de la CtIADH, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, destacué la importancia creciente de la prevalencia de determinados derechos, como el derecho de acceso a la justicia (en sentido *Lato Sensu* de derecho a la realización de la justicia), el derecho a la vida privada y familiar (abarcando la unidad familiar), el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, de modo a trascender la dimensión puramente estatal o inter-estatal (a mi modo de ver insatisfactoria y imbuída de una ideología insostenible). El gran problema presentado a la CtIADH, objeto de su paradigmático Parecer Consultivo n. 18 de 2003, vino una vez más ilustrar la actualidad y la continuada necesidad del pensamiento visionario de los maestros de la escuela peninsular ibérica, inclusive para encontrar soluciones a dificultades que afligen el cotidiano de millones de seres humanos en nuestros días.

En el capítulo de los *sujetos* del Derecho Internacional, a la par de los Estados y organizaciones internacionales, figuran hoy también los individuos, la persona humana. Ahora bien, si el Derecho Internacional contemporáneo reconoce derechos a los individuos y grupos de particulares, – como lo ilustran los múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos de nuestros días, – no hay cómo negarles *personalidad* jurídica internacional, sin la cual no podría darse aquel reconocimiento. El propio Derecho Internacional, al proclamar derechos inherentes a todo ser humano, – por definición *anteriores y superiores al Estado*, – desautoriza el arcaico dogma positivista que pretendía autoritariamente reducir tales derechos a los “concedidos” por el Estado.

El reconocimiento de los individuos como sujetos tanto del derecho interno como de Derecho Internacional representa una verdadera *revolución jurídica*, a la cual tenemos el deber de contribuir. Esta revolución jurídica, que viene en fin dar un contenido ético a las normas tanto del derecho público interno como del Derecho Internacional, culmina en la actual consolidación del acceso directo de

²² Cf., v.g., A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2002, pp. 1040-1109.

los individuos a los tribunales internacionales (Cortes Europea e Interamericana, seguidas más recientemente de la Corte Africana) de derechos humanos²³.

La relación de las enseñanzas de la escuela peninsular ibérica con lo que hoy conocemos como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se manifiesta en nuestros días en la propia conceptualización del ser humano como sujeto con derecho a la reparación de daños por él sufridos. Este asunto ha sido objeto de litigio recientemente, no sólo ante los referidos tribunales internacionales de derechos humanos, sino inclusive ante la propia CIJ. En el ya mencionado caso *A.S. Diallo*, dediqué atención, – en mis Votos Razonados en las Sentencias de la CIJ, tanto cuanto al fondo (2010) como a las reparaciones (2012), – a la necesidad de decidir la cuestión de las reparaciones, en casos del género, a partir de la perspectiva de las propias *víctimas*, los seres humanos (y no de sus Estados respectivos).

Así, en la Sentencia de la CIJ sobre reparaciones (del 19.06.2012) en aquel caso, en mi Voto Razonado señalé que el deber de reparación, a partir del principio *neminem laedere*, “tiene raíces históricas profundas”, que remontan a los escritos de los “padres fundadores” del Derecho de Gentes, en sus inicios. El propio Francisco de Vitoria, por ejemplo, en su segunda *Relectio - De Indis* (1538-1539), afirmaba el deber de reparación de “todos los daños”, inclusive en medio de hostilidades armadas²⁴ (párr. 14). Tal deber de reparación se imponía en todos los tipos de disputas, – entre Estados, o entre grupos, o entre individuos; la reparación, así entendida, correspondía a “una necesidad” de la comunidad internacional regida por el nuevo Derecho de Gentes (párrs. 14-15). Y añadí, en el mismo Voto Razonado en el caso *A.S. Diallo*, que:

“Las enseñanzas de los ‘padres fundadores’ del derecho de gentes (...) jamás se desvanecieron. Sucesivas violaciones graves de los derechos de la persona humana (algunas en escala masiva) despertaron la conciencia humana para la necesidad de restaurar al ser humano la posición central de la que había sido indebidamente desalojado por el pensamiento exclusivamente inter-estatal que vino a prevalecer en el siglo XIX. La reconstrucción [del Derecho Internacional], en bases humanas, de mediados del siglo XX en adelante, tomó, como fundamento conceptual, los cánones del ser humano

²³ El *ius standi* de los individuos es ya una realidad en todo el procedimiento ante la Corte Europea de Derechos Humanos (desde la entrada en vigor del Protocolo n. 11, a vigor desde finales de 1998); el *locus standi in iudicio* es igualmente un realidad en todas las fases del procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de la entrada en vigor, en 2001 bajo mi Presidencia, del cuarto Reglamento de la Corte Interamericana. Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, op. cit. supra n. (16), pp. 9-104.

²⁴ Cf. Francisco de Vitoria, “*Relección Segunda - De los Indios (1538-1539)*”, in: *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdañoz), Madrid, BAC, 1955, p. 827, y cf. pp. 282-283; cf. también, Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez: Contribution des théologiens au Droit international moderne*, Paris, Pédone, 1939, pp. 73-74, y cf. pp. 169-170.

como sujeto de derechos (*titulaire de droits*), de la garantía colectiva de la realizaci3n de estos derechos, y del carácter objetivo de las obligaciones de protecci3n, y de la realizaci3n de valores comunes superiores. El individuo pas3 de nuevo a ser visto como sujeto del derecho a la reparaci3n por los daños sufridos” (párr. 21).

La Importancia de los Principios Fundamentales

Encu ntrase arraigadas en la línea del pensamiento jusnaturalista la importancia atribuida a los principios fundamentales, la idea de una justicia objetiva, y su presencia en las leyes que pasan, así, a obligar en conciencia. Según F. Suárez, las leyes, desprovistas de justicia, dejan de obligar en conciencia. En el entender de F. Vitoria, exponente del jusnaturalismo, no se disocian el derecho y la  tica. Vitoria tuvo el mérito de insistir en la importancia de la responsabilidad de cada uno por los demás, de modo a fomentar una solidaridad universal, que propiciar  avances en la civilizaci3n, en el  mbito del *jus gentium*. Su concepci3n del Derecho de Gentes se desarroll3 a partir de la renovaci3n de la escolástica, con atenci3n prestada a los principios fundamentales, a los derechos y deberes de todos *inter se*.

A partir del *jus naturale*, tanto Vitoria como Suárez visualizaron, con razonamientos distintos, un Derecho de Gentes universal. Mientras la concepci3n de Vitoria del *jus gentium* destacaba la importancia de los principios, entendidos éstos como “principios generales de justicia”, Suárez, por su parte, desarroll3 “una filosofía del derecho aplicable a situaciones concretas”; a partir de enfoques distintos, alcanzaron ambos la meta común de concebir un ordenamiento jurídico universal (abarcando los individuos y los Estados), basado en la *recta ratio*, prohibiendo lo que es malo y buscando el *bien común*. Para Vitoria y Suárez, no hay modo de disociar lo jurídico de lo ético: el Estado no es más que una organizaci3n social de seres humanos, y toda *rule of law*, nacional o internacional, genera obligaciones legales, de contenido  tico²⁵. Estaba sembrada la semilla para la construcci3n conceptual de una comunidad internacional organizada.

En mi Voto Razonado en el Parecer Consultivo de la CIJ (de 01.02.2012) sobre la *Revisi3n de una Sentencia (n. 2867) del Tribunal Administrativo de la Organizaci3n Internacional del Trabajo (OIT)*, tuve la ocasi3n de, una vez más, recordar que el Derecho de Gentes, en la visi3n de Vitoria y Suárez, ponía de manifiesto la unidad y universalidad del género humano. Fue concebido como un ordenamiento verdaderamente universal, para la realizaci3n del bien común, basado en la *recta ratio* (párr. 62). La persona humana pas3 a ser vista como *sujeto* de derecho, una idea cardinal que se proyect3 en los siglos siguientes²⁶

²⁵ Por su parte, Suárez, aunque atento a la equidad, abre un cierto espacio a la voluntad individual, al libre arbitrio; pero para él no hay una asociaci3n de seres humanos (en los planos nacional e internacional) que no tenga una base  tica.

²⁶ A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-212; A.A. Cançado Trindade, * volution du droit international*

(párrs. 57-59). Los mismos principios de justicia, y normas de ellos emanadas, vinieron a aplicarse tanto a los Estados, como a los pueblos e individuos que los formaban (párr. 58). Resalté, entonces, en relación con el asunto *sub judice*, la relevancia del principio básico de la *igualdad jurídica de las partes* (*égalité, des armes/equality of arms*), ligado al principio general de la buena administración de justicia (*la bonne administration de la justice*), aún más en la actualidad, en que se afirma en las Naciones Unidas el *rule of law* en los planos tanto nacional como internacional²⁷, tornando imprescindible asegurar la fiel observancia de los principios generales del derecho en todas y cualesquiera circunstancias (par. 110)²⁸.

El Principio Fundamental de la Igualdad y No-Discriminación

No se puede olvidar que la idea de la igualdad humana ya estaba presente en los primordios del Derecho de Gentes, bien antes de encontrar expresión en los instrumentos internacionales que conforman su *corpus juris gentium*, tal como lo conocemos en nuestros tiempos. Así, la idea de *igualdad humana* subyacía a la concepción de la *unidad del género humano* (presente, por ejemplo, en el pensamiento de Francisco de Vitoria y de Bartolomé de Las Casas, pioneros en la postura contra la opresión). El principio fundamental de la igualdad y no-discriminación es uno de los pilares básicos del *corpus juris* de la protección internacional de los derechos humanos. El referido principio ha sido reconocido por la conciencia humana a lo largo de la historia, desde la época de la escuela peninsular ibérica hasta nuestros días.

Tanto F. Vitoria como F. Suárez propugnaron por la *igualdad* tanto entre las naciones como entre los individuos. Para ambos, Vitoria e Suárez, la comunidad internacional era de hecho una comunidad, de Estados iguales. El *principio de la igualdad* era fundamental para ambos, Vitoria y Suárez (entre otros de la escuela ibérica), – no habiendo razón jurídica alguna o justificativa para la desigualdad entre los individuos o entre los Estados²⁹. Ambos destacaron las relaciones entre la igualdad y la justicia, y sus enseñanzas – también en este particular – se han mostrado perennes, resistiendo a la erosión del tiempo.

au droit des gens - L'accès des individus à la justice internationale: Le regard d'un juge, Paris, Pédone, 2008, pp. 7-184.

²⁷ Cf., sobre la materia, las resoluciones de la Asamblea General 61/39, del 18.12.2006; 62/70, del 06.12.2007; 63/128, del 11.12.2008; 64/116, del 16.12.2009; 65/32, del 06.12.2010; 66/102, del 09.12.2011; 67/97, del 14.12.2012; 68/116, del 16.12.2013; 69/123, del 10.12.2014; y 70/118, del 14.12.2015.

²⁸ Cf., en este sentido, A.A. Cançado Trindade, "Foundations of International Law: The Role and Importance of Its Basic Principles", in *XXX Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* – OEA (2003) pp. 359-415.

²⁹ Cf., v.g., J. Brown Scott. *The Catholic Conception of International Law* [Francisco de Vitoria and Francisco Suárez], Clark, N.J., Lawbook Exchange Ed. 2008, pp. 25, 130, 137-142 y 239.

Sin embargo, no deja de ser parad3jico, sino tr3gico, constatar que los avances, en los dos 3ltimos siglos, en el dominio del conocimiento cient3fico y tecnol3gico, hayan generado desigualdades recurrentes entre los seres humanos, como pone de manifiesto la concentraci3n – en lugar de la distribuci3n – de la riqueza en las manos de pocos, con una consiguiente marginaci3n social de los segmentos m3s amplios de la poblaci3n. La insuficiente atenci3n dedicada por la doctrina jur3dica, hasta el presente, al principio b3sico de la igualdad y no discriminaci3n, encu3ntrase lejos de guardar proporci3n con la importancia fundamental de tal principio, tanto en la teor3a como en la pr3ctica del Derecho.

En las 3ltimas d3cadas, la igualdad y no-discriminaci3n pasaron a ser invocadas en relaci3n con individuos y grupos de individuos en situaci3n de vulnerabilidad, en las m3s variadas circunstancias. Las bases para atenderlos y protegerlos ya se encuentran – desde mediados del siglo XX – en instrumentos jur3dicos b3sicos como la Declaraci3n Universal de los Derechos Humanos de 1948³⁰, la Carta de las Naciones Unidas de 1945³¹. En efecto, el Derecho de Gentes, y, m3s particularmente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se ha confrontado con formas distintas y sucesivas de discriminaci3n, y la prohibici3n de esta 3ltima continua a tener vigencia en nuestros d3as. El combate a la discriminaci3n parece, en 3ltima instancia, tal como le ocurr3a a S3sifo, un trabajo o una lucha sin fin.

La gradual consolidaci3n, en las 3ltimas d3cadas del siglo XX, de los sistemas de protecci3n internacional de los derechos humanos, ha puesto de relieve la creciente concientizaci3n del principio, – pilar b3sico de todos estos sistemas de protecci3n, – del respeto de la dignidad humana, contribuyendo as3 a la prevalencia del principio de la igualdad y no-discriminaci3n. Determinadas expresiones han aflorado sucesivamente, tales como, e.g., “igualdad ante la ley”, “igual protecci3n de la ley”, y “no-discriminaci3n por fuerza de ley”, en esta secuencia. Subyacentes a ellas se encuentran los valores humanos; la cristalizaci3n de la expresi3n “igualdad ante la ley” se debe a su presencia marcante en el derecho p3blico interno comparado. Estas expresiones han venido a asociarse a las obligaciones correspondientes del Estado, consagradas en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos hoy existentes.

A partir de entonces, el principio b3sico de la igualdad y no-discriminaci3n ha venido a tener una incidencia en sectores distintos de las relaciones humanas, y ha logrado avances en la eliminaci3n de la discriminaci3n racial (final de los a3os sesenta y d3cada de los setenta), en la promoci3n de la igualdad entre los sexos (final de los a3os setenta y d3cada de los ochenta), en la protecci3n de las personas desplazadas (final de los a3os ochenta y d3cada de los noventa).

³⁰ Cuyo art3culo 1 proclama: - “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como est3n de raz3n y conciencia, deben comportarse fraternalmente unos con los otros”.

³¹ Que comienza afirmando la determinaci3n de los “pueblos de las Naciones Unidas” a “reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y en el valor de la persona humana, en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres as3 como de las naciones grandes y peque3as” (segundo p3rrafo del pre3mbulo).

Desde entonces (fines de los años noventa) y hasta el presente, concéntrase en los desafíos de la condición de las personas más recientemente afectadas por el empobrecimiento, de las víctimas de disturbios y conflictos internos, y de los migrantes indocumentados.

A fin de cuentas, el principio básico de la igualdad y no-discriminación encuéntrase en los fundamentos del propio Derecho de las Naciones Unidas, así como en los de los sistemas regionales de derechos humanos dotados de tribunales internacionales de derechos humanos. Estos últimos (Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, y Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos), establecidos por Convenciones regionales de derechos humanos, operan en continentes distintos en el ámbito de la universalidad de los derechos humanos.

El Principio de Humanidad en Su Amplia Dimensión

Habiendo señalado la importancia de los principios fundamentales (sección X, *supra*), destacando el principio fundamental de la igualdad y no-discriminación (sección XI, *supra*), no podría dejar de agregar una breve reflexión sobre la amplia dimensión del *principio de humanidad*. Siempre lo he tenido presente, en mi labor tanto en la CtIADH como en la CIJ. En la CtIADH abordé el principio de humanidad *Lato Sensu* en la solución judicial de distintos casos, como, v.g., en mi Voto Razonado en el caso de la *Masacre de Plan de Sánchez*, atinente a Guatemala (uno de un patrón de 626 masacres) (Sentencia del 29.04.2004), en el cual mostré el reconocimiento judicial del principio de humanidad en la jurisprudencia tanto de la CtIADH como del Tribunal Internacional *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia (TPIY) (párrs. 9-23).

Ponderé, en aquel Voto Razonado, que dicho principio se identifica con el propio fin de los ordenamientos jurídicos tanto nacional como internacional, al reconocer la inalienabilidad de todos los derechos inherentes a la persona humana (párr. 17). El mismo principio de humanidad, – concluí en el supracitado Voto Razonado en el caso de la *Masacre de Plan de Sánchez*, – tiene también incidencia en el dominio del Derecho Internacional de los Refugiados, como revelado por los hechos del *cas d'espèce*, envolviendo masacres y la política estatal de “*tierra arrasada*”, i.e., la destrucción y el incendio de hogares, que generaron un masivo desplazamiento forzado de personas (párr. 23)³². En suma, el reconocimiento del principio de humanidad se hizo presente en la *jurisprudence constante* de la CtIADH, que sostiene que él se aplica con aún más fuerza cuando las personas se encuentran en una “*situación agravada de vulnerabilidad*”³³.

³² Este Voto, entre otros, encuéntrase reproducidos *in: Judge A.A. Cançado Trindade – The Construction of a Humanized International Law – A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, vol. I (Inter-American Court of Human Rights), Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, pp. 9-852.

³³ CtIADH, Sentencias en los casos de *Maritza Urrutia versus Guatemala*, del 27.11.2003, párr. 87; de *Juan Humberto Sánchez versus Honduras*, del 07.06.2003, párr. 96; y de *Cantoral Benavides versus Perú*, del 18.08.2000, párr. 90; y cf. caso de *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, del 25.11.2000, párr. 150. – Para un estudio reciente sobre la protección de los vulnerables,

En los siete últimos años, en el seno de la CIJ, con fidelidad a mi propia concepci3n, he continuado a desarrollar mis reflexiones sobre el principio de humanidad *Lato Sensu* en sucesivas Sentencias y decisiones de la CIJ. Así lo he hecho, entre otros, en mi Voto Disidente (párrs. 24-25 y 61) en el caso de la *Obligaci3n de Procesar o Extraditar* (Bélgica *versus* Senegal, medidas provisionales, *Ordonance* del 28.05.2009); en mi Voto Dissidente (párrs. 116, 118, 125, 136-139 y 179) en el caso de las *Imunidades Jurisdiccionales del Estado* (Alemania *versus* Itália, demanda reconvenional, *Ordonance* del 06.07.2010); en mi extenso Voto Razonado (párrs. 67-96 y 169-217) en la Opini3n Consultiva sobre la *Declaraci3n de Independencia de Kosovo* (del 22.07.2010); en mi Voto Razonado (párrs. 93-106 y 107-142) en la Sentencia (del 30.11.2010) en el caso *A.S. Diallo* (fondo, Guinea *versus* R.D. Congo); en mi contundente Voto Disidente (párrs. 65-84, 523 y 529-530) en la Sentencia (del 03.02.2015) en el caso de la *Aplicaci3n de la Convenci3n contra el Genocidio* (Croacia *versus* Serbia)³⁴.

Mi entendimiento, tal como lo he reiterado en este último Voto Disidente, ha sido siempre en el sentido de que

“El principio de humanidad, en línea con el pensamiento secular del derecho natural, es una emanaci3n de la conciencia humana, proyectándose en el derecho internacional tanto convencional como consuetudinario. El tratamiento dispensado a los seres humanos, en cualesquiera circunstancias, debe estar conforme al *principio de humanidad*, que permea todo el *corpus juris* de la protecci3n internacional de los derechos de la persona humana (abarcando el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y el Derecho Internacional de los Refugiados), convencional así como consuetudinario, en los niveles tanto global (Naciones Unidas) como consuetudinario, en los niveles tanto global (Naciones Unidas) como regional. El principio de humanidad, frecuentemente invocado en el dominio del Derecho Internacional Humanitario, se extiende así tambi3n al Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (párr. 69)³⁵.

cf. A.A. Cançado Trindade, *A Prote3o dos Vulnerveis como Legado da II Conferncia Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)*, Fortaleza/Brasil, IBDH, 2014, pp. 13-356.

³⁴ Votos (hasta fines de 2013) reproducidos in: Judge A.A. Cançado Trindade – *The Construction of a Humanized International Law – A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, tomo II (Corte Internacional de Justicia), *op.cit. supra* n. (1), 2014, pp. 853-1876.

³⁵ Y cf., en este sentido, A.A. Cançado Trindade, “Some Reflections on the Principle of Humanity in Its Wide Dimension”, in *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law* (eds. R. Kolb y G. Gaggioli), Cheltenham, E. Elgar, 2013, pp. 188-197. Y cf. tambi3n, A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario – Aproximaciones y Convergencias*, Ginebra, CICR, [2000], pp. 1-66.

El principio de humanidad permea, – agregué, – todo el *jus gentium*, buscando proteger todas las personas (inclusive y en particular las más vulnerables), – un *jus gentium* concebido ya por sus “padres fundadores” (como F. de Vitoria y F. Suárez) como “regulando la comunidad internacional constituida por seres humanos socialmente organizados en los Estados (emergentes) y co-extensiva con la humanidad, conformando así el derecho *necesario* de la *societas gentium*” (párr. 73).

El principio de humanidad se aplica, pues, en todas y cualesquiera circunstancias, – en tiempos de conflicto armado así como de paz, en las relaciones entre el poder público y las personas bajo la jurisdicción del Estado en cuestión, y tiene una incidencia especial en situaciones en que las personas padecen de gran vulnerabilidad o indefensión (párrs. 65 y 68). En resumen, – agregué en mi Voto Disidente en el referido caso de la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio* (2015), – toda persona debe ser respetada por el simple hecho de pertenecer a la humanidad; por consiguiente, el principio de humanidad, en mi concepción, permea todo el *corpus juris gentium* (párrs. 84 y 523).

Al volverse a la protección de los seres humanos, el *corpus juris* muéstrase esencialmente *orientado hacia las víctimas* (párr. 529). Y, al concluir, ponderé que

“la propia Carta de las Naciones Unidas profesa la determinación de asegurar respeto por los derechos humanos en toda parte; el principio de humanidad, – en línea con el secular pensamiento jusnaturalista (*recta ratio*), – permea del mismo modo el Derecho de las Naciones Unidas. (...) El principio de humanidad, además, ha contado con reconocimiento judicial, de parte de los tribunales internacionales de derechos humanos así como los tribunales penales internacionales contemporáneos” (párr. 530).

Consideraciones Finales

Al final de mis consideraciones, cabe recordar y tener siempre en mente que, ya en los siglos XVI y XVII, para los maestros de la escuela peninsular ibérica, el Estado no era un sujeto exclusivo del Derecho de Gentes, el cual abarcaba también los pueblos y los individuos, titulares de derechos propios. Ya en aquella época, hubo quienes alertaron, con valentía, que el emperador no era el señor del mundo (Francisco de Vitoria, Diego de Covarrubias y Leiva, Alonso de Veracruz, Luis de Molina). Los “padres fundadores” del Derecho de Gentes tuvieron en mente la humanidad como un todo. Estaban sembradas las semillas de lo que se prenunciaba como un verdadero *derecho común de la humanidad*, en esta evolución inicial del *jus gentium*, a partir del pensamiento humanista de la escuela peninsular ibérica.

La Universidad, en sus orígenes medievales, bajo la influencia del clero, tomaba el conocimiento como revelado, y era poco propensa a cuestionamientos. Con el advenimiento del Renacimiento, pasó ella a trascender el conocimiento escolástico clásico, con lo que comenzó a florecer el pensamiento humanista,

que encontró en la escuela peninsular ibérica sus exponentes que hicieron emerger el nuevo *jus gentium*. A ese respecto, me permito mencionar que, en el caso emblemático de la *Universidad de La Cantuta versus Perú*, decidido por la CtIADH (Sentencia del 29.11.2006), ponderaré, en mi Voto Razonado, que, a lo largo de los siglos, se atribuyó a la Universidad “el carácter de *alma mater* (‘madre nutricia’, *alma* del latín *alere*, significando alimentar y hacer crecer), como generador y promotor de ideas y conocimiento”, de modo a transformar así el ser humano, y capacitarlo a responder a los desafíos del mundo en que vive (párrs. 12 y 39). Tal como originalmente concebida, – concluí, – la *Universitas* vino prestar servicios a la *humanitas*³⁶, como centro del cultivo e irradiación de la cultura, de la investigación y la libre circulación de ideas, de la enseñanza y de la transmisión de la cultura, de tanta importancia para la propia vida (párrs. 41-42).

En los siglos XVI y XVII, la escuela peninsular ibérica³⁷ dio testimonio elocuente de la sabiduría perenne del libre pensamiento, propio del Renacimiento, centrado en la persona humana, que caracterizó el aflorar del *Derecho de Gentes*. Además, se mostró abierta inclusive al examen de conciencia por parte de sus maestros, en plena época de las conquistas en el “Nuevo Mundo”. Las Universidades españolas y portuguesas que la componían se mostraron admirablemente abiertas al libre pensamiento y a las ideas básicas y esenciales que he tratado de identificar en este discurso (*supra*). Sus maestros expresaron los serios cuestionamientos de la legalidad, legitimidad y moralidad de las conquistas en el “Nuevo Mundo”, a partir de una óptica esencialmente humanista. Surgía el Derecho de Gentes, imbuido del espíritu de la justicia universal, y centrado en la persona humana.

Muy significativamente, hubo maestros de la escuela peninsular ibérica de pensamiento (Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Melchor Cano, Martín de Ledesma, Fernando Pérez, Luis de Molina, Pedro Simões, Bartolomé de Las Casas, Manuel da Nóbrega) que rechazaron los sofismas de pretendidas diferencias “civilizacionales” y/o “culturales”³⁸, que buscaban el dominio con la opresión, o la guerra, o la esclavitud. Para ellos, eran inaceptables títulos de conquista y ocupación en medio a crímenes y “leyes inicuas y vergonzosas” (José de Acosta). El misionero António Vieira predicó que no es la justicia que depende de la paz, “sino la paz de la justicia”. En el pensamiento de los maestros de la escuela peninsular ibérica, se tornó posible vislumbrar el *jus gentium* probablemente en su acepción más perfeccionada, destacando la importancia de la *solidaridad humana*.

³⁶ Cf., al respecto, A.A. Cançado Trindade, “*Universitas and Humanitas: A Plea for Greater Awareness of Current Challenges*”, in *International Journal for Education Law and Policy* – Brussels/Antwerp (2013 – Special Issue: Dignity in Education [Proceedings of the II World Conference on the Right to Education]) pp. 7-16.

³⁷ Congregando las Universidades de Salamanca, Coimbra, Évora, Valladolid y Alcalá de Henares.

³⁸ Para un estudio crítico reciente al respecto, cf. A.A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2015, cap. II (“Reflexões Críticas sobre a Referência a ‘Nações Civilizadas’ no Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça”), pp. 69-137.

Considero enteramente apropiado rescatar las enseñanzas de esta escuela de pensamiento acerca de un derecho impersonal que es el mismo para todos, – no obstante las disparidades de poder, – y que sitúa la solidaridad humana por encima de la soberanía, y que somete los diferendos al juicio de la *recta ratio*. El resurgimiento – que sostengo firmemente – en nuestros tiempos de esas enseñanzas clásicas, que además propugnan por una amplia concepción de la personalidad jurídica internacional (incluyendo los seres humanos y la humanidad como un todo), puede ciertamente ayudarnos a abordar más adecuadamente los problemas con que se enfrenta el Derecho Internacional contemporáneo, moviéndonos hacia un nuevo *jus gentium* del siglo XXI, el Derecho Internacional para la humanidad³⁹.

Todos los que luchamos por la construcción de un Derecho Internacional verdaderamente *universal*, y por la salvaguardia, en cualesquiera circunstancias, de los derechos inherentes a la persona humana, anteriores y superiores al Estado, reverenciamos el legado de las enseñanzas de los maestros de la escuela peninsular ibérica. Tales enseñanzas se han mostrado perennes y se revisten de gran importancia en la actualidad. En efecto, más de una época de transformaciones, vivimos actualmente una *transformación de época*, pero las aspiraciones humanas – de un mundo más justo y solidario – han permanecido las mismas a lo largo de los siglos, desde las enseñanzas humanistas de los maestros de aquella escuela hasta nuestros días.

El mundo contemporáneo es ciertamente distinto del mundo de los “fundadores” del Derecho de Gentes; no obstante, es notable que la aspiración humana a una unidad armónica de la humanidad, como ya he señalado, permanezca la misma. A mi modo de ver, el Derecho Internacional simplemente no puede hacer abstracción de esa aspiración, siendo hoy llamado a proveer respuestas a cuestiones que ningún Estado, aisladamente, puede tratar de modo adecuado o satisfactorio, y que atañen a la humanidad como un todo.

En un mundo como el nuestro, hoy marcado por una profunda crisis de valores, tórnase imperativo recurrir al pensamiento de los “fundadores” de la disciplina. En un mundo como éste en que vivimos, donde los apologistas del uso de la fuerza buscan inventar “doctrinas” espurias, olvidándose enteramente del sufrimiento de las generaciones pasadas y de los avances difícilmente alcanzados por el Derecho Internacional, – parece sumamente necesario rescatar las enseñanzas imperecederas de los clásicos de la escuela peninsular ibérica (*supra*), apuntando, en convergencia, a un Derecho Internacional *necesario* (y no simplemente voluntario), y a una justicia *objetiva*, que dá expresión a valores universales. Al final de nuestro recorrido, constatamos que la solidaridad humana está efectivamente por encima de la soberanía, y la conciencia ciertamente por encima de la voluntad.

³⁹ Cf. nota (12), *supra*.

Que sean mis últimas palabras para reiterar mi gratitud a las autoridades, Catedráticos y Profesores de la Universidad Autónoma de Madrid (U.A.M.), por su gentileza en organizar este acto académico, de tanta significación para mí, y del cual jamás me olvidaré. En esta ceremonia me permití concentrarme en los clásicos de la escuela peninsular ibérica de pensamiento, – que me han acompañado hace tantos años, – y que me parecen permanecer tan contemporáneos hoy día como cuando fueron inicialmente escritos, hace cinco siglos. Por eso son clásicos, permanecen actuales.

El mensaje de estos clásicos, desde su enfoque esencialmente humanista, es claro: a) la posición central de persona humana en el derecho de gentes; b) el vínculo ineludible entre lo jurídico y lo ético; c) la búsqueda del bien común; d) la importancia de los principios generales del derecho; e) la universalidad del derecho de gentes; f) la prevalencia de la conciencia humana (*recta ratio*) sobre la “voluntad” de los sujetos de derecho; g) la conciencia jurídica universal como fuente *material* última del derecho de gentes; y h) la prevalencia de la razón de humanidad sobre la *razón de Estado*. Muchas gracias a todos los presentes por la fina atención con que me han distinguido.

Madrid, 20 de mayo de 2016.

A.A.C.T.

Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro

Antônio Pereira Gaio Júnior¹

Resumo

Trata o presente artigo da análise do modelo de vinculação às decisões judiciais representado na figura dos Precedentes Judiciais, a experiência brasileira com tal modelo bem como o regramento deste conteúdo no âmbito do novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Precedentes judiciais; Novo Código de Processo Civil; verticalização das decisões judiciais; isonomia; previsibilidade.

Resumen

El presente artículo analiza el modelo de vinculación a las decisiones judiciales representados en la figura del precedente judicial, la experiencia brasileña con un modelo de este tipo, así como el establecimiento de reglas de este contenido con el nuevo Código de Procedimiento Civil.

Palabras clave: Precedente judicial; Nuevo Código de Procedimiento Civil; verticalización de las decisiones judiciales; isonomía; previsibilidad.

Noções introdutórias

O presente estudo centra-se na figura dos Precedentes Judiciais enquanto fenômeno jurídico voltado a uma possível verticalização das decisões judiciais bem como em contributo ao prestígio de uma razão prática previsível e isonômica da prestação jurisdicional, sobretudo diante de novatas disposições

¹ Pós-Doutor em Direito (Universidade de Coimbra/PT). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos (*Ius Gentium Conimbrigael* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-PT). Doutor em Direito (UGF). Mestre em Direito (UGF). Pós-Graduado em Direito Processual (UGF). Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual – IIDP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro da *International Bar Association* – IBA. Membro Efetivo da Comissão Permanente de Direito Processual Civil do IAB-Nacional. Advogado. www.gaiojr.com - jgaio@terra.com.br

alçadas em um novo estatuto processual civil representado pela Lei n.13.105 de 16.03.2015.

A temática ora em destaque, como despiciendo, enfrentará a utilização, eficácia e efetividade dos precedentes nos sistemas *civil law* e *common law*, objetivando demonstrar os principais nuances, tratamentos, métodos e operacionalidade nestes diversos ambientes.

Por tudo, vale notar que encontramos, atualmente, às voltas com um Poder judicante em sede pátria, imerso a um verdadeiro colapso, seja em número de demandas judiciais propostas e recursos em interpostos (hoje na casa dos 96 milhões de processos ocupando as prateleiras forenses), como em material humano e gestão, a despeito do importante e notável papel desempenhado pelo Conselho Nacional de Justiça no tocante à atribuição do “pensar” administrativo em vistas do Serviço Público da Justiça brasileira.

Daí que, o aproximar das culturas jurídicas daria azo a um possível minoramento das questões a que estamos envolvidos?

Tal como se vê no número excessivo de processos, acompanhado pela máquina de produção recursal que presenciamos hodiernamente, percebe-se de muito que boa parte das demandas em propositura se originam de conteúdos semelhantes, exigindo, por conseguinte, decisões em mesma monta, ou seja, em prestígio ao princípio da isonomia, cabendo aí o papel didático das decisões colegiadas nos juízos ad quem, ao experimentar em múltiplas causas dito problema, ponderando em sumular questões tidas como inquestionáveis naquele espaço temporal, de modo a se tentar consolidar a previsibilidade de seu pensamento, o que aliás possui – ou deveria possuir! – o direito enquanto ciência da vida: previsibilidade nas relações para promoção da segurança jurídica dos jurisdicionados.

Assim, neste ambiente patológico da discrepância de julgados, procura-se aqui visitar os sistemas supracitados e a conformidade de suas praxes, pontuando as características funcionais para o exercício da prestação judicante, traçando os respectivos perfis e com isso, compreender em melhor sentido, o possível novel exercício da prática decisória em sede do Novo Código de Processo Civil.

Os sistemas da *common law* e da *civil law*: breves notas

A Commom Law

O sistema da *common law*, é também conhecido por direito inglês ou direito anglo-saxão ou, ainda, direito da Grã-Bretanha. Contudo, tais expressões poderiam ser consideradas espécies do gênero *common law*, uma vez que fazem parte deste sistema, assim como demonstram peculiaridades históricas do direito nascido na comunidade britânica.²

² PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a common law, civil law e o precedente judicial*. <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em 14.02.2016.

Com o propósito de elucidar as origens do sistema da *common law*, observa René David, que a evolução deste sistema divide-se em períodos distintos. Com efeito, inicialmente foi regido sob a égide do direito anglo-saxônico, expressão cunhada em razão das tribos que dividiam a grande ilha – anglos, saxões e dinamarqueses. Apesar do povo inglês estar submetido a um único soberano, o direito era fracionado, guardando a característica de direito local.³

O direito comum, designado *common law*, iniciou seu desenvolvimento na Inglaterra no ano de 1066, através dos Tribunais Reais (Tribunais de Westminster), que eram, em princípio, cortes de exceção, tendo em vista que a intervenção do Rei em julgamentos somente se justificava em casos especiais, bem como o processo tinha seu curso marcado pela forma como a demanda era conduzida. Esse cenário sofre modificações paulatinas e a jurisdição se expande sobre àquela desenvolvida pelas cortes senhoriais.⁴

Visando evitar a expansão dos poderes do Rei através da jurisdição dos Tribunais, estabeleceu-se no Estatuto de Westminster II, de 1285, que os Tribunais Reais só concederiam *writs* em hipóteses em que já houvesse casos semelhantes decididos (precedentes) vedando-se, então, a criação de novas ações.⁵

Ainda, na esteira de René David, a cada writ corresponde, de fato, um dado processo que determina a sequência dos atos a realizar, a maneira de regular determinados incidentes, as possibilidades de representação das partes, as condições de admissão das provas e as modalidades da sua administração, e os meios de fazer executar a decisão.⁶

Neste passo, é importante destacar que fica consagrada a expressão “*remedies precede rights*”. Assim, era patente a presença de um direito formalista, apegado a regras processuais que conduziam a produção jurisprudencial da época.

O excesso de formalismo da época, contudo, acabou por causar um certo desprestígio ao direito da *common law*, abrindo espaço para o surgimento de uma nova forma de solução dos conflitos. Desse modo, após a grande expansão da *common law*, sentida no século XIII, surge sistema rival, a *equity*, buscando solucionar as injustiças perpetradas pela *common law*. Criou-se, pois, uma forma de recorrer ao soberano quando a decisão dada pelos Tribunais de Westminster não satisfizesse as partes. Este recurso deveria ser apreciado pelo confessor do Rei, chamado Chanceler (Cousellor). Todavia, os casos excepcionais que deveriam ensejar tal recurso passaram a se tornar tão comuns que possibilitaram o desenvolvimento desta jurisdição paralela a ponto de gerar celeuma na justiça britânica. Esta foi resolvida através de pacto selado entre os Tribunais da *common law* e a jurisdição do Chanceler, fazendo coexistir as duas formas de solução de conflitos no direito inglês.

³ Ibidem.

⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes. O desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.15.

⁵ Idem, p.17.

⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad.: Hermínio A. Carvalho. 4.ed.São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.289.

Por derradeiro, destaca-se o período moderno, marcado sobretudo pelas reformas do século XIX, e, também, pelo triunfo das idéias democráticas e influência de JEREMY BENTHAM. Nada obstante, a organização judiciária sofre profundas alterações nos anos de 1873-1875 pelos *Judicature Acts* que consolidaram o término da cisão entre os tribunais da *common Law* e da *equity*, cada qual podendo aplicar regras de uma ou outra jurisdição indistintamente.⁷

Diante das condições históricas do desenvolvimento, depreende-se que a jurisprudência foi a principal fonte irradiadora de normas do direito inglês.

No que se refere à experiência dos Estados Unidos, desde a época de sua colonização, vigora o sistema baseado no *case law*.

O direito norte americano também se desenvolveu com bases na *common law* por terem sido os primeiros núcleos de povoamento dos Estados Unidos formados por ingleses. Todavia, a opção pelo *judge made Law* sofreu uma resistência inicial, sendo superado após a percepção de que suas normas favoreciam a proteção das liberdades públicas contra o absolutismo real.

Por diversas razões, durante o século XVIII, o direito dos Estados Unidos distanciou-se da antiga tradição jurídica da Grã-Bretanha, entre elas o fato de ter sua estrutura constitucional assentada no federalismo e na rígida divisão de poderes, o que acarretou ao ordenamento jurídico norte-americano, profundos contrastes em relação ao direito inglês.⁸

O direito norte-americano, apesar de fragmentado seguiu a experiência jurídica britânica até a promulgação da Constituição dos Estados Unidos em 1787, o que representou um marco no seu direito.

Quando da elaboração da Carta, nenhum dos membros da Convenção negou a manutenção do caráter de soberania aos treze estados norte-americanos.

Assim, o que se observa é que a Constituição Norte-americana não emanou do povo, e sim, do pacto entre entidades soberanas. Dessa forma, conferiram ao Governo Central somente os poderes expressamente enumerados no instrumento constitucional, mantendo-se a autoridade não transferida ao Governo Federal com os próprios estados, o que faz com que o sistema constitucional americano se baseie numa divisão de poder entre o Governo Federal e os estados. Os poderes não concedidos aos Estados Unidos eram reservados aos estados.⁹

Contudo, não se deve concluir que a autoridade federal na Constituição americana se limita ao que é expressamente concedido no instrumento político, tendo em vista que não descreve minuciosamente sua autoridade, o que faz com que possua não somente os poderes que lhe são específica ou expressamente outorgados, como também os que são apropriados e necessários

⁷ PORTO, doc cit.

⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p.105.

⁹ SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Forense: Rio de Janeiro, 1955, p.47-49.

ao exercício efetivo dos poderes expressos. Poder enumerado não significa poder limitado.¹⁰

A divisão de poder entre Governo Federal e Governos estaduais estabelecidos pela Constituição Federal ficou reconhecida pela doutrina como federalismo dualista, cujos ocupantes governamentais se defrontam como autoridades absolutamente iguais. Como a própria Constituição não se preocupou em definir os limites entre a autoridade federal e a estadual, a resolução dos conflitos entre as mesmas bem como a determinação da maioria dos casos constitucionais no sistema americano fica a cargo do Poder Judiciário.

A simples leitura da Constituição, que foi elaborada no momento da criação do Estado norte-americano, em 1787, deixa evidente que se pretendeu dar ao Judiciário a condição de Poder do Estado, equivalente aos demais. Foi assegurada plena autonomia ao Poder Judiciário, com a possibilidade de atuação muito ampla, o que foi e tem sido intensamente aproveitado pelos juízes.¹¹

Na visão de Schwartz, a consagração do Judiciário como verdadeiro Poder tornou-se definitiva com o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, após voto magistral do então presidente da Corte, John Marshall, afirmando assim, a doutrina do amplo poder de controle judiciário sobre atos do Executivo e do Legislativo, através de interpretação das normas constitucionais, podendo até declarar nulos os atos dos demais Poderes julgados inconstitucionais.¹²

É importante ressaltar que no sistema da *common law*, a lei não é a mais importante fonte, sendo também respeitadas como fontes a jurisprudência, a razão, o costume e a doutrina, tanto é assim que a marca caracterizadora deste sistema se dá no direito baseado, primordialmente, nos usos e costumes consagrados pelos precedentes firmados através das decisões dos tribunais.

É assim, um Direito costumeiro-jurisprudencial, ao contrário do Direito continental europeu e latino-americano, filiado à tradição romanística, do Direito Romano medieval, no qual prevalece o processo legislativo como fonte de excelência das normas jurídicas.¹³

Ainda nesta toada, importante ponto característico do sistema da *common Law* é o da aplicabilidade da doutrina do *stare decisis* – decorrente de *stare decisis et no quieta movere* (cumprir as decisões e não criar distúrbio em relação a pontos já definidos).¹⁴

Trata-se de mecanismo onde as decisões proferidas pelos tribunais atuam como precedentes vinculantes relativamente às decisões de casos semelhantes.

¹⁰ Idem, p.53-54.

¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.93.

¹² SCHWARTZ. Ob.cit, p.93-94.

¹³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p.97-98 (nota 1).

¹⁴ “De qualquer forma, com ou sem constituição e leis escritas, o ponto fulcral dos Direitos inglês e norte-americano (e dos demais sistemas de Direito que pertencem à mesma família) continua sendo a *doctrine of stare decisis*. Este é o elemento definidor que o distingue da tradição romano-germânica.” RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes do Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.64.

Justifica-se comumente a presente doutrina através da igualdade, previsibilidade, economia e respeito. A aplicação da mesma regra a sucessivos casos similares resulta na inegável igualdade de tratamento entre os jurisdicionados, consistindo em obediência aos precedentes e ainda, contribuindo para a previsibilidade diante de futuras demandas sobre a mesma questão.

No entanto, como bem lembra Marinoni¹⁵, não há que se confundir *common law* com *stare decisis*, tendo em vista que a criação judicial do direito não constitui um pressuposto para aquele e que os costumes gerais que determinavam o comportamento dos *Englismen*, existiu, por vários séculos, sem *stare decisis* e *rule of precedent*.

Quando se diz que o juiz da *common law* cria o direito, não se está dizendo que sua decisão tem a mesma força e qualidade do produto elaborado pelo legislativo, porém se pode argumentar que por ter força obrigatória para os demais juízes constitui direito. O *common Law* considera o precedente como fonte de direito, o que não significa que o Judiciário tem o poder para criar o direito.¹⁶

A Civil Law

No que se refere ao sistema da *civil law*, tem-se que o desencadeamento da Revolução Francesa foi responsável pelo desenvolvimento de um sistema jurídico novo, em que o ordenamento fosse claro e completo, a fim de evitar qualquer influência do sistema anterior e a abertura de espaço para que os juízes interpretassem a lei. Era necessário subordinar o poder do juiz à nova ordem jurídica traçada pelos representantes do povo.

Acreditava-se que com uma legislação clara e completa o juiz não necessitaria interpretar a lei, pois estaria pronta para a aplicação e à solução dos conflitos. Em caso de obscuridade ou falta de lei, o Legislativo deveria ser chamado para realizar a interpretação autorizada.

Sendo assim, o civil law pode ser caracterizado pelo maior valor dado ao processo legislativo frente às demais fontes de direito, acentuando-se após a Revolução Francesa, momento em que a lei escrita passou a ser considerada como a única expressão autêntica por parte da nação, desenvolvida por meio da vontade geral da população.¹⁷

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.27,32.

¹⁶ Idem, p.38-39.

¹⁷ OLIVEIRA, Rodrigo de. *Evolução histórica dos precedentes nos sistemas de common law e civil law*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4794-evolucao-historica-dos-precedentes-judiciais-nos-sistemas-de-common-law-e-civil-law-1>>. Acesso em 14.02.2016.

A codificação, no entanto, não pode, *de per se*, explicar a distinção entre o common Law e o *civil law*, até mesmo porque, a produção legislativa nos países que adotam a *common law* ocorre em relevante escala.

Em verdade, o que diferencia os sistemas em destaque não é a Codificação ou a “completude” da legislação, e sim, significativamente, o que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-los.

Ao realizar-se a análise do comportamento dos magistrados submetidos ao sistema do *civil law*, na atualidade, o que se percebe é que diante das lacunas existentes na legislação, acaba ele por criar direitos, mas diferentemente dos juízes da *common law*, não se submete aquele magistrado às suas próprias decisões em casos futuros, casos estes que muitas vezes que se assemelham àquele anteriormente por ele julgado, levando-se, inegavelmente, a um intenso grau de incerteza jurídica bem como acentuada ausência de isonomia.

Enquanto a *common law* evoluiu possibilitando condições à realização da segurança jurídica aos seus jurisdicionados através do respeito às decisões pretéritas através da força vinculante atribuída a elas, o *civil law*, sob os ideais da Revolução Francesa, prendeu-se à codificação, de modo a não dar espaço à interpretação ou criação.

Contudo, a concepção dogmática de que o direito se restringe ao produto do legislativo, baseada na ideologia da Revolução Francesa e no dogma de Montesquieu da estrita separação dos poderes, não sobreviveu aos fatos históricos, à conformação diversificada dos sistemas jurídicos dos vários países do *civil law* e ao advento do constitucionalismo.¹⁸

O respeito à Constituição como lei maior do Estado passou a ser adotado a partir do momento em que se verificou que leis poderiam ser criadas de modo contrário aos interesses da população e aos princípios da justiça. Sentiu-se, então, a necessidade de introduzir os princípios nas Constituições a fim de que fossem resguardados, uma vez que, desse modo, passavam a estar acobertados pelo manto da rigidez, tendo em vista que a Constituição não pode ser modificada por lei ordinária.

Nesse ponto, possível é perceber uma aproximação dos sistemas em estudo, pois ao estar adstrito aos preceitos constitucionais, o juiz da *civil law*, ao interpretar a lei para aplicá-la, aproxima-se do juiz da *common law*.

A evolução do *civil law*, fundando-se no constitucionalismo, aproxima os dois sistemas, pois que aos órgãos julgadores foi dada função similar ao Poder Judiciário da *common law*, este que consiste no controle da lei a partir da Constituição.

¹⁸ No mesmo sentido, MARINONI, ob.cit.,p.41-42.

Teoria dos precedentes

Conceito

A denominação de Precedente, ainda que não se traduza, efetivamente, no pressuposto conceitual e interpretativo do que se pode compreender como tal,¹⁹ se pauta na relevância de se zelar pela igualdade de tratamento em face das decisões judiciais dentro de um Estado Constitucional, pois que nada nega tanto a igualdade quanto dar a quem já teve um direito violado ou sofre iminente ameaça de tê-lo, uma decisão em desacordo com o padrão de racionalidade já definido pelo Poder Judiciante em querelas verdadeiramente idênticas.²⁰ Portanto, “*és un principio básico de La administración de justicia que los casos similares deben ser decididos de manera similar.*”²¹

Nisso, em um sentido objetivo, a decisão de um caso tomada anteriormente pelo Poder Judiciário constitui, para os casos a ele semelhantes, um Precedente Judicial. Neste sentido é que se observa, nitidamente e sem maiores esforços, que o Precedente Judicial existe, invariavelmente, em qualquer sistema jurídico.

¹⁹ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *O Conceito de Precedentes no Novo CPC*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/o-conceito-de-precedentes-no-novo-cpc/>>. Acesso em 12.03.2016.

É de se destacar que o conceito de Precedente bem como a definição de sua força vinculante, são pontos centrais para o seu funcionamento (cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Ob. cit., p.166-117). No entanto, fato é que sobre o próprio significado de precedente, ou seja, sua definição assume-se verdadeira imprecisão ou certo grau de indeterminação.

Conforme leciona Henry Paul Monaghan (Stare Decisis and Constitutional Adjudication. In: *Columbia. Law Review*, New York, Vol.88, n.4, May, 1988, p.763):

“*The meaning of precedent-the definitional problem – assumed obvious importance in English law given the long refusal of the House of Lords to overrule its precedents. And not surprisingly, in the common-law context divergent concepts have been advanced.*”

Em sintonia com dita afirmativa, Marcelo Souza (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p.125) assenta que excetuando alguns pontos onde há certa concordância, “a doutrina diverge- e muito- na definição do que seja *ratio decidendi* e na escolha do método mais eficaz de identificá-la no bojo e um precedente judicial”.

No entanto, há de se reconhecer a necessária força do precedente para fazer valer, efetivamente, a aplicabilidade do princípio básico da isonomia perante as decisões judiciais, de modo a termos tratamento racional nas mesmas, em respeito às matérias de direito já julgadas para casos iguais ou similares.

Nisso, em relevante consideração sobre as variadas formas de como o precedente atua, Cross e Harris, apontam que “*puede ser simplemente una cierta inclinación a repetir lo que otroshanhecho antes, o puede ser el resultado de una obligación positiva impuesta a los jueces de acuerdo com lacuallos mismos deben seguir las decisiones previas em ausência de uma justificación para separarse de ellas.*” (CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *El precedente em el Derecho Inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p.23).

²⁰ No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 2 ed. São Paulo: RT, 2014, p.164.

²¹ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. Ob.cit., p.23.

No entanto, o que os difere são seus atributos, i.e., seu poder meramente declarativos ou criativos, seu caráter obrigatório ou tão somente persuasivo, e então, é nestes aspectos que se pautam os contornos atribuídos a ele em um determinado sistema jurídico.

Classificação

Podem os Precedentes Judiciais ser classificados nos seguintes termos:

- a) Precedentes Declarativos e Precedentes Criativos;
- b) Precedentes Persuasivos e Precedentes (absoluta ou relativamente)

Obrigatórios.

- Precedentes Declarativos e Precedentes Criativos:

Denomina-se declarativo o precedente que tão somente reconhece e aplica uma norma jurídica já existente, ao passo que o precedente criativo se traduz naquele que cria e aplica uma nova norma jurídica.

Assim, entende-se que no primeiro caso (precedente declarativo), a norma é aplicada porque já constitui Direito, enquanto que no segundo (precedente criativo), a norma se transforma em Direito para o futuro, pois que é agora aplicada.²²

Vale notar, ainda, que o precedente declarativo, sobretudo, nos sistemas jurídicos onde a imensa maioria das questões já se encontram reguladas por atos do Legislativo ou mesmo por decisões judiciais anteriores, se vê em prática mais comum, restando às decisões judiciais novas apenas declarar dito Direito preexistente.

Por outro lado, os precedentes criativos possuem uma importância ímpar, já que procuram criar o Direito onde ele ainda não existia, não obstante serem menos frequentes nos mais variados sistemas jurídicos.

Não obstante as particularidades, ambos os precedentes são fontes do Direito, cada qual dentro de suas peculiaridades aplicativas.

- Precedentes Persuasivos e Precedentes (absoluta ou relativamente) Obrigatórios²³

Quanto à classificação dos Precedentes em Persuasivos e Obrigatórios, a questão está em identificar qual o seu grau de autoridade, ou seja, a que ponto um determinado precedente influencia a decisão judicial de um respectivo caso semelhante.

²² SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente em el commom law*. Madri: Civitas, 1995, p. 231.

²³ Observa-se que a qualificação de um precedente como persuasivo, relativamente obrigatório ou absolutamente obrigatório, para cada caso a ser julgado, depende de fatores extrínsecos, tais como a hierarquia entre os tribunais do precedente e do julgamento e a real semelhança entre os dois casos, dentre outros, razão pela qual alguns autores, optam por não entenderem da utilidade na divisão em absoluto ou relativamente obrigatórios, reconhecendo apenas a existência de dois tipos de precedentes: obrigatório (verdadeiro precedente) e persuasivo.

É muito comum a classificação dos precedentes em persuasivos, relativamente obrigatórios e absolutamente obrigatórios.

Considera-se *persuasivo* o precedente quando o juiz de determinada demanda não se vê obrigado a segui-lo. Nisso, se tem por bem segui-lo, significa que está convencido de que o mesmo ali se aplica, estando certo, portanto, de sua significativa aplicabilidade ao caso em questão.

Insta destacar que o grau de convencimento de um precedente persuasivo, além de seu acerto ao caso em concreto, depende de vários outros fatores, tais como: a posição do tribunal que proferiu a decisão na hierarquia do Poder Judiciário, o prestígio do Juiz condutor da decisão, a data da decisão, se foi unânime ou não, a boa fundamentação, dentre outros.

Temos que, em se tratando de Direito brasileiro, os precedentes, em regra, são de caráter persuasivo, o que, certamente, tende-se, pelo novel Código de Processo Civil, à remodelação deste panorama, conforme se verá mais adiante em item próprio.

Quanto ao denominado *precedente relativamente obrigatório*, este se dá quando o órgão judicial tem o poder de afastá-lo, desde que existam, verdadeiramente, fundadas razões para tanto.

Neste caso, a proposição prevista no precedente é tão incorreta que, no interesse da administração da Justiça, deve ser rejeitada.

Conforme sustenta Victoria Sesma²⁴, um precedente pode ser considerado incorreto, deixando aí de ser aplicado, diante das seguintes ocorrências:

Quando é contrário ao Direito e quando é contrário à razão. É contrário ao Direito quando já existe uma norma jurídica estabelecida sobre o ponto em questão e o precedente não se conforma com ela. O segundo caso (ser contrário à razão) acontece quando não há Direito declarado que possa ser seguido e os tribunais podem fazer o Direito para essa ocasião. Ao fazê-lo, a sua obrigação é seguir a razão e, na medida em que errarem ao fazê-lo, suas decisões são incorretas e os princípios estabelecidos nela têm o caráter de autoridade defeituosa.

Por fim, no que se refere ao *precedente absolutamente obrigatório*, considera-se este como o que deve ser seguido, ainda que o órgão judicial do caso a ser julgado e vinculado a aplicá-lo, o considere incorreto ou irracional. Além-se ao precedente judicial e não se move o que está quieto, justificando em tudo o brocardo no *stare decisis (stare decisis et non quieta movere)*.

Insta destacar ainda a possibilidade de um específico precedente ser obrigatório para um determinado caso e persuasivo para outro. Nisso, temos como exemplo a situação em que o precedente de uma determinada corte obriga as cortes inferiores a ela, mas não as superiores.

²⁴ Ibidem.

Ratio decidendi. Obter dictum.

Para Tucci²⁵ e a nosso ver, com acerto, a *Ratio Decidendi* ou *holding*, “é a tese jurídica suficiente a decidir o caso concreto (*rule of law*), e não a parte dispositiva da decisão, que produz eficácia vinculante e que deve nortear a interpretação judicial em momento posterior.”

Nestes termos, trata-se daquilo que deve ser considerado como a força matriz para a efetiva decisão, as razões de decidir, ou seja, as razões de direito que podem ser consideradas para fins de fundamentação do *decisum*.²⁶

No que toca a *Obter Dictum*, sua indicação não em tudo, de fácil aceção, dado o seu atrelamento com a *ratio decidendi*. Todavia, prevalece o entendimento de que seria ela relativa as questões secundárias, discutidas para se formar a *ratio*. Pode se apresentar de diversas formas, *v.g.*, aquelas não necessárias ao resultado da decisão ou as que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes buscou atingir, daí são questões que de fato não estão sendo decididas ou sobre as quais a Corte não foi chamada a decidir, mas que para chegar a *ratio* necessita passar pelas mesmas.²⁷

Por tudo, são conteúdos mencionados no corpo de uma decisão judicial, mas que não são consideradas pelo juiz quando de sua atividade cognitiva, *i.e.*, reflexões que fazem parte do raciocínio do julgador, mas que não podem ser consideradas isoladamente, como justificativa para a conclusão judicial. São elementos que servem de reforço argumentativo.²⁸

Dito isso, para melhor compreensão, poderíamos assentar o seguinte exemplo:

O art. 53 do Código de Defesa do Consumidor impede que, nos contratos de compra e venda de imóveis, seja estabelecida a perda total das prestações em benefício do credor, caso haja inadimplemento do adquirente. Num contrato celebrado no ano de 1988 houve inadimplemento por parte do compromissário comprador. A construtora pleiteia em juízo a resolução do contrato e a perda das prestações que o adquirente moroso desembolsou até então. Questão relevante, no caso *sub judice*, é saber se o Código de Defesa do Consumidor incide nos contratos celebrados antes do seu advento. O tribunal afirma que, veiculando normas de ordem pública, a Lei Federal n. 8.078/1990 pode reger negócios pretéritos. E vai além, frisando que, mesmo que se entendesse inaplicável o Código de Defesa do Consumidor em face de anterioridade do compromisso, a perda das prestações

²⁵ TUCCI, Ob.cit., p.100-101.

²⁶ No mesmo sentido, ver LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.171-172.

Dentro da mesma questão, vale reproduzir o que já fora assentado em notas anteriores, agora sob a temática da *ratio decidendi*, onde vale acentuar que, excetuando-se alguns pontos onde há certa concordância, “a doutrina diverge- e muito- na definição do que seja *ratio decidendi* e na escolha do método mais eficaz de identificá-la no bojo e um precedente judicial”. (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Ob. cit.*, p.125).

²⁷ Os pronunciamentos que dizem respeito a pedido não formulado e a causa de pedir não invocada são, para Marinoni, inegavelmente, *obter dicta*. Cf. MARINONI, *Precedentes...*, p.279.

²⁸ Em mesma sintonia, ver LIMA, ob.cit., p.171.

teria natureza penal compensatória, havendo lugar para a redução a que alude o art. 413 do Código Civil.

Supondo estarmos em um sistema de precedentes, apenas a tese da efetiva aplicabilidade do Código do Consumidor aos contratos pretéritos seria obrigatória. A *ratio decidendi* seria: veiculando normas de ordem pública, a Lei Federal 8.078/1990 incide em negócios celebrados antes do seu advento. A aplicabilidade do art. 413 do CC foi afirmada *de passagem*, apenas para enriquecer a fundamentação e demonstrar que, ainda que não se aplicasse o Código de Defesa do Consumidor, estaria afastada a possibilidade de perda integral das prestações; seria, *in casu*, um *obiter dictum*.²⁹

Técnicas de confronto e de superação dos precedentes

Dentre as técnicas de confronto tem-se o *distinguishing* e a *transformation*.

Os precedentes, muito embora devam ter caráter universalizante, em casos distintos devem receber tratamento diferenciado. Este é realizado através da técnica da distinção do caso sob julgamento, o que permite o desenvolvimento do direito mediante a elaboração de novos precedentes que abarcam particularidades distintas.³⁰

Essa técnica é denominada *distinguishing* (método de confronto), sendo por meio desta que se faz a distinção entre os casos para efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. Para isso, é necessário que se faça a identificação da *ratio decidendi* do precedente, bem como sua delimitação. Raciocina-se do particular para o geral.

Não basta ao juiz apontar fatos diferentes sob o argumento de realizar a *distinguishing*, cabe-lhe, sim, argumentar para demonstrar que a distinção é material e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente.³¹

Isso não dá ao juiz ou ao tribunal o poder de manipular o precedente, como se pudesse deixar de aplicá-lo quando isso lhe conviesse. O fato de os juízes terem o poder de distinguir não significa que podem negar os precedentes quando lhes for conveniente.³²

A não aplicação do precedente pelo *distinguishing* não significa que o precedente está equivocado ou deve ser revogado, significa apenas que é *inapplicable law*.³³

Além do *distinguishing*, a Corte pode realizar ainda, a *transformation*, que é a transformação ou a reconfiguração do precedente sem revogá-lo. É a adaptação do direito às novas necessidades, uma nova atribuição de sentido ao direito.

Como técnicas de superação, pode-se citar:

²⁹ Cf. MUSCARI, Marco Antônio Botto. *Súmula vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 82-83.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ ...*, p.138-139.

³¹ MARINONI, *Precedentes ...*, p.327.

³² MARINONI, *O STJ ...*, p.139, nota 4.

³³ MARINONI. *Precedentes ...*, p.327.

a) *Overriding*. Este que não se confunde com o *overruling*, apenas limita ou restringe a incidência do precedente, aproximando-se, de uma revogação parcial, sendo então, a necessidade de compatibilização do precedente com um entendimento posteriormente formado.

b) *Overruling*. Trata-se da revogação de um precedente, No entanto, para que se possa realizar o *overruling* deve-se fazer a adequada confrontação entre os requisitos básicos, ou seja, a perda da congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica, além dos critérios que ditam as razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente – basicamente, a confiança justificada e a prevenção contra a surpresa injusta.

Para a alteração, não basta uma nova compreensão “pessoal” da questão de direito, deve ocorrer uma alteração da compreensão do direito na comunidade jurídica, de modo que não restem dúvidas de que a tese de direito embutida no precedente não é mais admissível. Importante salientar, que não é suficiente que a maioria dos julgadores tenha entendimento diverso; o ônus de argumentar recai sobre a compreensão geral acerca do direito ter se alterado. Pode, ainda, ocorrer a revogação em caso de erro ou equívoco.

Conforme bem assevera Marinoni:

A revogação do precedente, fora das hipóteses de modificação das proposições sociais- em que o ônus argumentativo recai sobre o impacto dos novos fatos sociais-, exige i) argumentação capaz de demonstrar uma nova concepção geral acerca do direito ou ii) argumentação hábil a demonstrar que o precedente contém um verdadeiro “erro”.³⁴

Como exceção à regra do precedente vinculante distingue-se, ainda:³⁵

a) *Retrospective Overruling*. Quando a revogação opera efeitos *ex tunc*, isto é, a decisão anterior, que fora substituída, não pode ser invocada como paradigma para casos pretéritos que aguardam julgamento;

b) *Prospective Overruling*. O precedente é revogado com eficácia *ex nunc*, ou seja, aplica-se somente aos casos sucessivos, o que significa que a *ratio decidendi* substituída continua a ser aplicada como precedente vinculante aos fatos anteriormente ocorridos;

c) *Anticipatory Overruling*. É a revogação preventiva pelos tribunais inferiores sob o fundamento de que não mais constitui *good law*, por já ter sido assim reconhecido pelo próprio tribunal *ad quem*.

Análise do sistema brasileiro frente aos precedentes

Foi com base no modelo americano que a Constituição brasileira de 1891 adotou o federalismo e o presidencialismo, bem como deu aos juízes o poder de declarar a inconstitucionalidade dos diplomas legislativos e dos atos executivos, tendo em vista que no topo do poder, ao lado do Presidente e do Congresso,

³⁴ MARINONI. *O STJ...*, p.142.

³⁵ TUCCI. *Ob.cit.*,p.109.

apontava-se como a mais original das instituições americanas, garantidora, através do gênio de seus juízes, da adaptação da Constituição às novas realidades em perpétua mudança, a Corte Suprema, esta que serviu de paradigma ao Supremo Tribunal Federal brasileiro.³⁶

Com fundamento no modelo norte-americano é que desde o advento da República adota-se no Brasil o controle difuso, por via incidental, outorgando-se competência a qualquer órgão do Poder Judiciário para conhecer a questão da inconstitucionalidade.

Por controle difuso ou aberto entende-se o controle de constitucionalidade que pode ser exercido, de forma incidental, por qualquer juiz ou tribunal, dentro do âmbito de sua competência, tendo como finalidade a proteção dos direitos subjetivos.

Através do controle difuso faz-se a análise na fundação da decisão de uma questão incidental, podendo, então, ser a inconstitucionalidade ser reconhecida até mesmo de ofício, ou seja, sem provocação das partes.

Além do controle difuso, adota-se também, no Brasil, o controle concentrado, introduzido na Constituição brasileira de 1946 através da emenda Constitucional 16/1965.

O controle concentrado é exercido de forma abstrata, tendo por finalidade precípua a defesa da ordem constitucional objetiva e pode ser exercido, entre outros, através dos seguintes mecanismos: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Por se tratar de controle concentrado, a competência para processar e julgar essas ações quando o parâmetro for a Constituição da República, é reservada ao Supremo Tribunal Federal.³⁷

Diferentemente do controle difuso, no controle concentrado não há, propriamente, partes, o que urge a necessidade da indicação de legitimados ativos, através de previsão legal (artigo 103 da Constituição Federal de 1988), para a propositura da ação.

A Lei n. 9.868 de 1999 foi que regulamentou o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Esse diploma legal acabou ampliando de modo expressivo a eficácia vinculante dos precedentes do STF no tocante ao controle direto de constitucionalidade das leis. Abriu-se assim, a passos largos, o caminho para a adoção do precedente judicial com força vinculante (...).³⁸

³⁶ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte de Warren*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p.12.

³⁷ No mesmo sentido, NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p.264.

³⁸ TUCCI. *ob.cit.*, p.121.

a) ADI e a ADC. Têm os mesmos legitimados, bem como o mesmo parâmetro de controle, diferenciando-se no aspecto espacial, tendo em vista ser o objeto da ADC mais restrito que o da ADI, pois esta pode ter como objeto lei ou ato normativo federal ou estadual, enquanto àquela apenas federal.

Diferem-se, ainda, no procedimento, por ser o da ADC mais simplificado e quanto aos requisitos formais exigidos para a petição inicial, sendo a indicação de existência de controvérsia judicial relevante (art.14, III da Lei n. 9.868/1999), o único diverso dos exigidos para a ADI (art. 3º da Lei n. 9.868/1999).

A ADI e a ADC são ações de *mesma natureza*. Por *terem* um caráter dúplice ou ambivalente, no caso de uma mesma norma federal ser, simultaneamente objeto de ambas as ações, estas deverão ser julgadas conjuntamente, uma vez que a diferença será apenas em relação ao resultado, o qual terá um “sinal trocado”: precedente/improcedente (Lei 9868/1999, art. 24). Com exceção do *sentido inverso*, os efeitos produzidos pela decisão proferida na ADI serão exatamente os mesmos (...) na ADI.³⁹

b) ADPF. No que se refere ao processo e julgamento admite-se a aplicação, por analogia, das regras contidas na Lei n. 9.868/1999. Possui caráter subsidiário, ou seja, é cabível apenas quando não há outro meio capaz de sanar a lesividade (art.4º,§1º da Lei n. 9.882/1999), com a mesma efetividade, imediatividade e amplitude, podendo existir outros meios para afastar sua aplicação, como, por exemplo, o procedimento para interpretação, cancelamento, revisão de súmula vinculante (Lei n. 11.417/2006).

Para o cabimento da ADPF, o parâmetro constitucional violado deve ser um preceito fundamental (art.1º, *caput* da Lei n.11.417/2006), ou seja, uma norma constitucional (princípio ou regra) imprescindível para preservar a identidade da Constituição, o regime por ela adotado ou, ainda, que consagre um direito fundamental.

Podem ser entendidos como preceitos fundamentais os princípios fundamentais; direitos e garantias fundamentais; princípios constitucionais sensíveis (art.34,VII da CF/88) e as cláusulas pétreas.

Nota-se, conforme já expresso em linhas anteriores que o sistema constitucional brasileiro é composto por um controle jurisdicional misto, o que permite que o controle de constitucionalidade possa se dar por via de ação direta dirigida ao Supremo Tribunal Federal (STF), portanto, de forma concentrada ou no curso de qualquer demanda voltada para a solução de um caso concreto que envolva situação conflituosa.

Cumpra ainda acrescentar que a Lei n. 9.882/1999, que regulamentou o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, seguindo a mesma diretriz dos já aludidos mecanismos de controle direto da constitucionalidade da lei, determina no art. 10,§3º, que, no caso de procedência do pedido “*a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.*”

³⁹ NOVELINO. ob. cit., p.307.

Não há dúvida, outrossim, de que a força vinculante *erga omnes*, supra referenciada, acentua o caráter de fonte de direito dos precedentes judiciais do STF.⁴⁰

Diante deste quadro Tucci⁴¹ traz valioso ensinamento, ainda os auspícios do CPC/1973, de que haveria no direito brasileiro, um modelo misto quanto à eficácia dos precedentes judiciais. seriam eles:

- *Precedentes com eficácia meramente persuasiva*. São aqueles que constituem valioso subsídio a auxiliar na hermenêutica dos casos concretos, muito embora desprovidos de força vinculante. Exemplo são as súmulas do STJ (Superior Tribunal de Justiça) que proporcionam maior estabilidade ao direito e facilitam o exercício profissional do advogado, mas são despidas de eficácia normativa.

- *Precedentes com relativa eficácia vinculante*. Esses podem ser extraídos do instituto da uniformização da jurisprudência, cuja instauração não constitui uma faculdade, mas sim, dever do juiz. Esse incidente tem por finalidade provocar o prévio pronunciamento do tribunal acerca da interpretação de determinada tese ou norma jurídica, quando a seu respeito ocorresse divergência.

No ordenamento brasileiro sob a égide do CPC Buzaid, notava-se a importância dessa manifestação através do precedente judicial sumulado ou dominante, entre outros, a partir da redação do artigo 557 do CPC/1973, que dizia que qualquer recurso poderia ser liminarmente indeferido pelo relator quando o fundamento da irresignação colidisse com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

- *Precedentes com eficácia vinculante*. As súmulas do STF; as decisões proferidas pelo STF e pelos Tribunais de Justiça, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade e ainda as decisões proferidas no incidente de processos repetitivos, estes em sede de Recurso Extraordinário e Especial.

Dentro do sistema brasileiro, nota-se a existência de um grande número de súmulas editadas, mas as mesmas não são respeitadas pelos órgãos de hierarquia inferior, o que acaba por gerar instabilidade, insegurança jurídica, bem como agredida é a isonomia prometida pela Constituição, além de ocorrer certa provocação desnecessária do Serviço Público da justiça e perda de tempo, redundando em notório desrespeito para com a sempre pretendida celeridade e a economia processual. Diante desse quadro, tem-se que o respeito aos precedentes confere aos jurisdicionados a estabilidade da interpretação jurídica.

O Judiciário deve se preocupar com a uniformização de suas decisões de modo a que o jurisdicionado possa desenvolver suas atividades pautado em condutas constitucionais.⁴²

⁴⁰ TUCCI. Ob. cit., p.122.

⁴¹ Idem, p.112-118.

⁴² Aliás, sempre viva a lição do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira ao proferir o voto condutor no julgamento do Recurso Especial n. 14.945-0- MG, concluindo ele que “não se justifica que os órgãos julgadores se mantenham renitentes à jurisprudência sumulada, cujo escopo,

Aqui, é preciso bem frisar que *stare decisis* não se confunde com coisa julgada. Esta garante às partes a imutabilidade da decisão, enquanto aquele tem o significado de manutenção do que foi decidido, servindo de base para decisões futuras, por fornecer linhas reguladoras a serem aplicadas em outros casos submetidos a julgamento.

Tratar da mesma forma casos similares é algo fundamental para a estabilidade do poder e para a manutenção da segurança necessária ao desenvolvimento das relações sociais. As decisões não podem ser incompreensíveis ou destituídas de significado claro, pela mera razão de que o jurisdicionado precisa de parâmetros para definir seu comportamento.

É diante desse cenário que se vislumbra a segurança jurídica almejada por um Estado que se diz Constitucional de Direito, onde as premissas da estabilidade, previsibilidade e continuidade da ordem jurídica são preceitos essenciais.

“(…) a previsibilidade das consequências oriundas da prática de conduta ou ato pressupõe univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, o que torna esses elementos indissociavelmente ligados.(…) E isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial, embora ainda não haja, na prática dos tribunais brasileiros, qualquer preocupação com a estabilidade das decisões. Frise-se que a uniformidade na interpretação e na aplicação do direito é um requisito indispensável.”⁴³

Possível, então, notar que o sistema jurídico brasileiro mostra-se privado de efetividade, uma vez que não é capaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas. Exemplo claro pode ser encontrado no Superior Tribunal de Justiça, em que suas decisões não são respeitadas nem mesmo dentro da própria Corte.

“No Brasil, (...) ainda se pensa que o juiz tem poder para realizar a sua ‘justiça’ e não para colaborar com o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões.

Respeitar precedentes não significa torná-los imutáveis. Ao contrário, a ideia de respeito aos precedentes traz em si a possibilidade de sua revogação. O precedente deve ser modificado diante da alteração de valores e de circunstâncias, derivadas da evolução da sociedade e do avanço da tecnologia, assim como quando se constata a partir de robusta fundamentação, que ele se fundamentou em equívoco.

Nessa perspectiva é conhecida a técnica do *distinguished*, imposta pela teoria da compreensão e da utilização dos precedentes no âmbito do *common law*. Basicamente, *distinguishing* é o que fazem os juízes do *common law* quando realizam a distinção entre um caso e outro. Para tanto, como é óbvio, é necessário entender o precedente, separando a sua *ratio decidendi* de tudo aquilo que nele é

dentro do sistema jurídico, é alcançar a exegese que dê certeza aos jurisdicionados em temas polêmicos, uma vez que ninguém ficará seguro de seu direito ante jurisprudência incerta”.

STJ, 4ª Turma, DJU de 13.04.1992.

⁴³ MARINONI. *O STJ...*, p.123-124

obter dicta. Fazem parte da *ratio decidendi* os fatos materialmente relevantes para a decisão, enquanto os fatos irrelevantes são ditos *obter dicta*. (...).⁴⁴

As razões de decidir ou os fundamentos da decisão, no que tange aos precedentes não dizem respeito apenas às partes, diferentemente do que ocorre com a coisa julgada material no sistema da *civil law*. Nesses casos, a decisão é válida apenas para as partes que participaram daquela relação jurídica, diferente do que ocorre com os precedentes, que são utilizados para situações futuras que se assemelham a uma que já fora decidida anteriormente e que possuem as mesmas razões de decisão, muito embora o fato seja diferente.

O significado de um precedente está, essencialmente, em sua fundamentação, por isso não basta focar os olhos apenas para a parte dispositiva de uma sentença ou acórdão, como ocorre na coisa julgada material.

A *ratio decidendi* não tem correspondente no processo civil brasileiro adotado, pois não se confunde com a fundamentação ou com a parte dispositiva, é algo externo a ambos. Também não é a lei a *ratio*, mas sim o que a Corte afirma como a interpretação correta da lei.

Nestes termos, assevera Tucci no sentido de que a *ratio decidendi* “constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*.”

Sob o aspecto analítico, três são os elementos que a integram: (a) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); (b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e (c) o juízo decisório (*judgement*).

Cumpra esclarecer que a *ratio decidendi* não é pontuada ou individuada pelo órgão julgador que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a “norma legal” (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta. (...)

A *ratio decidendi* encerra uma escolha, uma opção hermenêutica de cunho universal.⁴⁵

Para os operadores americanos, o precedente terá força obrigatória processual quando possuir um grau de generalização em relação ao próprio julgado.⁴⁶

As questões que são discutidas pelos julgadores, mas que não foram arguidas pelas partes, são consideradas *obter dictum*. É a passagem da motivação do julgamento que contém a argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia, não podendo ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas sim, utilizado como argumento de persuasão.⁴⁷

É bem verdade que a *obter dictum*, a despeito de não possuir verdadeira autoridade para predeterminar futuros julgamentos, gozam de valor persuasivo,

⁴⁴ Idem, p.131,186 e 191.

⁴⁵ TUCCI. Ob.cit., p.123.

⁴⁶ Idem, p.124.

⁴⁷ Para o enfrentamento de tal questão, ver GALGANO, Francesco. *L'interpretazione del precedente giudiziario. Contratto e impresa*. Padova: Cedam, 1985, p.701 e ss.

diretamente proporcional ao prestígio da corte que os expressa; algo equiparável a um trabalho de ordem doutrinária.⁴⁸

Contudo, quando sua não aplicação se torna rotineira, isso demonstra que seu conteúdo não está sendo aceito na comunidade jurídica, por estar, talvez, em desacordo com a atualidade.

Insta salientar que a superação do precedente judicial está para os sistemas do *civil law* como o *overruling* está para os sistemas do *common law*. Daí a possibilidade de o tribunal estabelecer efeitos prospectivos às variações do Direito judicado, fazendo prevalecer princípios como da segurança jurídica e da irretroatividade do Direito.⁴⁹

Muito embora possam estar presentes razões justificadoras para a revogação do precedente judicial, o mesmo pode ser preservado em virtude dos fundamentos da estabilidade.

No que tange a sumula vinculante, assim como os precedentes, pode haver sua revisão ou cancelamento de modo a acompanhar a evolução da sociedade, desde que respeitados os mesmos requisitos que são exigidos para a sua edição. Requisitos estes expressos na Constituição Federal de 1988, artigo 103-A.⁵⁰

Pelo exposto, depreende-se a importância para o Poder Judiciante pátrio em se adaptar ao direito jurisprudencial e as respectivas nuances de cunho isonômico e previsível, procurando com isso, por tudo, minorar os impactos da insegurança do jurisdicionado em uma justiça “bipolar”, evitando-se que se presuma ser o tratamento particularizado a demandas semelhantes em matéria de direito, uma tônica sempre reafirmada como realidade indestrutível e draconiana.

Por outro lado, com o advento do Novo Código de Processo Civil, este representando pela Lei n. 13.105 de 16.03.2015, os horizontes que aproximam o presente modelo dos precedentes judiciais coercitivos tendem a se tornarem realidades inequívocas, como se verá adiante.

O novo CPC e a vinculação obrigatória aos julgados – “precedentes”

A preocupação com a racionalidade e coerência das decisões judiciais é um dos pontos característicos do texto do Novo Código de Processo Civil.

Cediço é que o descontrole com julgados sumamente divergentes, sobretudo em matéria de direito, constitui, inegavelmente, um afronta aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.⁵¹

⁴⁸ Cf. MATTEI, Ugo. *Precedente giudiziario e stare decisis. Digesto dele diccipline privatistiche*. Sezione Civile. 4 ed. Torino: Utet, 2007, p. 155.

⁴⁹ LIMA. Ob.cit., p.236.

⁵⁰ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Súmula Vinculante: objeto, eficácia e outros desdobramentos. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (Org.) *Direito Processual em Movimento*. Vol. II. Curitiba: CRV, 2012, p.11-24.

⁵¹ Por isso, nos parece irrefutável a afirmativa de Dennis Loyd: “A utilidade da sistematização racionalizada parece indiscutível, no que se refere ao direito, já que uma de suas finalidades

Já tivemos oportunidade de enfrentar a temática do desrespeito para com a razoável coerência do sistema judicante em sede de divergência jurisprudencial⁵² e, ainda que seja um hercúleo caminho em construção, necessário se faz munirmos com instrumentos voltados a empreender a plena consecução do objetivo acima traçado, ou seja, edificar bases para a estabilidade das relações sociais quando delas depender, notoriamente, a própria prestação jurisdicional, esta de natureza estabilizadora no que toca a sua essência, devendo os órgãos jurisdicionais proporcionar segurança e previsibilidade naquilo que for competente para tal.

O NCCPC, para bem registrar a complexidade do problema das divergências jurisprudenciais em nosso tempo,⁵³ optou por consignar já no ponto de partida que abre o livro III da Parte Especial, nominado de “Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”, dispositivo apto a nortear a necessária estabilidade das decisões.

Assim então, prescreve o *caput* do art. 926:

“Os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

De relevada importância ditos adjetivos da estabilidade, integridade e coerência.

A estabilidade possui, verdadeiramente, uma relação direta com os julgados anteriores, na medida da “não surpresa” a qualquer custo e em tempos onde a própria imprevisibilidade dos julgados, ainda que sob o manto de uma mesma matéria de direito, nos sai muito cara.

Já, diferentemente da estabilidade, em pontuação muito feliz, sustenta bem Streck:

“Coerência significa dizer que, em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir do círculo hermenêutico. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores

vitais é proporcionar à vida social e econômica do homem uma medida tolerável de segurança e previsibilidade.” (*A idéia de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p.258.)

⁵² GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Incidentes de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC – Breves apontamentos. *In: Revista de Processo*, Vol. 199, setembro de 2011, São Paulo: RT, p.247-256.

⁵³ “Não há Estado Constitucional e não há mesmo Direito no momento em que casos idênticos recebem diferentes decisões do Poder Judiciário. Insulta o bom senso que decisões judiciais possam tratar de forma desigual pessoas que se encontram na mesma situação.” MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 17-18.

que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto o possível, seja vista como coerente nesse sentido.”⁵⁴

Já a integridade “exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política. A integridade significa rechaçar a tentação da arbitrariedade.”⁵⁵

Insta ainda pontuar ainda que o precedente, na tradição anglo-saxônica, se fundamenta na rejeição aos casuísmos, tendo o condão de preservar a integridade do Direito, no que bem ilustra Dworkin, de acordo com a imagem de um romance em cadeia (*chain novel*), onde cada julgador é o escritor de uma parcela ou capítulo em construção.⁵⁶ Nestes termos, todo escritor fica adstrito a criar um texto que seja coerente com o que os seus predecessores já escreveram, respeitando a história institucional da aplicação daquele precedente.

Por outro lado, em sentido pragmático, sabidamente, não somente tal diretriz será suficiente para alçar o que se pretende, qual seja, a virtude do respeito quanto à verticalidade das decisões.

Para tanto, em seguida, pôde o legislador direcionar a responsabilidade pelo respeito às decisões dos órgãos superiores nos seguintes termos:

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

Duas observações se fazem necessárias.

A primeira, de índole objetiva, toca ao comando “dever” que, por certo, depreende-se da inteligência do dispositivo em comento, ao dispor que juízes e tribunais observarão ditas decisões, enunciados, acórdãos, súmulas, orientações a que os próprios incisos do art. 927 prestam conta.

⁵⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em 25.03.2016.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p.159.

Logicamente, dito respeito não se faz às “cegas”! Como bem dita o §1º do próprio art. 927, ao decidir sob o manto do que estabelece os incisos supracitados, deverá o órgão julgador subordinar-se às exigências dos arts. 10 e 489, §1º, estes responsáveis pelas balizas relativas à correta validade dos fundamentos das decisões, prevendo o respeito à oportunidade das partes de terem se manifestado sobre o que se fulcrará como base da fundamentação, isso no decorrer da marcha processual (art.10), bem como se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos e ainda, deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, *ex vi* do art, 489, §1º, V e VI).

Já a segunda observação se faz quanto ao caráter substantivo, ou seja, relativo aos conteúdos sob os quais tanto juízes quanto tribunais devem observar ao prolatar seus julgados, estes representados pelos aludidos incisos do art.927.

Por tudo, trata-se não de mera faculdade, mas dever dos juízes e tribunais em seguir *as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais tiverem vinculados.*

Nota-se que a vinculação aos precedentes arrolados no art. 927 se junta, verdadeiramente, ao rol dos filtros processuais recursais, de modo que a força do comando “devem” traduz no estabelecimento vertical da uniformidade racional realizadora do *decisum*, o que sem exercício empírico para com a certeza no funcionamento do sistema, ainda que pese as virtudes da estabilização dos julgados e previsibilidade das razões e decisões, catalisadores neste âmbito, dos princípios da segurança jurídica, confiança e isonomia, além do princípio da duração razoável do processo, há de se prever ainda uma série de aperfeiçoamentos pragmáticos no âmbito dos tribunais a fim de favorecer o cumprimento exato e reiterado do comportamento dos órgãos judiciais envolvidos, desde aquele responsável pela edição do precedente, passando pelos tribunais hierarquicamente inferiores, até chegar aos juízes monocráticos de 1º grau. Trabalho árduo e que se não operar de forma intermitente, não poucas vezes encontrará óbices ao seu cumprimento, dada a própria cultura forense pátria, onde é de conhecimento farto que os juízes pouco conhecem e/ou não se interessam pelos posicionamentos judicantes dos tribunais que, hierarquicamente, acima se estabelecem.⁵⁷

⁵⁷ Vale destacar neste íterim que os parágrafos 4º e 5º do art. 521 do PL n. 8.046/2010 (Este substitutivo da Câmara dos Deputados ao PLS n.166/2010), muito bem pontuavam situações as quais não incidiriam de conteúdo obrigatório para juízes e

Por outro lado, com intuito de evitar a estagnação *ad eternum* de um precedente já sedimentado, mas divorciado do tecido social é fundamental que se possibilite a modificação do mesmo através de procedimento provocado em decorrência, dentre outras alegações, de revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese solicitante de modificação do precedente ou mesmo em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida, fundamento do precedente que clama por modificação.

Como apoio aos trabalhos em prol da análise para possível alteração do precedente, abre-se a possibilidade, caso necessário, da realização de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese jurídica, conforme sustenta o §2º do art. 927, *in verbis*:

“§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.”

No que se refere ainda à modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos, deverá dita mudança vir acompanhada, notadamente, de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios já anteriormente referidos, ou seja, segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia (§4º do art. 927).

Lado outro, não passou despercebido pelo novato Código de Processo Civil a possibilidade de modulação dos efeitos decorrentes dos precedentes (súmula de jurisprudência dominante do STF e dos Tribunais Superiores, e ainda aquelas oriundas de julgamentos de casos repetitivos), seja com relação à sua retroatividade – *ex tunc* – ou na forma prospectiva – *ex nunc*, tudo devidamente fundamentado.

Nestes termos, pontua o §3º do art. 927:

“§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.”

tribunais a adoção de determinado precedente, sendo, para isso, as seguintes normativas autorizadoras:

“§ 4º Não possuem o efeito previsto nos incisos do caput deste artigo os fundamentos:

- I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão;
- II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

§ 5º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

Lamentavelmente, tal normativa não fora seguida, explicitamente, pelo NCPC.

De tudo, caberá aos tribunais dar publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. (§5º do art. 927).

A fim de não pairar dúvidas sobre o real sentido do “julgamento de casos repetitivos” no assunto em tela ou mesmo em outras passagens do próprio NCPC, o legislado optou por ratificar a significância do tema nos seguintes termos:

“Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I – incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.”

Considerações finais

Por tudo dito, ainda que tenhamos um modelo incipientemente experimentado no âmbito da processualística pátria, auguramos que o sistema de respeito à verticalidade das decisões possa, em seus propósitos, alcançar maior coerência, isonomia e previsibilidade nas decisões judiciais hodiernas, de modo a prosperar efetiva segurança jurídica à sociedade, tão ávida por dias melhores à prestação do Serviço Público da Justiça no Brasil.

Referências bibliográficas

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *El precedente em el Derecho Inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad.: Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Súmula Vinculante: objeto, eficácia e outros desdobramentos. *In*: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (Org.) **Direito Processual em Movimento**. Vol. II. Curitiba: CRV, 2012, p.11-24.

_____. Incidentes de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC – Breves apontamentos. *In*: **Revista de Processo**, Vol. 199, setembro de 2011, São Paulo: RT, p.247-256.

_____. **O Conceito de Precedentes no Novo CPC**. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/o-conceito-de-precedentes-no-novo-cpc/>>. Acesso em 12.03.2016.

GALGANO, Francesco. **L'interpretazione del precedente giudiziario. Contratto e impresa**. Padova: Cedam, 1985.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC. Críticas e propostas**. São Paulo: RT, 2010.

- MATTEI, Ugo. *Precedente giudiziario e stare decisis*. Digesto dele diccipline privatistiche. Sezione Civile. 4 ed. Torino: Utet, 2007.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes - O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MONAGHAN, Henry Paul. Stare Decisis and Constitucional Adjudication. *In: Columbia Law Review*. New York, Vol.88, n.4, May, 1988, p.763.
- MUSCARI, Marco Antônio Botto. **Súmula vinculante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.
- OLIVEIRA, Rodrigo de. **Evolução histórica dos precedentes nos sistemas de common law e civil law**. <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4794-evolucao-historica-dos-precedentes-judiciais-nos-sistemas-de-common-law-e-civil-law-1>>. Acesso em 14/02/2016.
- PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em 14.02.2016.
- RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes do Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte de Warren**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional Americano**. Forense: Rio de Janeiro, 1955.
- STRECK, Lênio Luiz. **Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>> Acesso em 25.03.2016.
- SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente em el commom law*. Madri: Civitas, 1995.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

Direito e(m) Verdade

Cleyson de Moraes Mello¹

Resumo

Este artigo científico procura estabelecer uma relação entre os enunciados da norma jurídica com a questão da verdade ao nível das condições existenciais de possibilidade.

Palavras-chave: Direito; verdade; Heidegger.

Abstract

This research paper seeks to establish a relationship between the statements of the legal rule on the question of truth in terms of the existential conditions of possibility.

Keywords: Law; truth; Heidegger.

Considerações Preliminares

Este artigo científico denominado *Direito e(m) Verdade* procura estabelecer uma relação entre os enunciados da norma jurídica com a questão da verdade ao nível das condições existenciais de possibilidade. Qual o nexos ontológico a verdade estabelece com o conceito e compreensão do direito? Este questionamento deve ser enfrentado por todos, já que a questão da essência do direito pertence necessariamente ao modo de ser de sua verdade e desvelamento. Dizer o direito não pode estar restrito a mera concordância do caso concreto ao enunciado do texto normativo. O direito levado à sério (na expressão derringeriana) não pode representar apenas uma concordância entre o conhecimento e seu objeto.

Direito e(m) Verdade

No *horizonte da interpretação do direito*, os enunciados da norma jurídica somente podem ser inteiramente compreendidos quando a verdade tem sua origem na sua abertura. Logo, o discurso jurídico pertence essencialmente à abertura do ser-aí (da-sein, ser-no-mundo). Neste sentido, Heidegger afirma que “verdade como abertura e ser-descobridor, no tocante ao ente descoberto, transforma-se em verdade como concordância entre seres simplesmente dados dentro do mundo. Com isso, fica demonstrado o caráter ontologicamente derivado do conceito tradicional da verdade.”²

¹ Doutor em Direito. Professor do PPGD da UERJ. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ. Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença. Professor Titular da UNESA e Adjunto da UNISUAM. E-mail: profcleysonmello@hotmail.com

² HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*: Parte I. Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. 12.ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p.294.

Vale lembrar que a expressão mundo possui um sentido de *modo de ser*, mundo enquanto um *como hermenêutico*. Portanto, a questão da verdade está ligada ao *Dasein*, ao modo de ser-no-mundo. Assim, o *Direito e(m) Verdade* não está condicionado a uma qualidade do texto legal, apenas como consequência de uma proposição verdadeira ou falsa, pelo contrário, *o verdadeiro direito é aquele ligado à questão do velamento e do desvelamento de cariz heideggeriana*. O conceito de direito, no seu sentido originário, é aquele alinhado a uma verdade existencial. É exatamente a essência do direito desvelada em sua plenitude e sempre relativa ao *Dasein*. É a verdade como condição de possibilidade do ordenamento jurídico. A questão da verdade é colocada, pois, no próprio *Dasein* enquanto ser-aí (ser-no-mundo) superando, destarte, a filosofia da consciência (subjatividade) e o conceito de intencionalidade.

Desta maneira, o fundamento do direito não é mais aquele seguro e subjetivo, mas um fundamento ligado às condições concretas, históricas, do modo de ser-no-mundo. Um existencial, portanto! Assim, a questão da verdade e da compreensão do direito está relacionada à *historicidade*. É um ir além da realidade e da idealidade. Este é o desenho que se apresenta em cores vivas nos textos heideggerianos de *Ser e Tempo*, em especial, em seu § 44.

Daí a importância do exegeta (jugador) já que ele não pode ser um espectador passivo e desinteressado, senão deve ficar atento a questão da verdade no âmbito da esfera jurídica. Eis aqui o novo paradigma do direito. A questão da verdade se aproxima da questão do fundamento do direito. A modernidade busca na subjatividade do sujeito o seu fundamento último. De forma contrária, na concepção de Heidegger, o fundamento é inconcusso, isto é, na medida em que se deveda como *Dasein*. Assim, a questão da compreensão do direito está diretamente relacionada com a história de sua essência (de seu ser), isto é, uma manifestação fenomenológica, na medida em que a verdade do direito significa verdade daquilo que se manifesta, a partir do *como hermenêutico*. Este é o elemento hermenêutico que deve permear toda a compreensão do direito. O compreender é um modo de ser do ser-aí. A hermenêutica jurídica é, pois, um esforço intelectual mais complexo, já que perpassa os elementos da aquisição prévia (*Vorhabe*), vista prévia (*Vorsicht*) e antecipação (*Vorgriff*).

O compreender é mais que uma ontologia objetivista. Melhor dizendo: “o compreender não é uma ferramenta do conhecimento, mas daquilo que o precede, um *universal* da condição humana e que se enraíza na ontologia hermenêutica da faticidade.”³

A *Alegoria da Carvena* de Platão narra uma história que se desenvolve no diálogo entre *Sócrates* e *Glauco*. É uma história que possui simetria com vários modelos de decisão judicial, uma vez que vários magistrados jamais viram nada além das sombras, projetadas pelo brilho do fogo nas paredes da caverna que estão diante deles. O julgador, ávido em dizer o direito, nem sequer suspeita da possibilidade de que sua decisão judicial seja apenas algo com caráter de sombra.

³ STEIN, Ernildo. *Pensar e Errar um ajuste com Heidegger*. Ijuí, Unijuí, 2011, p.206.

Assim, o diálogo ultrapassa a discussão filosófica, fazendo repercussão no mundo jurídico.⁴

⁴ SÓCRATES – Figura-te agora o estado da natureza humana, em relação à ciência e à ignorância, sob a forma alegórica que passo a fazer. Imagina os homens encerrados em caverna subterrânea e cavernosa que dá entrada livre à luz em toda extensão. Aí, desde a infância, têm os homens o pescoço e as pernas presos de modo que permanecem imóveis e só vêem os objetos que lhes estão diante. Presos pelas cadeias, não podem voltar o rosto. Atrás deles, a certa distância e altura, um fogo cuja luz os alumia; entre o fogo e os cativos imagina um caminho escarpado, ao longo do qual um pequeno muro parecido com os tabiques que os pelotiqueiros põem entre si e os espectadores para ocultar-lhes as molas dos bonecos maravilhosos que lhes exibem.

GLAUCO – Imagino tudo isso.

SÓCRATES – Supõe ainda homens que passam ao longo deste muro, com figuras e objetos que se elevam acima dele, figuras de homens e animais de toda a espécie, talhados em pedra ou madeira. Entre os que carregam tais objetos, uns se entretêm em conversa, outros guardam em silêncio.

GLAUCO – Similar quadro e não menos singulares cativos!

SÓCRATES – Pois são nossa imagem perfeita. Mas, dize-me: assim colocados, poderão ver de si mesmos e de seus companheiros algo mais que as sombras projetadas, à claridade do fogo, na parede que lhes fica frente?

GLAUCO – Não, uma vez que são forçados a ter imóveis a cabeça durante toda a vida.

SÓCRATES – E dos objetos que lhes ficam por detrás, poderão ver outra coisa que não as sombras?

GLAUCO – Não.

SÓCRATES – Ora, supondo-se que pudessem conversar, não te parece que, ao falar das sombras que vêem, lhes dariam os nomes que elas representam?

GLAUCO – Sem dúvida.

SÓCRATES – E, se, no fundo da caverna, um eco lhes repetisse as palavras dos que passam, não julgariam certo que os sons fossem articulados pelas sombras dos objetos?

GLAUCO – Claro que sim.

SÓCRATES – Em suma, não creriam que houvesse nada de real e verdadeiro fora das figuras que desfilaram.

GLAUCO – Necessariamente.

SÓCRATES – Vejamos agora o que aconteceria, se se livrassem a um tempo das cadeias e do erro em que laboravam. Imaginemos um destes cativos desatado, obrigado a levantar-se de repente, a volver a cabeça, a andar, a olhar firmemente para a luz. Não poderia fazer tudo isso sem grande pena; a luz, sobre ser-lhe dolorosa, o deslumbraria, impedindo-lhe de discernir os objetos cuja sombra antes via. Que te parece agora que ele responderia a quem lhe dissesse que até então só havia visto fantasmas, porém que agora, mais perto da realidade e voltado para objetos mais reais, via com mais perfeição? Supõe agora que, apontando-lhe alguém as figuras que lhe desfilavam ante os olhos, o obrigasse a dizer o que eram. Não te parece que, na sua grande confusão, se persuadiria de que o que antes via era mais real e verdadeiro que os objetos ora contemplados?

GLAUCO – Sem dúvida nenhuma.

SÓCRATES – Obrigado a fixar o fogo, não desviaria os olhos doloridos para as sombras que poderia ver sem dor? Não as consideraria realmente mais visíveis que os objetos ora mostrados?

GLAUCO – Certamente.

SÓCRATES – Se o tirassem depois dali, fazendo-o subir pelo caminho áspero e escarpado, para só o liberar quando estivesse lá fora, à plena luz do sol, não é de crer que daria gritos lamentosos e brados de cólera? Chegando à luz do dia, olhos deslumbrados pelo esplendor ambiente, ser-lhe-ia possível discernir os objetos que o comum dos homens tem por serem reais?

GLAUCO – A princípio nada veria.

O sistema jurídico normativo fechado sobre si mesmo numa ambiência formal e abstrata fomenta uma alienação de uma realidade social em mutação e se afasta cada vez mais do contexto sociocultural contemporâneo.

SÓCRATES – Precisaria de algum tempo para se afazer à claridade da região superior. Primeiramente, só discerniria bem as sombras, depois, as imagens dos homens e outros seres refletidos nas águas; finalmente erguendo os olhos para a lua e as estrelas, contemplaria mais facilmente os astros da noite que o pleno resplendor do dia.

GLAUCO – Não há dúvida.

SÓCRATES – Mas, ao cabo de tudo, estaria, decerto, em estado de ver o próprio sol, primeiro refletido na água e nos outros objetos, depois visto em si mesmo e no seu próprio lugar, tal qual é.

GLAUCO – Fora de dúvida.

SÓCRATES – Refletindo depois sobre a natureza deste astro, compreenderia que é o que produz as estações e o ano, o que tudo governa no mundo visível e, de certo modo, a causa de tudo o que ele e seus companheiros viam na caverna.

GLAUCO – É claro que gradualmente chegaria a todas essas conclusões.

SÓCRATES – Recordando-se então de sua primeira morada, de seus companheiros de escravidão e da ideia que lá se tinha da sabedoria, não se daria os parabéns pela mudança sofrida, lamentando ao mesmo tempo a sorte dos que lá ficaram?

GLAUCO – Evidentemente.

SÓCRATES – Se na caverna houvesse elogios, honras e recompensas para quem melhor e mais prontamente distinguisse a sombra dos objetos, que se recordasse com mais precisão dos que precediam, seguiam ou marchavam juntos, sendo, por isso mesmo, o mais hábil em lhes prever a aparição, cuidas que o homem de que falamos tivesse inveja dos que no cativeiro eram os mais poderosos e honrados? Não preferiria mil vezes, como o herói de Homero, levar a vida de um pobre lavrador e sofrer tudo no mundo a voltar às primeiras ilusões e viver a vida que antes vivia?

GLAUCO – Não há dúvida de que suportaria toda a espécie de sofrimentos de preferência a viver da maneira antiga.

SÓCRATES – Atenção ainda para este ponto. Supõe que nosso homem volte ainda para a caverna e vá assentar-se em seu primitivo lugar. Nesta passagem súbita da pura luz à obscuridade, não lhe ficariam os olhos como submersos em trevas?

GLAUCO – Certamente.

SÓCRATES – Se, enquanto tivesse a vista confusa -- porque bastante tempo se passaria antes que os olhos se afizessem de novo à obscuridade -- tivesse ele de dar opinião sobre as sombras e a este respeito entrasse em discussão com os companheiros ainda presos em cadeias, não é certo que os faria rir? Não lhe diriam que, por ter subido à região superior, cegara, que não valera a pena o esforço, e que assim, se alguém quisesse fazer com eles o mesmo e dar-lhes a liberdade, mereceria ser agarrado e morto?

GLAUCO – Por certo que o fariam.

SÓCRATES – Pois agora, meu caro GLAUCO, é só aplicar com toda a exatidão esta imagem da caverna a tudo o que antes havíamos dito. O antro subterrâneo é o mundo visível. O fogo que o ilumina é a luz do sol. O cativo que sobe à região superior e a contempla é a alma que se eleva ao mundo inteligível. Ou, antes, já que o queres saber, é este, pelo menos, o meu modo de pensar, que só Deus sabe se é verdadeiro. Quanto à mim, a coisa é como passo a dizer-te. Nos extremos limites do mundo inteligível está a ideia do bem, a qual só com muito esforço se pode conhecer, mas que, conhecida, se impõe à razão como causa universal de tudo o que é belo e bom, criadora da luz e do sol no mundo visível, autora da inteligência e da verdade no mundo invisível, e sobre a qual, por isso mesmo, cumpre ter os olhos fixos para agir com sabedoria nos negócios particulares e públicos. PLATÃO, *O Mito da Caverna*. In: *A República*. 6.ed. Atena, 1956, p.287-291.

A realidade jurídica ainda é reflexo de um sistema normativo autônomo, racional, axiologicamente neutro em sua estrutura, destacando-se o princípio do individualismo liberal, a igualdade abstrata e a segurança jurídica.

O fundamento do Direito não pode ser uma norma fundamental, um *a priori*, uma categoria qualquer, já que o processo de compreensão está sustentado pelas estruturas ontológicas do ser-aí, ou seja, um existencial. Em sendo um existencial, torna-se impossível deduzi-lo de um outro existencial.

A questão do *Da-sein* está relacionada ao problema ontológico de seu acontecer. A essa liberação da estrutura do acontecer e suas condições existenciais e temporais de possibilidade significa a conquista de uma compreensão ontológica da historicidade.

Direito e Pessoa

Como visto acima, o direito não pode ser explicado a partir de uma relação sujeito-objeto, em que se instaura a subjetividade do sujeito com a objetividade do objeto.

A superação da relação sujeito-objeto é à busca do homem em sua essência, como possibilidade e modo de ser-no-mundo, ou seja, é o caminho em direção a uma *humanização do Direito*.

Ora, o que é ser pessoa para o direito? Estaríamos limitados ao direito da personalidade na esfera juscivilística ou seria necessário aplicarmos o princípio da dignidade da pessoa humana em toda e qualquer relação jurídica interprivada? Ou melhor: o que é o homem para o direito? Nas investigações antropológicas abandonou-se o terreno metafísico em busca de novas imagens para o homem. Vejamos: a) o homem econômico (Marx); b) o homem instintivo (Freud); c) o homem angustiado (Kierkegaard); d) o homem utópico (Bloch); e) o homem existente (Heidegger); f) o homem falível (Ricoeur); g) o homem hermenêutico (Gadamer); h) o homem cultural (Gehlen), etc.⁵

Como restaria a aplicação do direito? O sentido jurídico da pessoa estaria limitado aos comandos do nosso ordenamento jurídico ou seria necessária uma ampliação na exegese jurídica no exercício da tutela jurisdicional?

A relação entre *direito e pessoa* é uma questão prévia do ordenamento jurídico! É uma questão de pré-compreensão (viés ontológico) que perpassa a análise dos fundamentos do direito. Levando-se em consideração as complexas e difusas relações do mundo vivido, torna-se evidente a necessidade de procurar uma (re)fundamentação do pensamento jurídico. O direito não pode mais ser visto como um objeto cognoscível, da mesma forma que o julgador não será como um sujeito cognoscente passivo e desinteressado.

No momento da prestação jurisdicional, o homem, a sociedade, o mundo, os valores, a cultura, a historicidade e a temporalidade não podem ser desconsideradas.

⁵ MONDIN, Battista. *O Homem, quem é ele?* Elementos de Antropologia Filosófica. 13.ed. Tradução Leal Ferreira e M.A.S. Ferrari. São Paulo: Paulus, 2008, p.13.

Um sistema jurídico axiologicamente neutro, a-temporal, a-histórico já representa um perigo a ser evitado, uma vez que as funções judicativo-decisórias devem considerar a pergunta sobre o direito e a pessoa.

É comum no mundo pós-moderno que a norma jurídica abstrata não agasalhe o problema do caso concreto decidendo ou que decisões judiciais se tornem esdrúxulas ou descontextualizadas se a metodologia jurídica aplicada for aquela de cariz dedutivística. Verifica-se, também, que soluções normativas são construídas por magistrados que conseguem vislumbrar os parâmetros jurídico-constitucionais de aplicabilidade necessária em cada caso concreto, em especial, naqueles que reflitam o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Caso contrário, imperar-se-á por toda a parte uma atitude de subserviência ao texto legal, representando, assim, a inautenticidade do Direito, isto é, a *reificação do direito*. Isso representa uma prestação jurisdicional restrita às atividades lógicas, científicas, cuja visão objetivista dos entes está em distonia com o mais digno de ser pensado, qual seja: *o pensar o ser e a verdade da faticidade do ser-aí*.

É necessária a busca pela essência do Direito. O que essencializa a ciência jurídica já não pode ser uma ciência, já que esta essência é algo de meta-ciência. Isto se dá porque a essência de alguma coisa só pode ser pensada. É algo existencial; logo, não é um ente.

Daí que o Direito não pode mais ser concebido como uma ordem normativa isolada, cujo fundamento de validade seja encontrado em si mesmo, alheio ao homem real e concreto inserido no tecido social. Ao contrário, o Direito deve ser compreendido a partir de um pressuposto constitucional, de caráter existencialista.

É nesse sentido que o Direito seria entendido como de-cadente e em si alienante, já que ocorreria o encobrimento do seu *poder-ser* mais próprio, desatrelado ao modo de ser-no-mundo. Essa alienação gera um aprisionamento do próprio julgador, uma vez que sua decisão estaria distanciada de seu sentido mais originário.

A dinamicidade social é complexa e plural. Neste sentido, situações existenciais humanas conflituosas exsurgem do mundo da vida fazendo com que o direito tutele tais colisões jurídicas a partir de um horizonte ontológico-existencial.

Nestes termos, não se pode dispensar o desenvolvimento de toda uma crítica ao direito posto e o empenho na construção de um novo horizonte fundacional para o ordenamento jurídico, sobretudo, face à complexidade social do novo milênio.

O homem na visão heideggeriana é *ek-sistência*, quer dizer, abertura, transcendência, relação ex-tática com o ser. O elemento do homem é o ser. É o ser que se determina e se descobre pelo próprio ser, ou seja, como des-velado, manifestamente saído de sua latência. É aquele que se mantém aberto a partir do próprio ser no ser. O homem, portanto, se mantém na abertura, no fundamento como guardião de si mesmo. Assim, o homem realiza a sua essência na própria abertura do ser. O homem é o próprio espaço e fundamento onde irrompe a

luz, ou meio ou instrumento da manifestação e desvelamento. A partir dessa co-pertença entre o ser e o homem, Heidegger desenvolve a noção de *Ereignis*.

O homem é atingido pelo ser apenas como *Aletheia*, ou seja, desvelamento, clareira. O homem se abre como a clareira do ser.

Heidegger no trabalho realizado como contribuição ao volume comemorativo dos sessenta anos de Ernest Jünger (1955) afirma que “evidentemente, o voltar-se e o afastar-se do ser, se atentamos de modo suficiente para eles, nunca se deixam representar, como se atingissem, apenas de vez em quando e por momentos o homem. A essência do homem repousa muito antes sobre o fato de que ela cada vez, desta ou daquela maneira, se demora e reside no voltar-se e no afastar-se. Sempre dizemos *muito pouco* do ‘próprio ser’, quando, dizendo ‘o ser’, omitimos seu apresentar-se *para o ser* humano, desconhecendo nós, com isto, o fato de este ser do homem em si mesmo participar da constituição ‘do ser’. Dizemos também *muito pouco* do homem, quando, dizendo o ‘ser’ (não o ser-homem), pomos o homem para si para, apenas então, afirmamos uma relação assim posto com o ‘ser’. Mas, também dizemos *demais* quando nos referimos ao ser como aquilo que tudo compreende, representando, assim, o homem apenas como um ente particular entre outros (planta, animal) e estabelecendo entre ambos uma relação [...]”⁶

Daí que o pensamento jurídico edificado sob o ponto de vista da relação sujeito-objeto deixa impensado o mais nobre de ser pensado, ou seja, o próprio homem. Desta maneira, pois, o discurso jurídico deve repousar no ser humano. Isto porque ele pertence ao fundamento historial do próprio ser do direito. Ora, é nesse sentido que o conceito de direito deve ser (re)pensado. *De onde vem a essência do direito?* O primeiro passo é o enfrentamento dos arraigados hábitos de pensar o direito no sentido da representação sujeito-objeto. Assim, os modos pelos quais nós nos aproximamos da essência do direito se transformam. A excelência da “boa” conceituação do direito, em direção à sua essência, nos conduz para uma nova dimensão epistemológica que exige uma aproximação do ser. A própria essência do homem pertence à essência do direito e desta maneira à fase de sua (re) formulação, a partir do mais nobre de ser pensado.

A *dignidade da pessoa humana* não está apenas postada na Constituição. O homem e sua dignidade se desvelam como o próprio fundamento da ordem jurídica.

Qual o lugar a que pertencem homem e dignidade, entre os quais se movimenta o direito e desdobra a sua essência? O direito é um acontecer, um dar-se, um ultrapassamento do ente em direção ao ser. A (re)fundamentação do direito é a recuperação do esquecimento do ser. A recuperação se volta para essência do direito. É o direito dito a partir do ser do ente (questão da ultrapassem). Neste sentido é possível afirmar que direito não *é*; mas *dá-se* o direito. Quem procura

⁶ HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Problema do Ser*. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Duas Cidades, 1969, p.40-41.

pensar profundamente o conceito de direito deve realizar um pensamento focado na ultrapassagem enquanto tal, ou seja, o *ser* do ente torna-se agora digno de ser perguntado sob o ponto de vista de seu ser.

As interpretações equivocadas da pergunta: *O que é o Direito?* e o desconhecimento de sua essência são apenas a consequência de uma visão arcaica e formal do pensamento jurídico. Ao enfrentarmos tais questões surgem dúvidas quanto à possibilidade da referida (re)fundamentação jurídica e sua consequente aplicabilidade. Ora, a superação e ultrapassamento do *direito formal* em direção a um *direito autêntico e iluminador* é árdua e denota o quão pouco conhecemos a essência do próprio direito.

A essência do direito se aperfeiçoa no reconhecimento do esquecimento de sua essência. O caminho para a essência do direito tem a direção e a característica de um regresso, isto é, um retorno ao mais nobre de ser pensado (o ser do ente). Daí é possível afirmar que não basta descrever o direito, mas também justificá-lo a partir de sua essência mais originária. O direito não pode ser reduzido a um conjunto de normas ancorado na metafísica ocidental. O direito deve ser compreendido e aplicado com vistas à tutela da dignidade da pessoa humana. Melhor dizendo: deve ser efetivamente transformador e hermenêutico de tal forma que possa desvelar a solidariedade, igualdade material, igualdade social, cidadania, etc. A sua *práxis*, historicamente situada, deve estar em sintonia com a realidade social e o mundo vivido.

O direito se revela fortemente problemático. Por exemplo, o Direito da Bioética é na atualidade um solo fértil para o debate acerca do direito, da pessoa, da ética, da filosofia, da sociologia, etc. Questões como o início da vida, a procriação assistida, a reprodução pós-morte, a clonagem, a utilização de embriões para fins de pesquisa e terapêuticos e a AP reciação ética da proteção do embrião são assuntos em pauta no mundo do direito.⁷ Estes exemplos permitem demonstrar que, na maioria das vezes, *direito* e *pessoa* devem estar em sintonia com a racionalidade normativa do sistema jurídico. Melhor dizendo: *direito* e *pessoa* estão entrelaçados aos conteúdos normativos materiais historicamente e temporalmente considerados. O sistema das normas jurídicas não pode ficar dissociado de sua realização concreta. Não há como enfrentar aquelas questões no anonimato da pessoa humana.

Os conceitos de vida, do direito e da pessoa sofrem um redimensionamento com os avanços da biologia e da biotecnologia. Neste sentido é possível perguntar: qual a influência dos novos cenários trazidos pela biotecnologia na definição dos conceitos de *direito* e *pessoa*?

Mais uma vez frise-se que o direito fechado sobre si mesmo numa ambiência formal e abstrata fomenta uma alienação de uma realidade social em mutação e se afasta cada vez mais do contexto sociocultural contemporâneo.

⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos de Direito da Bioética*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008.

Talvez o grande desafio seja o de pensar o Direito e a Pessoa com vistas na profunda mutação dos valores, da moral, da ética e dos novos comportamentos sociais.

Os valores de índole liberal-individualista passam a ser sopesados por valores de cunho solidarista e de justiça social. Vê-se, portanto, a necessidade de re-flexão acerca da jusfundamentalidade jurídica. Refletir não é trancar-se isoladamente em um conjunto de normas em si e por si. É na reflexão do direito que se retorna ao seu fundamento sem fundo, seu abismo.

Conclusões

Talvez estejamos ainda muito perto do direito alienado, silente, vazio. Certamente, o pior para o direito é a inexistência de um caminho que possa ser trilhado com vistas a escapar desta situação desconfortável.

Poderíamos dizer que a esta trilha requer sempre um esforço intelectual maior no sentido de ampliar nossos horizontes hermenêuticos não só em compreender o passado, mas sobretudo em abrir espaço ao *Dasein*, ou seja, ao ser no seu acontecer.

Na verdade, a resposta à questão acerca da essência do direito é uma questão-de-fundo, ou – melhor ainda – o início da transformação do modo como, até ao presente, a maioria dos juristas define o direito, qual seja: como uma coisa, um objeto cognoscível.

É necessário que se faça uma transformação do pensar, do questionar e do avaliar, do ver e do decidir as questões jurídicas levadas ao Poder Judiciário; em outras palavras, um (re)pensar o Direito à luz de uma hermenêutica filosófica, a partir do ultrapassamento do ente em direção ao ser-aí (estar-aí). É uma posição-de-fundo imprescindível à superação da entificação (coisificação) do direito.

Infelizmente, a maioria dos operadores do direito nada sabe acerca dos teoremas da diferença ontológica e do círculo hermenêutico, já que tratam e pensam o direito como coisa (*res*) e isto porque não se aprofundam na questão de sua essência.

A partir da problemática apresentada é, pois, fundamental o aprofundamento em ontologia, fenomenologia e história, já que o direito se desvelará como *Dasein* (ser-aí, estar-aí, ser-no-mundo) concreto, como *projeto*, como *condição de possibilidade*.

A investigação do fenômeno jurídico deve ser suportada pelo movimento histórico em que se encontra a própria vida, e não se deixar compreender teologicamente a partir da coisa (objeto).

A hermenêutica tem de ocupar o seu posto como a arte da compreensão, esclarecendo as suas condições estruturais ontológicas e não como um procedimento metodológico em distonia com o elemento espaço-temporal.

É necessário, pois, haver horizontes, ou seja, o julgador não pode ficar limitado ao direito positivo, ao texto da lei, mas deve ver para além disso. O operador jurídico que possui horizontes sabe valorizar as mutações sociais, os novos valores, vê e dialoga com as dimensões culturais, sociais e históricas de seu tempo.

Juristas e julgadores tornam-se insensíveis ao novo, fugindo do pensamento originário, e, conseqüentemente, distanciando-se de toda a vitalidade criadora do direito.

O caso concreto decidendo deve ser ontologicamente analisado a partir da hermenêutica ligada ao modo de ser-no-mundo, a uma essência do Ser que é a Essência do homem, ao *homo humanus*; é realizada de forma originária, através de uma pré-compreensão jurídica em que o intérprete está inserido numa tradição histórica na qual se insere (círculo hermenêutico). Isto representa que o julgador somente poderá atingir o significado dos entes a partir de seu horizonte histórico, a partir de uma *situação hermenêutica*.

Daí o motivo de a norma jurídica requerer sempre uma interpretação. O magistrado não pode proferir sua decisão judicial por meio apenas do procedimento lógico-formal, segundo um modelo clássico do silogismo lógico-dedutivo. A dimensão hermenêutica deve habitar o espaço jurídico, visto que a pré-compreensão do intérprete “entra em jogo”, como modo de ser da condição humana de ser-no-mundo. Por isso a fenomenologia hermenêutica se faz presente na estrutura e na organização do pensamento jurídico.

A missão do juiz é atuar como um agente de transformação que não se limita a ser um aplicador passivo de regras e princípios preestabelecidos, mas sim um instrumento de mudança social, pautado pelos objetivos socioeconômicos atuais, levando-se em consideração a complexidade e a pluralidade da sociedade.

Referências bibliográficas

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008.

HEIDEGGER, Martin. **Sobre o Problema do Ser**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Duas Cidades, 1969.

_____. **Ser e Tempo**: Parte I. Tradução Marcia Sá Cavalcante Schuback. 12.ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

MONDIN, Battista. **O Homem, quem é ele?** Elementos de Antropologia Filosófica. 13.ed. Tradução Leal Ferreira e M.A.S. Ferrari. São Paulo: Paulus, 2008.

PLATÃO, O Mito da Caverna. In: **A República**. 6.ed. Atena, 1956.

STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar um ajuste com Heidegger**. Ijuí, Unijuí, 2011.

O Controle das Prestações de Contas no Brasil e as Impropriedades mais Frequentes

Antonio Carlos Flores de Moraes¹

Resumo

O presente trabalho tem por escopo abordar alguns aspectos acerca do controle das prestações de contas no Brasil, com foco no controle externo, e, especificamente, o exame técnico das contas, exercido pelos tribunais de contas em auxílio ao Poder Legislativo a quem incumbe, em última instância, efetuar o seu controle, dentro do sistema de freios e contrapesos adotados no país.

Nesse passo, após um breve histórico das cortes de contas no Brasil, a partir do período republicano, aborda-se o papel das cortes de controle a partir da Constituição, promulgada em 05 de outubro de 1988, que ampliou bastante, as suas atribuições.

São feitos comentários acerca do julgamento das contas de governo, prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo ao Poder Legislativo, sendo o dito julgamento precedido do Parecer Prévio emitido pelo Tribunal de Contas, o qual deve ser sempre técnico, ao passo que o julgamento em si (pelo Poder Legislativo) pode, em alguns casos, revestir-se de um viés político, fato que é inerente aos regimes democráticos de governo.

Abstract

This work aims to address several aspects related to the control of accounts' provision in Brazil, mainly focusing in the so-called "external control" and, more specifically, the technical examination of the accounts performed in assistance to the Legislative power. This power is the ultimate responsible for performing this control inside the check and balances' system in Brazil.

After a brief history of the Courts of Auditors starting from the Republican period, the role of the Courts of Auditors is addressed through the perspective of the Brazilian Constitution of October 5, 1988, mainly focusing on the expansion of the Courts' powers and duties.

Comments are also done as to the analysis of the government's accounts, which are annually submitted by the President to the Legislative power. Prior to the account's analysis, a technical opinion is issued by the Court of Auditors, although the judgment itself (by the Legislative power) may, in some cases, become extremely political, which is inherent to democratic governments.

¹ Conselheiro do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (1988). Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, Espanha (2010). Professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (aposentado: 1988-2015).

Introdução

No momento histórico em que os Tribunais de Contas são comentados e ocupam as páginas dos principais meios de comunicação do País é importante se debater sobre essa instituição, até então pouco conhecida. Pertencço a essa instituição desde o dia 2 de agosto de 1988, quando tomei posse como Conselheiro no Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro.

Pouco mais de dois meses em que foi promulgada a Constituição Federal, um marco definitivo na consolidação da democracia no País, criando uma organização de controle externo que não existe similar no mundo. Tínhamos superado o regime autoritário, quando o Tribunal foi conhecido como Faz de Conta.

Assim, procurava-se basear a democracia também no controle das contas públicas, a fim de impedir o descontrole do dinheiro público. Isto ocorreu em 5 de outubro de 1988, bem antes do que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003.

Apesar de a corrupção existir na história da humanidade há muitos anos e mesmo séculos, somente agora, no Século XXI, o tema preocupou uma organização internacional do nível da ONU. Preocupou exatamente porque os ares da democracia dominam a maior parte do Planeta, fazendo com que a preocupação com a educação e a saúde seja um dos principais assuntos na sociedade.

Assim, a corrupção passou a ser antidemocrática, impedindo a distribuição de renda na sociedade e gerando a intranquilidade entre as pessoas. E o combate à corrupção não é apenas um espetáculo mediático, mas sim e principalmente um controle efetivo e imediato dos gastos públicos.

Por isso, deve-se estudar e examinar o controle das prestações de contas no Brasil, com foco no controle externo, e, especificamente, o exame técnico das contas, exercido pelos Tribunais de Contas em auxílio ao Poder Legislativo a quem incumbe, em última instância, efetuar o seu controle, dentro do sistema de freios e contrapesos adotados no país.

Este é o objetivo deste trabalho, que tem como meta abordar alguns aspectos da prestação de contas, ainda que seja feita uma análise a voo de pássaro e de forma não exaustiva. Nesse passo, após um breve histórico das cortes de contas no Brasil – a partir do período republicano – será abordado o papel do controle externo a partir da Constituição em vigor, promulgada em 05 de outubro de 1988, que ampliou bastante as suas atribuições e competências, possibilitando assim a elaboração das suas leis orgânicas e respectivos regimentos internos.

Em uma segunda etapa buscar-se-á abordar – de modo mais pontual – a forma como os Tribunais de Contas exercem o controle das prestações de contas dos responsáveis pela administração dos bens, valores, dinheiros e tudo o mais que envolva o Erário, versando sobre as consequências da decisão adversa que eventualmente julgue irregular as contas apresentadas e as implicações sobre a despesa em si, bem como sobre os responsáveis.

Por outro lado, proceder-se-á aos comentários acerca do julgamento das contas de governo, prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo ao Poder Legislativo, sendo o dito julgamento precedido do Parecer Prévio emitido pelo Tribunal de Contas, o qual deve ser sempre técnico, ao passo que o julgamento em si (pelo Poder Legislativo) pode, em alguns casos, revestir-se de um viés político, fato que é inerente aos regimes democráticos de governo.

Por fim, serão citados os dois precedentes – no âmbito da União Federal – nos quais ocorreu a emissão de Parecer Prévio contrário à aprovação das Contas do Governo, bem como as consequências, em tese, dele decorrentes, as quais se afiguram bastante adversas ao Chefe do Executivo, ainda que, apenas, na seara política.

Espera-se, portanto, que o presente trabalho contribua – mesmo que de forma singela – para difundir e esclarecer essa importante função das cortes de contas brasileiras sobre o controle das contas públicas, o qual, em última análise, pertence a toda a sociedade.

Tribunais de Contas

Breve Histórico

Embora não seja o objetivo deste trabalho esgotar o assunto sobre o histórico dos Tribunais de Contas no Brasil, torna-se importante citar, de início, que o País tem suas raízes na colonização portuguesa. Em Portugal, a preocupação com a contabilidade pública remonta ao século XVIII, com a criação do Erário Régio, por carta de Lei de 22 de dezembro de 1761, no reinado de *D. José I*.

Assim no período colonial, foram criadas, em 1680, as Juntas das Fazendas das Capitâneas e a Junta da Fazenda do Rio de Janeiro, jurisdicionadas a Portugal. Em 1808, na administração de *D. João*, como Príncipe Regente, antes de se tornar Rei do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, foi instalado o Erário Régio e criado o Conselho da Fazenda, que tinha como atribuição acompanhar a execução da despesa pública.

Com a proclamação da independência do Brasil, em 1822, o Erário Régio foi transformado no Tesouro pela Constituição monárquica de 1824, prevendo-se, então, os primeiros orçamentos e balanços gerais.²

² CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824) – Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824 – TITULO 7º Da Administração e Economia das Províncias. CAPITULO III – Da Fazenda Nacional – Art. 170. A Receita, e despesa da Fazenda Nacional será encarregada a um Tribunal, debaixo de nome de “Thesouro Nacional” aonde em diversas Estações, devidamente estabelecidas por Lei, se regulará a sua administração, arrecadação e contabilidade, em reciproca correspondencia com as Thesourarias, e Autoridades das Províncias do Imperio. (Vide Lei de 12.10.1832)
Art. 171. Todas as contribuições directas, á excepção daquellas, que estiverem applicadas aos juros, e amortisação da Divida Publica, serão annualmente estabelecidas pela Assembléa Geral, mas continuarão, até que se publique a sua derogação, ou sejam substituidas por outras. (Vide Lei de 12.10.1832)

Esta Constituição vigeu até a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, tendo o “Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brazil”, *Marechal Manoel Deodoro da Fonseca*, instituído o “Tribunal de Contas” por intermédio do Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890,³ antes mesmo da promulgação da Constituição Republicana de 24 de

Art. 172. O Ministro de Estado da Fazenda, havendo recebido dos outros Ministros os orçamentos relativos ás despesas das suas Repartições, apresentará na Camara dos Deputados annualmente, logo que esta estiver reunida, um Balanço geral da receita e despesa do Thesouro Nacional do anno antecedente, e igualmente o orçamento geral de todas as despesas publicas do anno futuro, e da importancia de todas as contribuições, e rendas publicas.

³ DECRETO Nº 966-A, DE 7 DE NOVEMBRO DE 1890 – Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despesa da Republica.

O Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil, constituído pelo Exercito e Armada, em nome da Nação.

Decreta:

Art. 1º E’ instituído um Tribunal de Contas, ao qual incumbirá o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes á receita e despesa da Republica.

Art. 2º Todos os decretos do Poder Executivo, ordens ou avisos dos diferentes Ministerios, susceptíveis de crear despesa, ou interessar as finanças da Republica, para poderem ter publicidade e execução, serão sujeitos primeiro ao Tribunal de Contas, que os registrará, pondo-lhes o seu «visto», quando reconheça que não violam disposição de lei, nem excedem os creditos votados pelo Poder Legislativo.

Art. 3º Si o Tribunal julgar que não pôde registrar o acto do Governo, motivará a sua recusa, devolvendo-o ao Ministro que o houver expedido.

Este, sob sua responsabilidade, si julgar imprescindível a medida impugnada pelo Tribunal, poderá dar-lhe publicidade e execução.

Neste caso, porém, o Tribunal levará o facto, na primeira occasião opportuna, ao conhecimento do Congresso, registrando o acto sob reserva, e expendendo os fundamentos desta ao Corpo Legislativo.

Art. 4º Compete, outrosim, ao Tribunal de Contas:

1º Examinar mensalmente, em presença das contas e documentos que lhe forem apresentados, ou que requisitar, o movimento da receita e despesa, recapitulando e revendo, annualmente, os resultados mensaes;

2º Conferir esses resultados com os que lhe forem apresentados pelo Governo, communicando tudo ao Poder Legislativo;

3º Julgar annualmente as contas de todos os responsaveis por contas, seja qual for o Ministerio a que pertençam, dando-lhes quitação, condemnando-os a pagar, e, quando o não cumpram, mandando proceder na fôrma de direito;

4º Estipular aos responsaveis por dinheiros publicos o prazo de apresentação de suas contas, sob as penas que o regulamento estabelecer.

Art. 5º O Tribunal de Contas poderá delegar nas Thesourarias de Fazenda, ou em commissões de empregados idoneos, que para esse fim sejam mandados aos Estados, o conhecimento, em primeira instancia, das contas de qualquer responsavel por dinheiros publicos, excepto os inspectores de Fazenda e thesoureiros geraes.

Art. 6º Compoem o Tribunal os funcionarios, a que se conferir voto deliberativo nas materias submettidas á competencia dessa corporação.

§ 1º Esses funcionarios serão nomeados por decreto do Presidente da Republica, sujeito á aprovação do Senado, e gozarão das mesmas garantias de inamovibilidade que os membros do Supremo Tribunal Federal.

fevereiro de 1891.

Interessante registrar o fato de que consta da norma a assinatura do chefe do governo e de *Rui Barbosa*, exatamente por ter sido este o maior incentivador da criação de uma corte de controle do Erário, sendo até os dias atuais festejado pela manifestação que consta da exposição de motivos, transcrita, em parte, abaixo:

“À medida que vem propor-vos é a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil (...) Convém levantar entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o poder que quotidianamente a executa um mediador independente, auxiliar de um outro, que, comunicando com a legislatura e intervindo na administração, seja não só o vigia como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetuação das infrações orçamentárias por um veto oportuno aos atos do Executivo, que direta ou indireta, próxima ou remotamente, discrepem da linha rigorosa das leis de finanças.”⁴

§ 2º Vagando lugar entre os membros do Tribunal de Contas durante a ausencia das Camaras, o Presidente da Republica poderá preencher-o, e o funcionario entrar em exercicio, ficando porém, a nomeação dependente sempre de annuencia do Senado, em sua primeira reunião.

Art. 7º O serviço de contabilidade, nos assumptos sujeitos ao Tribunal, bem como o processo, exame, verificação e informação, nas materias e papeis tambem dependentes delle, serão commettidos a um corpo de funcionarios administrativos, distribuidos segundo reclamar a classificação natural dos trabalhos.

Desse pessoal o regulamento determinará quaes os a quem deve caber voto consultivo nas deliberações do Tribunal.

Art. 8º Além das attribuições estatuidas nos arts. 3º e 4º, e Tribunal de Contas exercerá todas as outras fixadas no respectivo regulamento, que convierem á natureza de suas funcções e dos seus fins.

Art. 9º As communicações entre o Tribunal de Contas e o Congresso effectuar-se-hão mediante relatorios annuaes e declarações quinzenaes, quando para estas houver assumpto.

Art. 10. O Tribunal, no exercicio de suas funcções, se corresponderá directamente, por intermedio do seu presidente, com todas as autoridades da Republica, as quaes todas são obrigadas a cumprir-lhe as requisições e ordens, sob pena da mais restricta responsabilidade.

Art. 11. O Ministerio da Fazenda expedirá regulamento, em decreto especial, estabelecendo a organização e as funcções do Tribunal de Contas, desenvolvendo-lhe a competencia, especificando-lhe as attribuições, estipulando os vencimentos ao seu pessoal, e determinando-lhe a demais despesa necessaria, para a qual fica desde já autorizado o Governo.

Art. 12. Revogam-se as disposições em contrario.

Sala das sessões do Governo Provisorio, 7 de novembro de 1890, 2º da Republica.

Manoel Deodoro da Fonseca.

Ruy Barbosa.

⁴ RUI BARBOSA. Exposição de Motivos: Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890. Coleção de Leis do Brasil, v. 11, p. 3440, 1890. Disponível em <http://www.senado.gov.br>;

Note-se, portanto, que, logo na primeira Constituição da República, o Tribunal de Contas foi elevado à estatutura constitucional, sendo formalizada a sua instituição.⁵

Na Constituição de 1934 – promulgada a 16 de julho – ocorreu uma inovação na estrutura do aparelho do Estado ao criar um capítulo específico para tratar “dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais” (CAPÍTULO VI), dividido em duas Seções, sendo a primeira destinada ao Ministério Público e a segunda ao Tribunal de Contas (arts. 99 a 102).⁶

A Constituição de 1937 – Decretada a 10 de novembro, pois iniciou o Estado Novo no Brasil – foi ainda mais longe ao definir o Tribunal de Contas no CAPÍTULO IV, reservado ao Poder Judiciário (art. 114), justificando esse ato pelas feições de natureza judicialiforme da Corte de Contas.⁷

⁵ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891) TÍTULO V – Disposições Gerais – Art 89 – É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença.

⁶ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934) – CAPÍTULO IV Do Poder Judiciário – CAPÍTULO VI – Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais - Art 99 – É mantido o Tribunal de Contas, que, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, acompanhará a execução orçamentária e julgará as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos. Art 100 – Os Ministros do Tribunal de Contas serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, e terão as mesmas garantias dos Ministros da Corte Suprema.

Parágrafo único – O Tribunal de Contas terá, quanto à organização do seu Regimento Interno e da sua Secretaria, as mesmas atribuições dos Tribunais Judiciários.

Art 101 – Os contratos que, por qualquer modo, interessarem imediatamente à receita ou à despesa, só se reputarão perfeitos e acabados, quando registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspende a execução do contrato até ao pronunciamento do Poder Legislativo.

§ 1º – Será sujeito ao registro prévio do Tribunal de Contas qualquer ato de Administração Pública, de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste.

§ 2º – Em todos os casos, a recusa do registro, por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio, tem caráter proibitivo; quando a recusa tiver outro fundamento, a despesa poderá efetuar-se após despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso *ex officio* para a Câmara dos Deputados.

§ 3º – A fiscalização financeira dos serviços autônomos será feita pela forma prevista nas leis que os estabelecerem.

Art 102 – O Tribunal de Contas dará parecer prévio, no prazo de trinta dias, sobre as contas que o Presidente da República deve anualmente prestar à Câmara dos Deputados. Se estas não lhe forem enviadas em tempo útil, comunicará o fato à Câmara dos Deputados, para os fins de direito, apresentando-lhe, num ou noutro caso, minucioso relatório do exercício financeiro terminado.

⁷ CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937) – DO PODER JUDICIÁRIO – DO PODER JUDICIÁRIO – DO TRIBUNAL DE CONTAS – Art. 114 – Para acompanhar, diretamente ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou

A partir da Constituição de 1946 o Tribunal de Contas passou a ser colocado no capítulo do Poder Legislativo, constando nesta Carta no CAPÍTULO II, Seção VI – do ORÇAMENTO, arts. 76 e 77.⁸ Na Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (promulgada em 17 de outubro pela Junta Militar),⁹

bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União, é instituído um Tribunal de Contas, cujos membros serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Conselho Federal. Aos Ministros do Tribunal de Contas são asseguradas as mesmas garantias que aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único – A organização do Tribunal de Contas será regulada em lei.

Antes mesmo da CF/1946, o PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe conferia o art. 180 da Constituição, decretou a Lei nº 9, de 29 de fevereiro de 1945, alterando a Constituição de 1937, passando o art. 114 a ter a vigência com a seguinte redação:

Art. 114 – Para acompanhar, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União, é instituído um Tribunal de Contas, cujos membros serão nomeados pelo Presidente da República. Aos Ministros do Tribunal de Contas são asseguradas as mesmas garantias que aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

⁸ CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946) – Art 76 – O Tribunal de Contas tem a sua sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional.

§ 1º – Os Ministros do Tribunal de Contas serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, e terão os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos dos Juízes do Tribunal Federal de Recursos.

§ 2º – O Tribunal de Contas exercerá, no que lhe diz respeito, as atribuições constantes do art. 97, e terá quadro próprio para o seu pessoal.

Art 77 – Compete ao Tribunal de Contas:

I – acompanhar e fiscalizar diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento;

II – julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas;

III – julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões.

§ 1º – Os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa só se reputarão perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderá a execução do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional.

§ 2º – Será sujeito a registro no Tribunal de Contas, prévio ou posterior, conforme a lei o estabelecer, qualquer ato de Administração Pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro nacional ou por conta deste.

§ 3º – Em qualquer caso, a recusa do registro por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio terá caráter proibitivo. Quando a recusa tiver outro fundamento, a despesa poderá efetuar-se, após despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso *ex officio* para o Congresso Nacional.

§ 4º – O Tribunal de Contas dará parecer prévio, no prazo de sessenta dias, sobre as contas que o Presidente da República deverá prestar anualmente ao Congresso Nacional. Se elas não lhe forem enviadas no prazo da lei, comunicará o fato ao Congresso Nacional para os fins de direito, apresentando-lhe, num e noutro caso, minucioso relatório de exercício financeiro encerrado.

⁹ EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, DE 17 DE OUTUBRO DE 1969 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, DE 17 DE OUTUBRO DE 1969 – Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. CAPÍTULO VI – DO PODER

LEGISLATIVO – SEÇÃO VII – Da Fiscalização Financeira e Orçamentária – Art. 70. A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional mediante controle externo e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei.

§ 1º O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

§ 2º O Tribunal de Contas da União dará parecer prévio, em sessenta dias, sobre as contas que o Presidente da República prestar anualmente; não sendo estas enviadas dentro do prazo, o fato será comunicado ao Congresso Nacional, para os fins de direito, devendo aquele Tribunal, em qualquer caso, apresentar minucioso relatório do exercício financeiro encerrado.

§ 3º A auditoria financeira e orçamentária será exercida sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes da União, que, para esse fim, deverão remeter demonstrações contábeis ao Tribunal de Contas da União, a que caberá realizar as inspeções necessárias.

§ 4º O julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis será baseado em levantamento contábeis, certificados de auditoria e pronunciamento das autoridades administrativas, sem prejuízo das inspeções mencionadas no parágrafo anterior.

§ 5º As normas de fiscalização financeira e orçamentária estabelecidas nesta seção aplicar-se-ão às autarquias.

Art. 71. O Poder Executivo manterá sistema de controle interno, a fim de:

I – criar condições indispensáveis para assegurar eficácia ao controle externo e regularidade à realização da receita e da despesa;

II – acompanhar a execução de programas de trabalho e a do orçamento; e

III – avaliar os resultados alcançados pelos administradores e verificar a execução dos contratos.

Art. 72. O Tribunal de Contas da União, com sede no Distrito Federal e quadro próprio de pessoal, tem jurisdição em todo o País.

§ 1º O Tribunal exerce, no que couber, as atribuições previstas no artigo 115.

§ 2º A lei disporá sobre a organização do Tribunal, podendo dividi-lo em Câmaras e criar delegações ou órgãos destinados a auxiliá-lo no exercício das suas funções e na descentralização dos seus trabalhos.

§ 3º Os seus Ministros serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros, maiores de trinta e cinco anos, de idoneidade moral e notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros ou de administração pública, e terão as mesmas garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos.

§ 4º No exercício de suas atribuições de controle da administração financeira e orçamentária, o Tribunal representará ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional sobre irregularidades e abusos por ele verificados.

§ 5º O Tribunal, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das auditorias financeiras e orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, deverá:

a) assinar prazo razoável para que o órgão da administração pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

b) sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, exceto em relação a contrato;

c) solicitar ao Congresso Nacional, em caso de contrato, que determine a medida prevista na alínea anterior ou outras necessárias ao resguardo dos objetivos legais.

§ 6º O Congresso Nacional deliberará sobre a solicitação de que cogita a alínea c do parágrafo anterior, no prazo de trinta dias, findo a qual, sem pronunciamento do Poder Legislativo, será considerada insubsistente a impugnação.

manteve-se a mesma estrutura, a par do CAPÍTULO VI, Seção VII, art. 70 e seguintes.

Merece ainda registro o fato de que a estrutura do Tribunal de Contas à época de sua criação – como órgão único – visava ao exame, revisão e julgamento de todas as operações referentes à receita e despesa da República, havendo a delegação da competência recursal às “Thesourarias da Fazenda” ou “em comissões de empregados”, como forma de descentralização administrativa, posto que, àquela época, vigorava o registro prévio que exigia o visto da corte de contas em todos os atos que viessem a criar despesa.

Esta obrigação vigorou até a Constituição de 1946, sendo abolida a partir de 1967 até hoje, quando o controle do Tribunal passou a ocorrer *a posteriori*, vez que o sistema original implicava em excesso de burocracia ao funcionamento da máquina estatal.

Constituição Federal de 1988

O regime militar – instituído pelo golpe de março de 1964 – começou a esmorecer em meados da década de 1980, sendo que, à luz da ciência política – e da História – esse fato determina que quando ocorrem mudanças de um regime político ditatorial para um regime democrático, a expectativa geral em qualquer sociedade é com relação à elaboração de um novo conjunto de leis capazes de expressar as novas aspirações e interesses da sociedade que foram reprimidos e contidos durante décadas de governos militares, sendo nesse contexto promulgada a Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.

Assim – preservando-me apenas no tema objeto deste trabalho – foi mantida a forma das constituições anteriores, no sentido do Tribunal de Contas ser colocado no Capítulo referente ao Poder Legislativo (Título IV, Capítulo I, Seção IX), ocorrendo, todavia, mudanças importantes na forma do controle do Erário.

A Seção IX – citada acima – cuida “Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária”, sendo inaugurada pelo art. 70¹⁰. Logo de início se constata que

§ 7º O Presidente da República poderá ordenar a execução do ato a que se refere a alínea *b* do § 5º, *ad referendum* do Congresso Nacional.

§ 8º O Tribunal de Contas da União julgará da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões, não dependendo de sua decisão as melhorias posteriores.

¹⁰ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 5 DE OUTUBRO DE 1988 – Art. 70. – A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. – Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

a norma inova em relação aos textos anteriores, à medida em que a fiscalização é ampliada de forma considerável, não ficando restrita apenas ao controle das despesas, mas a todos os atos e fatos que envolvam o Poder Executivo, sendo essa fiscalização exercida não apenas pelo Congresso Nacional – como controlador externo – mas também pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Esse fato constitui uma mudança de paradigma no controle das contas públicas, por impor uma maior responsabilidade a cada Poder, no que toca à eficiência administrativa, e, em última análise, ao trato orçamentário.

O Tribunal de Contas em si é tratado no artigo seguinte – art. 71¹¹ –, estando o rol de competências e atribuições da Corte de Contas da União elencado pela Carta Maior em nove incisos e quatro parágrafos, pertencentes à cabeça do citado artigo.

A atual Constituição adota uma estruturação sistêmica da atividade de controle, sendo que, para o controle interno, a regra é compulsória, resultando que a definição estrutural deveria levar em consideração a fisionomia do paradigma estabelecido pela Carta Federal, ou seja, o próprio Tribunal de Contas.

Nessa passada, o Tribunal de Contas da União consubstancia o paradigma federal de controle, devendo as normas constitucionais pertinentes ser aplicadas aos Tribunais de Contas dos Estados (26) e do Distrito Federal, assim como aos Tribunais e Conselhos de Contas municipais (4 estaduais e 2 municípios), conforme regra expressa do art. 75 da CRFB¹².

De acordo com o ensinamento de *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, ao comentar o art. 75 da CF/1988, “tem-se aqui uma norma de extensão normativa (ou seja, regra que estende a outro ou outros órgãos normas que presidem a instituição, ou lhe cometem poderes). [...] A norma dispõe sobre matéria de competência obrigatória pelos Estados-membros, não permitindo, em consequência a estes, qualquer distorção na aplicação das normas que corporificam o sistema de fiscalização instituído. [...] Os Estados não podem desobedecer à ordenação dada ao Tribunal de Contas da União, sendo que as normas só podem ser postas de lado onde “não couber sua aplicação.”¹³

A dificuldade de estabelecer uma norma única para todas as cortes de contas integrantes do Sistema decorre do fato do Brasil ser um país de dimensões continentais e, conseqüentemente, dotado de regionalidades muito específicas, as

¹¹ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

¹² Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. 2ª ed., São Paulo. Saraiva. P. 412;

quais implicam em problemas e demandas governamentais diversas, afigurando-se muito difícil embora todas elas devam guardar simetria com a Corte de Contas federal, decorrendo daí a norma estampada no parágrafo único do art. 75.

Nesse contexto se torna possível e viável a cada Corte de Controle possuir a sua própria lei orgânica, as quais fazem gerar os respectivos regimentos internos que abarcam, de forma exaustiva, todas as questões pontuais que devem ser observadas pelos jurisdicionados, sem que, repita-se, desviem-se da simetria desejável com as normas que norteiam o Tribunal de Contas da União.

Nesse mesmo sentido, pode-se afirmar que a lógica abona a interpretação literal à medida que se pretende, no art. 74¹⁴, um sistema de controle interno, o qual, certamente deve ter uma interface com o sistema de controle externo, sendo inexorável a estruturação sistêmica, a exigir uma similitude orgânica, só permitida com a simetria acima citada.

Esta matéria é profundamente analisada pelo *Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*, quando comenta haver no Brasil:

- a) um Tribunal de Contas da União, responsável pelo controle dos bens, dinheiros e valores da esfera federal e sobre territórios federais, se houver;
- b) vinte e seis Tribunais de Contas de Estado, sendo um por Estado, mas com jurisdições nem sempre semelhantes, conforme se observa a seguir:
 - b.1) nos Estados da Bahia, do Ceará, de Goiás e do Pará, há um Tribunal de Contas dos Municípios, órgão específico para cuidar das contas de todos os Municípios dos respectivos Estados e também auxiliar as câmaras municipais no controle externo. Nesses Estados, portanto, a atuação do Tribunal de Contas do Estado é restrita ao controle dos órgãos e recursos estaduais,
 - b.2) nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, há um Tribunal de Contas do Município, nesse caso, grafado no singular, que tem por objetivo fiscalizar as contas do Município do Rio de Janeiro e de São Paulo, respectivamente. Esses Estados têm a particularidade de as respectivas capitais terem o mesmo nome do Estado e, em ambos, também há o

¹⁴ Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 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.

Tribunal de Contas do Estado, agravando a confusão. Desse modo, nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, o Tribunal de Contas do Estado exerce a jurisdição sobre o Estado e todos os Municípios, excetuando-se o Município da respectiva capital,

b.3) em todos os demais Estados da federação, o Tribunal de Contas do Estado exerce jurisdição sobre o Estado e sobre todos os Municípios, auxiliando a Assembleia Legislativa e as câmaras municipais no controle externo,

b.4) quatro Tribunais de Contas de Municípios, encarregados de fiscalizar as contas de todos os Municípios dos respectivos Estados, nos termos já referidos no subitem b1,

b.5) dois Tribunais de Contas de Município, encarregados de fiscalizar as contas do Município do Rio de Janeiro e de São Paulo, respectivamente nos termos já referidos no subitem b2 supra,

b.6) um Tribunal de Contas do Distrito Federal, com jurisdição sobre todos os órgãos do Distrito Federal, o qual, a propósito, não pode dividir-se em Municípios.¹⁵

Comenta ainda o i. professor, ex-Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, além de Juiz do Trabalho e membro do Ministério Público de Contas DF, que “vez por outra, emendas à Constituição Federal ou às constituições dos Estados tentam extinguir os Tribunais de Contas dos Municípios ou o Tribunal de Contas do Município sob o argumento de economia. Essas teses são desarrazoadas, porque não é extinguindo unidade de controle específico que se faz economia. É justamente a falta de fiscalização que gera desvios, corrupção e atos antieconômicos”.¹⁶

Dessa forma, acha-se estruturado o Sistema Tribunal de Contas na Carta Constitucional, promulgada a 05 de outubro de 1988.

Os Tribunais de Contas e o Controle das Prestações de Contas

Julgamento de Contas e dos Responsáveis (Ordenadores da Despesa)

Como o objeto deste trabalho é pesquisar sobre alguns aspectos da atribuição dos Tribunais de Contas relativamente ao julgamento das prestações de contas dos gestores, bem como o parecer prévio, emitido quando da análise das contas de gestão do Chefe do Poder Executivo, cujo julgamento é da competência do Poder Legislativo, cabe analisar também sobre as competências estampadas nos incisos I e II do art. 71, da CRFB¹⁷.

¹⁵ Jacoby Fernandes, J.U., *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Pgs. 778 a 780;

¹⁶ Ob. Cit., p. 780;

¹⁷ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

Torna-se assim necessário iniciar o estudo pelo inc. II, acerca do qual muito se questionou, desde que surgiu a expressão “julgar” no texto original da Carta de 1988, questionando-se, desde o início, se a jurisdição poderia ser exercida por um órgão não integrante do Poder Judiciário, como no caso das Cortes de Contas.

O problema exsurge do fato de muitos estudiosos sustentarem como pedra de toque, em suas teses, que no Brasil se adota o sistema de jurisdição única – atualmente estatuído no art. 5º, inc. XXXV, da CRFB, cujo teor também constava de constituições pretéritas – sendo indispensável relembrar o seu teor: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”.

Passados quase trinta anos de sua promulgação – e depois de longos debates sobre o tema – é fato que a Constituição Federal de 1988 admitiu expressamente várias exceções a esse monopólio absoluto do Poder Judiciário. É bem de ver: o constituinte não excluiu expressamente o direito de ação perante esse poder, mas declinou a competência para julgar à órgão que não o integra de forma expressa. Veja-se os seguintes exemplos:

- 1) O Presidente e o vice-Presidente da República, nos crimes de responsabilidade, e os ministros de Estado, nos crimes da mesma natureza e conexos com aqueles, cuja competência privativa é do Senado Federal (art. 52, inc. I);
- 2) Processar os ministros do Supremo Tribunal Federal, o procurador-geral da República e o advogado-geral da União nos crimes de responsabilidade, cuja competência privativa também é do Senado Federal (art. 52, inc. II);
- 3) As contas prestadas pelo Presidente da República, as quais a competência é exclusiva do Congresso Nacional (art. 49, inc. IX), e, não obstante, serão analisadas mais adiante no presente trabalho; e
- 4) Finalmente, a que interessa ao tema ora examinado, que são as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, cuja competência é do Tribunal de Contas da União (art. 71, II).

Note-se que as demais cortes fiscalizadoras exercem a mesma função nos estados e municípios, onde houver, conforme se discorreu no item II.2 deste trabalho (art. 75 e par. Único).

I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

Fica, então, a pergunta: os casos elencados estão entre os de competência de órgão do Poder Judiciário? A resposta a ser apresentada, de forma não precipitada, é negativa, considerando ter sido o desejo do constituinte originário. E o fez de forma expressa, deslocando as competências de julgar para órgãos específicos, arrimado em razões jurídicas, morais e lógicas, à medida que essas funções não implicam em redução de competência do judiciário, posto resultarem da própria Constituição, e não da lei.

O Supremo Tribunal Federal – na qualidade da Mais Alta Corte de Justiça do País – possui um repositório de jurisprudência acerca do tema, na qual reconhece a competência judicante das cortes fiscalizadoras sobre as contas prestadas pelos administradores responsáveis.

Cite-se, por todas, a mais recente decisão nesse sentido, cujo Inteiro Teor do Acórdão no Mandado de Segurança nº 24.379 Distrito Federal, foi disponibilizado em 07/04/2015, sendo Relator o *Ministro Dias Toffoli*, julgado na 1ª Turma e contendo a seguinte Ementa:

“EMENTA

Mandado de segurança. Competência do Tribunal de Contas da União. Inclusão dos impetrantes em processo de tomada de contas especial. Responsabilidade solidária. Ressarcimento ao erário.

Ilegalidade e abuso de poder não configurados. Denegação da segurança.

1. Ao auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo, compete ao Tribunal de Contas da União a relevante missão de julgar as contas dos administradores e dos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, II, da Constituição Federal).

2. Compete à Corte de Contas da União aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelece, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao Erário (art. 71, VIII, da Constituição Federal).

3. Em decorrência da amplitude das competências fiscalizadoras da Corte de Contas, tem-se que não é a natureza do ente envolvido na relação que permite, ou não, a incidência da fiscalização da Corte de Contas, mas sim a origem dos recursos envolvidos, conforme dispõe o art. 71, II, da Constituição Federal

4. Denegação da segurança.” (Grifei)

Com essas considerações iniciais, é importante aduzir que a Constituição de 1988 – que ficou conhecida pelo cognome de Constituição-cidadã – valorizou bastante o dever dos administradores públicos de prestar contas, aparelhando os órgãos estatais com instrumentos para controlá-las, e, especialmente, as cortes de contas com a incumbência de julgá-las.

Essa valorização prevista na Carta de 1988 vem do Direito anglo-saxão – e, atualmente, faz parte mesmo da cultura dos países que possuem essa origem – que adota a regra do “*accountability*” nos seus sistemas de controle, entendida a palavra da língua inglesa – em tradução livre – como “responsabilidade com ética e que remete à obrigação de membros de um órgão administrativo ou representativo de prestar contas a instâncias controladoras ou a seus representados”, podendo-se resumir na capacidade do Administrador dar resposta à sociedade sobre a sua decisão adotada.

Tem-se, portanto, que o inc. II do art. 71 da CRFB, incumbe o Tribunal de Contas da competência privativa para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis e gestores em geral, aí incluídas as contas do Tribunal de Justiça, da Assembleia Legislativa e da Câmara Municipal, com destaque para a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade de norma tendente a subtrair do Tribunal de Contas a competência do julgamento das contas da Mesa Diretora de Assembleia Legislativa (cf. ADIn nº 849-8/MT. Relator *Ministro Sepúlveda Pertence*. Publicação de 23/04/1999).

Refere-se o ministro aposentado, ex-Procurador Geral da República, à prestação de contas anual ou ordinária, tendo o respectivo julgamento, pelo menos, dois objetivos básicos, sendo eles:

- i) Aferir as despesas diretamente geridas, ordenadas pelo responsável, pela entidade, ou órgão autônomo; e
- ii) Aferir a capacidade da boa e regular gestão de recursos públicos.

Esses dois objetivos implicam em que as contas anuais reflitam a gestão da entidade ou órgão autônomo, geridos e/ou administrados pelas autoridades responsáveis, as quais obedecem a um nível de julgamento que, em última análise, decorre do próprio texto constitucional, podendo ser definidas conforme o quadro esquemático abaixo:

- i) Qualquer pessoa física; e
- ii) Qualquer pessoa jurídica, pública ou privada que:

Utilize	Arrecade	Guarde	Gerencie
---------	----------	--------	----------

Ou

Administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda ou assumas obrigações de natureza pecuniária em nome da União

Nada obstante, é comum surgir a dúvida no sentido de que as Cortes de Contas seriam competentes para julgar as contas em si ou os responsáveis por prestá-las, estando atualmente pacificado na doutrina e na jurisprudência do Tribunal de Contas da União que não há como infirmar que uma conta afigura-se irregular sem que se identifique o que deu causa à irregularidade e o respectivo agente responsável, à medida que a ausência desses elementos inviabilizam a garantia constitucional da ampla e irrestrita defesa e do contraditório (cf. art. 5º, LV, da CRFB).

Neste mesmo sentido, fundamentou o *Min. Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça* em seu voto no Tribunal de Contas da União:

“De outro lado, há que se ter em mente, segundo já decidido em outros casos apreciados por este Tribunal, que o exame de contas anuais de responsável deve ter por foco toda a gestão, e não apenas um ou outro ato isolado. Assim, é preciso sopesar a irregularidade de um ato no conjunto da gestão, entendida como uma série de atos necessários à funcionalidade de um órgão e verificada dentro de padrões aceitáveis de legalidade, legitimidade e economicidade.” (Processo TC nº 650.158/1995-4. Acórdão nº 276/2002 – Plenário. Relator: Min. Marcos Vinícios Vilaça. Publ. Em 13/08/2002).

Não se pode deixar de abordar nesse tema a outra modalidade de julgamento exercido pelas cortes fiscalizadoras que diz respeito às contas especiais, consubstanciando uma modalidade diferenciada daquela descrita acima – que é a conta ordinária comum ou anual – as quais decorrem da segunda parte do inc. II do art. 71 da CRFB, ao constar do dispositivo “*e daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.*”

Trata-se da Tomada de Contas Especial – TCE, que constitui um procedimento excepcional, de natureza administrativa, tendo por finalidade apurar responsabilidade por omissão, por irregularidade no dever de prestar contas ou por dano causado ao erário, estando regulamentada – no âmbito do Tribunal de Contas da União – pela Instrução Normativa nº 71/2012.¹⁸

A excepcionalidade do procedimento decorre do fato de que o sistema de controle interno deve esgotar as medidas administrativas internas para sanar as irregularidades, e, se for o caso, recompor o erário (como v.g. instauração de sindicância, processo administrativo disciplinar, etc), como determina o já citado art. 74 da CRFB. Se não lograr êxito, só então deverá instaurar a Tomada de Contas Especial, cf. o art. 3º da citada Instrução Normativa¹⁹.

¹⁸ INSTRUÇÃO NORMATIVA – TCU Nº 71, de 28 de novembro de 2012 – Dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos de tomada de contas especial.

¹⁹ Art. 3º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação de recursos repassados pela União mediante convênio, contrato de repasse, ou instrumento congêneres, da ocorrência de desfalque, alcance, desvio ou desaparecimento de dinheiro, bens ou valores públicos, ou da prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que

Trata-se de um procedimento composto de duas fases – cabendo comparação com o processo penal, no qual ocorre o inquérito policial e posteriormente a etapa judicial, se for o caso – sendo elas: fase interna e fase externa.

O ilustre *professor Jacoby*, citado anteriormente, elucida a questão²⁰ ao resumir assim essa forma especial de contas:

“É um procedimento que se desenvolve em duas fases: na primeira, o órgão da Administração Pública, onde ocorreu o fato – omissão, irregularidade ou dano -, instaura uma comissão com poderes investigatórios, visando quantificar o dano, levantando os indícios de autoria, ou, em se tratando de omissão ou irregularidade, tomando as contas e verificando indícios de reprovabilidade da conduta do agente.

Na fase interna, deve a autoridade:

- a) Diante de dano causado ao erário, decorrente de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, buscar o ressarcimento por atos próprios;
- b) Esgotadas as possibilidades de recomposição do dano ou o prazo definido nas normas dos Tribunais de Contas, deverá instaurar comissão para proceder à Tomada de Contas Especial;
- c) Igual procedimento cabe à autoridade repassadora de recursos diante da omissão no dever de prestar contas;
- d) Na fase externa, após o encerramento das apurações pela comissão de Tomada de Contas Especial, os autos são remetidos ao Tribunal de Contas, onde se desenvolve o contraditório e a ampla defesa. Em seguida, o Tribunal de Contas, no exercício de sua jurisdição, julga.”

Esse é, portanto, um breve apanhado dessa importante atribuição atinente às cortes de controle no Brasil, que será concluído a seguir com as consequências que podem recair sobre os responsáveis, em caso de decisão adversa no julgamento das contas.

Consequências da Decisão Adversa Proferida pelos Tribunais de Contas

Torna-se necessário enfatizar que a decisão dos Tribunais de Contas em processos de prestação de contas comuns, anuais ou regulares, há de possuir a forma de Acórdão, face à natureza colegiada desses órgãos, devendo ainda conter os elementos de uma sentença e observar, como consequência, o princípio da motivação, no qual o julgador considera as questões apresentadas para fundamentar sua convicção acerca da matéria.

resulte dano ao Erário, a autoridade competente deve imediatamente, antes da instauração da tomada de contas especial, adotar medidas administrativas para caracterização ou elisão do dano, observados os princípios norteadores dos processos administrativos.(Grifei)

²⁰ Jacoby Fernandes, J.U., TOMADA DE CONTAS ESPECIAL/Processo e Procedimento na Administração Pública e nos Tribunais de Contas, editora Fórum, Belo Horizonte, 2012, pgs. 417/418.

O voto proferido pelas Cortes de Contas, ou seja, devem aproximar-se ao máximo dos requisitos previstos no Código de Processo Civil para proferir a sentença. Sendo assim, cabe lembrar o ensinamento do mestre processualista, *Moacyr Amaral Santos*, no seguinte de que “a sentença é ato de vontade, mas não ato de imposição de vontade autoritária, pois se assenta num ato de justiça, da qual devem ser convencidas não somente as partes como também a opinião pública. Portanto aquelas e esta precisam conhecer dos motivos da decisão, sem os quais não terão elementos para se convencerem do seu acerto. Nesse sentido diz-se que a motivação da sentença redunde de exigência de ordem pública.” (Grifei)²¹

Tem-se, assim, que o voto ou o acórdão das cortes de contas devem conter: relatório, fundamentação e parte dispositiva/decisória (cf. art. 458 do Código de Processo Civil)²². Assim, a decisão dos Tribunais de Contas – em processos de julgamento de contas de gestão dos administradores responsáveis – é condenatória quando:

- i) Obriga o responsável a reparar o dano a que deu causa; e/ou
- ii) Impõe o pagamento de multa pelo ato irregular praticado.

Apesar de não ser objeto deste trabalho uma análise exclusiva do processo em si, no âmbito dos Tribunais de Contas, torna-se fundamental registrar a necessidade de respeitar o direito à ampla e irrestrita defesa e do contraditório ao administrador responsável (art. 5º, LV da CRFB)²³ e do devido processo legal (art. 5º, LIV da CRFB)²⁴, até, porque, esse tipo de decisão, proferida pelas Corte de Contas, pode, eventualmente, atingir o patrimônio dos responsáveis.

²¹ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. São Paulo. Saraiva, 18ª ed., 1995, v. 1. P. 19.

²² Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Art. 459. O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa.

Parágrafo único. Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida.

²³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

²⁴ Art. 5º... LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Nessa esteira, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 – é expressa em suas disposições quanto à essas decisões, regulando a matéria na seção II do capítulo I, do Título II, na qual cuida das “Decisões em Processo de Tomada ou Prestação de Contas”.²⁵

A referida Lei Orgânica ainda estabelece a hipótese do julgamento irregular das contas²⁶, bem como as consequentes sanções aos responsáveis, previstas no art. 19 da citada Lei.²⁷

²⁵ Art. 12. Verificada irregularidade nas contas, o Relator ou o Tribunal:

- I – definir a responsabilidade individual ou solidária pelo ato de gestão inquinado;
- II – se houver débito, ordenará a citação do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar defesa ou recolher a quantia devida;
- III – se não houver débito, determinará a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar razões de justificativa;
- IV – adotará outras medidas cabíveis.

§ 1º O responsável cuja defesa for rejeitada pelo Tribunal será cientificado para, em novo e improrrogável prazo estabelecido no Regimento Interno, recolher a importância devida.

§ 2º Reconhecida pelo Tribunal a boa-fé, a liquidação tempestiva do débito atualizado monetariamente sanará o processo, se não houver sido observada outra irregularidade nas contas.

§ 3º O responsável que não atender à citação ou à audiência será considerado revel pelo Tribunal, para todos os efeitos, dando-se prosseguimento ao processo.

²⁶ Art. 16. – As contas serão julgadas:

(...)

III – irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

- a) omissão no dever de prestar contas;
- b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;
- c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;
- d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

§ 1º O Tribunal poderá julgar irregulares as contas no caso de reincidência no descumprimento de determinação de que o responsável tenha tido ciência, feita em processo de tomada ou prestação de contas.

§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

- a) do agente público que praticou o ato irregular, e
- b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

§ 3º Verificada a ocorrência prevista no parágrafo anterior deste artigo, o Tribunal providenciará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.

²⁷ Art. 19. Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 desta Lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução.

Parágrafo único. Não havendo débito, mas comprovada qualquer das ocorrências previstas nas alíneas a, b e c do inciso III, do art. 16, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso I do art. 58, desta Lei.

Os arts 57 e 58 da Lei Orgânica do TCU²⁸ estabelecem o rito para aplicação da multa aos responsáveis, remetendo ao seu Regimento Interno (arts. 167 a 169) a gradação de sua cominação, levando em conta a gravidade da falta praticada pelo agente, considerando se este agiu com comprovada má-fé ou culpa.

Outra consequência da decisão adversa do Tribunal de Contas – em julgamento de contas ou cominação de multa – é o impedimento do agente de exercer função ou cargo de confiança na Administração Pública, bem como o arresto de seus bens, conforme estabelecem os arts. 60 e 61 da citada Lei Orgânica.²⁹

Essas normas obedecem ao comando do §3º do próprio art. 71 da CRFB, estabelecendo que “*as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.*” Essa norma encontra abrigo no diploma principal do processo civil pátrio, quando regula o título executivo extrajudicial – cf. informado no item II.2 deste trabalho – a par do art. 585, VI e VII do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973). Essa norma é mantida pela Lei 13.105/2015, cuja entrada em vigência ocorre em 18 de março de 2016.³⁰

²⁸ Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário.

Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

I – contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 desta Lei;

II – ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

III – ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário;

IV – não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal;

V – obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas;

VI – sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal;

VII – reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal.

§ 1º Ficará sujeito à multa prevista no caput deste artigo aquele que deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado.

§ 2º O valor estabelecido no caput deste artigo será atualizado, periodicamente, por portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada, no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União.

§ 3º O Regimento Interno disporá sobre a gradação da multa prevista no caput deste artigo, em função da gravidade da infração.

²⁹ Art. 60. Sem prejuízo das sanções previstas na seção anterior e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas da União, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.

Art. 61. O Tribunal poderá, por intermédio do Ministério Público, solicitar à Advocacia-Geral da União ou, conforme o caso, aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, devendo ser ouvido quanto à liberação dos bens arrestados e sua restituição.

³⁰ Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

A Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, ao alterar a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, concedeu mais efetividade às decisões dos Tribunais de Contas, quando ampliou os casos de inelegibilidade de acordo com o art. 14 § 9º da Constituição Federal.³¹

Assim, inclui como nova hipótese de inelegibilidade, visando proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato, o julgamento dos Tribunais de Contas como irregulares de forma insanável as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, nos termos do art. 71 II da CFRB de 1988.³²

Esse diploma legal ficou popularmente conhecido como a “Lei da Ficha Limpa”, por ter acrescentado diversas hipóteses que impedem a candidatura a cargos eletivos, e após um começo bastante conturbado acerca do início de sua vigência por ocorrer uma eleição no ano de sua edição (2010), razão pela qual passou a ser aplicada nas eleições municipais de 2012.

Cabe ainda enfatizar que as mesmas decisões nos processos de prestação de contas, aplicam-se também nas tomadas de contas, inclusive as especiais.

Vê-se, portanto, que as decisões das Cortes de Contas, as quais julgam irregulares as contas dos administradores, podem vir a gerar consequências bastante adversas aos responsáveis, contribuindo, assim, o Sistema Tribunal de Contas, para o cumprimento dos princípios que norteiam a Administração Pública no Brasil, insculpidos no art. 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

.....

IX – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

³¹ CF 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:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

³² Art. 1º São inelegíveis:

I – para qualquer cargo

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e a Competência Fiscalizadora dos Tribunais de Contas quanto ao seu Cumprimento

Além das competências antes comentadas dos Tribunais de Contas, com foco nas decisões que importam em consequências adversas aos administradores e responsáveis pela gestão pública, é necessário também abordar outra atribuição das cortes fiscalizadoras, de real importância, regulamentada pela Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, conhecida como a “Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF”.

Tal fato decorre da competência do Tribunal de Contas de controlar e fiscalizar a despesa e também a receita, que compõem o orçamento público, por ser um órgão com atribuições constitucionais autônomas e auxiliar técnico do Poder Legislativo no controle externo dos atos do Poder Executivo.

Ao se abordar o tema “orçamento” é necessário se referir à Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 – a qual, diga-se, foi recepcionada pela Carta de 1988, estando em plena vigência, pontuando-se que o seu art. 1º estabelece que: “*Esta lei estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal (...)*”.

Nota-se, de plano, que o diploma legal conjugou duas técnicas utilizadas em dois sistemas de informações para o controle dos atos e fatos da Administração, sendo eles: o orçamento e a contabilidade.

Todavia, com o passar dos anos, o orçamento evoluiu no sentido de dar ênfase ao planejamento, fazendo surgir o chamado orçamento-programa, visando enfatizar a especialização, o que a torna regra. Na prática deve operar como um elo entre os sistemas de planejamento e de finanças, tornando, com isso, viável a operacionalização dos planos por sua monetarização.

Em outras palavras, coloca o orçamento, em si, em função dos recursos financeiros disponíveis, permitindo que o planejamento se mantenha baseado na realidade, em razão das disponibilidades dos recursos financeiros, sendo esta a ideia central da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

É nesse ambiente que o diploma legal em questão dedicou o Capítulo II ao “Planejamento”, estabelecendo normas de cunho bastante rígido, diga-se, e, tendentes a moldar o orçamento público a uma espécie de gestão empresarial, para a confecção e elaboração do Plano Plurianual (PPA), estabelecido no art. 3º; à Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), estatuída no art. 4º, bem como à Lei Orçamentária Anual (LOA), nos termos do art. 5º.³³

³³ Art. 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e:

Art. 5º O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar:

.....

Outro aspecto em que a LC 101/2000 se afigura inovadora é a da transparência das contas públicas (tanto da despesa quanto da receita), compelindo que os sistemas de controle efetuados sejam eficientes, quer pela própria autoridade administrativa (controle interno), quer pelo Poder Legislativo e pelos Tribunais de Contas (controle externo), assim como pelos meios de comunicação ou pelos membros da sociedade em geral, sendo a transparência um dos instrumentos mais eficazes para a disciplina fiscal; e o controle, o meio mais propício para viabilizar a transparência.

Fundamental à correta aplicação da Lei Fiscal é a fiscalização exercida pelos Tribunais de Contas, dada a sua natureza de órgão autônomo e controlador das finanças públicas, exercendo os controles prévio e concomitante, mediante acompanhamento da execução orçamentária, cujo desenvolvimento pelos administradores públicos deve estar adstrito às exigências constantes da referida lei.

Os aludidos controles são: a obediência aos limites de despesas (gastos com pessoal, endividamento, etc.) e à destinação dos recursos arrecadados, tornando-se imprescindível o exame periódico dos relatórios de execução orçamentária e de gestão fiscal, cuja viabilização deve ser regulamentada através de instrução normativa a ser editada pelos Tribunais de Contas, conforme estabelece o § 1º do art. 59 da LRF.³⁴

Note-se que a lei utiliza – no § 1º – o termo “alertarão” os Poderes ou órgãos responsáveis, sendo importante destacar o aforismo oriundo do Direito Romano, segundo o qual *“não se presumem na lei palavras inúteis”*, resultando em que o alerta aos Poderes e órgãos referidos no art. 20 da Lei Complementar nº 101/2000 tem natureza cautelar, na medida em que previne a consumação de irregularidade iminente.

Constata-se, portanto, que, além de sua função orientadora e acautelatória, funciona [o alerta] como agravante de responsabilidade, pois o gestor de finanças públicas, cujo dever de observância aos ditames da nova Lei Fiscal decorre do princípio da legalidade.

Assim sendo, uma vez alertado pelo Tribunal de Contas e não adotando as providências que se fizerem necessárias, deverá o Poder ou órgão, sem dúvida, ter agravada sua responsabilidade, ocorrendo a irregularidade objeto da notificação.

³⁴ Art. 59 –

§ 1º – Os Tribunais de Contas alertarão os Poderes ou órgãos referidos no art. 20 quando constatarem:

I – a possibilidade de ocorrência das situações previstas no inciso II do art. 4º e no art. 9º;
II – que o montante da despesa total com pessoal ultrapassou 90% (noventa por cento) do limite;
III – que os montantes das dívidas consolidada e mobiliária, das operações de crédito e da concessão de garantia se encontram acima de 90% (noventa por cento) dos respectivos limites;
IV – que os gastos com inativos e pensionistas se encontram acima do limite definido em lei;
V – fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária.

§ 2º Compete ainda aos Tribunais de Contas verificar os cálculos dos limites da despesa total com pessoal de cada Poder e órgão referido no art. 20.

§ 3º O Tribunal de Contas da União acompanhará o cumprimento do disposto nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 39.” (Grifei)

Esse alerta – dada a sua importância – deve ficar adstrito aos casos elencados no § 1º, devendo constituir-se em “ato administrativo de alerta”, valendo citar, no ponto, a lição do sempre festejado *prof. e ex-Conselheiro Jorge Ulisses Jacoby, verbis*:

“O conjunto de normas relativas à gestão fiscal, instituído no Brasil a partir da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, acarreta uma mudança no processo de controle com a criação de um novo instrumento: o ato administrativo de alerta.

Se de um lado a Lei de Responsabilidade Fiscal definiu a responsabilidade dos gestores, demonstrando quando e como os agentes políticos e os servidores respondem por seus atos, de outro imputou ao controle o relevante papel de verificação e orientação, sem inibir a expressão dos demais poderes sancionadores.

Os órgãos de controle, em geral, ganharam, com a Lei de responsabilidade Fiscal, novos e eficazes instrumentos de controle sobre as finanças públicas, inclusive com um mecanismo de alerta previsto no art. 59, § 1º.”³⁵

No que tange ao controle posterior [que não o alerta acautelatório], vale dizer que as Cortes de Contas deverão verificar se:

- Foram ajustadas, no prazo certo, a despesa com pessoal e a dívida consolidada das entidades federativas;
- Estão sendo avaliados, do ponto de vista financeiro e atuarial, os sistemas de previdência dos servidores;
- Foi correta a inscrição em restos a pagar, tendo por base os relatórios fiscal e orçamentário do último período do ano;
- Foram cumpridas as metas da Lei de Diretrizes orçamentárias;
- Foram contratadas e liquidadas corretamente as operações de crédito por antecipação da receita orçamentária (ARO);
- Foi aplicado em despesa de capital o produto de venda de ações, prédios públicos e demais bens permanentes.

Por fim, devem-se mencionar os arts. 56 e 57³⁶ da LRF, que cuidam

³⁵ Jacoby Fernandes, J.U., 2012, pgs. 510/511

³⁶ Art. 56. As contas prestadas pelos Chefes do Poder Executivo incluirão, além das suas próprias, as dos Presidentes dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Chefe do Ministério Público, referidos no art. 20, as quais receberão parecer prévio, separadamente, do respectivo Tribunal de Contas.

§ 1º As contas do Poder Judiciário serão apresentadas no âmbito:

I – da União, pelos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, consolidando as dos respectivos tribunais;

II – dos Estados, pelos Presidentes dos Tribunais de Justiça, consolidando as dos demais tribunais.

§ 2º O parecer sobre as contas dos Tribunais de Contas será proferido no prazo previsto no art. 57 pela comissão mista permanente referida no § 1º do art. 166 da Constituição ou equivalente das Casas Legislativas estaduais e municipais.

“Das Prestações de Contas”, assentando-se que a prestação de contas consiste em modalidade de controle *a posteriori*. A competência dos Tribunais de Contas, estabelecida constitucionalmente, no que tange à matéria – e analisada anteriormente – é de julgamento, excepcionada a prestação de contas apresentada pelo chefe do Poder Executivo, objeto de parecer prévio a ser emitido pelas respectivas Cortes.

Ora, a exigência estabelecida pelo art. 56, no sentido de se emitir pareceres prévios separadamente para cada um dos Poderes, assim, não poderá ser cumprida, por se afigurar manifestamente inconstitucional, cf. decidido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2238 MC/DF. Relator: *Ministro Ilmar Galvão*. Plenário. Publicação em 12/09/2008).³⁷

Assim, considerando que as contas apresentadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo são contas da entidade política (Estado, DF, Município ou União), envolvendo, portanto, as contas de todos os Poderes, tendo em vista o princípio da unidade orçamentária, o que se poderá fazer, visando adequar o sentido da lei às normas de ordem constitucional, será, no máximo, destacar, quando da emissão do parecer prévio sobre as contas de governo, o(s) Poder(es) responsável(is) pelo descumprimento de regras estabelecidas pela Lei Fiscal. Não se afastará, portanto, a competência dos Tribunais de Contas de julgamento, estabelecida no inciso II do art. 71 da Constituição da República.

Essas são, portanto, mais algumas importantes atribuições do Sistema Tribunal de Contas para o controle da Administração, arrematando que o art. 73 da LRF, estatui que as infrações dos dispositivos nela previstos sejam punidas segundo:

§ 3º Será dada ampla divulgação dos resultados da apreciação das contas, julgadas ou tomadas. Art. 57. Os Tribunais de Contas emitirão parecer prévio conclusivo sobre as contas no prazo de sessenta dias do recebimento, se outro não estiver estabelecido nas constituições estaduais ou nas leis orgânicas municipais.

§ 1º No caso de Municípios que não sejam capitais e que tenham menos de duzentos mil habitantes o prazo será de cento e oitenta dias.

§ 2º Os Tribunais de Contas não entrarão em recesso enquanto existirem contas de Poder, ou órgão referido no art. 20, pendentes de parecer prévio.

Art. 58. A prestação de contas evidenciará o desempenho da arrecadação em relação à previsão, destacando as providências adotadas no âmbito da fiscalização das receitas e combate à sonegação, as ações de recuperação de créditos nas instâncias administrativa e judicial, bem como as demais medidas para incremento das receitas tributárias e de contribuições.

³⁷ EMENTA: “(...) XXVI – Art. 56, caput: norma que contraria o inciso II do art. 71 da Carta Magna, tendo em vista que apenas as contas do Presidente da República deverão ser apreciadas pelo Congresso Nacional. XXVII – Art. 57: a referência a “contas de Poder”, no § 2º do art. 57, evidencia a abrangência, no termo “contas” constante do caput do artigo, daqueles cálculos decorrentes da atividade financeira dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, que somente poderão ser objeto de julgamento pelo Tribunal de Contas competente (inciso II do art. 71 da Constituição). Medida cautelar deferida.” (Grifei)

- O Decreto-lei nº 2.848/1940 (Código Penal);
- A Lei nº 1.079/1950 (Lei do “Impeachment”);
- O Decreto-Lei nº 201/1967 (Crimes de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores);
- A Lei nº 8.429/1992 (Lei da Improbidade Administrativa); e
- As demais normas da legislação pertinente.

Julgamento das Contas Anuais do Chefe do Poder Executivo

Parecer Prévio Emitido pelos Tribunais de Contas

A competência para julgar as denominadas “contas anuais do presidente da República” e dos correspondentes chefes do Poder Executivo é exclusiva do Poder Legislativo, competindo aos Tribunais de Contas emitir o parecer prévio sobre aquelas [contas anuais], afigurando-se indispensável, posto que nulo o julgamento diretamente pelo Poder Legislativo sem a prévia e formal manifestação das cortes de contas.

No passado houve quem defendesse a tese de que o julgamento poderia ocorrer diretamente pelo Poder Legislativo, ao arrepio da manifestação das cortes fiscalizadoras. Esse entendimento, contudo, após a promulgação da Carta de 1988, desaba a feição de um castelo de cartas, face à norma expressa do inc. I do art. 71, da Lei Maior.³⁸

Há que se assentar que essa atribuição dos Tribunais de Contas encontra-se presente em praticamente todos os países que possuem cortes fiscalizadoras, especialmente os europeus, tais como Portugal, Itália, Bélgica e Inglaterra.³⁹

Em essência, o procedimento denominado “contas anuais” consiste num extenso relatório, que é acompanhado do Balanço Geral e demais demonstrações financeiras correlatas, pelos quais se procura demonstrar o que foi gasto (despesa) e o que foi arrecadado (receita) no exercício encerrado, enfatizando especialmente

³⁸ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;(Grifei)

³⁹ Na Inglaterra, o controle se dá através de um funcionário eleito pela Coroa – o Comptroller general (Lei de 1866, emendada em 1921 e 1939), com a garantia do “during good behavior”, o que equivale a uma cláusula de estabilidade, só sendo demitido após o pronunciamento favorável de uma das casas do Parlamento, a Câmara dos Lordes ou dos Comuns.

O Comptroller mantém contato com o Public Accounting Comitee, que é a Comissão de Contas da Câmara dos Comuns, formada por 15 deputados cujo presidente é, tradicionalmente, um membro da oposição, que sempre apresenta após o dia 31 de março, data que marca o fim do exercício financeiro, um relatório sobre a execução orçamentária e os informes necessários à Comissão de Contas. Em alguns pontos da Inglaterra, são utilizados até 500 funcionários para a fiscalização, não subordinados ao Gabinete.

o desempenho orçamentário do Estado, bem como as realizações do governo dentro mesmo período.

Deve-se destacar, contudo, a expressão contida no dispositivo que ao Tribunal de Contas compete “apreciar” as contas anuais de governo, estando, portanto, sujeita à revisibilidade judicial. A questão no passado recente demandou a prestação da tutela jurisdicional, cabendo ao Supremo Tribunal Federal decidir que esse modo de procedimento deve respeitar o devido processo legal, garantindo, em consequência, o direito à ampla defesa antes da emissão do parecer conclusivo, restando assim pacificada a jurisprudência acerca da matéria.

Em sede de Decisão Monocrática, o *Ministro Celso de Mello* – em pronunciamento lapidar – assim se manifestou sobre o tema na Suspensão de Segurança nº 1.197-9, publicada em 22/09/1997:

“(…) Mesmo que não se deva discutir nesta sede processual o fundo da controvérsia suscitada na ação e mandado de segurança (RTJ 125/904 – RTJ 140/366 – RTJ 143/23), não posso deixar de ter presente, na análise do pedido ora formulado, o relevo da tese deduzida na impetração do writ mandamental, consistente na possibilidade de o Chefe do Poder Executivo exercer as garantias constitucionais da plenitude de defesa e do contraditório no âmbito do procedimento administrativo destinado a ensejar ao Tribunal de Contas o oferecimento de parecer prévio sobre as contas governamentais. (...). A circunstância de o Tribunal de Contas exercer atribuições desvestidas de caráter deliberativo não exonera essa essencial instituição de controle – mesmo tratando-se da apreciação simplesmente opinativa das contas anuais prestadas pelo Governador do Estado – do dever de observar a cláusula constitucional que assegura o direito de defesa e as demais prerrogativas inerentes ao *due process of law* aos que possam, ainda que em sede de procedimento administrativo, eventualmente expor-se aos riscos de uma sanção jurídica. Cumpre ter presente que o Estado, em tema de sanções de natureza jurídica ou de limitações de caráter político-administrativo, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade institucional, o princípio da plenitude de defesa, pois – não custa enfatizar – o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer restrição imposta pelo Poder Público exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do postulado do devido processo legal, (...)”

Cabe ainda destacar sobre o tema o fato de que se o Chefe do Poder Executivo não praticar ato de ordenador de despesas, não estará sujeito a julgamento

pelo tribunal de contas. Entretanto, se o fizer, será julgado como qualquer ordenador de despesas, na forma da competência estatuída no art. 71, inc. II, da CRFB.^{40 41 42}

⁴⁰ Nota-se, mediante leitura dos incisos I e II do artigo 71 em comento, a existência de tratamento diferenciado, consideradas as contas do Chefe do Poder Executivo da União e dos administradores em geral. Dá-se, sob tal ângulo, nítida dualidade de competência, ante a atuação do Tribunal de Contas. Este aprecia as contas prestadas pelo Presidente da República e, em relação a elas, limita-se a exarar parecer, não chegando, portanto, a emitir julgamento”. (STF RE 132747, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1992, DJ 07-12-1995 PP-42610 EMENTA VOL-01812-02 PP-00272).

⁴¹ Processo: RE 582978MG; Relator: Min. Dias Toffoli; Julgamento: 01/08/2012; Publicação: DJe-156 DIVUG 08/08/2012 PUBL 09/08/2012.

Vistos. (Fulano) interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim do: “DIREITO CONSTITUCIONAL – DIREITO ADMINISTRATIVO – JULGAMENTO DE CONTAS DE PREFEITO MUNICIPAL PELO TRIBUNAL DE CONTAS – ATOS DE GESTÃO – DECISÃO QUE CONSTITUI TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. Certo é que o Chefe do Executivo Municipal, quando executa o orçamento, deve ter suas contas julgadas pela Câmara Municipal. Mas, quando o Prefeito pratica atos de gestão, tais como captação de receitas e ordenação de despesas, não há dúvida de que referidos atos podem – e devem – ser julgados pela Corte de Contas. A decisão do Tribunal de Contas, que constata irregularidade praticada por administrador público, ainda que seja Prefeito Municipal, e que resulta em imputação de débito, é título executivo extrajudicial, por força do artigo 71, parágrafo 3º, da Constituição Federal, artigo 76, parágrafo 3º, da Constituição do Estado, e artigo 75 da Lei Complementar Estadual nº. 33/94” (fl. 104). Alega o recorrente, em suma, violação do artigo 71, incisos I e II, da Constituição Federal, em razão do reconhecimento da exigibilidade, por meio de ação de execução, de multa que lhe foi imposta pelo Tribunal de Contas do Estado. Depois de apresentadas contrarrazões (fls. 186 a 189), o recurso extraordinário (fls. 167 a 175) não admitido, na origem (fls. 193 a 194), subindo os autos a esta Suprema Corte. O recurso especial interposto paralelamente ao extraordinário já foi definitivamente rejeitado pelo Superior Tribunal de Justiça (fls. 199 a 206). Decido. Anote-se, inicialmente, que o acórdão recorrido foi publicado em 16/1/06, como expresso na certidão de fl. 111, não sendo exigível a demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07. A irrisignação não merece prosperar, pois o acórdão atacado foi proferido em consonância com a posição jurisprudencial desta Suprema Corte, a respeito do tema, que reconhece a legitimidade dos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios, de impor a multa a gestores de recursos públicos. Isso decorre do julgamento, pelo Plenário desta Corte, do RE nº 223.037/SE, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 2/8/02, cuja ementa assim dispõe, na parte em que interessa: “(...) As decisões das Cortes de Contas que impõem condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos têm eficácia de título executivo (CE, artigo 71, § 3º) (...)”. O acórdão recorrido se ajusta a essa orientação. Ante o exposto, nos termos do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 1 de agosto de 2012. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente.

⁴² TJ-RS – Apelação Cível AC 70064534811 RS (TJ-RS) Data de publicação: 30/06/2015 Ementa: TRIBUNAL DE CONTAS. PREFEITO MUNICIPAL. ORDENADOR DE

Infere-se, portanto, que não pode o Chefe de Poder ser chamado a responder por ato de subalterno se não exerceu a função de ordenador de despesas, porquanto se limitou, somente, à chefia política, estando a matéria também pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal (vide: ADI nº 261-9/SC. Relator: *Min. Neri da Silveira*. Plenário. Publ. 28/02/2003 e RE nº 132.747/DF. Relator: *Min. Marco Aurélio*. Plenário. Publ. 7/12/1995).

Julgamento pelo Poder Legislativo

Como mencionado no item III.1 do presente estudo, compete exclusivamente ao Congresso Nacional julgar anualmente as contas prestadas pelo presidente da República, na forma do art. 49, IX, da Constituição Federal de 1988, sendo que este termo “julgar as contas” vem sendo adotado em todas as constituições republicanas do país, inclusive aquelas que vigoraram durante regimes de exceção (as de 1937 e 1967).

Origina-se essa questão na “Teoria da Divisão de Poderes”, também conhecida como “Sistema de Freios e Contrapesos”, consagrada pelo pensador francês *Montesquieu* na obra “O Espírito das Leis”, baseado nas obras “Política”, do filósofo *Aristóteles*, e no “Segundo Tratado do Governo Civil”, de *John Locke*.

O filósofo iluminista utiliza-se das ideias desses pensadores, e com isso, explica, amplia e sistematiza a divisão de poderes. Ele acreditava que para afastar governos absolutistas e evitar a produção de normas tirânicas, seria fundamental estabelecer autonomia e limites de cada poder.

Com isto, cria-se a ideia de que só o poder controla o poder, por isso, o sistema de freios e contrapesos, no qual cada poder é autônomo e deve exercer

DESPESA. ART. 71, II, CF/88. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. CHEFIA DE GOVERNO E FUNÇÃO POLÍTICA. PARECER EJULGAMENTO PELA CÂMARA DE VEREADORES. ART. 71, I, CF/88. No exercício de funções nitidamente administrativas, como ordenador de despesas, o Prefeito Municipal se insere na hipótese do art. 71, II, CF/88, tendo suas contas julgadas pelo Tribunal de Contas, ao reverso do que ocorre quanto à sua atividade como Chefe de Poder, em que somente há parecer da Corte de Contas, exatamente na compreensão da atividade política e seu julgamento, assim regrado, pela Câmara de Vereadores, como dispõe o art. 71, I, CF/88. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. IMPUTAÇÕES DE DÉBITO OU MULTA E JURISDIÇÃO. ARTIGO 71, § 3º, CF/88. As decisões dos Tribunais de Contas, imputando débito ou multa, configuram título executivo, no dizer do § 3º do artigo 71, CF/88, de natureza extrajudicial, com o que possível sua revisão em juízo, compatibilizando-se o enunciado com o artigo 5º, XXXV, da mesma Carta. ADMINISTRADOR PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ART. 37, § 6º, CF/88. A responsabilidade do administrador público assenta, no que diz com o elemento subjetivo, na culpa ou dolo, como decorre do § 6º do art. 37, CF/88, descabida imputação puramente objetiva, tal qual se dá no caso dos autos, em que as imputações carregadas ao ex-Prefeito estão fundadas na simples existência das... irregularidades, abstraída sua ciência e efetiva possibilidade de impedi-las. (Apelação Cível Nº 70064534811, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 24/06/2015).

determinada função, porém, este poder deve ser controlado pelos outros poderes, sendo então independentes e harmônicos entre si, conforme estampado no art. 2º da Carta de 1988.⁴³

Como comentei no item III.1, muito já se criticou a nomenclatura constitucional utilizada (julgar), assim como a competência privativa do Poder Legislativo de exercê-la.

É fato, todavia, que compete ao presidente da República representar o país, devendo, por isso, prestar contas perante o povo, assim como é próprio dos regimes democráticos – também do povo – caber ao presidente consolidar as contas gerais, de forma que, no sistema adotado no Brasil, o Poder Executivo é responsável pela arrecadação quase integral dos recursos e mais de 90% (noventa por cento) da execução da despesa.

Além disso, é o responsável, também, pela distribuição dos recursos financeiros previstos no orçamento, acrescido do fato de que a omissão na prestação de contas com irregularidade – na hipótese de contas anuais da entidade federada – implica a sanção política do *impeachment*.

De outra sorte, não se pode olvidar do fato de que os titulares dos demais poderes estão sujeitos a julgamento direto nos Tribunais de Contas, podendo, todavia, mediante delegação, transferir competências relativas a contas.

Assim sendo, as contas anuais são julgadas em conjunto, e, ocorrendo a hipótese de rejeição pelo Poder Legislativo, poderá resultar em abertura do processo de responsabilidade, em processo de impeachment ou, ainda, em se tratando dos demais poderes, poderá ocorrer o registro para aprofundamento pelo Tribunal de Contas, quando este vier a proceder ao julgamento de sua competência, nas respectivas contas.

Há que se pontuar, contudo, que a competência do Poder Legislativo incide apenas sobre as contas do Presidente, as quais estão sujeitas ao veredito de “aprovação” ou “rejeição”, sendo que, as consequências deste último veredito constituem – caso fiquem caracterizados os indícios – pressuposto de novo processo na esfera cível, criminal ou administrativo, conforme o caso.

Vale lembrar que hipótese diversa ocorre com as contas dos administradores e demais responsáveis, os quais sujeitam-se ao julgamento de competência exclusiva dos Tribunais de Contas, implicando em sanções, quando irregulares.

Essa competência do Poder Legislativo, não ocorre, contudo, sem um prévio exame de um órgão técnico político do Congresso Nacional, que deve instituir uma comissão mista de deputados e senadores – na forma do art. 166, § 1º, inc. I, da CRFB – à qual incumbe emitir parecer, tendo por base o parecer prévio elaborado pelo Tribunal de Contas da União.

O prazo para o presidente da República prestar contas ao Congresso Nacional, anualmente, é de sessenta dias – na forma do art. 84, inc. XXIV da CRFB – cuja omissão acarreta crime de responsabilidade e a obrigação da Câmara dos Deputados instaurar tomada de contas.

⁴³ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Há que se comentar, também, que o modelo federativo foi estendido, por simetria, para o julgamento das contas dos Estados e Municípios, de competência, sempre, dos respectivos poderes legislativos, cf. dispõe o § 2º do art. 31 da CRFB.⁴⁴

Assente-se que há uma plethora de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com medida cautelar sobre o tema, as quais o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o dispositivo é constitucional, citando-se, por todas, a ADI nº 1.779-1. Relator: *Ministro Ilmar Galvão*. Plenário. Publicação de 22/05/1998, sendo, a mais recente, a ADI nº 1.964/ES. Relator: *Min. Dias Toffoli*. Plenário. Julgamento de 04/09/2014, contendo a seguinte ementa:

“EMENTA

Ação direta de inconstitucionalidade. Constituição do Estado do Espírito Santo. Alteração da redação de parte dos dispositivos impugnados, eliminando-se as expressões objeto do pedido. Parcial prejudicialidade da ação. Previsão de julgamento das contas anuais do presidente da câmara municipal pela respectiva casa legislativa. Ofensa ao modelo constitucional. Agressão aos arts. 31, § 2º; 71, I e II; e 75 da Lei Fundamental. Conhecimento parcial da ação, a qual, nessa parte, é julgada procedente.

1. Prejudicialidade parcial da ação, em virtude de alteração substancial da redação dos incisos I e II do art. 71 da Constituição do Estado do Espírito Santo, a qual resultou na eliminação das expressões impugnadas.

2. A Constituição Federal foi assente em definir o papel específico do legislativo municipal para julgar, após parecer prévio do tribunal de contas, as contas anuais elaboradas pelo chefe do poder executivo local, sem abrir margem para a ampliação para outros agentes ou órgãos públicos. O art. 29, § 2º, da Constituição do Estado do Espírito Santo, ao alargar a competência de controle externo exercida pelas câmaras municipais para alcançar, além do prefeito, o presidente da câmara municipal, alterou o modelo previsto na Constituição Federal.

3. Ação direta de inconstitucionalidade de que se conhece parcialmente e que se julga, na parte de que se conhece, procedente.”

⁴⁴ Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

§ 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.

§ 4º É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

Essas são, portanto e em linhas bastantes gerais, os pontos que embasam o julgamento pelo Poder Legislativo das contas anuais, apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo.

Precedentes em que o Parecer Prévio rejeitou as Contas de Governo

Não é comum haver parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas da União, recomendando a rejeição das contas anuais do Presidente da República, até porque, como se demonstrou no presente estudo, o Chefe do Executivo federal envia uma consolidação das suas ações governamentais, na forma contábil, podendo eventual irregularidade ser melhor analisada em separado pela Corte de Contas, que julgará o agente político responsável que a ela deu causa, na forma do art. 71, II, da CRFB.

Entretanto, já na década de 1930, o debate sobre irregularidades nas contas do governo brasileiro estava em pauta e ocupava as manchetes dos jornais. Em 27 de abril de 1937, durante o mandato do *presidente Getúlio Vargas*, o também gaúcho *Francisco Thompson Flores*, vice-presidente do Tribunal de Contas da União (TCU), constatava o desrespeito às leis orçamentárias cometido pela Contadoria Central da República, responsável na época por organizar as contas federais no Ministério da Fazenda. Em decisão unânime e única na História do Brasil, as contas de *Getúlio Vargas* foram reprovadas pelo órgão fiscalizador.

Constou daquele parecer prévio, emitido pelo TCU, um “longo e minucioso relatório” sobre a gestão financeira do ano de 1936, o qual apontava o pagamento de despesas sem aprovação prévia.

Assentava o relatório do TCU que: “*Tem se tornado um uso, e actualmente um abuso, os pagamentos por conta do crédito do Tesouro, no Banco do Brasil, pela expedição de um simples cheque do Ministério da Fazenda*”, dizia o documento.

A atuação independente do ministro do TCU ocorreu às vésperas da implantação da ditadura do Estado Novo (1937-45), iniciado com a quarta Constituição brasileira, decretada em novembro daquele ano. *Getúlio Vargas* só voltaria ao posto de presidente da República em um governo democrático no ano de 1951.

No mais recente episódio – ocorrido em junho de 2015 – o Tribunal de Contas da União emitiu parecer prévio, rejeitando, novamente as contas de um Presidente da República, no caso *Dilma Rousseff*, sendo Relator, desta feita, o *Ministro Augusto Nardes*.

Os argumentos principais que sugeriram a rejeição das contas anuais da *presidente Dilma Rousseff*, lastrearam-se no fato de que ocorreram distorções da ordem de R\$ 106 bilhões (cento e seis bilhões de reais), com atrasos nos repasses do Tesouro aos Bancos Públicos (Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e Banco

Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), caracterizando operações de crédito, vedadas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, a teor do seu art. 35, assim disposto:

“Art. 35. É vedada a realização de operação de crédito entre um ente da Federação, diretamente ou por intermédio de fundo, autarquia, fundação ou empresa estatal dependente, e outro, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que sob a forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente.”

Esse procedimento recebeu o curioso cognome de “pedaladas fiscais”, vez que postergou gastos obrigatórios do Tesouro – no caso com programas sociais do Governo – fato que não indicou corretamente as demonstrações contábeis devidas.

O parecer prévio indicou também gastos e créditos orçamentários suplementares, realizados mediante a edição de “Decretos Autônomos”, sem autorização do Congresso Nacional, posto que o orçamento anual decorre de lei formal por ele editada: a Lei Orçamentária Anual (LOA).

Cabe registro que o Relator concordou integralmente com o relatório técnico que fundamentou seu voto, no qual 14 auditores elencaram 12 indícios de irregularidades – dos 15 indícios apresentados inicialmente – sendo que o Tribunal ofertou à Presidente – por duas vezes – o direito à ampla e irrestrita defesa e ao contraditório (como foi visto no item IV.1 do presente trabalho).

Todavia, as razões de justificativa apresentadas pela Presidente foram rejeitadas, na medida em que não elidiu as irregularidades apontadas, restando mantida a opinião estampada no parecer prévio do Relator.

O Ministro Relator informou à mídia que a situação fiscal é incompatível com a realidade, comprometendo a gestão fiscal, à medida que violou diversos dispositivos constitucionais e legais, especialmente a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Comentou, ainda, o ministro relator, haver considerado que os atrasos dos repasses do Tesouro aos bancos oficiais, assim como as denominadas “pedaladas fiscais”, representaram operações de crédito, o que infringe a LRF. O atraso no repasse implicou em monta contábil imprópria de R\$ 40 bilhões entre os anos de 2009 e 2014, compelindo os bancos públicos a arcar com pagamentos de benefícios como Bolsa Família, seguro-desemprego e abono salarial, que, como dito, viola disposição expressa da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Assente-se, por fim, que o parecer prévio está pendente de julgamento no Congresso Nacional, tendo o relator na Comissão Mista de Orçamento (CMO), *senador Acir Gurgacz* (PDT-RO), apresentado parecer favorável à aprovação, com ressalvas, das contas da *presidente Dilma Rousseff* no ano de 2014. O relatório, assim, contraria recomendação do Tribunal de Contas da União (TCU), que, em outubro, rejeitou por unanimidade as contas da presidente.

De acordo com a Agência Senado, o relatório admite que as “pedaladas fiscais” do governo federal em 2014 (manobras contábeis para atrasar o pagamento de operações do Tesouro com bancos públicos) foram irregularidades, mas pondera que elas não justificam a reprovação das contas e nem constituem crimes de responsabilidade.

– O que foi feito não está de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal, mas não é crime. Não houve contratação de crédito. Houve uma inadimplência, um atraso de pagamento do governo em relação aos bancos, mas, ao final do ano, o saldo era positivo – explicou *Gurgacz*. Ele também lembrou que a presidente não é a responsável legal pela execução das despesas orçamentárias, e que a prática das “pedaladas” já havia ocorrido em governos anteriores.

O senador faz ressalvas a essa prática, que, segundo ele, fragiliza a transparência da execução orçamentária e produz um excesso de compromissos financeiros futuros, que podem se converter em restos a pagar e afetar o Orçamento do ano seguinte. Nesse sentido, o relatório aponta que a presidente Dilma deve determinar que os órgãos competentes adotem medidas para aperfeiçoar a gestão. O cumprimento dessa recomendação será verificado na análise das contas do governo federal de 2016, segundo o texto.

Considerações finais

Em face de todo o exposto no presente trabalho, pode-se afirmar que:

- a) O Tribunal de Contas consta como órgão de controle no Brasil antes mesmo da promulgação da primeira Constituição Republicana de 1891 – sendo criado pelo Decreto nº 966-A, de 1890 – ficando, a partir da referida Carta Constitucional, institucionalizado a par de todas as constituições ulteriores;
- b) Após quase três décadas de regime militar de exceção e acompanhando a tendências dos países ocidentais mais desenvolvidos – especialmente os europeus – a Constituição Federal de 1988 expandiu as competências e atribuições do Tribunal de Contas da União, tornando-o órgão realmente fiscalizador e controlador da gestão pública;
- c) A par de fortalecer o controle interno da Administração, a Carta de 1988 instituiu, também, o Sistema Tribunal de Contas (art. 75), visando potencializar o controle da gestão pública nos Estados da federação e nos Municípios, tendo em vista a dimensão continental do País e suas peculiaridades regionais, determinando, contudo, a simetria com o modelo do Tribunal de Contas da União;
- d) Atribuiu, então, a competência para julgar as contas dos administradores e responsáveis que, de alguma forma, tivessem contato com recursos públicos;
- e) O Poder Judiciário ratificou a competência julgadora dos tribunais de contas em sede de prestação e tomada de contas, inclusive as especiais,

- as quais consubstanciam um procedimento extraordinário, objetivando o ressarcimento daqueles que, de alguma forma, causarem danos ao Erário, devendo a Tomada de Contas Especial ser instaurada e remetida ao Tribunal de Contas, para julgamento, após o esgotamento das medidas administrativas internas, considerada a necessária integração entre os controles interno e externo;
- f) O julgamento dos Tribunais de Contas quanto às prestações e tomadas de contas que declare a sua irregularidade importa, além do ressarcimento do dano causado e imposição de multa, em sanções na esfera cível, criminal, administrativa, e, mais recentemente, na eleitoral, à medida que inviabiliza a candidatura do responsável a qualquer cargo eletivo, por um período de oito anos;
 - g) Na década de 1990, o País atravessava um cenário econômico adverso, tendo, entretanto, grandes perspectivas no cenário mundial, mas se encontrava ancorado em razão de má gestão pública, fatos que impulsionaram reformas constitucionais (vide, por exemplo, as Emendas Constitucionais nºs 18 a 20, de 1998 e 1999) e infraconstitucionais;
 - h) Essas reformas culminaram na edição da Lei Complementar nº 101/2000, a qual buscou tornar o orçamento público mais gerencial de modo a garantir a estabilidade econômica, alargando ainda mais as competências fiscalizadoras dos Tribunais de Contas, como, v.g., a de alertar os Poderes e órgãos quanto aos limites de gasto com pessoal, dívida pública, dentre outros;
 - i) A competência do Tribunal de Contas – como dito – instituída nos albores da República é de auxílio técnico ao Poder Legislativo, na sua missão de controle externo do Poder Executivo, sendo uma das atribuições mais importantes a emissão do Parecer Prévio às contas anuais apresentadas pelo Poder Executivo, que é o responsável pela quase totalidade da arrecadação da receita e por 90% da execução orçamentária;
 - j) O parecer prévio tem caráter meramente opinativo, vez que o julgamento das contas anuais constitui-se em atribuição afeta ao Poder Legislativo. Está, portanto, o parecer prévio, sujeito ao controle do Poder Judiciário, o qual decidiu que ele é obrigatório, sendo nulo o julgamento direto pelo Poder Legislativo;
 - k) Além disso, o parecer deve se ater à consolidação das demonstrações contábeis – apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo – com receita e despesa, bem como ao cumprimento das políticas públicas propostas pelo Poder Executivo, constantes do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias, bem como da Lei Orçamentária anual;
 - l) As contas anuais consolidam o orçamento de todos os poderes. O chefe do executivo não pode ser responsabilizado – em sede de parecer prévio – por alguma irregularidade, eventualmente encontrada nas contas de um outro Poder (Legislativo ou Judiciário) ou naquelas de responsabilidade

- de subalterno, ficando estas sujeitas ao julgamento comum dos tribunais de contas, na forma do art. 71, II, da CRFB;
- m) No sistema de freios e contrapesos adotado no País, após a emissão do Parecer Prévio pelo Tribunal de Contas, as contas anuais do Chefe do Poder Executivo, seguem para julgamento no Poder Legislativo, o qual institui uma comissão técnica que emite parecer opinativo acerca do parecer prévio proferido pelo Tribunal de Contas. Superada essa fase, as contas são encaminhadas aos membros do legislativo para o efetivo julgamento, o qual fica adstrito ao veredito de “aprovação” ou “rejeição”;
 - n) As contas anuais devem ser apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, após a abertura da Sessão Legislativa,⁴⁵ contados do fim do exercício financeiro, devendo, em caso de omissão, o Poder Legislativo abrir tomada de contas;
 - o) O julgamento do Poder Legislativo das contas anuais possui caráter eminentemente político, sendo bastante raro haver o veredito pela sua rejeição. Todavia, as contas do *Presidente Getúlio Vargas*, referentes ao exercício de 1936, sofreram parecer prévio contrário à sua aprovação pelo Relator à época, o Vice Presidente do Tribunal de Contas da União, o *Ministro Thompson Flores*, em 1937. As referidas contas, entretanto, foram julgadas pelo Poder Legislativo, com o veredito favorável à sua aprovação;
 - p) Na história muito recente do País, as contas anuais de 2014, apresentadas pela *Presidente Dilma Rouseff*, também sofreram parecer prévio contrário, sendo Relator o *Ministro Augusto Nardes*, que entendeu ter havido violação a dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, especialmente aquele que veda a realização de operações de crédito entre um ente da Federação, diretamente ou por intermédio de fundo, autarquia, fundação ou empresa estatal dependente, e outro, inclusive suas entidades da administração indireta e postergação de dívida contraída anteriormente;
 - q) Entendeu o Ministro Relator que houve atraso no repasse do Tesouro a Bancos Públicos de importância superior a R\$ 40 bilhões para financiamento de programas sociais do Governo, tendo, também, o Poder Executivo editado “Decretos Autônomos” para abertura de crédito suplementar sem submeter a matéria ao Poder Legislativo, a quem incumbe editar a Lei Orçamentária Anual – LOA – restando o parecer prévio pendente, na data em que está sendo redigido este trabalho, de julgamento no Congresso Nacional.

⁴⁵ CRFB/1988 – Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

.....

XXIV – prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

As origens da Politização da Justiça ou da Judicialização da Política no atual Sistema Constitucional Brasileiro

André Panno Beirão¹

Ana Carolina Nogueira Beirão²

Resumo

Tema de constante debate social e de reflexão acadêmica, este trabalho parte da discussão epistemológica da expressão “politização da justiça”, distinguindo-a da judicialização da política. No caso brasileiro, a consolidação das instituições democráticas sofreu grande influência de juristas internacionais, em especial de alemães e portugueses, que, de certa forma permearam as formas de controle interpoderes com mecanismos que acabaram por influenciar a própria condição de atuação desses mesmos poderes. Apresenta como as decisões típicas do poder executivo têm encontrado forte barreira do Poder Judiciário e como o exercício da jurisdição também tem exacerbado seu poder em decisões políticas. Apresenta como essas decisões, sob a áurea do exercício da “justiça social” e da garantia dos direitos fundamentais, também extrapolam suas competências originárias, em especial pelo órgão garantidor da constitucionalidade do ordenamento jurídico nacional, ainda mais quando decisões tipicamente políticas são suscitadas ao poder judiciário.

Palavras-chave: Direito constitucional; judicialização da política; politização da justiça.

Abstract

Subject of constant social debate and academic reflection, this paper starts from epistemological expression of “politicization of justice”, distinguishing it from judicialization of politics. In the Brazilian case, the consolidation of democratic institutions has suffered of a big influence of international jurists, specially from German and Portuguese ones, that, in certain way, permeated the relationship between the constitutional three Powers and ways of control with mechanisms that ended up by influencing the own condition of acting of its powers. It presents how the Executive Power’s typical decisions has found a strong barrier of Judiciary Power and how the exercise of the jurisdiction has also exacerbated its power in political decisions. It presents how these decisions, under the aura of the “social justice” exercise and of the fundamental rights guarantee, also extrapolate its original powers, specially by the Superior Federal Tribunal – the Brazilian constitutional

¹ Doutor em Direito Internacional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Mestre em Ciências Navais pela Escola de Guerra Naval (EGN), Professor de Direito Internacional e do Programa de Mestrado em Estudos Marítimos da EGN e Coordenador Adjunto para MP da Área de Ciência Política e Relações Internacionais da CAPES. E-mail: beirao@marinha.mil.br

² Ana Carolina Nogueira Beirão – Graduada em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

supreme court – when exercises the guarantee of constitutionality of the national juridical law, even more when typically politics decisions are raised to the Judiciary Power.

Keywords: Constitutional law; judicialization of politics; politicization of justice.

Introdução

A aparente secular separação de poderes apregoada por Montesquieu (2010), por vezes, tem parecido subjugada no Brasil. Tema de frequente debate do senso comum, o sistema constitucional nacional forjou interseções que suscitam a discussão. Afinal: é o juiz um ente político? A questão se põe de forma proposital, qualificando a pessoa investida da decisão judicial como um ‘ente’, para configurar que, enquanto ser humano inserido no campo social, não haveria porque ser questionada. É claro que a pessoa do juiz é política e, conseqüentemente carregada dos questionamentos e subseqüentes quanto ao seu papel na sociedade. A questão é posta procurando afastar (ainda que tal tentativa seja um tanto quanto inócua) o caráter pessoal da função que lhe é investida.

Há uma crescente preocupação sobre o caráter ‘político’ da função jurisdicional e, por conseguinte, surge o debate quanto à Judicialização da Política ou, como outros determinam, quanto à Politização da Justiça. Os conceitos não restam claros e o debate teórico ainda carece de amadurecimento doutrinário. Mais ainda; a atividade jurisdicional é o cerne da questão e o debate tem, principalmente, sido capitaneado pelas ciências sociais (cientistas políticos, sociólogos, filósofos) e menos pelos juristas (que deveriam se predispor a aplicar essa ciência social). Tal multidisciplinaridade é extremamente salutar; posto que a visão unívoca tende à abordagem parcial. No entanto, a visão ‘social’ do problema é extrínseca ao próprio objeto – que é a própria prestação jurisdicional. As decorrências da prestação são sentidas pela sociedade e, portanto, a análise social (ou política, ou filosófica) é muito bem vinda por não permitir o afastamento da realidade dos fatos. Porquanto, a própria prestação e suas influências internas na ciência do Direito ficam ofuscadas.

Cabe então uma primeira abordagem conceitual epistemológica dos conceitos utilizados. Primeiro vejamos a Judicialização da Política. Judicializar é trazer para a esfera da Justiça; portanto, buscar a prestação jurisdicional para a solução de conflitos. Poder-se-ia, ainda, mergulhar na definição de Justiça, mas tal empreitada parece demasiadamente ousada, dada a gama de profundos estudos sobre a teoria da Justiça. Na esquiua dessa conceituação, optou-se refúgio longínquo em Aristóteles que fundamenta seu conceito de justiça na *mesótes* (ARISTÓTELES, 2005, p. 150-156) quando a virtude está ‘no meio’ e o bem absoluto, intangível que é, torna-se o bem relativo pela figura do ‘mediador’, que é o juiz. Ou seja, a judicialização seria a propositura ao mediador que busca o bem possível na solução da lide. A definição de Política é, da mesma forma, ousada e arriscada, e, mais uma vez, recorreu-se aos clássicos na clara tentativa de

esquiva de polêmicas discussões mais contemporâneas. Para Platão (2000, p.37) a política é a arte e ciência de ponderação e argumentação. Bastou-se, por ora, tal definição abrangente, posto que já se torna possível compreender o conceito, epistemologicamente, de Judicialização da Política. Esta ensinaria, portanto, a arguição aos mediadores da justiça na decisão da ponderação e argumentação, postas na esfera da discussão política (ou seja, pela parição de poderes, prioritariamente, no Poder Legislativo e, secundariamente, no Poder Executivo).

Parece evidente que tal situação tem sido contumaz no Brasil. Não é difícil imaginar que as questões de garantia dos direitos fundamentais (ou outros diversos programas governamentais) sejam levadas à jurisdição constitucional para desta receber sua “outorga aprovadora” ou “refutação conformadora” (LEITE, 2008). No entanto, não é a transferência da discussão política, afastando-se da arena adequada, o maior dos problemas, como se pretende abordar adiante.

Há que se conceituar “Politização da Justiça”. Politizar nada mais é que fazer política; ou seja, como já previamente definiu-se – fazer a ponderação e a argumentação – portanto: discutir e sopesar. Nesse sentido, dada a conceituação de Justiça adotada, politização da justiça seria trazer à discussão e à argumentação aqueles que devem mediar e resolver a lide. Há, portanto, uma clara migração de poder.

Não parece adequada a confusão teórica no emprego dos termos “Judicialização da Política” e “Politização da Justiça”. Há dois conceitos que não se sobrepõem e que, sequer se complementam, no entanto possuem diversas tangências entre si que carecem de melhor elucidação. Ambos os fenômenos têm ocorrido e tende-se a afirmar que o uso indiscriminado desses conceitos possa ter contribuído na obscuridade do tema.

A Origem do Problema

Seria a transferência de arenas uma exclusividade brasileira? Nos Estados Unidos da América coube ao Poder Judiciário a assunção do protagonismo da organização do Estado. Sua Suprema Corte desempenhou este relevante papel político e, esta opção, fora, portanto, concebida desde os primórdios da formação nacional norte-americana. O fenômeno também ocorreu nos Estados europeus, principalmente na França e na Itália, porém com motivação bem diferente da verificada aqui no Brasil. Nestes, foi o próprio Poder Judiciário que tomou a iniciativa, sobretudo no pós- 2ª Guerra Mundial, de assumir novos espaços e de ditar grande parcela do destino político interno (ANDRADA, 2009).

Pode-se, portanto, constatar que o fenômeno não é originariamente brasileiro, a simbiose ‘política–justiça’ tem seu fundamento na redefinição de poderes levada a cabo na redemocratização e na promulgação de nossa Carta Magna de 1988. A previsão constitucional de um Estado Democrático de Direito parece ter ascendido o Poder Judiciário a patamares anteriormente inimagináveis quando de estado com forte pendor para o Poder Executivo.

A influência portuguesa no desenho original de nossa Carta Constitucional de 1988 foi acentuada. Como relembra Ricardo Lobo (TORRES, 2008), a reflexão sobre o modelo constitucional alemão, que subsidiou o desenho constitucional de Portugal, foi transplantada para nossos constituintes. A aceção do Prof. Gomes Canotilho influenciou na inserção constitucional brasileira e no alargamento conceitual dos direitos fundamentais; não apenas os originalmente definidos e defendidos como direitos individuais civis ou políticos; mas, também, os econômicos, sociais, culturais, coletivos e difusos. A abrangência do guarda-chuva constitucional tornou-se, de tal forma alargada que, fatalmente, o acesso à Justiça na preservação desses direitos também seria aumentado. Afirmo Canotilho (1996, p.8):

... a onda constitucionalista' dos países da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), vivenciada da segunda metade da década de 1980 à primeira metade da década de 1990 teve forte influência portuguesa, em especial quanto ao 'catálogo de direitos e deveres fundamentais.

Nesse contexto, a importância dos tribunais Constitucionais é fundamental em países sem tradição democrática, na garantia desses direitos (CANOTILHO, 1996, p.17).

No entanto, ele ressalta que o alargamento da atuação desses Tribunais Constitucionais pode transportar maldades congênicas, contra a Lei Fundamental originalmente prevista pelo constituinte originário. Assim, ele considera haver dúvidas na possibilidade de ocorrência da Politização da Justiça, pois esta só ocorre, por exceção, devido à falha do processo democrático de escolha dos políticos. O que ele ressalta estar acontecendo é a 'politização' na escolha dos magistrados destes Tribunais; quando a ordem partidária passa a influenciar nas indicações e especificamente, cita os casos recentes de indicação do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva (Brasil) na escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (CANOTILHO, 2009).

Não só o Prof. Canotilho trouxe a influência lusitana ao Brasil. O Prof. Boaventura de Sousa Santos ainda mantém sua inserção no meio acadêmico brasileiro e ressalta que a judicialização da política conduz à politização da justiça (SANTOS, 2009). Continua afirmando que há judicialização da política sempre que os tribunais afetam significativamente as condições da ação política e que seria possível identificar essa influência em dois níveis – baixa e alta intensidade. A influência de baixa intensidade ocorreria quando da investigação pontual de determinada ação política (ou talvez de um político) por atitudes que, carentes de legalidade, são levadas aos tribunais (por exemplo, a corrupção). A via de alta intensidade verifica-se quando setores transferem a luta política pelo poder para a esfera judicial. Portanto, há conflitos politizados onde se pode constatar que, mais que a prestação jurisdicional, existe a busca pela exposição do oponente à Justiça e à opinião pública. Identificar pontualmente quando ocorre a baixa ou

a alta intensidade só é possível *a posteriori*; pelo impacto causado nas correntes políticas em lide. Qual o risco evidente? Assim como insinuou o Prof. Canotilho, Boaventura também alerta para a possibilidade da “trepidante ribalta midiática da ação judicial”.

Portanto, para ele, a Judicialização da Política está associada à solução de conflitos políticos e não à solução, pela Justiça, de questões que deveriam ter sido resolvidas na esfera política. Politização da Justiça, por conseguinte, ele define como sendo a transferência dos desígnios da decisão política para a judicial, que a separação dos poderes deveria ter evitado. Ou seja, parece inequívoca a conceituação de ambos os fenômenos, porém, a definição dos termos que as define aparenta dissonância com os conceitos epistemológicos apresentados de Judicialização da Política e de Politização da Justiça.

A Evolução do Problema no Brasil

O refúgio em dois doutrinadores que influenciaram (e ainda influenciam) muito do pensamento legislativo brasileiro serviu-nos para comprovar a eferescência da discussão. No Brasil, não poderia estar ocorrendo de forma diversa. Aqui também têm sido verificadas acirradas discussões quanto a tal fenômeno; cada dia mais visíveis à sociedade, finalmente, mais politizada.³ No entanto, como já previamente abordado, grande parte dessa discussão tem sido travada por cientistas políticos e sociais e a doutrina jurídica ainda não consolidou seus conceitos.

No entanto, parece relevante destacar dois foros principais dessa discussão: São Paulo e Rio de Janeiro. Alguns juristas têm se esmerado nesse tema, dos quais cito (não exclusivamente) Celso Campilongo, Glauco Salomão Leite e Tércio Sampaio Ferraz. No Rio de Janeiro, destaco a visão político-social de Luiz Werneck Vianna e de Marcelo Burgos e a discussão político-jurídica de Luiz Roberto Barroso e de alguns outros nomes da Academia Jurídica carioca. No entanto, não há uma dicotomia de ideias, nem mesmo uma exclusividade ambivalente na discussão. A estes junto novas e bem construídas abordagens de Mauro Cappelletti (UFRS) que é constantemente referenciado pelos demais debatedores, e ainda, Yannick Caubert (UFSC) e Ariosto Teixeira (UNB). A enumeração, obviamente não conclusiva de pesquisadores, serve apenas para comprovar a eferescência do tema em debate nacional.

Os debates sobre o assunto são acalorados e não parecem, por enquanto, caminhar a uma aceção uniforme e uníssona (o que reforça a natureza dialética que tanto embebeda os juristas). No entanto, há que se discorrer sobre os principais

³ Aqui, há clara ingerência do autor que, a despeito de não possuir dados científicos que comprovem tal asserção, deseja transparecer um aumento da discussão cotidiana social de fatos antes percebidos apenas nas camadas sociais mais intelectualizadas. A justificação da afirmação talvez possa ser mais facilmente comprovada se permeada nos meios de comunicação de massa na era globalizada da informação.

conceitos em discussão. Início destacando o pensamento de Celso Campilongo (2002, p.57), para ele há três distintas correntes que levam à politização da Justiça, quais sejam: o dever de imparcialidade da jurisdição, a interpretação jurídica e a representação política tradicional.

Na primeira corrente, destaca Campilongo que o dever de imparcialidade da prestação jurisdicional convive com sérios riscos de partidarização da Jurisdição⁴, ou seja, do Poder Judiciário ceder às pressões políticas. Mais ainda, tal imparcialidade jurisdicional tende a ser pressionada pela opinião pública (o que não deixa de ter seu real valor se for o livre desígnio democrático do povo em participar das decisões e dos rumos da nação). Há evidente clamor da sociedade pela regulamentação de dispositivos constitucionais não plenamente efetivados e pela audição de seus pleitos como afirma o próprio Min. Antônio Dias Toffoli (2009): “o que o povo anseia não pode ser ignorado por um juiz, mas não pode ser a condução da posição de um juiz.”.

A segunda corrente apontada por Campilongo refere-se à interpretação jurídica, tendo como fundamento a ideia de que o juiz está intimamente vinculado à lei e que, toda vez que dela se desprende, baseado em critérios lógico-ideológicos que fundamentem sua hermenêutica permite visão exógena de atuação arbitrária. A crítica reside em que a vontade social foi interpretada pelo legislativo quando da elaboração da norma que, assim, deveria ser entendida como resposta pronta e acabada aos litígios do caso concreto e que o caráter neutro do juiz lhe impediria de tentar interpretar a vontade subjacente ao texto. Tal corrente, portanto, guarda forte relação como o formalismo de viés positivista-legalista.

Por fim, a terceira corrente trata do exercício, pelo Judiciário, da política tradicional, ou seja, o Poder Judiciário assume o déficit da representatividade política tradicional e legisla por si só. Tal corrente difere do aspecto de interpretação extensiva da corrente anterior, pois aqui, Campilongo ressalta que a lacuna da lei vem sendo desempenhada pró-ativamente pelo Judiciário, em especial quando da tutela aos direitos fundamentais. O juiz tem entendido que além de garantidos do *status negativus* do Estado em matéria de direitos fundamentais, cabe-lhe também a competência garantidora dos direitos com *status positivus*. Afirma o Min. Dias Toffoli (2009) em respostas às críticas sobre a atividade legislativa do Supremo Tribunal a quem tem sido imputada a ação legiferante na omissão do Congresso Nacional:

⁴ Lembra-se a discussão da indicação ao assento de Ministro do Supremo Tribunal Federal do Dr. José Antônio Dias Toffoli que, a despeito de sua atuação no cargo de Advogado Geral da União, exerceu a defesa advocatícia das três últimas candidaturas do Partido dos Trabalhadores (PT) à Presidência da República. O Presidente Luiz Inácio Lula da Silva fez valer sua prerrogativa constitucional indicando-o ao cargo, que foi aceito após consulta ao Senado Federal, também de maioria governista. A previsão constitucional da prerrogativa do Executivo de indicar os Ministros do STF, mesmo sob aval do Legislativo, ainda exemplifica outras indicações que geram polêmicas quanto ao viés político-partidário de nomeações. A aparente e desenhada separação dos Poderes pode ser questionável.

A Constituição diz que, quando não há regulamentação de um direito previsto na própria Constituição, o Judiciário pode atuar. (...) A não regulamentação também é uma decisão política. É por isso que a atuação do Supremo, nessas hipóteses, tem que ser de muita responsabilidade e cuidado, para não avançar.

Atuar de forma regulamentadora no que, por opção política não foi feito pelo Legislativo é um grande risco de possibilitar a usurpação de poder, dado que o Legislativo é, em tese, o reflexo da opinião da sociedade.

Com o advento (e crescimento) do modelo social de direito há evidente aumento das demandas sociais com consequente sobrecarga na necessidade de produção normativa, acarretando a “hipertrofia legislativa” (CAMPILONGO, 1994). Paralelamente, há demanda crescente de prestações em litígios coletivos e difusos. Tal corrente é também destacada por Tércio Sampaio Ferraz:

A neutralidade do juiz é afetada pela co-responsabilidade na consecução das finalidades pretendidas pela política legislativa. Tal responsabilidade, que na clássica divisão de poderes caberia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça (FERRAZ, 2000, p.355).

Este é, sem dúvida, o cerne da discussão sobre a judicialização ou politização. Andréas Krell (2003, p.90) também destaca a mesma preocupação dos pesquisadores anteriormente citados: “Onde o processo político (legislativo e executivo) falha ou se omite na implementação de Políticas Públicas e dos objetos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização da correição da prestação dos serviços sociais básicos.”

Concluindo parcialmente esta reflexão, há evidente “vácuo de poder” e todos os atos de poder praticados são políticos por natureza (VILANOVA, 1981, p. 47). Há evidente risco da extrapolação judiciária exercendo o que Glauco Salomão Leite (2008) intitula de “governo de Juízes”. Lembra o Prof. Cappelletti (1993), constante referência na produção acadêmica sobre o assunto, que este é o dilema em questão: deve o Judiciário permanecer restrito aos limites tradicionais da função jurisdicional ou elevar-se ao nível dos outros poderes, sendo o “terceiro gigante” a controlar o “legislativo mastodonte” e o “administrador Leviatã”?⁵

A grande questão desta assunção de poder pelos juízes e destes virarem políticos (posto que nunca deixassem de o ser enquanto cidadãos inseridos na discussão dos rumos da sociedade), mas de se arvorarem o poder do Juiz-Hércules (DWORKIN, 1980) de se apropriarem da definição da moral e do certo e errado. Ou seja, o perigo é a apropriação de ideias morais e jurídicas unindo-as naquilo

⁵ Ressalta-se, apenas, que este autor considera a figura de linguagem utilizada pelo Prof. Cappelletti de ‘elevação ao nível dos outros poderes’ pode deixar transparecer certa posição inferior do Poder Judiciário e que não se coaduna com a clara opção da nossa Carta Magna de total paridade entre os três Poderes da União.

que poderia redundar no pseudo-Direito Moral. Já dizia o próprio pai do Leviatã: “A autoridade dos autores sem a autoridade da nação não faz de suas opiniões Direito, por mais verdadeiras que sejam” (HOBBS, 2002, p. 273).

Por fim, como descrito, a corrente paulista tem se fixado na constante discussão da legitimidade democrática do exercício jurisdicional com alargamento de poder, sem o respectivo respaldo democrático de expressão da vontade popular pelo voto. A pureza de definição quanto à Judicialização da Política ou Politização da Justiça tem parecido irrelevante na discussão em tela, posto que o problema constatado é que carece de atenção e não sua conceituação.

Nesse mesmo viés interpretativo do alargamento da prescrição jurisdicional é que têm caminhado alguns dos debates de pesquisadores do Rio de Janeiro.

Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos, dentre outros, editaram diversos trabalhos sobre o tema⁶, onde apresentam, sucintamente, três fatores que têm redundado nesse processo de Judicialização da Política no Brasil. O primeiro advém do alargamento da comunidade de intérpretes da Constituição que, por sua vez, é consequência oriunda da insegurança jurídica presente na sociedade diante de conceitos jurídicos vagos e indeterminados. Reforça assim a crítica à inclusão desmedida de direitos fundamentais na ordem constitucional (defendida por Canotilho) que gera tal expectativa de tutela jurisdicional alargada.

O segundo fator advém da irrefutável crise do Estado de Bem-Estar-Social com efetiva redução de “direitos sociais” e alargamento (na prática) de direitos fundamentais (dicotomia social x neoliberal). Assim, resta ao Judiciário ser o último refúgio dos desamparados pelo desenvolvimento do pensamento neoliberal que, durante os recentes anos permearam (e ainda permeiam) a efetiva administração do Estado (ainda que, oficialmente, seja defendido o oposto). Os fatos têm comprovado a ascensão da teoria da livre concorrência do mercado. A invasão do Direito sobre o social (em especial dos mais vulneráveis) tem levado à substituição do Estado e dos “Recursos Institucionais”, classicamente republicanos, pelo Judiciário. No entanto, cabe uma ressalva a este “empréstimo de autoridade ao Juiz”: não foi o juiz que usurpou tal poder; tal poder foi-lhe outorgado pelo legislador constituinte. Sem a vontade expressa do “político” em delegar ao juiz a sua resolução, o

⁶ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha e BURGOS, Marcelo B.. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

Idem. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck e BURGOS, Marcelo B.. “Revolução Processual do Direito e Democracia”. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A Democracia e os três Poderes no Brasil. Belo Horizonte*: UFMG, 2002.

Idem. “Entre Princípios e Regras: cinco estudos de caso de ação civil pública”. In: *Dados*, 4, v. 48. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005.

VIANNA, Luiz Werneck e BURGOS, Marcelo B. e SALLES, Paula Martins. “Dezessete anos de Judicialização da Política”. In: *CEDES*, n. 08. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2006.

ativismo judiciário se encontraria privado de fundamento institucional e, mais ainda, de legitimidade para atuar. Portanto, por esse viés, se o Judiciário hoje está legislando para amparar os direitos que o Executivo-Legislativo não estão garantindo, fazem-no por própria delegação dos poderes políticos ratificados pelo voto popular.

O terceiro fator apontado pelo Prof. W. Vianna (1997, p. 69) é a hipertrofia do Poder Executivo com a imposição da “ditadura da maioria”, posto que as Reformas Constitucionais efetivamente incorporadas, aliadas à previsão (e uso constante) de Medidas Provisórias têm, de fato, guiado os rumos da nação sob a pseudo-tutela legislativa. Na verdade, a política de “maioria governista” tem implicado numa quase unidade de poder Legislativo-Executivo. Assim, há evidente redução de espaço para as oposições que acabam buscando o Judiciário como última trincheira de defesa de suas posições.

O Prof. Luiz Roberto Barroso (2005, p.93) vem corroborar com essa visão de W. Vianna ao afirmar:

Em razão dos fatores de transferência de poder – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário – verificou-se, no Brasil, uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final.

Destacados os fatores que Werneck Vianna considera terem encaminhado a Judicialização da Política, ele ainda ressalva que tal fenômeno pode levar à Politização da Justiça, por ele entendida como sendo a contaminação do Judiciário pela politização partidária (VIANNA *T tal*, 2006, p. 108). Essa partidarização do Judiciário (considerada a corrente “maioria governamental” vivenciada nos Poderes Executivo e Legislativo) poderia gerar uma “DITADURA COLEGIADA ESCLARECIDA” pelos tribunais. A estes caberia a última palavra nas decisões dos rumos da nação. Um grupo de magistrados “ungidos quase divinamente” governaria e não aqueles unguídos pelo povo nas urnas.

Yannick Caubet (2002) acrescenta a esse conceito de Politização da Justiça quando há transferência para a Justiça de estratégias para vetar ou dificultar, nos tribunais, a materialização de decisões políticas em que a Oposição do Governo não tiver sido capaz de impedir sua vitória na arena legislativa ou nos fóruns decisórios do Executivo. Ele define a Judicialização da Política. Portanto, converge para uma definição da Judicialização da Política quando há transferência para o Judiciário das questões relativas às políticas públicas que deveriam ser definidas e geridas pelo Executivo com a anuência do Legislativo. Identifica esse fenômeno como sendo recente e que tem sido mais polarizado nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Na mesma linha de pensamento segue Ariosto Teixeira (1997).

Considerações finais

As diversas abordagens apresentadas e a contínua efervescência da discussão, cada dia mais presente, não apenas na esfera acadêmica político-social, mas também nos fóruns acadêmicos das ciências jurídicas, mostra a carência de assentamento doutrinário sobre o tema.⁷ Retorno, assim, à primeira questão deste trabalho e que norteou a pesquisa pretendida: É o juiz um ente político? Retorno, ainda, às prévias definições epistemológicas apresentadas sobre a “Judicialização da Política” e a “Politização da Justiça” para tecer essas considerações.

A Constituição cidadã brasileira de 1988 atribuiu enorme destaque às garantias de direitos fundamentais. A gama desses direitos, que englobaram não apenas os individuais, mas também os sociais, coletivos e difusos, redundou em um amplo leque e prestações (positivas e negativas) de difícil garantia pelo Poder Executivo. A implementação de Políticas Públicas (seja por iniciativa administrativa ratificada pela representação popular legislativa; seja por iniciativa da vontade popular parlamentar, imputando ao Executivo a sua implementação) tornou-se fundamental na garantia da prestação desses direitos fundamentais. O aumento desta carga, aliado ao engrandecimento institucional do Poder Judiciário e à previsão legislativa constitucional de atribuição de “garantidor” dessas prerrogativas tem levado à transferência do realinhamento de Políticas Públicas por meio da prestação jurisdicional. Há, portanto, nítida transferência (não exatamente usurpação) de parcela do Poder de orientação dos rumos administrativos da nação aos Tribunais.

Se a previsão constitucional de obrigação do Estado de prover saúde (e seus meios) a todos não é efetivada por meio da Política Pública de saúde implementada pelo Ministério da Saúde e ratificada pelo Congresso Nacional; se o dever de proporcionar habitação digna a todos não é universalizado, resta aos excluídos dessas prestações o caminho de impingir ao Poder Judiciário a decisão de prover-lhes seus pleitos. Essas e outras discussões similares em outros campos de contínua demanda ao Judiciário de garantir seus direitos fundamentais como sendo minimamente necessários à dignidade da pessoa humana é que têm fomentado a acalorada discussão nos meios acadêmicos nacionais. Até que ponto pode o Poder Judiciário decidir a implementação de Políticas Públicas (como a distribuição de remédios ou de habitação) sem ter a real noção do todo que há de ser provido pelo Governo? Como conceder sem afetar aos demais que contam com o provisionado pelos Planos Orçamentários? Seria um ‘saco sem fundo’ onde o juiz pode retirar o quanto considerar adequado? Este é o debate com que se

⁷ Vide a Palestra proferida em 16/out/2009, no Tribunal Regional Federal do Rio de Janeiro, pelo ex-Ministro do STF – Célso de Oliveira Borja, sobre o tema “O poder do Juiz: uma visão constitucional”. Ainda; o IX Seminário de Direito Constitucional da Universidade Candido Mendes, no Rio de Janeiro, em 23 e 24/nov./2009 cujo tema foi: “Neoconstitucionalismo: A Judicialização da Política e a Politização da Justiça – Múltiplos Enfoques”, que contou com mais de vinte palestrantes do meio jurídico e culminou com o lançamento do livro com o mesmo nome do Seminário.

depara a sociedade e que, há de ser analisado por diferentes perspectivas e não apenas pelo viés jurídico. A isto, poder-se-ia caracterizar como “Judicialização da Política”. Tal assertiva viria, assim, a corroborar a definição epistemológica apresentada de “arguição dos mediadores da Justiça na decisão da ponderação e argumentação postas na esfera de discussão política”.

Quando falamos da prestação jurisdicional pressionada por interesses político-partidários ou da opinião pública, havendo possibilidade de alargamento da interpretação normativa pelo sopesamento de conflitos políticos carregados de fundamentos ideológico-pessoais, necessariamente falamos de fenômeno distinto do anterior. Nesses casos há o maior risco de afastamento da autêntica prestação da Justiça, uma vez que há forte viés moral ou ético influenciando a decisão. O risco do Direito Moral (ou Amoral) pôs mais evidente. Aqui, parece convergir o conceito de “Politização da Justiça”; vindo, assim, reforçar o conceito inicialmente apresentado, ou seja, estaria havendo a migração da dialética política para aqueles que deveriam mediar e resolver a lide.

É evidente e pretensioso querer encerrar tal discussão com abordagens parciais de alguns poucos debatedores da questão. Também considero que conceitos como estes parecem ter evoluído com o amadurecimento do pensamento democrático da sociedade e ainda muito têm a evoluir. No entanto, dada a crescente percepção e participação da sociedade, seja pelo debate vivenciado nos meios de comunicação, seja nos fóruns acadêmicos, ou mesmo, nas decisões de nossas Cortes superiores, há de se constatar que este singelo ‘grão de areia’ vem na ânsia de auxiliar a compreensão do fenômeno diuturnamente vivenciado na sociedade brasileira. Essa mesma sociedade que, conscientemente ou não, optou e tem lutado por consolidar o Estado Democrático de Direito.

Referências bibliográficas

- ANDRADA, Antonio Carlos. **Judicialização da Política**. Disponível em [TTP://www.antoniocarlosandrada.com.br](http://www.antoniocarlosandrada.com.br), Acesso em 20/ set/ 2009.
- ARISTÓTELES, **Ética a Nicômano**; BINI, Bini. (Trad.). EDIPRO. Rio de Janeiro: 2005.
- BARROSO, Luiz Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”. *In: Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 851, TT. 2005. Disponível em: [TTP:// jus2.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547](http://jus2.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547). Acesso em: 17 set 2009.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- _____, “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”. *In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CANOTILHO, José J. Gomes. “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”. *In: Revista dos Tribunais*. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, 1996.
- _____, “A lei fundamental no âmbito das discussões”. *In: Expresso das Ilhas, Cabo Verde*. Disponível em: [TTP://www.expressodasilhas.sapo.cv/noticias/detail/id/1124/](http://www.expressodasilhas.sapo.cv/noticias/detail/id/1124/), acesso em 15 set 2009.

- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio A. Fabris Ed., 1993.
- CAUBET, Yannick. **Controle de Constitucionalidade por Omissão.** Curitiba: Juruá, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously.** Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. “O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?”. *In: Anuário dos cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 11. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2000.
- HOBBS, Thomas. **Leviathan.** São Paulo: Martin Claret, 2002.
- KRELL, Andréas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (dês) caminhos de um Direito Constitucional Comparado.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.
- LEITE, Glauco Salomão. “A politização da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da...” *In: Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado*, nº 13 – Bahia: mar/maio – 2008.
- MONTESQUIEU, Charles. FERREIRA, Roberto Leal (Trad.). **9 Ed.** Martin Claret. Rio de Janeiro: 2010.
- PLATÃO, A República. NASSETI, Pietro (Trad.). **2 Ed.** Martin Claret. Rio de Janeiro: 2000.
- PLATÃO, A República. NASSETI, Pietro (Trad.). **2 Ed.** Martin Claret. Rio de Janeiro: 2000.
- PLATÃO, A República. NASSETI, Pietro (Trad.). **2 Ed.** Martin Claret. Rio de Janeiro: 2000.
- TEIXEIRA, Ariosto. **Dissertação:** “A Judicialização da Política no Brasil”. UNB, 1997.
- TOFFOLI, J. A. Dias. “Judiciário deve atuar no vácuo do Congresso”. *In: O GLOBO*, seção: o país, p.4 – veiculado em 20 out 2009.
- TORRES, Ricardo Lobo. “O Orçamento na Constituição”. *In: Tratado de Direito Constitucional financeiro e tributário.* Vol. V. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008.
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha e BURGOS, Marcelo B.. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira.** Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- _____, **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIANNA, Luiz Werneck e BURGOS, Marcelo B.. “Revolução Processual do Direito e Democracia”. *In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). A Democracia e os três Poderes no Brasil.* Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- _____, “Entre Princípios e Regras: cinco estudos de caso de ação civil pública”. *In: Dados*, 4, v. 48. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005.
- VIANNA, Luiz Werneck e BURGOS, Marcelo B. e SALLES, Paula Martins. “Dezessete anos de Judicialização da Política”. *In: CEDES*, n. 08. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2006.
- VILANOVA, Lourival. A dimensão política nas funções do Supremo Tribunal Federal. *In: Revista de Direito Público*, ano XIV, n. 57-58, jan-jun, 1981.

A Jurisprudência dos Conceitos e o Neokantismo

André R. C. Fontes¹

Resumo

A classificação e a correlação das formas do pensamento alemão de meados do século XIX até a ascensão do Nazismo é o objetivo deste artigo, com especial destaque para a contribuição dos juristas judeus e a sua contribuição para o Neokantismo. O texto também arrola os principais desdobramentos justeoréticos das Escolas relacionadas ao pensamento de Immanuel Kant.

Palavras-chave: Historicismo; positivismo; idealismo; escola logicista; escola axiológica; hegelianismo; pandectismo; categorias fundamentais do direito.

Abstract

Classification and correlation of German thought forms the mid-nineteenth century to the rise of Nazism is the purpose of this article, with special emphasis on the contribution of Jewish lawyers and their contribution to neokantianism. The text also lists the main theoretical law developments of schools related to the thought of Immanuel Kant.

Keywords: Historicism; positivism; idealism; school logician; school axiological; hegelianism; pandectism; fundamental categories of law.

Pode-se assinalar três períodos particularmente relevantes no desenvolvimento do pensamento alemão no decurso do século XX: o Historicismo, o Positivismo e o Neokantismo. A Filosofia dos Conceitos inclui-se na terceira corrente. A despeito de todo antagonismo, penetrou no pensamento jurídico e edificou o grande sistema de conceitos na passagem do século. Apresentava-se, paralelamente, ao Pandectismo, mas com ele não se confundia.²

As marcas da Escola Histórica do Direito se fazem presentes de variadas formas nas teorias desenvolvidas ao longo do século XIX, e todo o debate que provoca orienta algumas das discussões mais importantes no Século XX. Seus maiores representantes são Friedrich Carl von Savigny e seu aluno Georg Friedrich Puchta. A atitude anticodificadora para a legislação e os questionamentos sobre a concepção de lei são pontos de destaque nos seus estudos e análise, ao

¹ Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região. E-mail: gabaf@trf2.jus.br

² Kar Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenhian, 2012. Para um exame específico sobre a noção de conceito em direito cf. Claude du Paquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*. Neuchatel: Delachaux & Niestlé, 1979. p 168. Carlos Eduardo López Rodriguez. *Introdução ao pensamento e à obra jurídica de Karl Larenz*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

sustentar que o Direito é fruto das tradições e da história de cada povo e que sua contínua evolução e transformação não eram compatíveis com a sistemática férrea e rígida de uma codificação, nos moldes do Código Napoleão. Baseados nesses argumentos, Savigny travou conhecida polêmica com Thibaut sobre a codificação alemã.³

Partindo de um debate sobre as origens do Direito alemão e da recuperação do Direito antigo, suscita uma releitura do significado de espírito do povo (o *Volksgeist*). Compenetrados nas ideias de que as leis e os códigos não estariam necessariamente em harmonia com o caráter do povo, acentuaram o desenvolvimento progressivo da Ciência do Direito e a necessidade de deixar fruir a tradição jurídica nacional.⁴

As concepções históricas brotaram no ambiente cultural e romântico alemão para demonstrar a natureza progressiva e, portanto, histórica, das manifestações e da lenta maturação do desenvolvimento do indivíduo concreto e histórico. E elas bem se mostraram na passagem do Historicismo para o século XX, ao provocar uma série de movimentos em torno da Filosofia de Hegel, conhecidos como neo-hegelianos, que pregam a ausência de critério objetivo para determinar a análise de um objeto de estudo, de modo que, por exemplo, a Filosofia, a Política e o Direito estariam fadados à sua própria historicidade. Esses movimentos, que se desdobram da filosofia de Hegel, seguem uma evolução que é contrária ao Positivismo, especialmente, pela exigência ética baseada em valores ideais que, por sua vez, acompanham a Filosofia transcendental de Kant, e que não é contrária ao Hegelianismo.⁵

Nas premissas históricas da formação e desenvolvimento da filosofia de Emmanuel Kant, a simplificação do estudo do seu pensamento nos conduziria à afirmação de que as ideias transformaram-se em Filosofia, que respondeu com a *Filosofia da ideia* que é englobada na denominação geral de *Idealismo*.⁶ É uma

³ Gerhard Wesenberg. Gunter Wesener. *Historia del derecho privado moderno em Alemania y em Europa*. Trad. José Javier de los Mozos Touya. Valadoli: Lex Nova, 1998. p. 269. F. de Savigny. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*. Trad. Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Editorial Avalaya, 1946. Paul Oertmann. *Introducción al derecho civil*. Trad. Luis Sancho Seral. Barcelona: Labor, 1933. p. 17. Georg Friedrich Puchta. *Storia del diritto presso il popolo romano*. Trad. Carlo Poli. Milão: Stabelecimento Civelli Giuseppe, 1858.

⁴ Gerhard Wesenberg. Gunter Wesener. *Historia del derecho privado moderno em Alemania y en Europa*. Trad. José Javier de los Mozos Touya. Valadoli: Lex Nova, 1998. p. 269. Carl Schmitt. *Teoria de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Buenos Aires: Struhart & Cia., s/d. p. 389.

⁵ Jean-François Kervégan. *Hegel, Carl Schmitt*. Trad. Carolina Huang. São Paulo: Manole, 2006. p. 4. Numa visão abrangente, cf. I. Kant. *Introducción a la teoría del derecho*. Trad. Felipe Gonzalez Vicen. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1978. *passim*. A. Fouillée. *Novísimo concepto del derecho*. Trad. Eduardo Gómez de Baquero. Madri: La España Moderna, 1922. p. 33.

⁶ Cf. I.M. Bochenski. *A filosofia contemporânea ocidental*. 2ª ed. Trad. de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo Herder, 1968. p. 85.

das correntes filosóficas mais importantes do século XIX e avança até o primeiro quartel do século XX, quando parece perder importância. Sua área de influência é a Europa continental, a América do Sul, a América Central e o México. A despeito dos vários movimentos reputados idealistas, em todos os seus seguidores há o traço comum de serem idealistas em matéria epistemológica e em seus objetivos. Desse modo, toda a realidade é imanente a um espírito objetivo, o qual cria as formas que aparecem na natureza e na alma humana, ou que se identificam com ambas.⁷

Ao se estabelecer que o pensamento não existe objetivamente interno e fixado de antemão, marchou-se num processo natural, objetivo e condicionado por causas concretas para uma série de movimentos renovadores. Esses movimentos eram sete ao todo, segundo classificação de alguns autores (que seguem arrolados e enumerados a seguir). E eram chamados de neokantistas ou neokantianos. Cinco foram logo superados, e sublinhamos que não eram kantianos ortodoxos. Dois, entretanto, que eram os mais importantes, não somente floresceram, como se mostraram muito ativos. Fiéis ao espírito de Kant, encontraram forte eco até mesmo no período dos dois grandes conflitos mundiais.⁸

Seria justo conceber a ideia de que o desenvolvimento objetivo e a sucessão das formações de seus integrantes seguiram certo esquema filosófico-histórico exclusivamente alemão. A aparição de alguns expoentes na universalidade da filosofia mundial nos adverte, de maneira gráfica e simples, o sistema de pensamento de toda uma época, mas não exclui a debilidade de sua afirmação e a necessidade de agruparmos os pontos mais relevantes de cada movimento concentrados na Alemanha.⁹

As formas puras dos dois movimentos obriga a separação uma da outra. Nos últimos trinta anos do Século XIX, prevaleceu o idealismo. Podem ser enumeradas, da seguinte forma, as escolas Neokantianas:¹⁰

- (1) Fisiologista;
- (2) Metafísica;
- (3) Realista;
- (4) Relativista;
- (5) Psicológica;
- (6) Axiológica;
- (7) Logicista;

⁷ Bochenski. *Idem.* Johannes Hirschberger. *História da filosofia moderna*. 2ª ed. Trad. Alexandre Correia. São Paulo: Herder, 1967. P. 273.

⁸ Bochenski. *Ibidem.*

⁹ Bochenski. *Ibidem.* Kazimierz Ajdukiewicz, *Problemas e teorias da filosofia*. Trad. Pablo Rubén Mariconda e Regina Correa Rocha. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979. p. 15.

¹⁰ A classificação é de Bochenski. *op. cit.* p. 98.

A escola fisiologista buscava a interpretação das formas kantianas *a priori* como disposições filosóficas.¹¹ Seus principais integrantes são Hermann Helmholtz (1821-1894) e Friedrich Albert Lange (1828-1875).¹² A escola metafísica admitia a possibilidade de uma metafísica crítica e era formada, basicamente, por Otto Leibmann (1840-1912) e por Joahannes Volkelt (1848-1930).¹³ A escola realista manifestava-se no sentido da existência de uma coisa em si e encontrava expressão em Alois Riehl (1844-1924) e Richard Höningwald (1875-1947).¹⁴ A *escola relativista* sustentava que o *a priori* kantiano era de natureza psicológica e relativa, e encontrava em Georg Simmel (1858-1918) seu mais original e principal representante.¹⁵ A *escola psicológica*, conduzida por Hans Cornelius (1863-1947) se aproximava ainda mais do Positivismo.¹⁶

Ao se elevarem à categoria de neokantianas, essas escolas não eram ortodoxas e foram logo superadas. A sua vez, as duas, que se mantiveram verdadeiramente orientadas pelo espírito de Kant, foram a *Escola Logicista*, de Marburgo, e a *Escola Axiológica*, de Baden.¹⁷

À medida que ascendia o Nazismo, essas duas escolas desapareceram. Isso porque a maior parte de seus representantes era de origem judaica e foram, como é sabido, violentamente perseguidos, afastados da vida acadêmica e cultural da Alemanha ou, simples e aterradoramente, assassinados. O reinado

¹¹ Bochenski. *op. cit.* p. 98.

¹² Bochenski., *op. cit.* p. 98. Johannes Hirschberger. História da Filosofia contemporânea. Trad. Alexandre Correia. 2ª ed. São Paulo: Herder, 1968. p. 62.

¹³ Bochenski, *op. cit.* p.98. Johannes Hirschberger. História da Filosofia contemporânea. Trad. Alexandre Correia. 2ª ed. São Paulo: Herder, 1968. p. 129.

¹⁴ Bochenski, *op. cit.* p. 98.

¹⁵ Georg Simmel era um historicista (não-biologizante) kantiano relativista e original. Bochenski. *op. cit.* p. 124. A lista de pensadores influenciados por Georg Simmel é extensa. Na verdade Simmel é um ilustre representante da Sociologia formal com um rol não determinado de seguidores e, também, da Sociologia Urbana, que tanta influência teve nos EUA. Cf. Vladimir Jankélévitch. *Georg Simmel, filósofo de la vida*. Trad. de Antonia García Castro. Madri: Gedisa, 2007. Cf. ainda Bochenski. *op. cit.* p. 98.

¹⁶ Hans Cornelius muito influenciou Max Horkeheimer e Theodor Adorno. Kazimierz Ajdukiewicz, *Problemas e teorias da filosofia*. Trad. Pablo Rubén Mariconda e Regina Correa Rocha. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979. p. 64. Michele Federico Sciacca. *História da Filosofia*. Trad. Luís Washington Vita. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 168. Giovanni Reali. Dario Antiseri. *História da Filosofia*. v. 3. Trad. Álvaro Cunha. São Paulo: Paulinas, 1991. *passim*. Bochenski. *Op. cit.* p. 124.

¹⁷ Wilson de Souza Campos Batalha. Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues Netto. *Filosofia jurídica e história do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 171. Kazimierz Ajdukiewicz, *Problemas e teorias da filosofia*. Trad. Pablo Rubén Mariconda e Regina Correa Rocha. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979. p. 15. Miguel Reale. *Filosofia do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. xxx Romano Galeffi. *A filosofia de Immanuel Kant*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 191. A. Fouillée. *Novissimo concepto del derecho*. Trad. Eduardo Gómez de Baquero. Madri: La España Moderna, 1909. p. 17. Massimo La Torre. *La crisi del novecento: giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimer*. Bari: Dedalo, 2006. p. 15.

do Nacional-Socialismo desferiu-lhes, portanto, o golpe de morte. Sem renovação e sem novos estudiosos, tornou-se hoje mais uma referência crítica como centro de dogmatismos ou mesmo de sectarismo dogmático, mas que não podem deixar de ser mencionados, especialmente pela sua repercussão no Direito. Figura importantíssima do movimento no Direito é Rudolf Stammler que, por meio das suas conhecidas *categorias fundamentais do Direito*, possibilitou o grande e derradeiro suspiro do Neokantismo logicista da Escola de Marburgo.¹⁸

¹⁸ Bochenski, *op. cit.* p. Giovanni Reali. Dario Antiseri. *História da Filosofia*. v. 3. Trad. Álvaro Cunha. São Paulo: Paulinas, 1991. *passim*. Rudolf Smend. *Costituzione e diritto costituzionale*. Trad. F. Fiore e J. Luther. Milão: Giuffrè, 1988. Ingo Muller. *Los juristas del horror*. Trad. Carlos Armando Figueredo. Bogotá: Álvaro Nora, 2009. Roger Bonnard. *Le droit et l'État dans la doctrine national socialiste*. 2ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit, 1939. *passim*. Veja-se ainda, do mesmo autor Roger Bonnard, *La guerre de 1939-1940 et le droit public*. Paris: Librairie Générale de Droit e Jurisprudence, 1940. Nelson Saldanha. *Da Teologia a metodologia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Rudol Stammler. *Tratado de filosofia del derecho*. México: Coyoacán, 2008. Massimo La Torre. *La crisi del novecento: giuristi e filosofi nel creposcolo di Weimar*. Bari: Dédalo, 2006. p. 15.

Democracia e Participação: Conquistas da Cidadania Brasileira nos 28 anos de Constituição

Claudia Gurgel¹

Resumo

As lutas pela liberdade e pela igualdade revelam ao mundo democrático a necessidade perene de que esses valores estejam presentes nos debates travados, tanto na seara política quanto na vida acadêmica. No processo político, os novos arranjos sociais surgidos historicamente na esteira dos movimentos sociais, e em sintonia com as novas *ondas* da democracia deram nova face ao exercício da cidadania pela participação popular. Nesse contexto, os instrumentos de participação surgiram no cenário institucional para moldar as relações entre o Poder estatal e a sociedade, em especial nas escolhas das políticas públicas. Nos debates acadêmicos, as vertentes participativas e deliberativas se destacam. Na realidade histórica mais recente do Brasil, ao longo dos anos de transição democrática, com arrimo na Constituição brasileira as lutas sociais culminaram em uma série de aberturas à participação social no processo de produção de políticas públicas. Destaca-se o papel das Cidades nessa trajetória.

Palavras-chave: Democracia; participação social; cidadania.

Résumé

Les luttes pour la liberté et l'égalité révèlent au monde démocratique la nécessité pérenne qui ces valeurs sont présentes dans les débats verrouillés, à la fois en politique et dans la récolte de milieu universitaire. Dans le processus politique, les nouveaux arrangements sociaux historiquement surgi dans la foulée des mouvements sociaux, et en ligne avec les nouvelles vagues de la démocratie ont donné le nouveau visage à l'exercice de la citoyenneté par la participation populaire. Dans ce contexte, les instruments de participation sont apparus dans le cadre institutionnel de façonner la relation entre le pouvoir de l'Etat et de la société, en particulier dans les choix de politique publique. Dans les débats académiques, les brins participative et de délibération se detachment. Dans la plus récente réalité historique du Brésil, au cours des années de la transition démocratique, comme la force de la Constitution brésilienne, les luttes sociales ont abouti à une série d'ouvertures à la participation sociale dans le processus de production des politiques publiques. Il met en évidence le rôle des villes dans cette trajectoire

Mots-clés: La démocratie; la participation sociale et la citoyenneté.

¹ Claudia Tannus Gurgel do Amaral. Professora Adjunta e Pesquisadora da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro- UNIRIO. Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro- UERJ. Linha de Pesquisa: Direito da Cidade.

“O substantivo da democracia é, portanto, a participação. Quem diz democracia diz, do mesmo passo, máxima presença de povo no governo, porque, sem participação popular, democracia é quimera, é utopia, é ilusão, é retórica, é promessa sem arrimo na realidade, sem raiz na história, sem sentido na doutrina, sem conteúdo nas leis”²

Introdução

O presente artigo tem como hipótese verificar se a democracia brasileira ao longo desses 28 anos, a partir de 1988, efetivamente se amoldou à *onda* de uma democracia de proximidade – de início –, para avançar nos dogmas da efetiva democracia participativa. Nessa linha de compreensão, objetiva-se desenvolver um estudo propositivo e investigar se a topografia constitucional da democracia foi capaz de influenciar a legislação posterior ao ponto de expandir a participação dos atores sociais nas escolhas e decisões públicas, em sinergia de cooperação com a Administração Pública. Com base nos dados coletados, objetiva-se realizar um breve levantamento normativo dos temas circunscritos, em especial dos mecanismos de participação na gestão pública.

O trabalho está estruturado em duas partes: na primeira, aborda conceitos e marcos doutrinários sobre participação e cidadania ativa, e democracia por proximidade. Numa segunda parte, analisa os elementos constitucionais e posteriores avanços na legislação brasileira, que de certa forma influenciaram no amadurecimento das práticas de participação social na gestão pública, com ênfase na participação no âmbito das Cidades. Em etapa final, pontua os instrumentos ou mecanismos brasileiros de participação social na gestão pública com demonstrativos de dados coletados.

Visto por esse prisma, na contemporaneidade, a relação entre sociedade e Estado democrático exige, um aparato administrativo estatal que, além de desempenhar as funções de executor dos fins constitucionalmente delimitados, torne perene a interlocução direta com os cidadãos na gestão pública.

Nessa linha de investigação, pretende-se com o presente trabalho contextualizar a ativa participação social na vertente democrática brasileira a partir de 1988, com ênfase nas Cidades.

Primeira Parte – Conceitos e Marco Teóricos

Introdução

As lutas pela liberdade e igualdade revelam ao mundo democrático a necessidade perene de que esses valores estejam presentes nos debates travados, tanto na vida acadêmica quanto política. Dentre tantas reflexões acerca do Estado

² BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da Democracia participativa**. São Paulo, 2ª ed: Malheiros, 2003, p.283.

Democrático de Direito, marcam presença, na primazia desses valores, as que analisam as relações entre e o Poder estatal e a sociedade, em especial atenção à participação cidadã nos debates públicos.

A partir do fortalecimento dos novos arranjos sociais que vieram, historicamente, na esteira dos movimentos sociais e em sintonia com as novas *ondas* da democracia, desde a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, os instrumentos estatais canalizadores das realizações dos objetivos públicos passaram a absorver, paulatinamente, a ideia da participação mais ativa do cidadão em temas de interesse comum. Mas, fato é que, diante da falácia do Estado Social – burocrático e centralizador –, e com advento do Estado Democrático Subsidiário – modernamente batizado de Estado Social Democrático e de Direito, entre tantas modificações, pode ser indicativo do incremento do regime, a ampliação dos institutos da anímica democrática, vale dizer, a participação popular, que alhures há tempos já presentes na dinâmica da vida política, tanto no processo político das escolhas e decisões de Governo, bem como no controle dos atos e da Responsabilidade da Administração Pública pelos mecanismos da transparência – *public and social accountability*.

Entendendo a democracia como forma de governo pelo povo, na definição mais clássica, esse significado, mesmo com o passar dos séculos, não sofreu alteração em sua essência. No entanto, conforme preleciona Norberto Bobbio, na passagem da democracia dos gregos à democracia dos modernos, a alteração se deu não no que diz respeito ao titular do poder político, que sempre será o povo, mas no modo, mais ou menos amplo, de exercer o direito de tomar decisões coletivas.

A história mostra uma vitória do cidadão já ambientado num Estado de Direito consagrador dos direitos fundamentais, bem como a igualdade de todos perante a lei e as limitações das prerrogativas dos governantes. É a era da liberdade de pensar, das escolhas políticas, das associações e da fé religiosa, todos consagradas no Texto Fundamental.³

Nesse ambiente, adveio uma nova *onda* da democracia a partir da metade do século XX; uma nova tendência ou terceira forma de democracia começou a despontar no centro das democracias modernas: a democracia participativa, na qual se pôde verificar uma aproximação da democracia representativa com a antiga democracia direta. Nessa onda, é possível identificar instrumentos que possibilitam uma maior proximidade popular com o governante, de forma direta, em assuntos de relevo na vida política da sociedade. Pontua-se por excelência a elaboração, execução e controle das políticas públicas. Nesse modelo de gestão, a sociedade civil não fica cingida apenas a eleger representantes, mas, sim, a participar ativamente nas transformações sociais quando da tomada de decisões públicas.

³ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**, São Paulo:Brasiliense, 1990,p.37.

Nos arranjos sociais coletivos, os discursos travados que visam ao consenso acontecem nas esferas públicas criadas ao longo das últimas décadas, e que formam os novos espaços públicos de debates entre Poder público e sociedade, além das tradicionais arenas legislativas. Esses novos espaços de atração coletiva elevam o tom da participação em temas que interessam diretamente a todos da coletividade. Deixa de ser uma retórica *populesca* de época de eleição para se fincar como *modus operandi* da democracia.

Há pelo menos algumas décadas, vozes ainda resistem ao tempo afirmando que a democracia representativa está em crise, necessitando de novos modelos políticos para substituí-la, vez que a representação política, por si só, não mais se coaduna com os modernos arranjos sociais. Decerto que este discurso é, pelo menos, tão antigo, quanto à própria representação política e os princípios que nortearam a construção dos governos representativos desde o século XVIII.⁴

Todavia, a sociedade civil moderna, com forte conscientização democrática, em razão de suas conquistas políticas históricas, passou a exigir mudanças na estrutura dos governos representativos, impondo uma maior participação nas questões públicas. Essa tendência, que para muitos era indicativo de crise do sistema político, foi na verdade uma manifestação na crença aos novos arranjos sociais, vistos como importantes instrumentos à implantação de significativas mudanças nos alicerces democráticos.

A situação foi analisada por Boaventura de Sousa Santos que descreve como a “dupla patologia das democracias liberais” na qual – por um lado – é uma patologia da representação, na medida em que os cidadãos estão cada vez mais distantes da vida política e dos eleitos (que por vezes nem os conhecem) e – por outro lado – representa uma patologia da participação, que se prende com uma ideia cada vez mais comum de que “não vale a pena participar”, pois os cidadãos “sentem-se demasiado pequenos” para enfrentar os grandes interesses e as dinâmicas políticas e econômicas que dominam a sociedade, e não confiam nas promessas dos representantes institucionais.⁵

Nesta linha, parte-se do pressuposto que no século XXI a democracia representativa não mais atende à concretização, em sua concepção maior, do princípio democrático. Necessário evoluir, com um olhar atento às novas ondas da democracia e verificar se, em suas bases, tal princípio encontrará sólidas raízes para efetivação.

Em virtude dessas considerações, os modernos estudos de da teoria do Estado vêm apontando a democracia, como um direito fundamental de quarta dimensão. Na esfera da normatividade jurídica, passa a ser considerada uma das espécies de direito fundamental do cidadão, como os direitos à informação e o

⁴ Ibidem, p.32.

⁵ SANTOS, B. de Sousa (2008), “Síntese Final”, in Dias, N. (Org.) Actas do I Encontro Nacional sobre Orçamento Participativo: Associação In Loco e Câmara Municipal de São Brás de Alportel, Camarate.PT. Disponível: http://www.agora-parl.org/sites/default/files/actas1_encontro_n_acional_op.pdf. Acesso jul.2016.

pluralismo, todos num segmento das demais dimensões do direito fundamental, como: a primeira dimensão (direitos individuais), a segunda (direitos econômicos, sociais e culturais) e a de terceira dimensão, (aqueles direitos voltados à paz, à tecnologia, ao desenvolvimento, ao consumidor, à qualidade de vida e à liberdade de informação).⁶

Sem embargo, na contemporaneidade, o Estado democrático constrói suas bases na tarefa revolucionária da soberania popular, impondo uma verdadeira reviravolta da concepção e eficácia dos ideais de participação ativa da sociedade nas escolhas públicas. Não deixa de lado a representação clássica da vontade do povo por meio dos representantes eleitos pelo voto universal, mecanismo esse que constitui estágio de evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento. Avançam os Estados democráticos para o incremento e amadurecimento dos debates pelas deliberações públicas no ideário de participação ativa para construção e execução, % de políticas públicas na ordem social.

Classificação Doutrinária da Participação social na Gestão Pública

Ponto que merece atenção no estudo do tema “participação” é o que envolve a terminologia que se emprega. Nesse sentido, participação pública, é um termo de maior amplitude, em regra empregado em processos que pouco mais são informativos e consultivos do que propriamente participativos, pelos quais a Administração Pública informa à população sobre questões que pretende dar cabo, decididas no âmbito dos gabinetes; ou realiza consultas públicas sobre questões pontuais.

Consequente, esses processos, que malgrado sejam de extrema valia às práticas democráticas, não são significativamente participativos, vez que a participação é limitada, não havendo uma atuação direta da sociedade a permitir uma percepção da realidade e dos problemas em ações conjuntas com o Poder público na solução das demandas. Diferente é a noção de participação cidadã em sentido estrito. Nesta há um grau mais elevado do desenvolvimento político, onde a forma dita objetiva, semidireta ou direta de participação se coloca ao lado do Poder Público nas escolhas públicas. Em outras palavras, a verdadeira participação está presente nas escolhas públicas de forma deliberativa – vinculativa, vale dizer, há uma aderência da vontade direta social participativa às decisões públicas envolvidas nas questões postas ao debate público.

Por essas passagens conceituais, diferentes espaços públicos foram sendo construídos para inserir o cidadão diretamente nos debates de questões afeitas aos interesses sociais, e que a cabo, de forma ampla ou estrita tendem a tornar eficaz a tutela dos direitos humanos fundamentais.

Em boa hora, chama atenção Boaventura de Souza Santos, ao afirmar que os processos de globalização, por serem hegemônicos, têm provocado a intensificação da exclusão social e da marginalização de grande parcela da

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 275,278.

população. Mas esses processos estão sendo enfrentados por resistências na iniciativa de bases, inovações comunitárias e movimentos populares que procuram reagir à exclusão social, e cita como exemplo a experiência do Orçamento Participativo, que é vista pelo autor como uma iniciativa urbana orientada para redistribuir os recursos da cidade a favor dos grupos sociais mais vulneráveis. O sociólogo português aponta três efeitos da democracia participativa: 1) fortalecimento pela demodiversidade, com a ampliação da deliberação pública e da intensificação da participação; 2) fortalecimento da articulação contra-hegemônica entre o local e o global; e 3) ampliação do experimentalismo democrático, no sentido de que as práticas bem sucedidas de participação originam-se em gramáticas sociais, “nas quais o formato da participação foi sendo adquirido experimentalmente”.⁷

A tipologia da participação popular na gestão pública, no âmbito da Administração, mereceu da doutrina uma atenção especial e em consequência valiosas classificações.

Numa análise sobre o tema, Paulo Modesto sintetiza as tipologias dessa participação mais afinadas com o desenho institucional brasileiro, conforme se demonstra:⁸

1) quanto à eficácia de sua ação:

a) vinculante-decisória (ex. co-gestão); **vinculante-condicionadora** (ex. conselhos administrativos, que limitam discricionariedade da autoridade superior, exigindo motivação extensa em pronunciamentos divergentes);

(b) não vinculante (ex. conselhos meramente consultivos);

2) quanto à matéria e a estrutura de sua intervenção pode ser:

(a) consultiva- individual (ex. colaboração especializada), **consultiva-colegial** (ex. conselhos consultivos); **consultiva-coletiva** (ex. audiências públicas),

(b) executiva-co-gestão (ex. conselho de gestão), **executiva- autônoma** (ex. organizações sociais, ongs, entidades de utilidade pública).

Sob o prisma da cidadania, numa análise da evolução do conceito, podem ser apontadas três etapas: inicia sua trajetória na civilização Greco-romana, passando pela cidadania individualista do Estado liberal, e a mais recente de nossa era – a

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 373-418.

⁸ MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública. Mecanismos de operacionalização. Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível: <http://jus.com.br/artigos/2586>. Acesso em: 21 jul. 2014.p.2-4.

nova cidadania no Estado social residida na noção “em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção: é a ideia de participação”.⁹

Essa participação há de instaurar-se em cinco níveis: (i) na distribuição dos bens, materiais e imateriais, indispensáveis a uma existência socialmente digna, (ii) na proteção dos interesses difusos ou transindividuais, (iii) no controle do poder político, (iv) na administração da coisa pública e (v) na proteção dos interesses transnacionais. No que tange à participação popular na administração da coisa pública, adverte o autor que “o princípio da participação popular permite evitar extremos, introduzindo uma linha de ação mais democrática na administração da coisa pública”.¹⁰

Na busca por diminuir a amplitude das sociedades elusivas no ideário de sociedades mais participativas e inclusivas, mais cedo ou mais tarde os cidadãos são confrontados com a evidência de que no cotidiano a interdependência faz parte da vida social, é como aponta Bauman – onde a *solidariedade do destino não é uma questão de escolha*. Escolher o destino comum das questões mais significativas para vida social gera uma solidariedade de ações e de pensamentos- a razão pública solidária.¹¹

Com essas linhas iniciais traçadas, passa-se à análise da estrutura Constitucional e na evolução legislativa pós 1988.

Segunda Parte – A arquitetura Constitucional Brasileira e Evolução Legislativa

Considerações acerca da Integração das Instituições Participativas ao Ciclo de Gestão das Políticas Públicas no Brasil

Na realidade histórica mais recente do Brasil, pelos anos de transição democrática, as lutas sociais culminaram em uma série de aberturas de núcleos de participação social no processo de produção de políticas públicas. As conquistas políticas e democráticas auxiliaram a construção de um novo padrão de cidadania pela Constituição da República de 1988, que ampliou sobremaneira a participação social na esfera pública, de tal forma que no passar das últimas décadas foi possível observar um aperfeiçoamento nas relações entre a poder público e sociedade. Em um ambiente no qual a democratização se fez presente tanto nas instituições políticas como administrativas, impondo novas bases à participação cidadã.

A partir do arranjo constitucional, deu-se início às transformações institucionais. Alinhado o princípio da democracia semidireta e participativa com a clássica democracia representativa, ambas estão cunhadas, *de prima facie*,

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A nova cidadania**. In Direito público: estudos e pareceres, São Paulo: Saraiva, 1996. p. 10.

¹⁰ Ibidem. p. 19.

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade sitiada**, Lisboa: Instituto Piaget, 2002.p,13e 26-27.

no parágrafo único do artigo primeiro da Carta. Assim, reformularam-se os contornos jurídicos e políticos da relação entre Estado e sociedade. “A expectativa girava e ainda gira em torno da premissa: onde há a participação social efetiva, as ações do poder público são mais legítimas”.¹²

Topograficamente a cidadania brasileira ganha status constitucional de fundamento do Estado, ao lado dentre outros, da dignidade do cidadão – corolário de um mínimo existencial – e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, todos embalados pelos valores de liberdade e justiça, fazendo com que o seu exercício ultrapasse a fronteira simplista de condição política do exercício do voto, como predominou nas décadas anteriores. Assim, como ponto de partida, o parágrafo único do artigo primeiro, do Texto, a saber:

(...)Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos **ou diretamente, nos termos desta Constituição.** (*grifo nosso*).¹³

Com base nesse dispositivo, e entendido como um dos fundantes do Estado brasileiro, por todo o Texto são identificados, além dos tradicionais mecanismos de participação semi direta – plebiscito, referendo e iniciativa popular – (art. 14 CRFB), vários dispositivos alinhados ao parágrafo acima descrito, vindo a fortalecer os dogmas da participação ativa social tanto na gestão pública como em outras áreas. Tabela abaixo corrobora com essa tese.

Constituição da República Federativa do Brasil e Emendas¹⁴

Tema	Conteúdo
Dos Direitos Sociais	<p>Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; (...)</p> <p>Art. 10. É assegurada a <i>participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.</i></p>

¹² PIRES, Roberto (coordenador). **Considerações sobre a integração das instituições participativas ao ciclo de gestão de políticas públicas:** subsídios à formulação de um sistema de participação. Nota Técnica. n.3Brasília: IPEA,2012..p,7.

¹³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

¹⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

<p>Competência dos Municípios (Direitos e Deveres)</p>	<p>art.29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: <i>XII- cooperação das associações representativas no planejamento municipal.</i></p>
<p>Poder Legislativo</p>	<p>art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. parágrafo 2º. II – adoção nominal pelas comissões do Congresso Nacional, nas matérias de sua competência, de <i>audiências públicas com entidades da sociedade civil.</i></p>
<p>Da Política Agrícola e Fundiária e</p>	<p>Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com <i>a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais....</i></p>
<p>Seguridade Social Saúde e Assistência Social</p>	<p>art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. parágrafo único(...) <i>VII –Participação da comunidade nas decisões sobre a seguridade social</i> art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: <i>III – participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde;</i> art. 204 As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: <i>II – a participação da população através de organizações representativas na formulação de políticas de assistência social.</i></p>
<p>Educação</p>	<p>Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: <i>VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei;</i></p>

<p>Participação no Sistema Nacional de Cultura</p>	<p>Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e <i>participativa</i>, institui <i>um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes</i>, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. (<u>EC nº 71, de 2012</u>).</p> <p>§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios.</p> <p>X – <i>democratização dos processos decisórios com participação e controle social</i> (<u>EC nº 71, de 2012</u>).</p>
<p>Meio Ambiente</p>	<p>art. 225(caput)- <i>implicitamente impõe à sociedade o dever de atuar para defender e preservar o meio ambiente.</i></p>
<p>Da Família, Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso</p> <p>(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)</p>	<p>Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,(.....) (<u>Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010</u>)</p> <p>§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (<u>EC nº 65, de 2010</u>)</p> <p>(...)</p> <p>Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, <i>assegurando sua participação na comunidade</i>, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (<i>grifo nosso</i>)</p>

Fonte: Constituição.http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Após a análise dos dispositivos constitucionais, pode-se depreender que o Constituinte de 1988 não ficou ao largo das questões acerca da vontade e participação ativa, que, alhures, já estavam consolidadas em muitos exemplos de Estados democráticos. Ao contrário, encorajou o crescimento dos elos da cidadania pró ativa nas escolhas públicas.

Por vez, rompeu-se com a tradicional e pura democracia representativa para uma *nova onda democrática brasileira*, aliando participação popular direta à representação.

Nesta senda, com fundamento no paradigma constitucional, a participação e os mecanismos vieram positivados em legislações posteriores específicas

em matérias que demandam a presença de ferramentas de participação social. Demonstram, igualmente, que podem conviver em harmonia, na tomada das principais decisões públicas, os representantes eleitos e a vontade popular direta e necessária para legitimar as decisões políticas. Podem ser citados como exemplo, a lei 8.666/93. (Licitações e Contratos administrativos); lei 6.938/81 (Conselho Nacional do Meio Ambiente); lei 8.080/90 (Promoção, proteção e recuperação da saúde); lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); lei nº 8.842/1994 (estatuto do Idoso); lei 8.742/93 (Organização da Assistência Social); lei 9.074/95 (Concessões e Permissões de Serviços Públicos); lei 9.784/99 (Processo Administrativo no âmbito federal) e LC 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal (alterada pela LC 131/2009), e a lei nº 13.089/ 2015 (Estatuto da Metrópole).

No âmbito da legislação, não se duvida que o destaque ficasse por conta da Lei 10.257/01 - Estatuto da Cidade, que ao traçar as norma gerais para uma boa gestão municipal, inovou ao estruturar o capítulo IV intitulado “Da Gestão Democrática da Cidade” no qual estão elencados os principais instrumentos fomentadores da participação ativa nos assuntos de interesse local.

Um Legislador Pró-participativo – Por uma Gestão Democrática nas Cidades

Em fiel sintonia com as diretrizes constitucionais, em especial os artigos 182 e 183, nas últimas décadas ganhou destaque, e vem se aperfeiçoando a cada passagem do tempo, o ramo seletivo do direito denominado direito urbanístico. Será no nível local de Poder onde, no passar dos anos, desde 1988, que as experiências de participação e controle da gestão pública mais se destacaram, não só pelos instrumentos criados, mas muito em especial em razão da topografia constitucional municipal, e ainda, pela legislação posterior. *Direito à Cidade* pode ser entendido como expressão jurídica de amplo alcance, englobando temas e ramos do direito que se debruçarem sobre os desafios que emergem do desenvolvimento urbano.

As preocupações com o planejamento e desenvolvimento do espaço urbano, fundando numa legislação específica, que pudesse regular os avanços na melhoria da vida e do convívio social, levaram a acabo a criação de uma legislação de aplicação a todos os municípios brasileiros. Essa adveio em 2001, denominada de Estatuto da Cidade – lei n.10257. Desde então o administrador municipal se vê na obrigação legal de organizar e pautar suas ações, seguindo as diretrizes gerais legais que direcionam a administração da cidade no ideário de uma gestão eficiente, democrática e inclusa, a garantir o direito que as cidades sejam sustentáveis.¹⁵

¹⁵ Lei art. 10257 de 2001 “art.2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

Fortalecendo esse paradigma inicial, o Estatuto da Cidade orienta que a gestão da cidade seja a mais democrática possível, conforme preceitua o seu Capítulo IV, intitulado – *Da Gestão Democrática da Cidade*. Esse capítulo indica princípios e instrumentos que orientarão o administrador local na condução participativa e transparente da governança municipal. Nessa toada, o art. 43, estabelece que para garantir a gestão democrática, tanto administrativa como orçamentária, deverão ser utilizados os seguintes instrumentos: *órgãos colegiados de política urbana; debates, audiências e consultas públicas; conferências sobre assuntos de interesse urbano; iniciativa popular de projetos de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano e planejamento orçamentário participativo* ¹⁶

Cabe ainda lembrar que na dinâmica da participação, os mecanismos podem ser classificados como simples-¹⁶ as Ouvidorias, Mesas de Diálogo, Reuniões em associações de moradores e outros afins – até os mais complexos, como as Conferências (municipais, estaduais e nacionais), os Conselhos Nacionais, Conselhos Gestores municipais e estaduais de políticas públicas (CGMPPS), as Audiências Públicas e o Orçamento Participativo.

A partir desse marco legislativo, com a implantação das diretrizes de governança democrática, foi possível, em âmbito municipal, a efetivação de um controle social direto e eficaz na condução das questões de extrema importância para a dinâmica da vida urbana. Com a adoção de importantes instrumentos de participação social, toma para si os munícipes tarefas de relevo no cenário federativo, tanto na elaboração e implementação de políticas públicas voltadas à satisfação das necessidades locais, como na condução e controle das despesas públicas, via a construção do orçamento público sensível à participação.

Indubitavelmente a criação e fomento dos espaços públicos para debates sobre a gestão pública municipal, por ser o poder político mais perto do cidadão,

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

(...) XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;”

¹⁶ Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;

III – planejamento municipal, em especial:

(...)

d) plano plurianual;

e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual;

f) gestão orçamentária participativa; (grifo nosso).

eleva a cidadania ativa organizada ao nível mais alto de participação, e como resultado, dentre tantos, uma melhor adequação e racionalização das metas e recursos por parte do poder público. Como reflexo, haverá uma natural inclinação à canalização dos investimentos em projetos voltados aos temas mais urgentes de solução, bem como a outros problemáticos, levantados pelos municípios nos debates transcorridos nas arenas públicas instituídas.

A agenda dos governos democráticos, em sua maioria, é ancorada nas políticas públicas. Essas definidas como conjuntos de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Governo, e são correlatas a certos direitos assegurados constitucionalmente ou que se afirmam graças ao reconhecimento por parte da sociedade e/ou pelos poderes públicos. Enquanto novos direitos, formam “um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas”¹⁷

As Ferramentas Participativas: uma visão geral

Na realidade brasileira, o município ganhou destaque na formulação das políticas públicas setoriais. Sua competência arquitetada foi recheada de atribuições de fomento em questões sociais. O escopo traçado pela cultura constitucional e legislativa pós 1988, a participação da sociedade na formulação, acompanhamento e avaliação das políticas públicas em alguns casos veio assegurada na legislação, a exemplo nos casos da saúde e educação, momento em que a sociedade participa ativamente mediante os Conselhos, audiências públicas, encontros e conferências setoriais e conselhos orçamentários. O orçamento participativo – OP –, adotado em muitas cidades brasileiras é exemplo por excelência de ferramentas de participação e de *accountability* social.

Em sede de orçamento participativo, entendido esse como instrumento financeiro canalizador das demandas sociais votadas em arenas públicas, seu desenvolvimento fortalece não só a participação como a *accountability* social, em uma governança de cooperação e coadministração. Compondo o quadro dos mecanismos de participação que se destacam os Orçamentos Participativos – OP – se apresentam como um experimento genuinamente brasileiro, nascido dos arranjos sociais e movimentos populares pelo Brasil nas décadas de 70 que se intensificaram nos anos 80 do século passado.

A experiência pioneira se deu em de Porto Alegre 1989. Segundo Avritzer, na experiência brasileira, o orçamento participativo é uma política participativa local, que responde às demandas dos setores da população urbana organizada e dentre os objetivos a ser almejado está a de uma distribuição mais justa do erário. O OP como instrumento inclusivo tem por dinâmica reunir atores sociais, membros de associações de bairro, e cidadãos comuns

¹⁷ MED.apud,Christian Luiz da Silva (org.). **Políticas Públicas e desenvolvimento local.**,Petrópolis:Vozes. 2012, p.17.

em um processo de negociação e deliberação com o Estado, tanto nas funções executivas como na legislativa.¹⁸

Assim, o OP fruto das experiências locais, vem ao longo dos anos firmando-se como um importante instrumento de controle social na definição dos destinos da cidade. Na sua dinâmica, a população pode decidir as prioridades de investimentos em obras e serviços a serem realizados a cada ano, com os recursos provenientes de parcela do orçamento anual municipal. Como proposta radicalmente democrática, visa o resgate da cidadania em termos de participação nas escolhas públicas, sendo um canal direto de diálogo com o administrador público. Nessa experiência de cogestão da cidade, a criação de uma esfera pública não estatal se faz necessária, tomando como base uma participação geral de todos os cidadãos que autorregulam o processo, visando, dentre outros objetivos, um controle social sobre o destino e alocação das receitas públicas em total transparência administrativa.

Por esse quadro, não se pode olvidar que o OP foi desde a sua fundação um importante instrumento de reivindicações dos movimentos comunitários, ainda que a sua concepção de governo não fosse toda ela, nos seus primórdios, dirigida a uma gama significativa de atores sociais como hoje alcança, mas após tantos anos, depois de sua primeira experiência na cidade de Porto Alegre/1989, esse quadro sofreu profundas transformações, ampliando sua atuação ao ponto de também poder, em tempos atuais, entender o OP como uma estrutura de oportunidade para que os cidadãos se reúnam e debatam em uma esfera pública não só problemas locais, mas também discutam política num sentido mais amplo.

Na expansão nacional, conforme demonstram os quadros abaixo, as cinco regiões do País possuem práticas do OP.¹⁹

Distribuição regional das experiências de orçamento participativo nos municípios Percentual •				
REGIÃO	1997-2000	2001-2004	2005-2008	2010 ²⁰
Norte	2,5%	5,5%	8,5%	4%
Nordeste	4,2%	22,6%	22,4%	24%
Sul	39,2%	22,3%	21,9%	23%
Sudeste	41,7%	45,2%	41,3%	46%
Centro-Oeste	2,5%	4%	6,0%	3%

•Fonte: Rede Brasileira de OP

¹⁸ AVRITZER, Leonardo. **Limites e potencialidades da expansão democrática no Brasil.** Ciclo de seminários -Fórum Social Brasileiro. Belo Horizonte: Ibase, 2003, p.17

¹⁹ Pesquisas quantitativa e qualitativa da Rede Brasileira de OP http://www.redeopbrasil.com.br/home/index.php?option=com_content&view=article&id=138:pesquisas-quantitativa-e-qualitativa-da-rede-brasileira-de-op&catid=25:the-project&Itemid=37

²⁰ Toma-se como base o número de municípios pelos dados do IBGE censo 2010.

Distribuição quantitativa regional das experiências de orçamento participativo nos Municípios – 2012	
REGIÃO	Número de municípios que adotam OP
Norte	14 municípios
Nordeste	79 municípios
Sul	100 municípios
Sudeste	151 municípios
Centro-Oeste	09 municípios
Total	353 municípios

••Fonte: Rede Brasileira de OP

Em sua fase de internacionalização²¹ as experiências genuinamente brasileiras dos OPs tornaram-se referência para muitos países democráticos. Com a observância de critérios conforme a idiosincrasia de cada país, em dados mais recentes publicados, havia pelo o mundo em 2012, entre 1269 a 2778 orçamentos participativos operando. Este é o resultado de um desenvolvimento muito rápido: dez anos antes, havia menos de uma centena de experiências de orçamento participativo na Europa e hoje estão entre 474 e 1317, onde Portugal, Espanha e Alemanha aparecem como os países que desde o início dos anos 2000 vêm dando visibilidade no desenvolvimento e aprimoramento desse modelo de participação.²² Atualmente na Europa o OP de Paris se destaca pelo vultoso orçamento destinado – cerca de 100 milhões de euros.

Após esse período e com o reconhecimento por organismos internacionais e agências multilaterais de financiamento, como Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e do Banco Mundial (BIRD) como “boas práticas de controle dos gastos públicos”, as experiências dos OPs brasileiros ganharam reconhecimento e visibilidade internacional.

Na sua investigação, em 2014, o Instituto Nexus indica avaliados entre 1269 e 2778 o Orçamento Participativo no mundo. Esses números refletem experiências muito diferentes de um país e continente para outro. Consulta sobre o orçamento

²¹ Vale aqui mencionar que a experiência brasileira do OP *ganhou mundo* a partir da década de 1990, sendo o paradigma para tantos países que cultivam a participação social pelo orçamento Participativo. Um dos fatores expressivos na internacionalização do experimento brasileiro se deu em 1996 a Conferência de Istambul, Habitat II da ONU, ou Cúpula das Cidades, reconheceu o Orçamento Participativo como “Prática Bem Sucedida de Gestão Local”. O Orçamento Participativo de Porto Alegre (PO) tornou-se assim uma referência para o mundo. A ONU considerou a experiência de PO como uma das 40 melhores práticas de gestão pública urbana no mundo. Por sua vez, o Banco Mundial também na mesma ocasião reconhece o processo de participação popular de Porto Alegre como exemplo bem-sucedido de ação conjunta entre Governo e sociedade civil.

²² SINTOMER, Yves.;HERZBERG Carsten.;RÖCKE, Anja., em colaboração com ALLEGRETTI, Giovanni. **Esperança democrática: 25 anos de orçamento participativo pelo mundo.** Coordenador Nelson Dias, São Brás de Aportel, Portugal: Associação In Loco, 2012.p.33

através de modelos que se concentram em uma área, ser reduzido para trabalhar com instituições locais ou, pelo contrário, aberto a parceiros privados. Não é um modelo normalizado.

Nelson Dias²³ descreve cinco fases na história do orçamento participativo:

1. 1989-1997: a experiência de Porto Alegre, no Brasil e Montevidéu, Uruguai (30 experimentos)
2. 1997-2000: a expansão do Brasil (140 cidades com diferenças)
3. 2000-2007: a expansão no mundo, com o sucesso dos Fóruns Sociais Mundiais (América Latina, Europa)
4. 2007-2010: desenvolvimento de redes nacionais e internacionais (Brasil, Colômbia, Argentina, Espanha, Grã-Bretanha) e as primeiras leis nacionais voto fazendo orçamentos participativos necessários.
5. 2010-2015: integração da BP nos mecanismos de participação mais ampla (Agenda 21)

Desde essa expansão, muitos países têm adotado uma lei a obrigação de decidir no orçamento de forma participativa, incluindo a República Dominicana, Peru, Polónia e Kerala (Índia), Chengdu (China).

Em sequência ao trabalho proposto, e em razão da arquitetura constitucional os Conselhos de Políticas Públicas, também denominados Conselhos de Direitos, ou de Conselhos Gestores de Políticas Setoriais, ganham também destaque.

Como órgãos de formação colegiada, definidos como espaços públicos vinculados aos órgãos do Poder Executivo, têm como finalidade precípua permitir a participação da sociedade na definição de prioridades de uma agenda de políticas públicas das mais variadas áreas. De forma geral, são também incumbidos da supervisão e avaliação das políticas públicas. Presentes nos três níveis de governo, os Conselhos são espaços permanentes de reuniões e podem ser considerados instituições híbridas, visto que Estado e sociedade civil *partilham do poder decisório* no desiderato de formar consenso entorno de interesses específicos de diversos grupos envolvidos em determinada área de política e atuação da gestão pública.

Experiência já vivida nos anos 30 da década passada, no Governo trabalhista de Getúlio Vargas, considera-se que somente a partir da redemocratização brasileira é que esse instrumento se solidificou no cenário participativo brasileiro. Assim, do número de cinco Conselhos nacionais entre 1930 e 1989, somaram-se a eles mais 26 Conselhos nos anos de 1990 aos de 2009, tendo em vista a difusão da ideia de ampliar a participação no processo de formulação de políticas públicas com o texto de 1988. Em 2014 já contavam 35 Conselhos Nacionais²⁴ e cinco Comissões Nacionais.

²³ DIAS, Nelson. **Uma outra democracia é possível?** As experiências de Orçamento Participativo. Disponível: <https://eces.revues.org/149>.

²⁴ Dado retirado do Site da Presidência da República. Disponível: [file:///E:/conselhos-e-comissoes-2014%20\(1\).pdf](file:///E:/conselhos-e-comissoes-2014%20(1).pdf) Acesso Jul.2014.

Em levantamento feito pelo IPEA²⁵ em 2010, os Conselhos Nacionais mobilizaram cerca de 1.350 conselheiros titulares (ou mais de 2.700 conselheiros, se forem computados os suplentes), incluindo-se os representantes do governo e da sociedade civil, em áreas de políticas públicas tão diversas quanto à saúde, educação, assistência social, recursos hídricos, aquicultura e pesca, turismo, gênero, combate à discriminação, entre outros.

Mas foi no âmbito das cidades que se destaca o desenvolvimento dos Conselhos. De forma geral, desde 2001 a realidade brasileira já contava com Conselhos em mais de 90% dos municípios, atuando com destaque nas áreas de saúde, assistência social, criança e adolescente, educação, turismo, cultura, habitação, meio ambiente, emprego e trabalho, transporte, política urbana, orçamento, segurança pública, defesa civil esporte, direitos da mulher, idoso, juventude, direito das pessoas com deficiência.

Em 2009, destaca-se o surgimento de conselhos municipais em novas áreas de política pública, especialmente aquelas associadas aos temas dos direitos humanos, como direitos da mulher, do idoso, das pessoas com deficiência e da juventude.²⁶ Conforme tabela abaixo.²⁷

Assim, como salienta Carla Carneiro, a emergência dos Conselhos setoriais mais específicos em temas, superou o formato antigo que os identificava exclusivamente com temas que versavam sobre o território. O formato que foi se desenhando nas últimas décadas com os Conselhos setoriais municipais potencializa a superação das desigualdades, permitindo uma atuação mais consistente na definição das diretrizes das políticas e mais sólida a efetividade.²⁸

Tabela a seguir, em pesquisa feita pelo IPEA retrata o desenvolvimento em uma década dos Conselhos municipais, nos principais temas de políticas públicas,²⁹

²⁵ IPEA.Disponível: http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/relatoriofinal_perfil_conselhosnacionais.pdf

²⁶ Ibidem.p, 579.

²⁷ A tabela 2 demonstra a disseminação de conselhos nos municípios brasileiros, com mais de 100 mil habitantes ao longo das últimas três gestões, por área de atuação1 (Em %). Verifica-se nos anos analisados, uma tendência na expansão da quantidade e variedade temática de conselhos municipais, pois, somando-se todos os conselhos existentes, os dados estimam que existiram mais de 1,5 milhão de conselheiros atuando nestes espaços. Com uma à expansão de variedade temática os Conselhos municipais,na última década, foi um mecanismo de destaque na atuação do poder público local. Enquanto na gestão municipal 1997-2000 existiam em média dez conselhos, na gestão 2001-2004este número passa para 14, até quase dobrar na gestão 2005-2008, atingindo uma média de 19 conselhos por município . Somando-se todos os conselhos existentes, aproximadamente trabalharam como de conselheiros cerca de 1,5 milhão cidadãos, número que supera em muito os 50 mil vereadoresatuais existentes nos legislativos locais.

²⁸ Carneiro, Carpa. Apud Christian Luiz da Silva (org.). **Políticas Públicas e desenvolvimento local.**,Petrópolis:Vozes. 2012, p.17.

²⁹ Disponível: www.ipea.gov.br/bd/publicacao_2010.html. Acesso 18 de julho de 2015.

Temas	2001	2002	2004	2005	2006	2008	2009
Saúde	98	-	-	-	-	-	98
Assistência social	93	-	-	-	-	-	-
Criança e adolescente	77	82	-	93	83	-	91
Educação	73	-	-	-	68	-	71
Emprego e trabalho	34	-	-	-	-	-	-
Turismo	22	-	-	-	-	-	-
Cultura	13	-	-	21	17	-	25
Habitação	11	-	14	18	-	31	43
Meio Ambiente	29	34	37	-	-	48	56
Transporte	5	-	-	-	-	6	6
Política Urbana	6	-	-	13	-	18	-
Orçamento	5	-	-	-	-	-	-
Segurança Pública	-	-	-	-	8	-	10
Defesa civil	-	-	-	-	26	-	-
Esporte	-	-	-	-	-	-	11
Direitos da mulher	-	-	-	-	-	-	11
Idoso	-	-	-	-	-	-	36
Juventude	-	-	-	-	-	-	5
Direito das pessoas com deficiência	-	-	-	-	-	-	5

Fonte: IPEA

Dando sequência à análise, passa-se a tecer considerações a outro instrumento de participação que são as Conferências. Assim como os Conselhos elas estão presentes na dinâmica participativa nos três níveis de governo. Pode-se definir Conferências como espaços amplos e democráticos de discussão que permitem identificar melhor o que deve ser priorizado pela gestão pública, além de permitirem estabelecer alguns pactos para se alcançar prioridades nas políticas públicas.

As Conferências desempenham um papel importante ao permitir que, dialogicamente, setores expressivos e organizados da sociedade brasileira apresentem a diversidade de interesses que espelham a multiplicidade de posições e preferências em temas e questões específicas, de forma a se tomarem decisões que contribuam para aprimorar e desenvolver políticas específicas na área em questão. Servem, por isso, como um importante canal para estreitar a comunicação entre setores sociais e o Estado brasileiro. Todas as Conferências possuem etapas preparatórias – municipais, estaduais, territoriais ou temáticas- que representam momentos cruciais no processo de uma conferência Nacional. São nessas etapas onde os debates se intensificam.

O processo de instalação das Conferências e seus objetivos estão bem traçados no Estatuto da Cidade, que determina a necessidade de realização de conferências nos três níveis de governo. Na sua trajetória chama atenção Claudia Teixeira que o Ministério das Cidades só convoca a realização das Conferências Nacionais depois de produzidas as Conferências estaduais e municipais. Assim, fixa-se que a realização da Conferência Nacional das Cidades é antecedida obrigatoriamente pelas conferências prévias nos municípios e estados.

Dentre os objetivos das Conferências nacionais estão: propor princípios e diretrizes para as políticas setoriais e para a política nacional das cidades, identificar os principais problemas das cidades brasileiras, indicar prioridades de atuação para o ministério, propor natureza e novas atribuições do Conselho das Cidades, propor formas de participação para a formação do Conselho das Cidades, avaliar os instrumentos de participação popular na elaboração e implementação das políticas urbanas e, por fim, avaliar programas em andamento e legislações vigentes nas áreas de habitação, saneamento ambiental, programas urbanos, trânsito, transporte e mobilidade urbana.³⁰

Por fim, outro mecanismo de participação social que merece também destaque nesse trabalho são as Audiências Públicas. Com uma dinâmica forte nas questões de gestão pública, é amplamente mencionada na legislação brasileira como um dos principais mecanismos de participação social utilizados na administração pública. Está presente na dinâmica da gestão pública nos três níveis de poder, e seu campo de previsão e efetivação é a legislação infraconstitucional.

Com destaque na lei do Estatuto da Cidade³¹, as audiências públicas são eventos pontuais, ou seja, ocorrem em momentos específicos do ciclo de elaboração de políticas públicas, e referem-se a um objeto específico, a exemplo licenciamento de empreendimentos urbanos, a elaboração de um plano nacional ou uma licitação, licenciamentos ambientais e outros temas afins.

A título de registro as Audiências Públicas realizadas na Câmara de Vereadores da Cidade do Rio de Janeiro entre os anos de 2003 e 2014, contabilizam o número de aproximadamente 250, cujos trabalhos são centralizados nas Comissões parlamentares temáticas. Definidas como comissões permanentes da Câmara Municipal do Rio de Janeiro são destinadas a proceder a estudos, realizar investigações e representar a Casa. Cabe-lhes dentre tantas atribuições, apresentar proposições à Câmara e realizar Audiências públicas com entidades da sociedade civil.

³⁰ TEIXEIRA, Ana Claudia C Teixeira e outros. **Dicas Instituto Polis** – ideias para ação municipal. Disponível: www.polis.org.br ou www.polis.org.br/uploads/672/672.pdf. Acesso 08 de agosto de 2015.

³¹ Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: XIII – **audiência** do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população; (Grifo nosso).

Em pesquisa publicada na Revista de Direito da Cidade (PPG - Direito UERJ) em julho de 2015, foi possível mapear as Audiências públicas realizadas no Legislativo carioca nos trabalhos das Comissões Permanente nos anos de 2003 a 2014.³²

Conclusão

A partir da segunda metade do século XX, no Brasil e alhures, a onda democrática participativa começou a despontar no centro das democracias modernas, aproximando a democracia representativa às práticas da democracia direta. As esferas pública construídas e institucionalizadas pelo Poder Público ao longo desse anos constroem um projeto democrático participativo de Estado. Como assevera Boaventura Santos, no ideário de radicalização da democracia, objetiva-se confrontar os limites entre uma democracia representativa elitista e liberal com uma democracia participativa, aprofundando a participação social nas escolhas públicas, tornando o cidadão um ator social com voz ativa na formulação das políticas pública, numa democracia de proximidade – de base-. Disso resulta o compartilhamento do poder decisório entre o aparato político-administrativo do Estado e os cidadãos, indo além dos partidos políticos e do parlamento.³³

O constituinte de 1988 não ficou alheio às transformações que urgiam necessárias na seara política, diante de uma sociedade que exigia participação com qualidade e eficácia na gestão pública.

Por certo, ficou para o legislador a tarefa de cumprir os ditames constitucionais, no ideário de reforçar os alicerces da democracia participativa brasileira. Nesse ambiente, não se olvida o papel fundamental que tem o Estatuto da Cidade. A tônica da lei 10.257/01, em perfeita sintonia com os ditames constitucionais, introduziu uma nova forma de se administrar a *máquina* administrativa, com novos atores sociais auxiliando o governante na tarefa de programar as políticas públicas. Por certo, as práticas participativas fortalecem a legitimidade da governança ao fazer da sociedade ator em cooperação e coadministração, ou seja, um ator das transformações sociais esperadas. Nesse sentido, um novo perfil se pode dar à democracia brasileira.

Oxalá, as experiências participativas desenvolvidas na realidade democrática brasileira sejam um *medium* para concretizar a descolonização do mundo da vida, como preconiza Habermas, tornando possível uma construção moderna da tradição de ÁGORA.

³² Gurgel, Claudia. Coord. e Maria Clara Guimarães e Raysa. Democracia participativa brasileira: as audiências públicas como instrumento participativo – a câmara dos vereadores da cidade do rio de janeiro. Disponível: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/16988/13012>.

³³ SANTOS, Boaventura de Sousa e AVRITZER, Leonardo. **Para ampliar o Cânone democrático**. Em: Santos, B.S (org) Democratizar a Democracia. Os caminhos da Democracia Participativa, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.p, 75-76.

Referências bibliográficas

- AVRITZER, Leonardo. **Limites e potencialidades da expansão democrática no Brasil**. Ciclo de seminários - Fórum Social Brasileiro. Belo Horizonte: Ibase, 2003, p.17
- BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade sitiada**, Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p.13e 26-27.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 275,278.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da Democracia participativa**. São Paulo, 2ªed :Malheiros, 2003, p.283.
- CARNEIRO, Carpa. Apud Christian Luiz da Silva (org.). **Políticas Públicas e desenvolvimento local**.,Petrópolis: Vozes. 2012, p.17.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A nova cidadania**. In Direito público: estudos e pareceres, São Paulo: Saraiva, 1996. p. 10.
- DIAS, Nelson. **Uma outra democracia é possível?** As experiências de Orçamento Participativo. Disponível: <https://eces.revues.org/149>.
- GURGEL, Claudia. Coord. e Maria Clara Guimarães e Raysa. **Democracia participativa brasileira: as audiências públicas como instrumento participativo – a câmara dos vereadores da cidade do rio de janeiro**. Disponível:<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php /rdc/ article/view/16988/13012>.
- IPEA http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/relatoriofinal_perfil_conselhosnacionais.pdf
- MED.apud,Christian Luiz da Silva (org.). **Políticas Públicas e desenvolvimento local**., Petrópolis: Vozes. 2012, p.17.
- MODESTO, Paulo. **Participação popular na administração pública. Mecanismos de operacionalização**. Teresina, ano7, n. 54, 1 fev.2002. Disponível: <http://jus.com.br/artigos / 2586>. Acesso em: 21 jul. 2014.p,2-4.
- PIRES, Roberto (coordenador). **Considerações sobre a integração das instituições participativas ao ciclo de gestão de políticas públicas: subsídios à formulação de um sistema de participação**. Nota Técnica. n.3 Brasília: IPEA,2012.,p,7.
- SANTOS, B. de Sousa (2008), “Síntese Final”, in: Dias, N. (Org.) **Actas do I Encontro Nacional sobre Orçamento Participativo: Associação In Loco e Câmara Municipal de São Brás de Alportel**, Camarate.PT. Disponível: http://www.agora-parl.org/sites/default/files/actas1_encontro_n_acional_op.pdf. Acesso jul.2016.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 373-418.
- SANTOS, Boaventura de Sousa e AVRITZER, Leonardo. **Para ampliar o Cânone democrático**. Em: Santos, B.S (org) Democratizar a Democracia. Os caminhos da Democracia Participativa, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.p, 75-76.
- SINTOMER, Yves.; HERZBERG Carsten.; RÖCKE, Anja., em colaboração com ALLEGRETTI, Giovanni. **Esperança democrática:25 anos de orçamento participativo pelo mundo**. Coordenador Nelson Dias,São Brás de Alportel, Portugal: Associação In Loco, 2001.
- TEIXEIRA, Ana Claudia C Teixeira e outros. **Dicas Instituto Polis – ideias para ação municipal**.Disponível: www.polis.org.br ou www.polis.org.br/uploads/672/672.pdf. Acesso 08 de agosto de 2015.

Mujeres supremas. La cuestión de género en Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales. Datos comparados sobre la performance de las juezas

Jorge O. Bercholc¹

Resumen

La cuestión de género, en relación a la integración de los tribunales y a la performance y el funcionamiento judicial, nos introduce en dos problemas diferentes. Uno de ellos, razones de representación democrática como fiel reflejo-espejo de la composición social por géneros, basado en un concepto representativo sociológico que debe ser plasmado a nivel institucional.

El otro tópico es el de visualizar cuál sería el valor agregado, si alguno, de la mirada femenina en los tribunales. Las características diferentes de mirada, abordaje, perspectiva o sensibilidad, que podría ofrecer una mujer en un tribunal colegiado de control de constitucionalidad.

¿Acaso es esperable una performance diversa de las magistradas por su condición de mujer en un tribunal constitucional? ¿En qué medida varones y mujeres pueden desarrollar la magistratura de manera diversa en una agencia de ese tipo?, ¿qué influencia tiene en las mujeres y desde ellas en la interacción profesional en un tribunal siempre mayoritariamente masculino?, ¿son reales las posibilidades de influencia de las juezas o, por el contrario, ellas terminan adaptándose a la cultura profesional predominante?

Palabras clave: Cuestión de género; tribunales constitucionales; performance de las juezas; supreme women; the gender topic in constitutional courts; comparative studies about the women justices performance.

¹ Doctor en Derecho Político, Especialista en Sociología Jurídica y Abogado, Universidad de Buenos Aires.

Doctor Internacional en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Postgraduado como Especialista en Constitucionalismo y Democracia, y en Justicia Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diploma de postgrado, Especialista en Integración Regional y Relaciones Económicas Internacionales, Universidad de Barcelona.

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Universidad de Buenos Aires.

Profesor Catedrático de Teoría del Estado y de Postgrado y Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

E-mail: estudiobercholc@fibertel.com.ar

Abstract

The topic of gender, as regards of the process of appointment to the courts and to the judicial performance, introduces us in two different problems. One of them, reasons of democratic representation like faithful mirror of the social composition for gender, based on a representative sociological concept that must be taken form to institutional level. Another topic: ¿which would be the added value or different point of view, if someone, from the women in the courts? ¿What different perspectives or sensibility, could be offer a women in a constitutional court?

Key words: Gender topic; constitutional court; justices performance.

Introducción

La cuestión de género, en relación a la integración de los tribunales y a la performance y el funcionamiento judicial, nos introduce en dos problemas diferentes. Uno de ellos, razones de representación democrática como fiel reflejo-espejo de la composición social por géneros, basado en un concepto representativo sociológico que debe ser plasmado a nivel institucional. Para ello es esencial definir un concepto de “representatividad” aplicable a la magistratura, para que no resulte contradictorio con la noción de meritocracia que caracteriza a toda carrera burocrática, como lo es la judicial (Gastron, 2009). Además, y en particular en la cuestión de género, para visualizar cuál sería el valor agregado, si alguno, de la mirada femenina en los tribunales. Pues la otra cuestión es, justamente, las características diferentes de mirada, abordaje, perspectiva o sensibilidad, que podría ofrecer una mujer en un tribunal colegiado de control de constitucionalidad.

¿Acaso es esperable una performance diversa de las magistradas por su condición de mujer en un tribunal constitucional? ¿En qué medida varones y mujeres pueden desarrollar la magistratura de manera diversa en una agencia de ese tipo?, ¿qué influencia tiene en las mujeres y desde ellas en la interacción profesional en un tribunal siempre mayoritariamente masculino?, ¿son reales las posibilidades de influencia de las juezas o, por el contrario, ellas terminan adaptándose a la cultura profesional predominante?

Según algunas especialistas, las magistradas, por el hecho de pertenecer al sexo femenino, por haber sido socializadas y educadas como mujeres, por haber vivido experiencias de vida “intransferiblemente femeninas”, tienen una mirada propia, lo que a la postre concluye en una manera distinta a la masculina de administrar justicia (Gastron, 2009).

En el Seminario “Aspectos Políticos e Institucionales de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina” convocado en noviembre de 2004 por una ONG, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), introdujo tal cuestión, pues la Corte argentina estaba en plena renovación luego de la crisis política y económica de 2002, y desde el Poder Ejecutivo se proponían juezas mujeres para la Corte Suprema. Constitucionalistas mujeres, que participaban de la conferencia,

reaccionaron con cierta virulencia, sosteniendo que no hay porqué esperar una performance peculiar dada la cuestión de género, en su caso, se trataría de juezas con capacidades técnicas y expertas que deben resolver en forma ajustada a derecho sin que la cuestión de género tenga relevancia.

Sin embargo, ello contradice lo sostenido por Elena Highton, actual jueza de la Corte Suprema argentina, en un reportaje: "...creo que hay intuitivamente una mayor empatía en la mujer, una mayor posibilidad de consustanciarse con los conflictos en profundidad, otra mirada sobre los problemas, que claramente no les está negada a los hombres, pero que a las mujeres les permite abordar diferentes cuestiones de otra manera, incluyendo aspectos que no se limitan solamente a lo jurídico."²

Si bien dicha impresión y prejuicio resulta atractivo como hipótesis de trabajo, a fin de generar conocimiento sustentable sobre la cuestión de género, su comprobación requiere suficiente verificación empírica previa a efectos del análisis y de la elaboración teórica que permita sustentar, que una mujer producirá fallos diferentes basados en su empatía o mirada diversa sobre los conflictos por resolver, tal cual ha sugerido la jueza argentina Elena Highton.

La literatura e investigación específica sobre la cuestión muestra patrones contradictorios, "...y ello obstaculiza la posibilidad de asumir conclusiones contundentes en este campo. Así, si bien por un lado se sostiene que habría una jurisprudencia femenina con énfasis en ciertas características tradicionalmente asociadas a la mujer, tales como conexión, subjetividad, y responsabilidad, más que en las "masculinas" autonomía, objetividad y derecho... al mismo tiempo, se sostiene que las diferencias de género entre los jueces, si es que las hubiere, no son consistentes ni estadísticamente demostrables." (Gastron, 2009, p. 82-113).

Sin embargo, para evitar las inconsistencias, y previo a la utilización de variables cualitativas que pretendan explicar las supuestas diferencias que tendría la "jurisprudencia femenina" por razones biológicas, culturales u otras, resulta recomendable, como escalón superador para la generación de información básica que nos provea de conocimiento sustentable, verificar y mensurar mediante variables cuantitativas la performance de las magistradas, y compararlo con el desempeño de la formación de tribunal que integraron, con la performance diacrónica y sincrónica de los jueces varones, y con la performance de magistradas y tribunales de diferentes sistemas judiciales. Este tipo de relevamiento es especialmente conducente cuando se discute sobre la cuestión de género en el proceso de designación de magistrados/as para un tribunal constitucional o corte suprema. Y ello así, dadas las características institucionales y los temas que, en particular, tratan ese tipo de agencias judiciales. Por lo que se requiere una generación de información y conocimiento más estrecho y específico en relación a la agencia que se está investigando. Pues hablar del sistema judicial, o de la justicia, o del poder judicial en general, resulta muy genérico, poco desagregado, y que

² Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, nº 77, página 39, 2003.

remite a un universo de cuestiones que presentan muchos matices y diferencias operativas que necesitan de explicaciones específicas. En el caso que nos ocupa, se trata de interpelar la performance de las magistradas en tribunales constitucionales o cortes supremas con facultades de control de constitucionalidad, para detectar algún patrón o sesgo en su producción, que requiera una hipótesis explicativa desde el género. Luego, la justificación o no, de una mejor representación femenina basada, no solo en criterios de legitimidad democrática sino, además, en el diferencial de la perspectiva de género.

La performance de las magistradas en el Tribunal Constitucional de España (TC)

Desde la creación del TC hasta Diciembre de 2011, período abordado en una investigación mayor que tomamos como referencia,³ han sido 4 las mujeres que lo integraron sobre un total de 50 jueces en ese período. Solo el 8% han sido mujeres, es evidente el serio déficit representativo por género en el TC. En los años posteriores al período relevado la cuestión no varió, por el contrario, porcentualmente el déficit se ha profundizado. Solo se ha incorporado una mujer en 2012, Encarnación Roca Trías, elegida magistrada del TC por el Congreso de los Diputados a propuesta del PSOE, por ello catalogada como progresista; magistrada proveniente de la Sala Primera – Civil – del Tribunal Supremo, primera mujer catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Barcelona, por ende con el doble perfil de jueza de carrera y académica. Nacida en Cataluña y graduada en la Universidad de Barcelona. Coincide en el TC con Asúa Batarrita, bilbaína, quien lo integra desde 2010. De algún modo ambas representan una deferencia institucional a las CCAA (comunidades autónomas) de Cataluña y del País Vasco, en orden a responder a la reivindicación de estas CCAA por tener mayor presencia en el TC.

Las 4 magistradas sobre las se han generado datos son: Gloria Begué Cantón, María Casas Baamonde, Elisa Pérez Vera y Adela Asúa Batarrita.

Todas ellas académicas y publicistas; progresistas, salvo Begué Cantón calificada de centro; y propuestas por el Senado, salvo Perez Vera propuesta por Diputados y luego Roca Trías.

³ Los datos estadísticos sobre el TCE son tomados de una investigación mayor cuyos datos son: Bercholz Jorge O., La performance del Tribunal Constitucional español a través del ejercicio del Control de Constitucionalidad de los actos normativos de los otros poderes políticos del Estado (1980-2011). Un estudio sobre las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el sistema político-institucional de España; proyecto de investigación UBACyT, acreditado por la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica, convocatoria 2010/2012 y 2013/2016, n° Proyecto 20020120100031, Resolución N° 6932/13, Director del proyecto Jorge O. Bercholz, “Un estudio comparado de la performance de los Tribunales Constitucionales de la Argentina, Alemania, Canadá, España y Brasil en el ejercicio del Control de Constitucionalidad”.

Con distintas especialidades jurídicas, ninguna de ellas dentro de las especialidades más repetidas en el TC. Begué Cantón experta en economía política, Casas Baamonde en derecho laboral y de la seguridad social, Pérez Vera en derecho internacional público y privado y Asúa Batarrita en derecho penal. Roca Trias, ya fue dicho, experta en derecho civil. Se agregan aquí las características ya enunciadas de Encarnación Roca Trías pero no se cuenta con datos de su producción por haber ingresado al TC en 2012.

Cuadro nº 1: Listado de Magistradas TC ordenadas cronológicamente. Características técnicas, órgano proponente y filiación ideológica

	Privatista	Especialidade	Órgano	Filiación
	Magistrado Académico	Publicista	Civilista	Jurídica proponente ideológica
Begué Cantón	X	X	Economía polít.	Centro
Casas Baamonde	X	X	Dcho. Trabajo	Senado Progresista
Pérez Vera	X	X	Dcho. Internacional	Diputados Progresista
Adela Asúa Batarrita	X	X	Dcho. Penal	Senado Progresista
Roca Trías	X	X	Dcho. Civil	Diputados Progresista

Fuente: base de datos propia elaborada con información extraída de la web-page del TC.

Cuadro nº 2: Análisis comparativo de la performance de las Magistradas respecto de la Formación de TC que cada una integró desagregado por el sentido de los votos

Comparativo de votos por la constitucionalidad de la norma cuestionada.

	Formación TC	Votos x Constituc.		Votos x Constituc. TC (1)	
	% cantidad	% cantidad			
Gloria Begué Cantón	1980-89	47	110	46	103
Ma. Emilia Casas Baamonde	1998-10	51	290	50	307
Elisa Pérez Vera	2001-10	58	281	57	312
Adela Asúa Batarrita	2011-	61	42	60	47

1) Esta columna indica la performance de la formación de TC que cada magistrada integró. De modo que se compara la performance de cada magistrada en relación a la producción de la formación de TC que le fue contemporánea.

Comparativo de votos por la inconstitucionalidad de la norma cuestionada.

	Formación TC	Votos x Inconstituc.		Votos x Inconstituc. TC	
	% cantidad	% cantidad			
Gloria Begué Cantón	1980-89	35	83	32	73
Ma. Emilia Casas Baamonde	1998-10	20	115	22	132
Elisa Pérez Vera	2001-10	19	94	23	125
Adela Asúa Batarrita	2011-	28	19	29	23

Comparativo de votos por la inadmisión por defecto formal.

	Formación TC		Votos x inadmisión		Votos x inadmisión TC	
	%	cantidad	%	cantidad	%	cantidad
Gloria Begué Cantón	1980-89	19	44	22	50	
Ma. Emilia Casas Baamonde	1998-10	29	168	28	170	
Elisa Pérez Vera	2001-10	23	110	21	114	
Adela Asúa Batarrita	2011-	12	8	10	8	

Cuadro nº 3: Análisis comparativo de la performance de las Magistradas respecto de la Formación de TC que cada una integró desagregado por votos en mayoría o disidencia

Comparativo de votos en mayoría

	Formación TC		Votos en mayoría		Votos en mayoría TC	
	%	cantidad	%	cantidad	%	cantidad
Begué Cantón	1980-89	98	191	85	235	
Casas Baamonde	1998-10	97	482	74	414	
Pérez Vera	2001-10	98	420	72	350	
Asúa Batarrita	2011-	100	58	92	58	

Comparativo de votos en minoría o disidencia

	Formación TC		Votos en disidencia		Votos en disidencia TC	
	%	cantidad	%	cantidad	%	cantidad
Begué Cantón	1980-89	1,5	3	15	40	
Casas Baamonde	1998-10	3,4	17	26	146	
Pérez Vera	2001-10	2,3	10	28	136	
Asúa Batarrita	2011-	0	0	8	5	

Fuente: base de datos propia elaborada con información extraída de la web-page del TC.

Una particularidad llamativa: ninguna de las magistradas es experta en las materias más comunes en la producción del TC, y especialidades jurídicas que detentan más magistrados, hablamos de derecho administrativo y derecho constitucional. Son las áreas jurídicas donde el TC ocupa mayor cantidad de tiempo y producción. Careciendo de ese expertise, ¿acaso las magistradas son de algún modo marginadas en debates y decisiones sobre los temas que más esfuerzo le requieren al TC? En esta línea especulativa, ¿influyó ello en la escasa capacidad de liderazgo demostrada por la primera y única mujer que presidió el TC, Casas Baamonde? Este tópico es desarrollado en detalle en el siguiente apartado, al tratar el rol de las mujeres presidentes del TC.

Casas Baamonde es la magistrada que más sentencias ha suscripto, 499, y la que más votos (los votos implican que pueden existir decisiones distintas en una misma sentencia) ha emitido, 573, en toda la historia del TC, incluyendo a los varones. También Pérez Vera ha tenido una gran producción en el TC con 430 y 485 votos, ha sido quinta en productividad en toda la historia del TC, incluyendo a todos los magistrados.

Las 4 magistradas de las que se han relevado datos sobre su producci3n han tenido un alt3simo porcentaje de votos en mayor3a, entre el 97% y el 100%. Inversamente proporcional fueron las escasas disidencias. Casas Baamonde con 3,4% del total, es la que m3s votos en disidencia emiti3, fueron 17. Con la llamativa particularidad, que se comentar3 m3s en extenso en el apartado siguiente, de que 10 de ellos fueron emitidos cuando era presidente del TC (cuadro n3 5). Las cuatro han tenido un comportamiento dentro de los par3metros mayoritarios de las formaciones que integraron, ninguna se acerca a guarismos de disidencias ni siquiera en el promedio del TC en los per3odos correspondientes (cuadro n3 3).

La magistrada que emiti3 m3s votos por la constitucionalidad de las normas cuestionada, fue As3a Batarrita, el 61%, y la que menos votos presenta por la inadmis3n, el 12%. La m3s “inconstitucionalista” fue Begu3 Cant3n con el 35% de sus votos por la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas. Casas Baamonde es la magistrada que emiti3 m3s votos por la inadmis3n, el 29% (cuadro n3 2). Sin embargo las particularidades descritas, no tienen relaci3n con la cuesti3n de g3nero sino con particularidades propias de las formaciones de TC que las magistradas integraron. Por ello, sus performances individuales, presentan porcentuales semejantes a los de las formaciones de TC que integraron, no observ3ndose ninguna particularidad relevante (cuadro n3 2). Solo merece menci3n el sesgo m3s “inconstitucionalista” de Begu3 Cant3n en comparaci3n con la formaci3n que integr3. Si bien la diferencia no es muy significativa (35% de Begu3, 32 % de inconstitucionalidades para el TC), se da dentro del per3odo m3s “inconstitucionalista” del TC, sus formaciones durante los a3os 1980 a 1989 (cuadro n3 2).

El caso espa3ol no ofrece, por ahora, verificaci3n emp3rica suficiente que permita sustentar que la cuesti3n de g3nero podr3a influir en una producci3n diferente del TC dada el d3ficit de representaci3n femenina en la instituci3n. En cambio s3 es evidente el otro problema relacionado al g3nero, el d3ficit por razones de representaci3n democr3tica fiel de la composici3n por g3neros en la sociedad espa3ola.

Pero existe doctrina, en especial en EEUU y Canad3, que relaciona ambos aspectos. La mayor presencia de mujeres juezas es la que genera la diferencia en la performance de los tribunales. El creciente n3mero de voces femeninas en el mundo jur3dico cambiar3a la sensibilidad y la escala de valores, afectando la cultura legal dentro de alg3n tiempo (Menkel-Meadow, 2002).

Datos comparados con otros tribunales

En 1982, El primer ministro canadiense Pierre Trudeau nomin3 a la primera mujer magistrada en la Corte Suprema de Canad3, la renombrada Bertha Wilson.

La designaci3n de Wilson en 1982 por Trudeau no fue casual, ya que coincidi3 con la culminaci3n del proceso denominado “*patriation*”, la recuperaci3n por Canad3 de la plena facultad y potestad soberna para dictar su propia legislaci3n,

sin la necesidad de que sea refrendada por el Parlamento británico, y con la famosa *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, declaración que consagra la garantía de los derechos y las libertades fundamentales e incorporadas a la constitución, que en la práctica refundó las funciones y el rol institucional de la Corte Suprema canadiense. Es decir, una época de apertura liberal del sistema judicial canadiense.

Bertha Wilson cimentó una performance en la Corte muy reconocida, en especial por algunos votos paradigmáticos y muy relacionados con cuestiones de género, por ejemplo, el caso *Morgentaler* de 1988, decisión que descriminalizó el aborto, y *Lavallée* de 1990, que permitía la defensa propia de una mujer abusada por su padre y que era acusada como criminal.

Además dictó una famosa y polémica conferencia sobre el rol y la influencia de la mujer en las profesiones legales y en el sistema judicial y sus instituciones titulada “*Will Women Judges Really Make a Difference?*”. La conferencia fue dictada en Febrero de 1990 en la Osgoode Hall Law School. La polémica la desató la posición desafiante, realista y sociológica de Wilson ante algunos conceptos tradicionales sobre la función de los jueces, como la imparcialidad y la neutralidad. Wilson sostenía que si se entendían a esas dos capacidades como naturalmente existentes en el derecho, concebido especialmente por hombres, entonces la presencia femenina en la corte y en el sistema judicial en general era irrelevante en términos técnicos, los hombres lo habían hecho solos, para qué designar mujeres. Pero si se entendía que la imparcialidad y la neutralidad puras no existen, sino que existen diferentes perspectivas y sensibilidades, entonces las mujeres sí podían hacer una diferencia en la producción de los tribunales de justicia. En su discurso citó muchos antecedentes de investigación académica que daban cuenta de la cuestión de género y de las diferentes perspectivas posibles, en especial trabajos de la doctrina en EEUU y Canadá (Wilson 1990).

Entre ellos citaba a la profesora de la Universidad de Minnesota Suzanna Sherry, quien sugirió que la mera ampliación de designaciones de mujeres en el cargo de juezas serviría eficazmente al proceso educativo de equiparación de trato de género, tanto hacía dentro del personal del sistema judicial, como en las sentencias que el sistema produciría (Sherry 1986).

Han sido 9, hasta la actualidad, las juezas mujeres designadas en la Suprema Corte de Canadá, Wilson incluida.

La actual presidente del tribunal, Beverly McLachlin, primera mujer en ocupar ese cargo en Canadá, fue designada como tal el 7 de Enero de 2000. Había ingresado a la corte como jueza el 30 de marzo de 1989. Es la *Great Dissenter* de la corte canadiense. En materia de control de constitucionalidad ha votado 37 veces en disidencia, seguida por otra mujer, Claire L'Heureux-Dubé, con 28 votos disidentes.⁴ Estos datos, si bien provisionales y que requieren aún

⁴ Datos extraídos de base de datos propia, generada en el marco del proyecto de investigación UBACyT, acreditado por la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica, convocatoria 2010/2012 y 2013/2016, n° Proyecto 20020120100031, Resolución N° 6932/13, Director del proyecto Jorge O. Bercholc, “Un estudio comparado de la performance

mayor elaboración, estarían indicando que el rol y desempeño de las magistradas en la Corte Suprema de Canadá tendría características distintivas del de los hombres y que aportan una perspectiva diferente en algunos temas que trata el Tribunal. Además del liderazgo en disidencias, muy sintomático de una producción por género muy diferenciada, pues son dos las mujeres que lideran el ranking de votos en disidencia, sobre un total de 9 (el 27% de mujeres en el período 1982- 2014), ante un total de 24 jueces hombres (73%) en el tribunal durante el mismo período.

Este es un panorama diferente en relación al rol desempeñado, hasta ahora, por las magistradas en el TC español.

En la Argentina, hasta las designaciones de Carmen Argibay en 2005 (fallecida en 2014) y Elena Highton en 2004, la Corte Suprema había sido integrada sólo por una mujer en toda su historia. Margarita Argúas fue designada el 7 de octubre de 1970 por el entonces presidente de facto General Levingston, y se mantuvo en su cargo hasta el 24 de mayo de 1973, cuando asume el poder Cámpora como presidente constitucional electo.

Argúas fue la primera mujer que accedió a cargo semejante en toda América, precediendo en más de diez años a la primera mujer nombrada en la Corte Suprema de Estados Unidos, Sandra O'Connor, designada por Reagan en 1981 y a la ya mencionada Wilson en Canadá.

En Turquía en 1934 accedió a tal cargo la primera mujer en el mundo, luego ocurrió en Alemania Oriental en 1949 y en Alemania Occidental en 1951. En Israel en 1989 dos mujeres integraban el Tribunal.⁵

Los datos sobre la producción de Argúas en la Corte argentina, si bien presentan peculiaridades de acuerdo a parámetros comparados con los demás ministros de la Corte, y en particular con los que le fueron contemporáneos, requieren una corroboración profundizada cualitativamente. Además se trata de un sólo caso y que permaneció en la Corte durante un tiempo no prolongado.

En nuestro país, dada la escasa experiencia de mujeres en la Corte y los datos sobre la performance de Argúas, no se puede verificar terminantemente lo sostenido por Highton, aunque datos provisionales aún no debidamente elaborados, darían cuenta de una actividad en disidencia, por parte de las magistradas Argibay y Highton, más intenso que el de los jueces varones, tal cual se observa en el caso canadiense. De confirmarse esa tendencia, debería explicarse el comportamiento más disidente de las mujeres en comparación con el de los varones.

de los Tribunales Constitucionales de la Argentina, Alemania, Canadá, España y Brasil en el ejercicio del Control de Constitucionalidad”.

⁵ Datos extraídos de Beverly Cook, *Women on Supreme courts. A Cross-national Analysis*, trabajo presentado en el XIII Congreso de la International Political Science Association y de Martín Edelman, *The judicial elite of Israel*, *International Political Science Review*, Vol.13 nº 3.

Cuadro n° 4: Análisis comparativo de la performance de Margarita Argúas.

Porcentaje de votos por la constitucionalidad de la norma cuestionada. 1)

	% Votos Favor Const.	Cantidad de votos
Argúas	34	21
Promedio Corte	45	

(1) La categoría “Promedio Corte” significa el promedio resultante de calcular lo producido por los otros cuatro ministros que integraron la Corte contemporáneamente a Argúas.

Porcentaje de votos por la inconstitucionalidad de la norma cuestionada.

	% Votos Inconstituc.	Cantidad de votos
Argúas	46	28
Promedio Corte	33	

Porcentaje de votos por las inadmisión.

	% votos Inadmisión	Cantidad de votos
Argúas	13	8
Promedio Corte	22	

Porcentaje de decisiones en que integro la mayoría

	% votos mayoría	cantidad de votos
Argúas	92	56
Promedio Corte	95	

Porcentaje de decisiones en disidencia

	% votos en disidencia	cantidad de votos
Argúas	8	5
Promedio Corte	8	

Porcentaje de abstenciones de mayor a menor

	Fallos CSJN durante estadía 2)	votos emitidos 3)	% abstenciones 4)
Argúas	80	61	24
Promedio Corte	22		

1) Porcentaje de abstenciones con relación a todos los fallos emitidos por la CSJN durante la estadía

2) Total de sentencias emitidas por la Corte que integro.

3) Votos emitidos por Argúas durante su estadía en la Corte que integró.

4) Porcentaje de abstenciones.

Fuente de los cuadros estadísticos: Base de datos propia y “La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1998)”, Jorge Bercholc, Ediar, 2004, Buenos Aires, páginas 235 a 251.

Los datos vertidos nos indican que la performance de Argúas presenta algunos rasgos distintivos respecto a la de los jueces varones que le fueron contemporáneos. Muestra un porcentaje mayor de declaraciones de inconstitucionalidad y menor de rechazos técnicos o inadmisiones, lo que significaría un nivel de independencia mayor que el de sus pares varones. De cualquier modo tal hipótesis requiere de una corroboración más extendida y con mayor cantidad de performance de magistradas relevadas.

Performance de las mujeres presidentes de Tribunales Constitucionales en la obtención de sentencias unánimes

En la obtención de votos unánimes resulta fundamental la decisión política, el liderazgo y la capacidad negociadora del presidente del Tribunal. En casos de gran trascendencia institucional, jurídica y social, siempre resulta un objetivo deseable para el ejecutivo y para el presidente de un tribunal constitucional, la emisión de sentencias unánimes o con disidencias acotadas. Ello así, por evidentes y obvias razones de gobernabilidad y legitimación política de decisiones sensibles en materia de políticas públicas, y en pos de un funcionamiento armónico de la administración estatal.

La falta de liderazgo que conlleve a esa armonía le quita espíritu de cuerpo al tribunal colegiado y puede permitir o alentar, depende de las circunstancias, un comportamiento más fragmentado de sus magistrados, entendiéndose por tal cosa, un menor nivel de coincidencias, traducido en menor cantidad de fallos unánimes, y en una mayor cantidad de disidencias y de votos que, desde la mayoría, se distinguen individualmente (“según o por su voto”), y son emitidos por juristas más preocupados por dejar su sello o marca personal en cada resolución trascendente del Tribunal, respetando su imagen, trayectoria y producción académica, pero desoyendo los aspectos y consecuencias que la visión positiva de las unanimidades ofrece y, lesionando, en determinadas circunstancias, la gobernabilidad.

Es muy interesante el caso comparado de la Suprema Corte canadiense. Ya se ha mencionado que la actual presidente del tribunal, Beverly McLachlin, primera mujer en ocupar ese cargo en Canadá, fue designada como tal el 7 de Enero de 2000, y que había ingresado a la corte como jueza el 30 de marzo de 1989. Es la *Great Dissenter* de la Corte canadiense con 37 votos en disidencia en materia de control de constitucionalidad, seguida por Claire L’Heureux-Dubé, con 28 votos disidentes. Lo notable es que McLachlin solo voto 6 veces en disidencia desde que fue designada presidente. Sus 31 votos restantes fueron emitidos antes de su designación como tal. Es una producción que se asemeja, salvo una excepción, a la de los presidentes del TC.⁶

⁶ Datos extraídos de base de datos propia, generada en el marco del proyecto de investigación UBACyT, acreditado por la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica, convocatoria 2010/2012 y 2013/2016, n° Proyecto 20020120100031, Resolución N° 6932/13, Director del proyecto Jorge O. Bercholz, “Un estudio comparado de la

Los presidentes del Tribunal Constitucional español han asumido ese papel de liderazgo y procuran, también por motivación para dejar su sello personal, o por la ya referida necesidad política, las unanimidades. Por ello no registran votos en disidencia durante sus presidencias (García Pelayo, Rodríguez Piñero, Sala Sanchez), o disminuyen notoriamente esos votos si se compara su performance como magistrados, con la que les cupo como presidentes (Tomás y Valiente, Rodríguez Bereijo, Cruz Villalón, Jiménez de Parga). Salvo el llamativo caso ya mencionado de Casas Baamonde, única magistrada que accedió a la presidencia, que tiene la mayoría de sus votos en disidencia durante el período de su presidencia, incluso, en algunos de ellos, votando en soledad.⁷ Ello, sin duda, es un reflejo de una compleja etapa en la vida del TC, signada por visibles alineamientos político-partidarios de los magistrados y por una notable crisis de liderazgo de la presidente. Aunque sobre esta cuestión ya hemos expuesto, en el apartado anterior, salvedades, reparos y complejidades que deben tenerse en consideración para el análisis del rol que le cupo a Casas Baamonde durante su presidencia.

Además, se ha dicho que: “...Desafortunado es, el sistema del Tribunal constitucional (y del Tribunal de Cuentas) de estar compuesto por un número par de personas, con lo que, en caso de empate, quien decide, con voto de calidad, es el presidente, como si se tratara de un órgano administrativo.” (Valiño, 2015). Esto implica que el puesto del presidente es absolutamente relevante para intentar controlar el proceso de toma de decisiones siendo oposición o minoría política.

Durante la presidencia de Casas Baamonde (formación del TC entre los años 2004-2010) ese escenario fue especialmente complejo, y la captura del voto de calidad del presidente generó una lucha sin cuartel, entre el PSOE y el PP, por controlar al TC, en las épocas de sentencias paradigmáticas que sobrevivieron ante recursos y cuestiones de inconstitucionalidad planteados contra leyes muy relevantes y polémicas, por caso, las ya referidas sobre los estatutos catalán y valenciano, la ley contra la violencia de género, la de matrimonios entre homosexuales y la ley sobre aborto.

El cuadro que sigue muestra las disidencias totales de los presidentes del TC, desagregadas durante sus presidencias. Se observa notablemente, salvo la excepción referida de Casas Baamonde, que los presidentes han asumido claramente ese rol de liderazgo en busca de las sentencias unánimes.

performance de los Tribunales Constitucionales de la Argentina, Alemania, Canadá, España y Brasil en el ejercicio del Control de Constitucionalidad”.

⁷ Sus votos disidentes en soledad, siendo presidente, fueron en: sentencia 194/2004 de 4/11/04 sobre temas ambientales y administrativos; sentencia 341/05 del 21/12/05 sobre Ley de la Asamblea de Madrid 1/1998; sentencia 112/06 de 5/4/06 Ley 21/1997 reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos. Ver en Web-page del Tribunal Constitucional español.

Cuadro nº 5: Disidencias de los presidentes del TC

Magistrado	Total disidencias	Permanencia en el TC	disidencias durante su presidencia	Período Presidencia
García Pelayo	--	1980/85	--	1980/85 *
Tomás y Valiente	7	1980/92	1	1986/92
Rodríguez-Piñero	4	1986/95	--	1992/95
Rodríguez Bereijo	2	1989/98	1	1995/98
Cruz Villalón	9	1992-01	2	1998-01
Jiménez de Parga	18	1995/04	3	2001/04
Casas Baamonde	17	1998/11	10	2004/10
Sala Sanchez	7	2004/13	--	2011/13

* Toda su estancia en el TC fue como presidente, desde el inicio del funcionamiento de la institución. Fuente: base de datos propia

A modo de conclusión

Es evidente, en el TC español, el déficit femenino por razones de representación democrática fiel de la composición por géneros en la sociedad española. Sólo 5 magistradas mujeres han sido designadas en el TC. Pero, el caso español, no ofrece verificación empírica suficiente que permita sustentar que la cuestión de género haya influido o podría influir en una producción diferente del TC, dado ese déficit de representación femenina en la institución.

Todas las mujeres magistradas han sido y son académicas y publicistas, ninguna conservadora. A su vez, ninguna de las 5 magistradas fue o es experta en las materias más comunes en la producción del TC, derecho administrativo y constitucional.

El caso argentino presenta también un serio déficit representativo, aún mayor que en España. Sólo tres mujeres juezas han integrado la Corte Suprema en la Argentina en 155 años de existencia del Tribunal. Por ello también, hay escasa evidencia empírica sobre rasgos diferenciales en la producción de las mujeres en relación al tribunal.

En cambio, la corte canadiense, ofrece evidencias muy sugerentes. En primer término, si bien existe déficit femenino en el tribunal, es menor que en España y Argentina, ya que entre 1982 y 2014, el 27% de los jueces de la Corte Suprema de Canadá han sido mujeres, se trata de nueve mujeres juezas. Luego, su producción tiene matices bien diferenciados, desde que dos de ellas encabezan el ranking de disidencias. Las hipótesis de *Menkel-Meadow* y de *Sherry* parecen corroborarse, la mayor cantidad de mujeres en los tribunales permitirá florecer las características diferenciales de la producción por género. Al mismo tiempo, pareciera que la cuestión de género, en esas condiciones, no afecta la concepción del liderazgo.

Bibliografía

- COOK BEVERLY, (1988) **Women on Supreme courts**. A Cross-national Analysis, trabajo presentado en el XIII Congreso de la International Political Science Association.
- EDELMAN MARTÍN, (1992) **The judicial elite of Israel**, International Political Science Review, Vol.13 n° 3, pp 235-248.
- GASTRON, ANDREA L., (2009), **Género y argumentos de Género en el Poder Judicial: Lo que muestran las sentencias judiciales en la Argentina**, Revista Científica de UCES, vol. XIII, N° 2, Buenos Aires, pp. 82-113.
- MENKEL-MEADOW, CARRIE, (2002) **Portia in a Different Voice: Speculations on a Women's Lawyering Process**, Ngaire Naffine (ed.), Gender and Justice, Washington.
- Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal**, (2003), n° 77.
- SHERRY SUZANNA, (1986), **The Gender of Judges**, Law & Inequality, University of Minnesota.
- VALIÑO DEL RÍO EMILIO, (2015), **Jueces constitucionales, ¿de reconocida competencia?**, Universitat de Valencia. http://www.uv.es/ajv/art_jcos/artjuridicos/art15/jueces%20constitucionales.htm. Consultado el 31/7/15
- WILSON BERTHA, (1990) **Will Women Judges Really Make a Difference?**, Osgoode Hall Law Journal Volume 28, Number 3, Canada, pp 507-522.
<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol28/iss3/1>

Cidade e Políticas Públicas. A questão da Saúde Pública

O Rio de Janeiro Contemporâneo como Discussão Pontual

Vanderlei Martins¹

Resumo

O artigo discute a cidade contemporânea e, no caso específico, o Rio de Janeiro como foco central. O eixo temático aqui privilegiado entende a cidade como centro de convivência sócio-institucional que aglutina interesses políticos, econômicos e culturais específicos, mas nem sempre tratados com o devido equilíbrio, principalmente equilíbrio político. Nesse sentido, a coisa pública, síntese dessa convivência institucionalizada no espaço urbano da cidade, é tratada pelas autoridades responsáveis de uma forma que não atende devidamente aos interesses da população em sua totalidade, no caso específica e principalmente, as camadas sociais mais desfavorecidas. Objetivamente, o trabalho se volta para analisar a questão da saúde pública no Rio de Janeiro, tentando demonstrar que o colapso no setor é decorrência direta da ausência de uma política pública eficiente associada ao descaso e ao descompromisso social e cultural com as camadas pobres da população urbana.

Palavras-chave: Cidade; políticas públicas; sociedade; saúde pública; cultura; Rio de Janeiro; ética.

Abstract

The article discusses the contemporary city and, in the specific case, the Rio de Janeiro as the central focus. The main theme here privileged understands the city as socio-institutional community center that brings together political, economic and cultural interests specific, but not always treated with the right balance, especially political balance. In this sense, public affairs, synthesis of this institutionalized living in urban areas of the city, is treated by the authorities in a way that does not meet adequately the interests of the population as a whole, in the specific case, and especially the most disadvantaged social strata. Objectively, the work turns to consider the issue of public health in Rio de Janeiro, trying to show that the collapse in the sector is a direct result of the absence of an efficient public policy associated with the neglect and social and cultural lack of commitment to the poor layers of the population urban.

Keywords: City; Public Policy; Society; Public Health; Culture; Rio de Janeiro; Ethics.

¹ Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD-UERJ), em Regime de Dedicção Exclusiva. Atua na área de Ciências Sociais Aplicadas. E-mail: martins1951@yahoo.com.br

A questão da Saúde Pública na Cidade do Rio de Janeiro Contemporâneo

Basta a chegada do verão no Rio de Janeiro para que o grave problema da saúde pública na cidade fique devidamente exposto e denuncie essa grave anomalia que tornou-se normalidade na convivência sócio-institucional urbana rotineira, ou seja, o descaso com a saúde pública por parte das autoridades responsáveis pela saúde da cidade. Mais uma vez, como ocorre em todos os verões, o chamado “mosquito da dengue” nos desafia ao deixar devidamente claro nosso desprezo por uma política de saúde preventiva, fundamental em qualquer espaço urbano de grande concentração populacional. No Rio de Janeiro, ao invés disso, as medidas tomadas para se conter o surto que a todo ano se anuncia, desencadeia-se através do poder público, mutirões, campanhas publicitárias de teor educativo para conscientização da população por meio da mídia oficial. Dinheiro (público) que poderia ser usado ao longo do ano em programas preventivos contra tal anomalia. Hoje, como novo desafio e descrença em nossa capacidade de controle da saúde pública, o ‘mosquito da dengue’ nos oferece a Zika, nova forma de contaminação derivada do mesmo mosquito. Fato que dá mais amplitude à incompetência e descaso das autoridades que se apresentam como públicas.

Segundo o advogado Paulo Marcos Senra Souza (2016), presidente da Associação Para a Saúde Populacional, pouco se investe em prevenção, cuidamos mais da doença do que da saúde. Para ele, o surto da hora dá mais uma oportunidade para que se enfrente de frente e seriamente a questão, aglutinando sobre o mesmo problema diversos atores sociais diretamente ligados à mesma questão de saúde pública. Governo, hospitais, operadoras de planos de saúde, médicos e claro, a população urbana de uma maneira geral. É falso considerar que apenas com médicos e hospitais o problema será resolvido, pois exige uma mobilização de maior alcance e abrangência, diferente das medidas que são postas em prática de forma corriqueira e convencional, como, por exemplo, no caso do surto da Zika que ora penaliza a cidade.

“A doença é transmitida por um mosquito conhecido, cuja forma de prevenção é conhecida, depois de anos de combate à dengue e fumacê. Trata-se de conter a proliferação do mosquito, evitando-se depósito de água parada, como fez com sucesso Oswaldo Cruz no século passado, acabar com a febre amarela. É tarefa de todos e de cada um de nós. O governo precisa difundir tais informações. E acionar os agentes sanitários, se necessário com logística e suporte de segurança pública. Médicos e hospitais devem orientar os pacientes. As empresas podem informar seus funcionários. E cada caso deve ser notificado, para se formar um banco de dados sobre a doença. No caso da zika, há uma população especialmente vulnerável, a de mulheres grávidas,

que correm o risco de gerar crianças com microcefalia. O cuidado é maior, e todos os agentes devem se mobilizar para garantir que as mulheres com manchas vermelhas no corpo em algum momento da gravidez sejam encaminhadas a atendimento especializado para o devido tratamento. Como se vê, nem o governo sozinho, nem os hospitais e planos de saúde conseguirão enfrentar o problema por sua conta. Como de resto está demonstrado que não serão capazes de enfrentar problemas crônicos como obesidade, pressão alta, aids, cancer ou diabetes, entre tantos outros, agindo de forma descoordenada” (SOUZA, 2016:13)

Vale dizer, ainda segundo Senra Souza, que Estados Unidos e Inglaterra, exemplos de países que se deparam com problemas de saúde pública, Reunidos na ASAP, Aliança Para a Saúde Populacional, criada em 2012 com intuito de implantar uma ação conjunta através de uma medicina mais moderna e universal, onde a integração de todos aqueles agentes de saúde é o ponto de partida principal. A ideia da Aliança é identificar a origem do problema, estabelecer ações objetivas e diretas por intermédio de uma medicina basicamente preventiva e social. O custo de projetos dessa natureza é, certamente, menos oneroso para os cofres públicos do que o montante que se gasta com a cura das doenças instauradas. O que os grandes centros populacionais urbanos pós-modernos necessitam, inclusive a cidade do Rio de Janeiro, são de programas de saúde pública efetivos e de natureza sócio-preventivas e não de ações emergenciais voltadas para prestar atendimento precário para uma realidade onde as doenças são inesgotáveis.

Fazendo um breve histórico sobre o assunto, no caso do Rio de Janeiro, a opção feita pelo estado foi adotar um modelo de terceirização da saúde pública com a regulamentação em 1998 das Organizações Sociais, que passaram a ser as principais responsáveis pela gestão da saúde pública do estado. O primeiro grande erro de avaliação cometido pelo governo pode ter sido justamente esse, apostar nas OSs como solução final para administração da saúde pública, considerando-as, a partir de então, como regra definitiva. A partir dessa concepção, a maior parte da rede pública foi entregue à essas entidades.

Segundo o advogado sanitário, Felipe asensi, professor do Instituto de Medicina Social da UERJ, ‘o problema não é o modelo, é o uso do modelo. Por mais que o STF tenha consagrado a constitucionalidade das OSs em 2015, isso não invalida o fato de que, pela Constituição de 1988, a terceirização da saúde precisa ter caráter complementar’. A partir disso, para ele, terceirizar a saúde é inconstitucional. Da mesma forma pensa Solange Gonçalves Belchior, representante da Associação Brasileira de Enfermagem no Conselho Estadual de Saúde, ‘Nossa avaliação é que após a mudança no modelo de gestão, não houve melhoria da assistência ao usuário, a gestão ficou mais cara e a fiscalização mais frágil’.

A presença das Organizações Sociais na saúde pública do estado vem desde 1998, quando a Lei 9.637 definiu as OSs como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. O texto original da lei era exatamente esse. Na esfera municipal, a implementação das OSs ocorre desde 2009, mas no âmbito estadual as modificações começaram a ocorrer a partir de 2012. Quando as OSs passam a adotar um modelo de natureza empresarial e, paulatinamente, deixam de cumprir a missão à elas destinada, ou seja, que não faltariam quadros nas unidades de saúde, que não faltariam médicos e equipamentos e que não haveria corrupção. No entendimento de Felipe Asensi

“As OSs funcionam, em última instância, como empresas. A questão do lucro é ‘sutileza jurídica’, afirma. O advogado refere-se ao fato de que juridicamente as OSs não podem ter fins lucrativos. Mas isso não significa que elas não tenham receita maior que despesa, e sim que a receita tem que ser revertida para a própria OS. Distribuição de lucro não pode, mas há mecanismos para existirem pagamentos mais pomposos para o corpo diretivo, por exemplo” (FRAGA, 2016: 6)

O que se discute em relação à isso, é a falta de transparência na gestão financeira das OSs, uma vez que, não se sabe como a Secretaria de Saúde atua internamente no monitoramento das agências, já que, externamente, a responsabilidade é do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado. O fato é que, a prática mostra desvio de conduta àquilo que se propõe juridicamente as organizações em relação à oferta de serviços de saúde para a população do estado, onde artifícios são empregados para contornar o que legalmente está estabelecido como responsabilidade médico-social das OSs.

Fato também relevante é que o Conselho Estadual de Saúde representa a sociedade na discussão, proposição, deliberação, acompanhamento e fiscalização da política de saúde. Apesar dessas atribuições, o Conselho fica à margem, não sendo envolvido nas decisões e práticas adotadas pelas OSs. Segundo Solange Belchior, membro do conselho, a Secretaria de Saúde dificulta o máximo o envio de dados financeiros sobre tudo aquilo que envolve as Organizações.

Já a Secretaria de Saúde se defende argumentando que há rigor na fiscalização interna que é feita por Comissões Técnicas de Avaliação (CTA) e das coordenadorias regionais de urgência e de atenção primária. Segundo a secretaria, as CTAs são compostas por 130 servidores públicos que fiscalizam mensalmente todas as contas, notas fiscais, gastos e indicadores sociais assistenciais das organizações contratadas. Ainda segundo a SMS, as coordenadorias regionais fiscalizam os itens assistencialistas e quanto à disponibilidade desses relatórios, a secretaria informou, laconicamente, que ‘está trabalhando nessa questão’. Como se vê há enormes lacunas que precisam

ser devidamente revistas, ajustadas, preenchidas, afinal de contas, quando se fala que as OSs buscam, através de suas gestões, atingir metas qualitativas, é preciso que essas idealizações atinjam todas as unidades da rede, seja, por exemplo, para o Instituto do Cérebro, seja para um hospital da baixada fluminense.

Todavia, é pertinente que seja dito nesse momento de colapso institucional, que a crise na saúde pública no Rio de Janeiro é fato recorrente, espécie de moléstia crônica, usando linguajar médico usual. Em todos esses momentos, o ponto em comum está na falta de recursos financeiros para o setor. Pablo Vasquez, presidente do Cremerj, diz que na crise atual, houve um diferencial mais grave, a possibilidade de fechamento de TODOS os hospitais e emergências do estado, fato que só não ocorreu por conta de ajuda federal.

Para ilustrar a crise na saúde do Rio de Janeiro como fato recorrente, pode-se tomar como exemplos os anos de 1999/2003/2005/2006/2008 e 2012. Segundo Saulo Pereira Guimarães em matéria para o boletim digital VOZARIO de 07/01/2016, intitulado 'Saúde na UTI: Uma Doença Crônica do Rio', apresenta alguns episódios pontuais considerados por ele como casos agudos na saúde do estado, relatados a seguir.

1999: Caos no Getúlio Vargas

Ao tomar posse em janeiro de 1999, o governador Anthony Garotinho cancelou contratos de terceirização de sete hospitais estaduais que haviam sido firmados seis meses antes pelo seu antecessor Marcelo Alencar. Como reflexo imediato, dois meses depois, a falta de profissionais fez com que o Hospital Getúlio Vargas entrasse em colapso. Os médicos deixaram de atender após ficarem três meses sem receber salários por conta da mudança no tipo de gestão. Médicos da Polícia Militar substituíram os grevistas. Um acordo foi firmado entre o estado e o município passando o segundo a administrar os hospitais Rocha Maia, Carlos Chagas e Getúlio Vargas.

2003: Manobras Fiscais com o Fundo Estadual de Saúde

Na edição de 30/08/2003 o Jornal do Brasil noticia que o remédio Interferon e outros medicamentos de uso contínuo estão em falta nas farmácias do estado. No mesmo dia, O Globo publica que dois tomógrafos, de última geração, estão parados no Instituto Estadual de Cardiologia no Humaitá e no refeitório do Hospital Getúlio Vargas. A governadora Rosinha Garotinho alegou não ter recursos para instalá-los. Contra essa alegação, o Ministério Público acionou a governante por usar recursos do Fundo Estadual de Saúde nos programas sociais Restaurante Popular e Cheque Cidadão. Rosinha encaminhou, então, à Alerj projeto de lei que tornava legal a manobra fiscal. O projeto foi aprovado em primeira votação, mas foi vetada através de uma liminar expedida pela juíza Georgia de Vasconcelos.

2005: Intervenção Federal nos Hospitais

Seguindo na matéria de Saulo Pereira Guimarães, o fechamento da emergência dos hospitais Cardoso Fontes e do Andaraí, foi o estopim da crise da saúde de 2005. A falta de repasses por parte do governo federal foi pelo descumprimento, por parte da prefeitura, de metas estabelecidas por um acordo firmado em 1999. A persistência no impasse no início de 2005, deu origem à uma decisão radical por parte do governo federal, qual seja a decisão de intervir nos hospitais federais do Andaraí, Cardoso Fontes de Ipanema e Hospital da Lagoa e nos hospitais municipais Miguel Couto e Souza Aguiar. Para tentar amenizar a crise, foram montados hospitais de campanha da Aeronáutica e Marinha na Barra da Tijuca e outro no Campo de Santana. Mediante intervenção do STF, a prefeitura deixou de administrar os hospitais federais e em contrapartida prometeu ampliar o Programa Saúde da Família no Rio de Janeiro.

2006: Saúde no Improvise

Ainda segundo a matéria, a intervenção federal de 2005 não foi capaz de resolver a crise da saúde na cidade. A falta de materiais básicos e equipamentos em vários hospitais passou a ser rotina. Tal precariedade fazia com que os médicos improvisassem, na hora de prestar atendimento aos pacientes. Para ilustrar melhor tal penúria, fazer uma citação direta é mais interessante para entendimento de tal realidade,

“No Salgado Filho e no Rocha Faria, tomografias computadorizadas são substituídas por desenhos de papel e caneta em função da ausência de filmes para impressão. Fios de cobre comum são usados para intubação de pacientes no Lourenço Jorge, já que o material indicado para esse tipo de procedimento não estava disponível. Um aparelho remendado com esparadrapo foi encontrado no Cardoso Fontes. Internações em cadeiras e corredores e até colares cervicais feitos de papelão foram alguns dos achados inacreditáveis da comissão (de vereadores) que percorreu quatorze hospitais durante três meses” (GUIMARÃES, 2016: 7)

2008: Todos contra a dengue

Seguindo a cronologia estabelecida pelo autor, os hospitais da capital não estavam preparados para a maior epidemia de dengue da história do Rio de Janeiro, registrada em 2008, só em janeiro foram cerca de 3 mil pessoas contaminadas pelo vírus. Tal quadro obrigou um trabalho de contenção para enfrentamento da doença entre os governos federal, estadual e municipal e, outra vez hospitais de campanha das três armas foram instalados em vários bairros da cidade, além de tendas de hidratação montadas em vários pontos da região metropolitana a mando do governador Sergio Cabral. A situação se normalizou em maio, quatro meses após o surto inicial. Vale dizer que em todos os episódios relatados até

aqui, o uso de contêineres passou a ser medida adotada com regularidade para funcionarem como emergência nos hospitais do Rio de Janeiro, como no episódio seguinte.

2012: Contêineres em Bonsucesso

Como solução alternativa para não interromper o setor de emergência do Hospital Geral de Bonsucesso, três contêineres foram instalados na unidade por conta de uma obra no hospital com previsão para durar nove meses. Tendo em vista a suspeição de irregularidades, o Ministério da Saúde determinou suspensão das obras em março, tornando, assim, a alternativa que seria provisória em solução definitiva. O fato é que, no mês de junho, 74 pessoas disputavam 30 leitos disponíveis nos contêineres. Tal quadro de penúria fez com que o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro visitasse o hospital em outubro onde constatou aquilo que já era notório, a unidade estava com superlotação. Em novembro, o impasse foi resolvido com a promessa do Ministério da Saúde feita junto ao Cremerj de que respeitaria o limite de internações, providenciaria a contratação de novos funcionários, além de se comprometer que, com a devida urgência, uma nova empresa seria contratada para concluir as obras iniciadas no começo do ano. Ao longo de 2012, portanto, o Hospital Geral de Bonsucesso teve o seu setor de emergência atendendo em três contêineres instalados no pátio da unidade.

“...O acumulado de 2015 é uma carga pesada de um ano que aprontou demais, deixando como saldo uma confluência inédita de crises simultâneas: econômica, política, social, moral, ambiental. Para quem mora no Rio, a mais angustiante de todas elas é com certeza a crise da saúde pública, que parece se encontrar em estado terminal. É de cortar o coração ver as imagens de pacientes morrendo sem assistência na porta de hospitais ou estirados nos corredores à espera de uma cirurgia de urgência que não acontece ou mães com crianças no colo atrás de vacinas que o governo alega não ter dinheiro para comprar. E se não bastasse tudo isso, há um país amedrontado por um mosquitinho quase invisível que produz um surto de febres exóticas de difícil combate: dengue, zika, chicungunha... Até essa animação pré-carnavalesca e pré-olímpica da cidade soa como uma metáfora de mau gosto do naufrágio do Titanic. Deus nos livre” (VENTURA, 2016: 21)

Tomando como referência o exposto acima, pode-se buscar um melhor entendimento para o colapso pelo qual passa a saúde pública no Rio de Janeiro atualmente. É lugar comum o diagnóstico há muito conhecido, ou seja, o descaso com o setor da saúde pública é uma prática antiga que chega hoje à uma condição que põe a saúde pública em incontestável e impiedoso estágio terminal, graças à inobservância no atendimento dos sintomas básicos provocadores de tal estágio.

Um péssimo modelo de gestão, aliado à crise econômica que tomou conta do país, são fatores que, associados, desencadearam o agravamento da saúde pública da cidade. Associe-se à isso, segundo especialistas, a absorção por parte dos estados da prestação de serviço de atenção básica, antes atribuição dos municípios, a partir do surgimento das UPAs, desde 2007, bem como da implementação das organizações sociais (OS), como referência de gestão, que, sem uma devida disciplina controladora, se transformaram em organizações de alto custo para os estados, onde, só as despesas de manutenção dos serviços da Secretaria, consumiu setenta e um por cento do orçamento em 2015. Se não bastasse, o fisiologismo político-partidário interfere no quadro já caótico, colocando interesses políticos individuais acima dos interesses públicos, no caso interesses de saúde pública.

Observando mais detalhadamente cada um desses pilares básicos responsáveis pela crise na saúde pública, mencionados acima, reportagem feita pelo jornal O Globo, em sua edição de 27 de dezembro de 2015, intitulada 'A Penúria da Saúde. O Diagnóstico da Crise', a questão é tratada a partir dos referidos pilares, entendidos como a razão maior do estágio terminal em que chegou a saúde pública na cidade do Rio de Janeiro.

Segundo a reportagem, o governo do estado assumiu o serviço de atenção básica com a criação das UPAs (Unidades de Pronto Atendimento), de forma quase irresponsável, pois não tinha garantias ou condições administrativo-financeiras de bancá-las e/ou mantê-las. Recebidas como solução importante, pois sua idealização visava desafogar a demanda pesada dos hospitais, essas unidades de atenção básica foram exportadas para outros estados, inclusive para a Argentina, sendo inclusive assumida como bandeira de campanha nas eleições para o governo do estado, ao ser proclamada como uma 'grande conquista da população carioca'. E assim foram criadas 29 UPAs em diferentes bairros do Rio de Janeiro e outras 28 em diversos municípios do estado, por parte do governo estadual, apesar da responsabilidade pelo serviço de atenção básica ser uma atribuição dos municípios. Além dessas Unidades, criou-se ainda o Hospital da Mulher e o Instituto Estadual do Cérebro.

Ainda segundo a reportagem, as 29 UPAs, em um ano consumiu cerca de 740 milhões da verba da Secretaria de Saúde, incluindo-se aí o repasse às 28 unidades municipais. Sem recursos, o sistema entrou em colapso, obrigando o estado a recuar e rediscutir as atribuições que, de fato, são de sua responsabilidade. Aqui um parêntesis, apoiado na reportagem, de acordo com a legislação do SUS, ao estado, assim como à União, cabe o atendimento de média e alta complexidade. Por outro lado, municípios de médio e alto porte ficam responsáveis pelos setores de emergência e atenção básica à população. Essa norma regula os repasses federais correspondentes. Ao assumir a responsabilidade que lhe cabe nesse colapso, o governo do estado já admite que o porte da rede de saúde do estado precisa ser reduzido, principalmente naquilo que, de fato, é atribuição do estado. O que se discute, nesse momento, é a devolução, ou não, das UPAs aos municípios.

“Para o vereador e médico Paulo Pinheiro (PSOL), presidente da Comissão de Saúde da Câmara Municipal do Rio, o governo estadual deveria ter uma previsão de quanto o custeio de hospitais inaugurados poderia onerar a pasta, que, na análise dele teve motivações políticas: ‘O governador... começou a vender essa ideia e fazer a secretaria maior do que ela poderia ser. Montou uma rede de saúde acima da sua capacidade de resolução. Se fosse cumprida a regra (que normatiza as atribuições dos entes), isso não teria acontecido” (BACELAR,2016:8).

Voltando às Organizações de Saúde(OSs), já dito, surgiram com a finalidade de tornar mais rápido e dinâmico os serviços de saúde, haja visto que não depende, por exemplo, de licitações públicas para compra de materiais, bem como tem maior liberdade para contratação de médicos especialistas. Mas foi justamente tais facilitações que transformaram as OSs em grave problema, uma vez que, em decorrência de desmandos administrativos em sua má gestão, se tornaram vilãs, bem como em uma das principais causas da falência da saúde pública. A falta de uma fiscalização mais aguda por parte do estado passou a ser um facilitador para os desmandos administrativo-financeiros. Tal como ocorre com as UPAs, o governo não tem recursos suficientes para mantê-las operando de forma eficaz. Em números, a mesma reportagem do jornal O Globo mostra que a dívida com as OSs já chega a R\$ 710 milhões. Em 2015, de R\$ 3,8 bilhões pagos pela Secretaria de Saúde, R\$ 2,1 bilhões foram destinados às OSs.

Outro desmando importante cometido pelas Organizações Sociais que também merece ser citado, segundo o Sindicato dos Médicos do Rio, enquanto um profissional concursado ganha em média R\$ 2,3 mil, um contratado pelo regime CLT recebe, por mês, R\$ 6 mil. A constatação que se chega é que as OSs só funcionam à base de muitos recursos, mas isso é justamente o que mais falta nos cofres do estado. Um outro equívoco que se cometeu com as OSs, foi sua implantação em larga escala sem ser devidamente testada de forma pontual e restrita. Devido à essa expansão precoce, as despesas (e as dívidas), também se processaram em larga escala, entrando em colapso. No dizer do Professor e Chefe do Serviço de Infectologia Pediátrica da UFRJ, Edimilson Migowski, especializado em gestão hospitalar, as OSs podem segurar profissionais experientes e mais caros no serviço público: ‘É uma administração mais ágil. A OS tem uma agilidade administrativa que todo gestor público gostaria de ter. Eu acho que o problema é falta de fiscalização’, diz ele. Já o governo estadual pensa em uma solução alternativa para a gestão, pois não é tarefa simples manter especialistas como o neurocirurgião Paulo Niemeyer Filho, que atende pelo SUS na rede de saúde pública do estado. Apenas como ilustração concreto dessa grave crise institucional, instaurada em um setor público básico e fundamental na vida da população urbana do Rio de Janeiro, pode-se citar o Hospital Albert Schweitzer, complexo mantido por OS, que entrou em colapso, ficando no centro da crise por deixar de prestar assistência hospitalar à centenas de cariocas diariamente.

“Os sintomas que levaram o estado e, principalmente, a prestação de serviços de saúde à insolvência financeira não surgiram por acaso. Turbinado pelo boom do setor de óleo e gás e pelas receitas de royalties, o governo aumentou gastos nos últimos anos. Só para citar o caso específico da saúde, o número de cargos comissionados, ocupados por pessoas que não tem concurso público, saltou de 613 em dezembro de 2014 para 689 esse ano, de acordo com reportagem da TV Globo, quando o colapso do setor já se desenhava” (BACELAR, 2016: 8).

Em relação aos royalties do petróleo como garantia de um programa sólido em saúde e em educação para estados e municípios brasileiros, a euforia tomou conta das autoridades brasileiras, afinal de contas recursos não faltariam para tal empreitada. Como medida inicial, o governo federal criou em 2013 a estatal Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A.(PPSA) de amplos poderes para agir em nome do governo, sendo responsável pela exploração e produção de todo petróleo extraído da camada pre-sal. Criada com essa finalidade, mas com a nobre missão de alimentar financeiramente os programas idealizados para a saúde e a educação, a estatal, dois anos após sua criação, não conseguiu decolar, contribuindo, assim, com a falência dos sistemas de saúde e educação dos estados e municípios brasileiros.

Infelizmente, não é apenas o alto custo de manutenção que obstrui o pleno funcionamento das OSs. Irregularidades em contratos firmados em alguns municípios são práticas usuais em razão de um sistema de fiscalização ineficiente. Em matéria publicada pelo jornal O Globo de 20 de janeiro de 2016, essa questão foi abordada. Segundo o jornal, a Associação Paulista Para o Desenvolvimento da Medicina (SPDM), selecionada pela prefeitura do Rio para assumir a gestão da Clínica da Família Estácio de Sá, recém-inaugurada no Rio Comprido, faz parte de uma lista de oito Organizações Sociais investigadas pelo Ministério Público. Ainda segundo o jornal, contra ela há uma ação civil pública e outros cinco procedimentos no MP por irregularidades em contratos com o município, como falta de médicos e atendimento feito por seleção. Se não bastasse, a SPDM também responde à uma ação ligada à um contrato com a Secretaria de Saúde do estado.

Vale dizer ainda sobre a SPDM, que foi a pioneira nesse tipo de gestão na cidade, pois foi a primeira OS contratada pela prefeitura, logo após a criação da lei federal, abrindo caminho para a inclusão de outras OSs no programa. A SPDM, segundo a mesma matéria, recebeu dos cofres da prefeitura, entre 2009 e 2015, algo em torno de R\$ 1,3 bilhão. Constam na lista de postos/unidades sob a responsabilidade da SPDM, 26 Clínicas da Família, distribuídas pelo Centro, Meier e Zona Oeste da cidade. Além dessas unidades, também é responsável pela gestão das Unidades de Pronto Atendimento(UPAs) de Santa

Cruz, Paciência e Sepetiba. Estão também sob responsabilidade da SPDM os Centros Emergenciais Regionais (CER) de Santa Cruz e Leblon. Mesmo sob investigação do Ministério Público, a SPDM continua a merecer a confiança da prefeitura do município do Rio de Janeiro, o que, segundo o MP, pode provocar a inclusão da prefeitura como ré no processo, como afirma o promotor Silvio Ferreira Neto, do Grupo de Atuação Integrada na Saúde do MP, ‘O nosso objetivo é excluir aquelas organizações sociais que não estão prestando serviço de forma adequada. Se o município resiste, a investigação pode enveredar para atos de improbidade administrativa’.

Outra OS envolvida em irregularidades administrativas é a Biotech Humanas, responsável pela gestão do Hospital Pedro II em Santa Cruz. Após ter tido presos oito de seus administradores na Operação Ilha Fiscal, a prefeitura do Rio de Janeiro se viu obrigada a suspender o contrato e excluir essa OS de seu quadro de gestores de saúde. Para substituí-la, foi contratada de forma emergencial a SPDM.

“TRIBUNAL ANALISARÁ PRESTAÇÕES DE CONTAS DE CONTRATOS COM 15 HOSPITAIS ESTADUAIS. Um dia depois de a Assembleia Legislativa do Rio (Alerj) anunciar uma comissão especial para fazer auditorias em todos os contratos do governo com OSs, o TCE decidiu agir: divulgou uma devassa em todas as seis OSs que administram hospitais estaduais. O objetivo é evitar que o estado continue repassando recursos públicos à organização que descumpre metas contratuais” (BOTTARI, 2016: 18).

Dentro desse objetivo, a incursão do Tribunal de Contas do Estado vai analisar contratos e prestações de contas de 15 hospitais, além de vistorias. Entre os hospitais elencados estão o Getúlio Vargas (Penha), Carlos Chagas (Marechal Hermes), Azevedo Lima (Niterói), Adão Pereira Nunes (Caxias) e o Hospital da Mulher (São João de Meriti). De acordo com o TCE, na matéria do Globo, desde 2011 auditorias apontam transgressões em várias unidades geridas por OSs. Em 2014, foram encontrados casos de hospitais com leitos em condições inadequadas, sem medicamentos para distribuição e com falhas no abrigo de resíduos. Em outra auditoria foram identificados pagamentos irregulares à uma organização social. O agravamento na saúde do estado foi a principal razão para o desencadeamento dessas auditorias, quadro que penaliza pacientes que ficam sem atendimentos e funcionários sem salários.

Ao se pronunciar, o presidente do Tribunal de Contas do Estado, Jonas Lopes de Carvalho, disse na mesma reportagem que, ‘desde 2011 o Tribunal de Contas vem auditando a área de saúde, incluindo contratos feitos com organizações sociais e a gestão de pessoal na Secretaria Estadual de Saúde. Em unidades de pronto atendimento, verificamos, por exemplo, que faltam aparelhos de refrigeração e revestimento de proteção na área de radiologia’. As 6 organizações sociais que terão

os contratos fiscalizados pelo tribunal são Pró Saúde, Associação Congregação de Santa Catarina, associação Lar São Francisco de Assis na Providência de Deus, Hospital Maternidade Therezinha de Jesus, Instituto D’or e Instituto Sócrates Guanaes.

O futuro secretário de saúde do estado, que assumirá o posto deixado vago pelo antecessor que irá concorrer como candidato à prefeitura de Niterói nas próximas eleições municipais, chega ao cargo prometendo amenizar a crise, já admitindo que o estado não tem mais condição financeira de bancar a ‘grande rede’. Não tendo outra coisa a prometer, promete sérios estudos sobre a grave crise que assola a saúde pública. Em entrevista ao Globo em 28/12/2015, Luiz Antônio Teixeira Junior informou que nesses estudos vai analisar e priorizar o que se pode pagar e quais os serviços que o estado tem condição de assumir nesse momento. A ideia inicial é rever e refazer contratos, mas já sinalizando que cortes haverá, com certeza. Aqui um comentário oportuno, quando uma autoridade pública sinaliza com cortes no orçamento de uma instituição pública que cuida da saúde, significa dizer que um determinado segmento da população ficará privado de algum tipo de serviço essencial nessa área, lamentavelmente.

Na mesma entrevista, o novo secretário disse ainda que a capacidade financeira do estado no momento em que criou a rede viabilizava o projeto, mas a realidade dos cofres públicos hoje é outra. Luiz Antônio Teixeira Junior não critica de forma direta as OSs ao não mencionar desmandos ou irresponsabilidade administrativa no uso do dinheiro público por parte dessas gestoras, indo mais além ao dizer que não é sua intenção fechar unidades, mas que vai verificar aquilo que é possível manter em funcionamento. Evasivo e contraditório, excessivamente político, para quem está para assumir uma secretaria estadual importante e sob suspeita no Ministério Público e no Tribunal de Contas do Estado.

Indagado se pensava em passar as Unidades de Pronto Atendimento (UPAs) para o município o secretário não confirmou, nem descartou a ideia, preferindo um diálogo inicial com o secretário de saúde do município, adiantando que ‘tenho um projeto na cabeça’ para pôr em discussão. Sobre o projeto, ele explica (insistindo em não mencionar desmandos e irregularidades administrativas) que

“É a redistribuição de serviços. A gente vai fazer UPAs especializadas, como UPAs infantis. Fazer o atendimento infantil diferenciado. É um projeto que a gente pode fazer, separar o adulto do infantil. Eu não posso fazer em lugar igual à Mesquita, que só tem uma UPA, ali tem que ser adulto e infantil. Não é questão de tirar serviço, é otimizar. Não adianta você ter vários lugares fazendo a mesma coisa” (BACELAR, 2015: 7)

Pelas palavras do futuro secretário de saúde do estado do Rio de Janeiro, não há esperança de que a grave crise que assola a saúde pública da cidade vá ser revertida, pelo menos à médio prazo. Excessivamente vago, Luiz Antônio em nenhum momento da entrevista concedida tocou nos pontos nevrálgicos

que envolvem o caos financeiro na área da saúde do Rio de Janeiro, conforme já exposto em vários momentos do texto em questão. Enquanto isso, o Hospital Pedro Ernesto, referência enquanto hospital-escola na cidade, agoniza por conta dos atrasos nos repasses de recursos para pagamento de salários dos funcionários terceirizados. Situação que acaba se refletindo diretamente na questão da higiene com a sujeira que se propaga e que é provocada pelo acúmulo de lixo hospitalar na unidade.

Como decorrência da crise, o hospital se viu obrigado a suspender todas as suas cirurgias em razão do alagamento de seu centro cirúrgico provocado por fortes chuvas ocasionais. Esse vem a ser apenas mais um problema provocado pelo descaso do estado em relação ao Hospital Pedro Ernesto. A falta de material básico, como gaze e fralda geriátrica também já faz parte da rotina do hospital. No caso do Pedro Ernesto, não se deve falar em má gestão da unidade, pois o problema maior do hospital é falta de repasse dos recursos financeiros por parte do estado para que a unidade funcione regularmente e retome sua condição de hospital-escola referência no estado. A questão da formação de futuros médicos também é afetada pois segundo o presidente da Academia Nacional de Medicina, Francisco Sampaio, tanta deficiência estrutural provoca deficiência na capacitação dos médicos-residentes do hospital. Segundo ele, a residência é fundamental para a formação do médico e não se está concluindo essa etapa de maneira correta, posto que está sendo ministrada sem rigor e o devido apuro acadêmico-científico.

Ainda sobre o Hospital Pedro Ernesto e também por conta do caos, o hospital se vê obrigado a antecipar altas de pacientes por falta de insumos de uso contínuo e falta de higiene por conta da paralização de funcionários terceirizados que estão com salários atrasados. Enquanto o reitor da Uerj, Ruy Garcia, diz que, no auge da crise em meados de janeiro de 2016, apenas 200 pacientes estavam ocupando os 300 leitos do hospital, o médico ortopedista Renato Graça contradiz afirmando que o Pedro Ernesto tem 500 leitos e que, no mesmo período, somente 100 estavam ocupados. Assim é que rouparia, limpeza, segurança, manutenção, engenharia e administração, todos terceirizados, funcionam, quando funcionam atualmente de forma precária. Situação que faz com que a rotina do hospital se dê de forma inadequada e sem o devido controle habitual. Tal anomalia provoca uma outra tão grave quanto, ou seja, a rapinagem de materiais e equipamentos do hospital, para piorar o que já está pior, conforme relato a seguir.

“A polícia civil abriu inquérito ontem para investigar CONSTANTES (o grifo é nosso) furtos de equipamentos no Hospital Pedro Ernesto. Segundo depoimento de uma testemunha à polícia, médicos constataram pela manhã que faltavam dois aparelhos de colonoscopia utilizados em exames no intestino. O hospital não tem câmeras em seu interior e apenas três dos dez seguranças escalados para a madrugada estavam trabalhando. De julho

de 2015 até agora diversos computadores, uma impressora, um aparelho de oftalmologia e até papel toalha foram furtados do Pedro Ernesto, de acordo com registros feitos na delegacia” (BACELAR, 2016: 17)

Nesse momento, a circulação de médicos, funcionários e pacientes por corredores e alas do hospital é quase nenhuma. No início de 2015 o Pedro Ernesto tinha 500 leitos, quase todos estavam ocupados, com a crise, no início de 2016, uma enfermaria com vinte vagas abriga apenas 2% dessa capacidade, no geral, em janeiro de 2016 apenas 30% da capacidade do hospital está sendo utilizada onde pacientes, sem risco de vida, têm alta antecipada por não haver previsão para realização de cirurgias. Uma médica, que não quis se identificar, confirma essa decisão ao desabafar que ‘os leitos estão vazios porque os pacientes foram mandados para casa. Não existe uma ordem por escrito para isso, mas não faz sentido ele ficar internado, à espera de cirurgia, se não há previsão para ser operado. Se não for urgente, o procedimento não ocorre’, disse ela ao Globo em 28/01/2016.

O que é incontestável nesse momento do Pedro Ernesto é uma realidade caótica que abarca os cinco andares do hospital, tornando-o totalmente insalubre e onde, pacientes com doenças infectocontagiosas, tipo Aids e tuberculose, se misturam com o lixo não recolhido devidamente, o que obriga médicos e enfermeiros limparem setores onde há pacientes internados. Esses, inclusive, pedem aos familiares que tragam fraldas para seus parentes que estão internados. Assim é que, o Hosp. Universitário Pedro Ernesto está parando. E com ele param transplantes, cirurgias cardíacas neurocirurgias, tratamentos de câncer, de recém-nascidos de muito baixo peso e gestantes de alto risco, de acordo com os médicos-professores Ricardo Chaves e Henrique Aquino, da Faculdade de Ciências Médicas da UERJ.

Em artigo publicado no Globo de 07/02/2016, estes dois professores explicam, em tese, a sistemática de funcionamento da saúde pública. Expõem que, a partir de 1988, o Brasil adotou o Sistema Único de Saúde (SUS), de caráter universal, integral e igualitário para atendimento em todo o território nacional. Neste sistema, se devidamente organizado, a ‘porta de entrada’ são os postos de saúde e as unidades de emergência, responsáveis por 15% dos atendimentos primários. Se contarem com equipes eficientes, mais de 85% dos casos são resolvidos nesse nível primário de atendimento. Prosseguem eles na explanação, como suporte para essas unidades primárias, devem existir as policlínicas, centros de referências de especialidades médicas para atendimentos ambulatoriais mais complexos, referenciados pelas unidades básicas, num sistema de mão dupla.

Prosseguem dizendo que, na retaguarda dessas estruturas, estão os hospitais gerais e os especializados, fazendo a atenção daqueles que precisam de tratamento em nível de internação hospitalar, e na alta, os encaminhando às policlínicas ou às unidades básicas, conforme o caso. Na explanação, os professores Chaves e Aquino, explicam, em seguida, o real papel dos Hospitais Universitários no Sistema Único de Saúde (SUS), que é buscar a melhoria desse sistema através da formação

de recursos humanos de qualidade, capaz de dar soluções efetivas ao sistema, à pesquisa, ao desenvolvimento de novas técnicas, à avaliação e incorporação de novas tecnologias, terapias e procedimentos de alta complexidade, medindo seu impacto e seus custos para o SUS. Esse é o real papel dos HUs.

Entretanto, arrematam os professores, há total e absoluta negligência por parte dos governos estaduais que se sucedem, quanto à importância dos Hospitais Universitários para o Sistema Único de Saúde, sendo que a situação do Hospital Pedro Ernesto, para eles, é emblemática, ou seja, uma unidade de 500 leitos – com pessoal técnico altamente capacitado, grande formador de recursos humanos, engajado em diversos projetos de pesquisa e tratamentos de alta complexidade – encontra-se paralisada por falta de pagamento de pessoal de limpeza, lavanderia e segurança. Milhares de usuários necessitando de tratamento estão deixando de ser atendidos simplesmente por falta de insumos básicos.

Vale lembrar que o Pedro Ernesto é o primeiro hospital universitário do Rio de Janeiro considerado “Amigo da Criança” pelo Unicef, mas que nesse momento está parando de funcionar.

Drama semelhante vive o Hospital Universitário Clementino Fraga Filho, da Faculdade de Medicina da UFRJ, obrigado que foi a suspender as aulas práticas da faculdade à qual pertence. Tal medida é, ao mesmo tempo, lamentável e trágica, pois trata-se de uma das poucas instituições de ensino de excelência na área médica do Rio de Janeiro.

Segundo o diretor geral do Hospital Universitário da UFRJ, Eduardo Côrtes, ‘é penoso ter que tomar essa decisão. Mas também é preciso reconhecer que, se continuarmos sem verbas e investimentos, corremos um sério risco de comprometermos a formação de nossos alunos, tradicionalmente entre os mais bem preparados do país’, disse ao Globo na edição de 29/01/16. O hospital tem capacidade para 500 leitos, mas no momento utiliza apenas 170, para um contingente de 1.200 acadêmicos, o que é impraticável para uma boa preparação acadêmico-profissional. O atraso no repasse de verbas, bem como a falta de investimentos são os responsáveis por esse quadro caótico. A atual direção tem buscado apoio junto a parlamentares com intuito de conseguir verbas para manutenção e ampliação do hospital, de enorme relevância principalmente para a população da Baixada Fluminense.

Enquanto isso, voltando ao comentário inicial desse trabalho, de forma paralela e inapelável ‘o mosquito da dengue’ não dá tréguas e se prolifera pela cidade de forma preocupante. No início de 2016, em uma semana, houve um aumento de 200% em casos de dengue no Rio de Janeiro, segundo a Superintendência de Vigilância Epidemiológica e Ambiental da Secretaria Estadual de Saúde. Como alento, de acordo com artigo publicado no jornal o Globo de 20/01/2016, Ruben Berta informa sobre um projeto que está em desenvolvimento na Fundação

Oswaldo Cruz (Fiocruz) no Rio de Janeiro. Relata o autor que o projeto ‘Eliminar a dengue: Desafio Brasil’, parte da liberação de mosquitos adultos e de ovos com uma bactéria chamada Wolbachia. Os estudos demonstraram que os insetos infectados reduzem a transmissão da dengue, febre amarela, chikungunya e zika. As primeiras liberações foram feitas entre setembro de 2014 e janeiro de 2015, no bairro da Ilha do Governador. Ao final de 20 semanas, 65% dos mosquitos *Aedes aegypti* da região continham a bactéria, o que configurou um resultado satisfatório. O projeto também está sendo testado agora em Jurujuba, Niterói.

Para a bióloga uruguaia, radicada nos Estados Unidos, Mercedes Pascual, “O mosquito da dengue pode também estar nos transportes públicos, ele também anda de ônibus. É preciso analisar seu ciclo e o do parasita. A evolução do inseto é muito mais rápida que a nossa capacidade de desenvolver métodos de combate...Mudar o comportamento de uma população é muito difícil. Se as cidades continuarem crescendo, os problemas sociais associados às mudanças climáticas vão impor um desafio ainda bem maior à saúde pública” (DALE, 2016: 2).

Nesse momento, fica claro que a preocupação maior das autoridades brasileiras no controle da evolução dos focos transmissores da dengue/zika é muito mais por conta dos Jogos olímpicos de 2016 do que propriamente com a população do Rio de Janeiro. Há uma nítida intenção de agir no sentido de aplacar o medo e a preocupação dos países que participarão dos Jogos, principalmente os países mais ricos.

Nesse sentido, o comitê Olímpico Brasileiro, ao mesmo tempo que cobra medidas imediatas às autoridades brasileiras, tenta tranquilizar o Comitê olímpico Internacional garantindo que o surto está sob controle e que todas as instalações dos Jogos não correm riscos de contaminação. Dentre os países presentes nas Olimpíada, os Estados Unidos é o mais incisivo e exigente nos pedidos de providências urgentes. Na argumentação do COB, através do médico da Rio-2016, João Grangeiro, no mês de realização das competições o Rio de Janeiro tem clima seco, o que praticamente acaba com a incidência de proliferação do *Aedes aegypti*. Para ele, o grande problema não é o zika. O grande problema é o vetor, o *Aedes*, que, com o clima seco não prolifera de maneira descontrolada.

Apesar dessa argumentação, no Reino Unido há verdadeira comoção, com jornais e televisão abrindo espaço para a epidemia, colocando o Brasil como principal foco do vírus, alertando para as Olimpíadas, conforme o Globo de 27/01/2016. A maioria das matérias publicadas tem teor alarmista e ao mesmo tempo fatalista, pois associam a morte à um surto supostamente incontrolável pelas autoridades brasileiras. Manchetes do tipo ‘fique longe do Rio se estiver grávida’, ‘se a viagem for inadiável, fazer uso de repelente’, além de fazerem reportagens exibindo depoimentos de mães com baixa auto estima, sofridas, sem o devido atendimento médico nos hospitais no Brasil e ilustrado por fotos de bebês nascidos com microcefalia em Pernambuco. Não é difícil imaginar o tom de superioridade dado pelos britânicos na execução dessas reportagens, onde é

provável que prevaleça muito mais o desprezo e a frieza do que a compaixão e solidariedade à população atingida.

Alguns especialistas brasileiros em saúde pública foram ouvidos para opinarem se realmente há razão para tanto temor com a propagação dos surtos de dengue e zika. Para o virologista do Instituto Evandro Chagas do Pará, Pedro Vasconcelos, por exemplo, a situação é grave no mundo e não apenas no Brasil. A dengue mata entre 25 e 50 mil pessoas no mundo atualmente, sem que não haja uma comoção mundial contra esse fato. Para o virologista os focos estão nas casas, não se deve deixar a zika invadir as residências, essa deve ser a conscientização em massa a ser empreendida junto à população. O especialista do Instituto Adolfo Lutz de São Paulo, Akemi Suzuki, pensa igual, a situação precisa ser alardeada para que a população se volte contra o problema, que só se tornou grave por conta do descaso com o perigo que o mosquito representa. Para ele, não se levou a dengue à sério e o mosquito se proliferou, tornando a situação quase incontrolável e também considera que a maioria dos focos estão dentro das casas, é preciso envolver a população no combate ao mosquito a partir das próprias residências.

Por outro lado, o virologista, Amilcar Tanuri, do Laboratório de Virologia Molecular da UFRJ, considera um exagero o alerta internacional decretado pela IMS, pois ainda não se tem certeza absoluta de que a microcefalia é causada pelo vírus zika. No entendimento do médico, ainda existem muitas pesquisas a serem feitas, argumentando ainda que ‘o vírus da dengue já foi encontrado na placenta de gestantes, e isso não prova que dengue provoca microcefalia, não havendo portanto, motivo para pânico’. É preciso combater e acompanhar, mas fora de um clima de comoção nacional ou internacional. O infectologista e epidemiologista da UFRJ, Celso Ramos Filho, segue o mesmo raciocínio, ao considerar que há um alarde exagerado dentro e fora do Brasil sobre o assunto, principalmente por conta das Olimpíadas. Os Jogos serão realizados em período seco, onde o mosquito tem menos possibilidade de se desenvolver e demora mais para chegar à forma adulta. Os depoimentos dos quatro especialistas aqui mencionados, foram dados ao jornal O Globo em sua edição de 29/01/2016.

Enquanto isso, seria cômico se não fosse trágico, a postura adotada pela maior autoridade da saúde pública do país, o Ministro da pasta, Marcelo Castro. Através de algumas de suas declarações veiculadas na grande imprensa brasileira percebe-se a infelicidade e o quanto foram inoportunas em um momento tão crítico vivido pelo Brasil.

“No repertório de Castro está, por exemplo, a pouca feliz brincadeira de que, na falta de vacina contra zika, seria bom que as mulheres pegassem a doença antes de engravidar e assim ficassem imunizadas. Em janeiro, três novas gafes. A primeira foi durante a reunião da força-tarefa criada para combater o *Aedes* e a microcefalia, quando ele tentou desconstrair o ambiente e contou uma piada que recebera a respeito do emprego de

forças do Exército nessas ações. ‘Devemos usar a Marinha porque ele (o mosquito) se reproduz em água. E a Aeronáutica, porque ele voa’’. (SOUZA, 2016: 3).

A repercussão negativa após as infelizes declarações de um ministro empossado há apenas quatro meses causou desconforto no governo e sua permanência no cargo ocorreu por conta de ter sido uma indicação feita pelo PMDB para o Ministério da Saúde. A contrapartida para essa indicação, bem como sua manutenção na pasta da saúde, é a garantia de consolidação da maioria parlamentar contrária ao impeachment. Independente dos arranjos políticos, fica evidenciado o total despreparo de Marcelo Castro para uma empreitada de tamanha envergadura, qual seja a de chefiar um dos ministérios mais importantes no momento atual do país. Eduardo Cunha, presidente da Câmara dos Deputados e que está sob pesada investigação por conta de diferentes crimes cometidos contra os cofres públicos, é um dos principais defensores de Marcelo Castro.

Ainda sobre o ministro da saúde, é dele o desabafo ‘estamos perdendo feio para a dengue’. Esta frase também causou um certo mal estar junto ao governo, uma vez que não é comum uma autoridade oficial admitir o fracasso de um programa governamental ,sob sua responsabilidade. Mas este desabafo expressa uma verdade que o governo federal prefere não admitir publicamente. Porém existem ainda outras verdades sobre a realidade de nossas cidades que também precisam ser vistas como ‘derrotas’ a serem transformadas em vitórias. O Rio de Janeiro é uma das cidades brasileiras que, infelizmente, manifesta em seu cenário social maior concentração destas ‘derrotas’ oficiais, não apenas a ‘guerra contra o mosquito da dengue’.

No Rio de Janeiro contemporâneo, apesar de não admitido oficialmente, há a nítida sensação de que se está ‘perdendo feio’ a guerra contra a violência. Esta percepção é decorrência do estado de espírito que tomou conta das pessoas na rotina da convivência social no território urbano. É nítido o clima de insegurança instaurado neste convívio, onde a rua passou a ser local de perigo e não de interação amistosa. A angústia e o medo substituem a paz de espírito e a descontração emocional como elementos determinantes na convivência urbana, que pressupõe aproximação mas acaba por impor aos indivíduos o afastamento e o distanciamento. Condomínios fechados, guaritas nas ruas residenciais e shoppings como local seguro de lazer passam a ser a expressão arquitetônica deste medo e insegurança que se instaurou na cidade.

Além da batalha que se trava(e se perde) no âmbito da saúde pública e da violência, o Rio de Janeiro também ‘perde feio’ na guerra da educação pública, onde falta-se de tudo, inclusive quadros de professores bem preparados intelectualmente e remunerados dignamente. De uma maneira mais abrangente, a educação nacional, das primeiras letras à chamada formação superior, segue ‘ladeira à baixo’, sem que uma política consistente e um projeto pedagógico unificado de educação à nível nacional seja pensado e instaurado. O discurso

oficial atual de fazer do Brasil a expressão de uma 'pátria educadora', é apenas e tão somente um discurso. São 50 milhões de brasileiros adultos sem o ensino fundamental que aguardam por esta pátria imaginada pelo discurso oficial. Além disto, as Universidades brasileiras não estão institucionalmente preparadas para produzirem conhecimento científico e tecnológico exigidos pela Pós-modernidade contemporânea, competitiva por excelência, como pressuposto obrigatório para atingir o desenvolvimento econômico e social exigido à um país que se pretende moderno.

Uma outra guerra que o Rio de Janeiro (e o Brasil) também 'perde feio' é a da desigualdade social, intimamente ligada às outras batalhas aqui referidas. Zuenir Ventura já disse que o Rio de Janeiro é uma 'cidade partida', arquitetonicamente simbolizada pelos túneis que ligam 'o norte' 'ao sul'. Fato curioso é que os moradores 'do sul' consideram as praias como propriedades próprias, sendo, portanto, absurdamente indesejada a presença dos moradores 'do norte' no usufruto desta Natureza (pública). A desigualdade social tem a sua face mais cruel ao mostrar que a cidade (e o país) ainda possui vasto contingente populacional que vive naquilo que sociologicamente é chamado de 'miséria absoluta'.

Dívida pública, inflação, endividamentos privados e familiares, controle do crescimento urbano, transporte público e a gestão da coisa pública aliada à corrupção institucional e à impunidade, são outras guerras contra às quais a cidade (e o país) continuam perdendo feio. Como cereja de um bolo que desandou, há o iminente perigo de se perder a democracia plena por conta de um movimento elitista que prega a cassação de um governo federal eleito democraticamente, mas que não sabe como lidar com os inimigos que continuam vencendo as guerras citadas acima.

Voltando a falar aqui sobre a questão principal e pontual, a impressão que fica na discussão acerca da saúde pública, seja na área do estado ou na área do município é que, devido à falta de uma fiscalização mais apurada e de forma mais sistemática e ininterrupta, o controle da gestão das OSs fugiu ao controle dos governos estadual e municipal. Ainda segundo reportagem do Globo de 18/01/2016, o que se tem como realidade é que das dez OSs que atuam na área da saúde do município, oito delas estão sob investigação. Existem nessas investigações pontos comuns nos problemas existentes em cada uma delas, ou seja, superfaturamento na compra de remédios com preços até 508% acima da tabela da prefeitura, cobranças indevidas por serviços não prestados pelas OSs e auditorias indicaram que encargos sociais dos empregados não foram recolhidos, bem como atendimento deficiente aos pacientes no acesso aos serviços nas unidades. Além disso, há casos suspeitos com despesas irregulares como, por exemplo, despesas em churrascarias.

Seguindo a matéria, também nesses casos, é a ação do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado que enfrentam os desmandos cometidos por gestões irresponsáveis nas unidades sob suspeição; todas as investigações tomaram por base auditorias preliminares realizadas pelo Tribunal de Contas do Município. Nas investigações foram identificadas práticas idênticas àquelas praticadas pelas OSs investigadas pela operação Ilha Fiscal, isto é, devido à inércia governamental no controle dessas organizações, há uma certa “padronização” na prática de ilegalidades, espécie de “manual para atos ilícitos”, haja visto a incidência e rotina com que ocorrem essas transgressões e desvios das metas a que se propõem as OSs. Simplesmente lamentável, e ao mesmo tempo, inconcebível, tendo em vista que é a saúde, bem como a vida da população, a razão maior desses serviços. É muito (recursos) para tão pouco (serviços).

Apenas como ilustração, ainda segundo a denúncia da reportagem, o Centro de Estudos e Pesquisas Dr. João Amorim (Cejam), uma das oito OSs sob investigação, mesmo não tendo sede no Rio de Janeiro, conseguiu se inscrever na Comissão de Qualificação da Casa Civil e ficou sob sua responsabilidade a gestão das Coordenações de Emergência Regional (CER) do centro da cidade e da Ilha do Governador, bem como do Hospital Evandro Freire também na Ilha do Governador. Pois bem, a grandeza em reais desses contratos assinados em 2012, com a duração de 24 meses, tinham o valor total de R\$ 134.190.792,62. A ousadia (e covardia) na falta de comprometimento com a saúde da população da cidade do Rio de Janeiro é inacreditável e a citação direta que se segue mostra de maneira mais clara tal episódio:

“No caso do Evandro Freire (hospital), a unidade só abriu oito meses depois. Mesmo assim, a Cejam apresentou gastos de custeio vinculados ao hospital e à CER-Ilha, com autorização dos gestores da secretaria municipal, que somaram R\$ 4.928.322,93. Foi apurado que, entre as despesas, estão pagamentos de salários profissionais de saúde e médicos contratados pela OS na quantia de R\$ 2.362.506,01, sem que eles prestassem qualquer atendimento, caracterizando exemplo de má gestão dos recursos públicos. Além disso, como seus profissionais eram de São Paulo, e não contratados no Rio, como determina a lei das OSs, a Cejam também apresentou despesas consideradas irregulares, como gastos na Churrascaria Fogo de Chão, táxis, passagens aéreas e taxa de Administração, gerando perdas no valor de R\$ 1.262.251 entre abril de 2012 e março de 2014. (...) Até 2015, as oito investigadas foram contratadas para receberem um total de cerca de R\$ 9,2 bilhões” (WERNECK, BOTTARI, 2016: 6).

Se não bastasse a desonestidade que permeia a relação entre estado/município/empresas de saúde, em âmbito interno o descaso administrativo oficial também contribui para alimentar a crise institucional no setor. Não é raro casos em que materiais cirúrgicos e medicamentos são esquecidos em depósitos

públicos por conta de uma desorganização logística por parte das autoridades que se dizem responsáveis. Em janeiro de 2016, fiscalização apurada do Ministério Público encontrou um lote de material desperdiçado na Central Geral de Abastecimento(CGA) da Secretaria de Saúde.

Nessa inspeção, foram encontradas 7.510 próteses importadas, além de equipamentos ortopédicos e vasculares com validade vencida, cateteres de coronária, próteses de quadril, além de remédios com prazo de validade expirado para portadores do vírus da Aids, conforme divulgação feita pela grande imprensa da cidade em 23/01/2016.

Tal descaso tem duas agravantes, a primeira diz respeito à não utilização desse material por parte de pacientes necessitados dos mesmos, a segunda agravante se refere ao prejuízo causado aos cofres públicos com o desperdício, nesse caso, na ordem de R\$ 2 milhões, o que não é pouca coisa levando-se em consideração a penúria das finanças públicas, sem falar no prejuízo maior que é a vida da população doente. No caso citado acima, algumas constatações e indagações se fazem pertinentes. O local onde todo esse material se encontrava armazenado estava sob responsabilidade da Log Rio, empresa privada contratada pelo governo do estado para administrar o depósito. Não se sabe ainda o teor desse contrato. É preciso que se saiba, também, de quem é a responsabilidade pela compra desse material estocado, uma vez que trata-se de material importado, logo, de alto custo. De qualquer forma, independente da conclusão que se chegue e da decisão que o governo irá tomar, já está caracterizado improbidade administrativa no controle do material estocado, haja visto que todo o estoque estava armazenado de forma inadequada.

Uma grande contradição, para não dizer extrema irresponsabilidade, perpassa toda essa crise na saúde pública do Rio de Janeiro. Ao mesmo tempo que se constata escassez de materiais, bem como de medicamentos, ocorre de forma simultânea desperdício de materiais e medicamentos, de acordo com o episódio mencionado no parágrafo anterior. Se há escassez, por exemplo, no Hospital

Rocha Faria em Campo Grande, há desperdício no depósito da Central Geral de Abastecimento em São Gonçalo. Seria cômico se não fosse trágico, quando o governador do estado diz, nesse mesmo momento, que a dívida com fornecedores da área da saúde é na ordem de R\$ 1,3 bilhão. Na verdade a falta de comprometimento social, aliada à falta de responsabilidade ética permeiam a gestão da saúde pública, assim como são princípios ausentes no controle administrativo-fiscal por parte do estado e município. Para se ter uma melhor noção da falta de comprometimento e responsabilidade, o Hospital Rocha Faria possui 300 leitos e presta cerca de 10 mil atendimentos por mês, envolvendo emergência e maternidade. A partir de janeiro de 2016, o hospital passou a ser responsabilidade do município do Rio de Janeiro.

Se discute atualmente a política de terceirização da saúde pública adotada no Rio de Janeiro pelo estado e município. Há uma corrente favorável ao modelo, outra nem tanto, pois considera que o modelo é falido. A favor, argumenta-se que

há casos de gestão que funcionam satisfatoriamente na prestação dos serviços, mas sem citar um exemplo concreto. Na defesa que se faz às Organizações Sociais, esse segmento pró aponta para a queda da arrecadação financeira por conta dos royalties do petróleo aliada à crise que se instaurou na Petrobrás com a Lava Jato, a causa maior. Entendem que as denúncias que estão sendo feitas são pontuais e não refletem a totalidade do Programa.

Já para a outra corrente que pensa de forma contrária, o programa em si é de teor muito mais patrimonialista do que propriamente sócio-assistencialista, o que transforma tal modelo de gestão em negócio. Segundo o médico e também vereador Paulo Pinheiro, a maioria das Organizações Sociais contrata a totalidade dos serviços continuados sem processo seletivo, ferindo o princípio da impessoalidade. Para ele, é preciso que se mude o modelo de gestão, esclarecendo que sua opinião não é ideológica, mas sim técnica, pois está apoiada em sua experiência como médico e gestor do Miguel Couto durante oito anos.

Em artigo publicado no Globo de 18/01/2016, a Profa. Ligia Bahia da UFRJ argumenta que todas as decisões tomadas pelas autoridades da saúde para contornar a crise no setor são meramente paliativas, que não tratam a questão com a seriedade devida. Tais medidas improvisadas, carregadas de retórica que, na verdade, podem acarretar novos problemas mais à frente. Se de um lado se tem um segmento sério que pensa em novas formas sócio-gerenciais-institucionais, de outro lado se tem um segmento comprometido com uma política de corrupção também institucionalizada e que tratam a saúde pública apenas como uma grande oportunidade para negócios. Nessa lógica, as instituições políticas, dominadas por políticos patológicos e aéticos, acabam por obstruir de maneira sistemática o bom serviço e o bem-estar da população.

Dentro desse contexto, não há qualquer tentativa de equilíbrio entre os interesses privados e os interesses públicos, o Estado ao mostrar toda sua incapacidade e inoperância de impor livremente sua autoridade de natureza pública, sucumbe diante dos interesses privados que é conduzido pela mão pesada do capital.

“Quem se lembra do nome dos últimos secretários de saúde do Rio de Janeiro, a não ser de quem foi acusado de desvios de recursos? A caracterização da saúde como um negócio como outro qualquer, ironicamente, abre alas para o atacado de interesses políticos particularistas. Gurus gerencialistas e seus sempre renovados clichês desenvolvem esforços e agitações respeitáveis. Contudo, as promessas revolucionárias de poupar gastos desnecessários na saúde não deram certo em lugar nenhum. Acumulam-se evidências sobre a fragilidade de diversas fórmulas tecnocráticas de pagamento de médicos e hospitais e sobre propostas ingênuas de políticas saudáveis (...). Saúde é um desafio democrático, refere-se à plausibilidade dos compromissos e compatibilidade dos recursos alocados para os efetivar. Nas eleições

municipais de 2016, a política de saúde e o SUS podem ser resgatados desde que liberados do confinamento e dos modismos, achismos e pilhagens” (BAHIA, 2016: 12).

Um alento, em razão da grave crise que atravessa a saúde do Rio de Janeiro e muito mais em razão dos desmandos cometidos pelas organizações de saúde, a Secretaria Estadual de Saúde, através de Resolução publicada no Diário Oficial do Estado de 28/01/2016, define e impõe diretrizes que deverão ser seguidas pelas OSs a partir dessa publicação. O objetivo principal da Resolução da Secretaria de Saúde é que as organizações cortem despesas e se enquadrem nas tabelas definidas pelo órgão.

Dentre as normas definidas, vale destacar algumas: a compra de medicamentos não mais poderá ser com preços superiores aos preços pagos pela secretaria; serviços de apoio e manutenção das unidades tais como, fornecimento de alimentos, vigilância de patrimônio, limpeza dos hospitais, lavanderia, engenharia clínica e manutenção dos prédios também deverão ser serviços contratados de acordo com preços estabelecidos pelo governo estadual. Além dessas medidas, deverão passar por aprovação da Secretaria de Saúde toda e qualquer realização de obras, bem como para compras de equipamentos para as unidades sob administração das OSs. Outra imposição importante definida pela Resolução é que os vencimentos dos ocupantes de cargos diretivos não poderão ultrapassar o o valor do salário do secretário de saúde. Luiz Antônio de Souza Teixeira Junior, recém empossado na direção da Secretaria, informou através da grande imprensa que a publicação da Resolução é só o início de um grande projeto de reforma institucional, que inclui a criação de um órgão estadual para controlar as OSs. Espera-se que a RESOLUÇÃO não se transforme em resolução.

Enquanto aguarda-se efeitos práticos das novas diretrizes idealizadas para o setor da saúde pública do Rio de Janeiro, ‘a justiça anula prisão domiciliar de acusados de fraude na saúde e donos de OS terão que voltar para a cadeia’, conforme noticiou O Globo de 28/01/2016. Na matéria, para a justiça, o fato dos réus, em telefonemas gravados, terem ocultado os seus verdadeiros endereços reforçou a necessidade de os irmãos voltarem para o presídio. O revoltante é que, mesmo presos após condenação, a propensão ao crime não se altera enquanto patologia psíquica. Os donos são os irmãos Valter e Wagner Pelegrine, responsáveis pela organização social Biotech, que foram condenados por superfaturamento de contratos enquanto administradores dos hospitais Pedro II (Santa Cruz) e Ronaldo Gazolla(Acari), durante a Operação Ilha Fiscal em 2015.

Curioso é que a prisão domiciliar foi concedida pelo desembargador Ciro Darlan que estava no plantão judiciário. A cassação da liminar que concedeu o benefício da prisão domiciliar foi feita porque ‘não compete ao plantão judiciário apreciar um pedido de habeas corpus que poderia ter sido formulado ao juiz natural do processo’, segundo o relator do processo. A quadrilha, segundo a matéria, supostamente comandada por Valter e Wagner Pelegrine é acusada de fraudes de mais de R\$ 48 milhões em recursos públicos.

Fazendo uma análise naquilo que caracteriza as Organizações Sociais enquanto entidades jurídicas, elas são entidades privadas que atuam dentro do interesse público que prestam serviços ao chamado bem comum, como saúde, educação ou cultura. Mas tem uma característica própria que a distingue do governo, que também tem essa responsabilidade com o bem comum; as OSs não dependem da legitimidade social ou eleições, não sendo, portanto, entidades representativas. São organizações de caráter particular que se valorizam pelo trabalho que fazem, ou deixam de fazer.

“Assemelham-se, neste aspecto, às empresas no mercado, com foco nos resultados e na eficácia dos meios para atingi-los. Diferenciam-se, contudo, por serem sem fins lucrativos. Com as OSs, o superávit de de uma boa gestão não pode ser apropriado pelos seus sócios e diretores. Ao contrário, deve ser integralmente reinvestido na organização e no seu objeto. As OSs parecem órgãos do governo e parecem também agentes do mercado, mas não são nem um nem outro. Compõem um ‘Terceiro Setor’ (...) As OSs participam de licitações e gerenciam projetos, como as ONGs em geral, mas vão além e se qualificam para a gestão de programas públicos de ampla escala. Desenvolvem uma relação diferente com o Estado, nem bem subordinação, nem bem terceirização, nem bem contrato, nem bem convênio aproximam-se de uma corresponsabilidade, onde o governo define objeto e metas, a OS gerencia a execução, o governo financia e fiscaliza, a OS cuida dos resultados” (FERNANDES, 2016: 15).

Segundo Rubem Cesar Fernandes, antropólogo e diretor da ONG Viva Rio, o modelo é amplamente utilizado em outros países, principalmente nos Estados Unidos e Europa, onde museus, bibliotecas, escolas, hospitais também e até penitenciárias são administrados por essa modalidade de gestão e funcionam cumprindo a finalidade a que se destinam. No Brasil, infelizmente não é bem assim. As OSs por serem ainda muito recentes, não são totalmente confiáveis porque suas gestões e gestores também não são confiáveis, principalmente na qualidade dos serviços a que se propõem administrar.

Não seria fora de propósito dizer que é bem provável, tanto nos Estados Unidos quanto na Europa, que o nível de comprometimento, gestão e fiscalização com a coisa pública seja bem mais rigoroso do que no Brasil; historicamente, o princípio da responsabilidade social com as questões de natureza internas é mais presente entre seus indivíduos. O Brasil, historicamente, sempre foi um país imprevidente no que concerne à civilismo e cidadania e isso, tal qual o mosquito *Aedes*, torna a vida do brasileiro desprovido em um eterno sofrimento.

Cristovam Buarque faz uma comparação interessante quando diz em artigo que o *Aedes aegypti* é um produto do *Aedes brasiliis* e que a consequência do casamento entre esses dois *Aedes* é o sofrimento de milhões de brasileiros contaminados com os vírus transmitidos. O *Aedes brasiliis*, continua ele, provoca

a interrupção do desenvolvimento do cérebro das crianças brasileiras quando, por descaso, deixa de lado a educação e deixa de fortalecer a escola enquanto instituição responsável pelo desenvolvimento intelectual das crianças. Por falta desse estímulo, o cérebro de nossa criança carente não evolui plenamente e não acompanha o crescimento do corpo para a fase adulta.

“Desde a Proclamação da República, provocamos várias limitações intelectuais em dezenas de milhões de brasileiros, contaminados pelo *aedes brasiliis* que induz ao analfabetismo, impedindo brasileiros de reconhecer a própria bandeira, por não serem capazes de ler ‘Ordem e Progresso’. Este é pois o grau mais violento, mas não é o único, na interrupção do crescimento intelectual do cérebro, provocado pelo *aedes brasiliis*. Também é vítima do *aedes brasiliis* cada criança jogada para fora de uma escola de qualidade antes do fim do ensino médio. Ao longo de nossa história, a maioria de nossa população vem sendo contaminada por uma zika social transmitida pelo *aedes brasiliis*” (BUARQUE, 2016: 17).

Ainda no dizer do senador Cristovam Buarque, a agravante é que, no Brasil que se diz ser um país republicano, o *aedes brasiliis* seleciona a vítima conforme a renda familiar. As crianças de alta renda dispõem de recursos para manterem-se afastadas do vírus da microcefalia intelectual, são vacinadas em boas escolas, enquanto as crianças sem esse privilégio são condenadas ao vírus social.

Continuando em sua argumentação histórica, Buarque afirma com muita propriedade que a tragédia pessoal desses milhões de contaminados pelo *aedes brasiliis* impede o desenvolvimento de seus talentos intelectuais, limitando o aproveitamento de alguns milhares desses cérebros e provocando uma microcefalia social que impede transformar o Brasil em um potente centro de desenvolvimento científico e tecnológico.

Como decorrência direta dessa microcefalia social, se perpetua o atraso econômico e social, obstrui o avanço político e a efetivação de uma sociedade verdadeiramente democrática. Além disso essa formação intelectual historicamente doentia, obstrui também a afirmação consistente de se ter, de fato, sistemas de saneamento e educação cívica capazes de barrarem a presença do *Aedes aegypti*. Finaliza Buarque dizendo que o *aedes brasiliis* provoca microcefalia social, que termina sendo a principal causa das demais formas de pobreza intelectual e, por decorrência, das doenças que são transmitidas pelo *Aedes aegypti*.

Um olhar mais apurado sobre o comportamento dos políticos e administradores da saúde pública é perceptível a distância que existe entre o discurso e a atuação desses personagens no contexto médico-social. Mentem de maneira cínica e inescrupulosa, pois os discursos são, via de regra, otimistas e moralizantes, mas que logo são desmascarados pela postura prática que assumem diante de uma realidade social carente de soluções virtuosas. É decepcionante

observar que o bem do interesse público, que deveria estar acima dos interesses pessoais, é colocado à margem para que conjecturas político-mercantilistas particulares se realizem de forma sistemática e naturalmente. Então, o que se tem diante dos olhos são duas situações concretas e imutáveis, ou seja, de um lado o que é dito pelo discurso ético-moralizante e do outro o que se faz através de uma prática antiética e desmoralizante.

Nesse sentido, há absoluta falta de coerência no indivíduo que assume um cargo de natureza pública, mas que, na prática, transforma essa responsabilidade com o bem comum em interesse político-econômico pessoal. Supra sumo do contra senso, devidamente protegido pela impunidade. O discurso que é bem elaborado e manifesto através de uma retórica empolada, juntamente com a proteção institucional dos gabinetes oficiais de que dispõe, são as armas habilmente utilizadas pelos mal-intencionados para impressionar os incautos, desvalidos e miseráveis, no caso o vasto e predominante segmento pobre da sociedade brasileira.

Em meio a tantos desmandos e imoralidades com a coisa pública, no caso a saúde pública, o que se tem como realidade crua e, ao mesmo tempo, cruel é um cenário social desolador em termos de uma política sanitária e de higiene para a população desfavorecida, ignorada no que concerne à acesso ao saneamento básico, fundamental para preservação da vida, da saúde e do meio ambiente.

Como consequência, seis milhões de brasileiros não tem sequer acesso a banheiros, o que leva o indivíduo ao limite da miséria humana. A esperança de reversão desse cenário triste e vergonhoso vem de alguns setores da sociedade civil, como por exemplo, a campanha da Fraternidade da Igreja Católica de 2016 que tem como tema o saneamento. Ou os sistemáticos apelos da Confederação Nacional da Indústria pela democratização da água e do esgoto.

É preciso que haja envolvimento e comprometimento não só por parte da sociedade civil para superação de tal anomalia, mas também e principalmente por parte dos governantes do país de uma maneira geral. Enquanto essa tomada de consciência não ocorrer, os mosquitos e os gestores da saúde pública vão continuar proliferando impunemente, principalmente contra a população brasileira mais pobre.

Referências bibliográficas

- SENRA SOUZA, Paulo Marcos. SAÚDE no PAÍS DOENTE. *In: O Globo*, 03/01/2016, p.13.
- BACELAR, Carina. A PENÚRIA DA SAÚDE. O Diagnóstico da Crise. *In: O Globo*, 27/12/2015, p. 8.
- _____. EM CRISE, PEDRO ERNESTO ANTECIPA ALTA DE PACIENTES. *In: O Globo*, 29/01/2016, p.17.
- BOTTARI, Celia C. E. TCE ANUNCIA DEVASSA EM SEIS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. *In: O Globo*, 20/01/2016, p.18.
- FRAGA, Isabela. CRISE NA SAÚDE DO RIO DE JANEIRO SUSCITA CRÍTICAS AO MODELO DE TERCEIRIZAÇÃO. *In: VozeRio*, Pref. Cidade do R.J., Boletim Eletrônico, capturado em 22/01/2016.

- GUIMARÃES, Saulo P. SAÚDE NA UTI. Uma Doença Crônica do Rio. *In: VozeRio*, Pref. Cidade do R. J., capturado em 07/01/2016.
- VENTURA, Zuenir. PRECE AO PADROEIRO. *In: O Globo*, 20/01/2016, p. 21.
- BERTA, Ruben. MODIFICAÇÃO GENÉTICA REDUZ LARVAS DE AEDES. *In: O Globo*, 20/01/2016, p.13.
- DALE, Joana. O MOSQUITO TAMBÉM ANDA DE ÔNIBUS. *In: O Globo*, 20/01/2016, p.2
- WERNECK, Antonio. BOTTARI, Elenice. SAÚDE DO RIO. *In: O Globo*, 18/01/2016, p.6.
- BAHIA, Ligia. SAÚDE EM QUARENTENA. *In: O Globo*, 18/01/2016, p.12.
- CÔRTEZ, Eduardo. O DRAMA DE UM HOSPITAL. *In: O Globo*, 29/01/2016, p.17.
- SOUZA, André. UMA EPIDEMIA DE FRASES INFELIZES. *In: O Globo*, 26/01/2016, p.3.
- FERNANDES, Rubem Cesar. OSs, ENTRE O ESTADO E O MERCADO. *In: O Globo*, 04/02/2016, p.15.
- BUARQUE, Cristovam. AEDES BRASILIS. *In: O Globo*, 22/01/2016, p. 17.
- _____. PERDEMOS FEIO. *In: O Globo*, 06/02/2016, p.15.
- CHAVES, Ricardo. AQUINO, Henrique. A AGONIA DO HOSPITAL PEDRO ERNESTO. *In: O Globo*, 07/02/2016, p. 17.

Uma Ética Holística para as Gerações Futuras: caminho para o Novo Direito Ambiental

Maria de Fátima Alves São Pedro¹

Resumo

O presente artigo aborda a pertinência de se investigar as preocupações fundadas na ética e no Direito Ambiental, com vistas a defender e a preservar o meio ambiente, para as atuais gerações humanas e as futuras possíveis, por se tratar de um direito que vincula a todos objetivando um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Neste diapasão, apresenta a ética ambiental em uma perspectiva da solidariedade e da responsabilidade diante do meio ambiente, isto é, a ética ambiental como um sistema ambiental em busca de caminhos alternativos, chegando a uma proposta holística com a finalidade de mostrar um novo direito ambiental, amparado por uma responsabilidade pautada na ética da sustentabilidade.

Palavras-chave: Direito ambiental; ética ambiental; sustentabilidade e responsabilidade.

Abstract

This article discusses the relevance to investigate the concerns based on ethics and on environmental law, with a view to defend and preserve the environment for current and future generations as possible, because it is a right that link all aiming at a balanced ecological environment. In this tuning fork features environmental ethics in a perspective of solidarity and responsibility on the environment, that is, the environmental ethics as an environmental system in search of alternative paths to a holistic proposal in order to show a new environmental law, supported by a responsibility based on ethics of sustainability.

Keywords: Environmental law; environmental ethics; sustainability and responsibility.

Introdução

Este trabalho tem por objetivo analisar a pertinência de se investigar as preocupações fundadas na ética e no Direito Ambiental, com vistas a defender e a preservar o meio ambiente, para as atuais gerações humanas e as futuras possíveis, por se tratar de um direito que vincula a todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Até há bem pouco tempo, os direitos tutelados eram interpretados de tal modo que seus titulares eram os indivíduos, entretanto, ultimamente, surgiu um interesse ou direito, denominado difuso, que é indivisível e tem natureza

¹ Doutora em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (IFCS-UFRJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: fatimasaoopedro@gmail.com

metaindividual e, ainda, é indeterminável quanto ao sujeito. Esse novo interesse é indisponível, fugindo, em muito, às regras tradicionais do Direito e da Ética e, como consequência, faz uma série de indagações ao sistema jurídico e aos modelos éticos, que tentam se adequar para fazer face à sua efetiva proteção dada a relevância contemporânea dessa discussão.

Neste sentido, para a tutela das atuais gerações humanas e as futuras possíveis, caminha o presente estudo para a sustentabilidade do desenvolvimento humano e a preservação do meio ambiente, desembocando num confronto teórico e prático de posições antagônicas, o que necessário se faz uma discussão do desenvolvimento de uma nova ética ambiental que levará para mudanças de estilo de vida e comportamento social, abordando a ética ambiental sob o prisma de patrimônio ambiental da coletividade.

Neste diapasão, a ética ambiental propõe um sistema de valores que deve orientar a vida dos seres humanos, no intuito de preparar homens capazes de perceber a necessidade de futuro, de mudar a orientação atual da cultura ambiental.

Neste prisma, adota-se o imperativo da responsabilidade que resulta do poder do homem contemporâneo sobre si e sobre o planeta. Caracteriza-se por ser uma responsabilidade perante a natureza e perante o próprio homem.

O trabalho está organizado com o intuito de apresentar o Direito Ambiental que ultrapassando o âmbito de disciplina acadêmica assume o posto privilegiado de saber jurídico, teórico e prático, como verdadeira ciência interdisciplinar do comportamento humano em fase do meio ambiente que o envolve.

Para a construção do proposto, apresenta-se a relação do homem com a natureza como um sistema de produção de atividades humanas, que afetou e afeta o meio ambiente e é entendido como a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propicie o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.

A consciência contemporânea dos limites do crescimento não se deteve somente na impossibilidade de atender as demandas infinitas com recursos finitos. Desta feita, a sustentabilidade do desenvolvimento humano, principalmente, na era tecnológica e a preservação do Planeta deságuam numa disputa teórica e prática de posições antagônicas. Portanto, qual é o centro da preocupação atualmente, a espécie humana ou o Planeta como um todo? Junto a esta indagação nasceu, numa espécie de desafio recíproco, as posições paradigmáticas que amparam o direito ambiental.

Esta responsabilidade para com as gerações futuras e com a natureza, é, indubitavelmente, um marco de referência para a construção de uma ética da sustentabilidade e, nesse sentido, possibilita a construção de um novo Direito Ambiental.

Finalmente, o trabalho apresenta um paradigma ético para um novo direito ambiental e para a análise do proposto, discute-se a ética ambiental em uma perspectiva da solidariedade e da responsabilidade diante do meio ambiente e, ainda, discute a ética ambiental como um sistema ambiental em busca de

caminhos alternativos, chegando a uma proposta holística com a finalidade de mostrar um novo direito ambiental, amparado por uma responsabilidade pautada na ética da sustentabilidade.

O Direito e a questão Ambiental: uma nova Reflexão Ética

Nos últimos anos, o Direito e a questão ambiental defrontaram-se de maneira explícita, visto que a realidade viva e mutante do Planeta requer e impõe novas normas de conduta aos homens e a sociedade: é desta forma que se pode compreender o aparecimento do Direito Ambiental, ramo novo da Ciência Jurídica.

O mesmo sucede com a Ética em relação a essa nova ordem planetária. As solicitações ambientais alcançam, também, o comportamento humano em face do mundo natural e seus recursos, assim como do mundo dos homens e suas próprias realizações, pois a presença do homem é fator determinante da qualidade do Planeta. A Ética, portanto, defendida na visão corrente, protege os interesses da conduta humana susceptível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente à determinada sociedade, seja de modo absoluto.

Assim, a emergência de uma nova reflexão ética é de extrema urgência nos dias de hoje, sobretudo de uma Ética Ambiental que possa refletir e reagir aos diversos danos causados ao meio ambiente. A referida urgência é decorrente de um crescente processo de mundialização e dos diversos problemas que alcançam a toda a humanidade, sejam eles de cunho econômico, éticos, existenciais ou ambientais.

O meio ambiente deve ser definido a partir de uma concepção sistêmica, reconhecendo-o como uma totalidade, um conjunto de ações e circunstâncias, naturais, culturais, sociais, físicas e econômicas. Na realidade, houve uma verdadeira mudança de paradigma, de uma visão de mundo mecanicista a partir de Descartes e de Newton para uma visão holística, que para Capra (2010, p. 25-26), o mundo é um todo integrado, e não como uma coleção de partes dissociadas, reconhecendo o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebendo os seres humanos como um fio particular na teia da vida. Ainda, segundo Capra (2010, p. 25) esta visão também pode ser denominada de visão ecológica, se o termo for empregado num mesmo sentido muito mais amplo e mais profundo que o usual.

Ora, os elementos individuais, bióticos e abióticos, do meio ambiente jamais se encontram isolados uns dos outros, havendo sempre uma interação entre eles, um influenciando as propriedades dos demais, o que torna impossível uma dissociação. Cada elemento da biosfera desempenha uma função importante diante dos demais, criando um sistema ambiental de inter-relacionamento entre as espécies e o meio físico, do qual depende a sobrevivência de todos. Entretanto, nos dizeres de Mirra (2004, p. 17), o homem, como ser cultural, desenvolve

formas específicas de interação com o meio físico e com as demais espécies a fim de satisfazer suas necessidades biológicas e sociais, fazendo desse acervo social e antropológico um bem cultural integrante do meio ambiente.

Portanto, o meio ambiente se caracteriza pela constante interação e interdependência dos elementos naturais e artificiais e dentro deste contexto está inserido o ser humano, não só como parte integrante deste sistema, mas também como dependente de seu equilíbrio para sua própria sobrevivência. Segundo Carvalho (2000, p. 202), as mudanças provocadas no ambiente a partir das atividades humanas, muitas vezes causando danos ecológicos não é recente, os romanos já os sentiam. No período entre 400 e 500 a. C., aquedutos tiveram que ser construídos para abastecer Roma de água potável, em virtude da água do Tibre ter-se tornado imprópria para o consumo doméstico.

No entanto, a partir de fins do século XIX, e mais especificamente após a II Guerra Mundial, com as novas descobertas científicas e os avanços tecnológicos, o homem intensificou sua intervenção na natureza, alcançou conquistas extraordinárias, mas por meio de uma intensa e insustentável exploração dos bens naturais.

No mundo inteiro começam a surgir os resultados negativos atrelados a essa concepção de crescimento econômico sob qualquer custo que estimula o consumismo desenfreado. São relacionados inúmeros acidentes ecológicos de proporções gigantescas como em Minamata (1953), Seveso (1976), Schweizerhalle (1986), Oeste de Sines (1989), Coruche (1988), Alaska (1989), dentre outros (SENDIM, 2002, 9-12).

Neste âmbito, ainda que não seja dispensado o tratamento por bem ambiental específico, deve-se sempre trabalhar com a visão totalizante, ou seja, o meio ambiente, na realidade, é constituído por um complexo de relações que não podem ser vistas de forma seccionada, isolada, inconsequente.

Ética Ambiental: Solidariedade e Responsabilidade diante do Meio Ambiente

Atualmente, vem sendo anunciado o surgimento de um novo paradigma ético para a humanidade, ou, como ensina Karl-Otto Apel, “uma ética de responsabilidade solidária em face da crise ecológica da civilização técnico-científica” (APEL, 1994, p.172), que possibilita a orientação éticopolítica fundamental para uma era marcada pelo agravamento da crise ambiental e que leva em consideração a sustentabilidade planetária e a responsabilidade para com as gerações futuras.

A problemática ambiental abriu um processo de transformação do conhecimento, expondo a necessidade de gerar um método para pensar de forma integrada e multivalente os problemas globais e complexos, assim como a articulação de processos de diferente ordem de materialidade. Deste modo, o

conceito de ambiente penetra nas esferas de consciência e do conhecimento, no campo da ação política e na construção de uma nova economia, inscrevendo-se nas grandes mudanças do nosso tempo, segundo Leff (apud HEIMBECHER, 2001, p. 33).

O desenvolvimento sustentável e a sustentabilidade abordam a associação de variáveis sociais, ambientais e econômicas como forças conjuntas para o crescimento e o desenvolvimento de um país, uma região ou um local, abraçam questionamentos para uma revisão do modelo econômico atual frente às evidências de iniquidade social, de imprudência com o ambiente e de inviabilidade econômica, e onde se fundamenta e se organiza um campo interdisciplinar, o “saber ambiental”, segundo Leff (apud HEIMBECHER, 2001, p. 33). Este saber busca integrar sociedade-ambiente-economia para um crescimento e desenvolvimento que atenda às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras também atenderem as suas, o que compõe o postulado ético intergeracional que é ponto central do desenvolvimento sustentável.

O marco teórico para a compreensão do conceito de sustentabilidade, bem como a internacionalização da problemática ambiental, se dá a partir da Conferência de Estocolmo, de 1972. Segundo SILVA (2010, p. 168), Estocolmo “marcou o ambientalismo mundial, foi convocada em razão da necessidade de discutir temas ambientais que poderiam gerar conflitos internacionais”. Teve sua importância também como um referencial para o Direito Internacional Ambiental e, ainda, consagrou o meio ambiente como um direito humano tanto das presentes quanto das futuras gerações, tendo o homem como o centro de todas as coisas. No entanto, o conceito de sustentabilidade surge inicialmente como um tema ligado tanto à economia quanto a ecologia, por esta razão se usa a expressão “desenvolvimento sustentável”.

O conceito de “desenvolvimento sustentável” passou por várias concepções desde suas primeiras formulações surgidas na década de 1980. Sua mais conhecida definição é a de um desenvolvimento capaz de “suprir as necessidades da geração presente sem afetar a habilidade das gerações futuras de suprir as suas”. O conceito foi difundido pela Comissão Mundial Sobre o Meio Ambiente em 1987, através do célebre documento intitulado “Nosso Futuro Comum”, também conhecido como Relatório *Brundtland*. Esta concepção se baseou em dois conceitos-chave: o conceito de “necessidades”, sobretudo as necessidades essenciais dos pobres no mundo, que devem receber a máxima prioridade e a noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social impõe ao meio ambiente, impedindo-o de atender às necessidades presentes e futuras.

Assim, desenvolvimento sustentável não significa somente a conservação dos recursos naturais, ele é um planejamento territorial, das áreas urbanas e rurais, um gerenciamento dos recursos naturais, um controle e estímulo às práticas culturais, à saúde, alimentação e, sobretudo, qualidade de vida com distribuição justa de renda *per capita*.

O desenvolvimento sustentável requer o reconhecimento de uma igualdade entre as gerações que pressupõe, além do direito das gerações atuais de terem um ambiente saudável e ambientalmente equilibrado, que esse direito se estenda às próximas gerações. É evidente que a solução de problemas dessa natureza ultrapassa em muito alternativas simplistas de caráter apenas técnico e/ou econômico. É uma questão que só poderá ser solucionada pelo aprofundamento da reflexão ética. (ALENCASTRO; HEEMANN, 2007)

Neste contexto, importante ter sempre associado que a característica primordial de um Estado Ambiental é a solidariedade, cujos objetivos são a busca da defesa e proteção dos ambientes, promoção da qualidade de vida e ética, educação, gestão e democracia ambientais. Portanto, o principal fundamento da boa governança é o compromisso com a ética, entendida na Agenda 21², como um código de valores partilhados por toda a sociedade, com o objetivo de proteger o conjunto de seus membros contra os interesses de uma minoria. Ao fixar limites para o comportamento individual, a ética, em realidade, estabelece condições de previsibilidade necessárias ao bom funcionamento do corpo social, inclusive no mundo privado e dos negócios.

Da mesma forma, para Leff (2001, p.86-87), a ética deve ser capaz de propor um sistema de valores associados a uma “racionalidade produtiva alternativa, a novos potenciais de desenvolvimento e a uma diversidade de estilos culturais de vida”. Para o autor, os princípios éticos do ambientalismo devem se desdobrar em sistemas para reger a moral individual e os direitos coletivos.

Partindo-se do entendimento de que a ética auxilia as sociedades a buscar o que é bom e desejável para todos, parece evidente que a dimensão ética assume um papel importantíssimo nas discussões sobre a sustentabilidade e, no que diz respeito, às preocupações e ao cuidado com o meio ambiente e com as gerações futuras. A responsabilidade parece estar no cerne desta ética.

Direito Ambiental: Ciência Interdisciplinar do Comportamento Humano

O Direito surge com a norma, e esta se rege de acordo com a transformação da sociedade. Portanto, se a sociedade extrapola determinada área social, adotando condutas inadequadas, aparece então o direito para regular a situação. Toda norma surge da necessidade de se impor certos limites à conduta humana, de se tentar organizar uma sociedade, para que esta não chegue ao caos.

² A Agenda 21 foi um dos principais resultados da conferência Eco-92 ou Rio-92, ocorrida no Rio de Janeiro, em 1992. É um documento que estabeleceu a importância de cada país a se comprometer a refletir, global e localmente, sobre a forma pelas quais governos, empresas, organizações não governamentais e todos os setores da sociedade cooperar no estudo de soluções para os problemas socioambientais. A Agenda 21 se constitui num poderoso instrumento de reconversão da sociedade industrial rumo a um novo paradigma, que exige a reinterpretação do conceito de progresso, contemplando maior harmonia e equilíbrio holístico entre o todo e as partes, promovendo a qualidade, não apenas a quantidade do crescimento.

O Direito Ambiental é um ramo, relativamente novo, da Ciência Jurídica clássica, cujas normas surgiram justamente da necessidade de se regulamentar a conduta do homem sobre a utilização dos recursos que a natureza dispõe. É fruto de uma ideologia constituída numa visão de mundo dinâmico. Seus conceitos, pode-se arriscar dizendo, estão em construção. Nesse ambiente de construção, urge uma busca filosófica no sentido de dar uma maior concordância dos conceitos a uma nova ideologia. Análogo a tudo isto está uma discussão filosófica. A filosofia sempre surge em momentos de mudança de paradigma e sua função é explicar o fracasso do modelo passado e discutir um modelo futuro.

Por este sentido, a noção de domínio jurídico tem se ampliado, pois até bem pouco, tempo os direitos restringiam-se somente aos seres humanos. Agora, questiona-se o Direito das gerações vindouras e dos novos sujeitos de direito que se apresentam ao mundo jurídico, como a flora e a fauna. Os demais seres vivos começam a serem vistos como sujeitos de Direito. Por conseguinte, o Direito é apontado como uma forma de limitação, no qual a balança busca o equilíbrio necessário e pune os abusos.

No entanto, a índole clássica e conservadora da ciência jurídica, voltada para o ordenamento formal das ações humanas na vida em sociedade, explica por si só uma tendência conatural para o antropocentrismo. A distinção quase básica entre pessoas e coisas estabelece grande diferença entre dois mundos complementares e recíprocos, todavia separados por um fosso intransponível que, ao seu modo, a legislação cada vez mais especializada alarga e mantém aberto.

Deste modo, a presunção do ora debatido é no sentido de provocar a discussão crítica acerca do antropocentrismo – que por fatores históricos, culturais, religiosos, filosóficos, éticos etc. – se mostra na *práxis* das relações entre Homem e Ambiente e se posiciona na essência epistemológica do Direito Ambiental, em seus primeiros passos.

A proteção do meio ambiente e, por consequência, do Direito Ambiental, suscita muitas questões metajurídicas, dentre as quais se destacam as questões paradigmáticas. Tais questões, em última análise, têm posto em foco o ensaio contemporâneo de compatibilizar a abordagem inicial e clássica do Direito Ambiental, antropocêntrica, em uma visão mais solidária ou, em uma perspectiva ecocêntrica. Assim, “as principais questões éticas que a proteção do meio ambiente coloca estão envolvidas com a proteção da natureza; proteção das gerações futuras e desigualdade com relação aos ônus ambientais”, segundo exposto por Antunes (2012, p. 55). Portanto, a proteção da natureza em si mesmo, considerando-a como um valor intrínseco, é um dos principais pontos do debate ambiental da atualidade e é um dos pontos de maior divergência entre todos os que se empenham na defesa ambiental. Portanto, a proteção das gerações futuras é tema relevante no Direito Ambiental, haja vista que as medidas de proteção ao meio ambiente são tomadas com o intuito de tutelar a vida e preservar as espécies.

Desta feita, um dos objetivos do Direito Ambiental é fazer com que a humanidade consuma recursos ambientais de modo mais parcimonioso possível,

como maneira de assegurar a sustentabilidade dos recursos. A essa forma de proceder se dá o nome de equidade intergeracional, buscando que a geração atual respeite os direitos das gerações futuras.

O Direito Ambiental carrega forçosamente a questão central de suas relações com outras ciências, portanto, sua definição é funcional (a proteção do meio ambiente), sob o ponto de vista material, ele tem um núcleo de disposição, porém se apresenta como uma justaposição com outros ramos do direito.

O desenvolvimento do Direito Ambiental brasileiro é, primeiramente, apresentado sob o prisma jurídico-constitucional. O artigo 225 da CRFB inaugurou as disposições jusfundamentais acerca do meio ambiente. No entanto, percebe-se nitidamente a prevalência da perspectiva antropocêntrica nessa tutela ambiental. A concepção vigente é de que o meio ambiente deve ser preservado porque ele é útil ou ao menos necessário à sadia qualidade de vida.

Esta dimensão é clara quando a Constituição Federal aduz em seu texto que todos, (norma direcionada aos seres humanos) têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo (visão antropocêntrica) e essencial à sadia qualidade de vida (visão antropocêntrica), impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-la e preservá-la para as presentes e futuras gerações (visão antropocêntrica).

Tanto que, atualmente, o Direito Ambiental, enfrenta um grande desafio quanto à admissão dos seus princípios no ordenamento jurídico, em decorrência da contrariedade aos interesses econômicos que representam. Interesses esses voltados exclusivamente para a tutela do homem.

Desta exposição, percebe-se que há uma responsabilidade em cada indivíduo, que deve exercê-la sempre em prol do saudável convívio com os seus semelhantes e com o seu meio circundante.

Como consequência deste regramento surge um dever de agir, que por sinal gera uma obrigação de fazer ou de não fazer determinada coisa. Neste preciso momento, é que se deve imprimir ao Direito Ambiental uma visão holística, através de uma ética sustentável, asseverando que nenhum crescimento econômico deve justificar a degradação ambiental de maneira a estabelecer uma ruptura intertemporal nas cadeias de reprodução da vida. Neste sentido, todo desenvolvimento econômico possui um limite, um ponto nodal que representa o ponto de equilíbrio da sustentabilidade ambiental, jurídica, social e econômica.

Transformações nesta ideologia requerem uma redefinição do paradigma de desenvolvimento empregado hoje nas normas ambientais e, por via de consequência no Direito Ambiental vigente. Portanto, para que haja alteração no norte no que tange a sustentabilidade ambiental se faz necessária uma vasta discussão, não local, mas planetária.

A primeira tentativa desta discussão veio com a Conferência Rio + 20 que trazia, na maior parte dos debates, a economia verde como tema. Conforme já mencionado, esta Conferência também imprimiu a primeira decepção, pois sequer chegou a um consenso sobre o conceito de economia verde.

Em prol da almejada sustentabilidade ambiental é irremediavelmente necessário que os seres humanos se comportem de forma responsável.

A sociedade contemporânea da tecnociência tem consolidado o processo evolutivo do conceito de responsabilidade, uma vez que os avanços do conhecimento científico e suas aplicações tecnológicas provocam novos questionamentos sobre a natureza moral e jurídica do instituto da responsabilidade. Desta feita, o princípio da responsabilidade é resultado das preocupações do filósofo contemporâneo Hans Jonas com as demandas que ameaçam o Planeta, fazendo assim surgir uma “ética do futuro” e uma obrigação precaucional para evitar catástrofes.

O homem atual é cada vez mais responsável por tudo de negativo que fez no passado e por tudo aquilo que fará no futuro do Planeta. Este homem constitui-se como um ator coletivo, que passa a ter responsabilidade muito mais com o futuro indeterminado do que pelo espaço atual de ação. Em razão de todas as transformações ocorridas na sociedade pelo aprimoramento da técnica e das ingerências constantes nos recursos naturais, a moralidade precisa invadir a esfera do produzir, da qual ela se mantinha afastada anteriormente, e deve fazê-lo na forma de políticas públicas (JONAS, 2006, p. 44). Assim sendo, a responsabilidade estabelecida pela natureza independe do aceite precedente do homem, visto ser uma responsabilidade irrevogável, incancelável e global.

Partindo, ainda, desta concepção, e trazendo os fundamentos jonasiano pode-se observar, claramente, surgindo no horizonte uma nova cena moral em decorrência dos novos poderes apreendidos e utilizados pelo homem, que, com o aprimoramento das suas habilidades/técnicas eliminou radicalmente o que diferenciava o meio ambiente natural do artificial, de maneira que o meio natural foi sugado pelo artificial, criando assim um novo “meio ambiente”. Dessa forma, demonstrando que o meio ambiente era tido como renovável e imperecível, mas, agora, diante dos feitos/danos humanos, o perecer da totalidade planetária e da sua natureza tornou-se uma possibilidade real, aqui e agora, e por causa disso é essencial debruçar-se sobre um novo princípio de responsabilidade fulcrado num novo paradigma, com bases tutelatórias para a natureza planetária, isto é, para as vidas em todas as suas formas.

Destarte, essa ética global, holística, de fraternidade respeitadora e criadora da vida se há de concretizar em uma responsabilidade igualmente universal, diferenciada e compartilhada com todos. Todos serão responsáveis de maneira solidária, mas cada um assumindo seus espaços de ação e entrosando seu agir com a iniciativa e a participação do próximo. Seguindo a mentalidade que a liberdade de um não acaba onde começa a liberdade do outro, mas com ela se articula para juntos consolidar o bem de todos.

Assim sendo, contrapondo ao modelo antropocêntrico, a ciência ambiental, bem como a ciência jurídica, vem se aproximando de uma perspectiva mais compreensiva da vida, doutrinariamente denominada ecocêntrica, na qual os interesses do mundo natural e dos seres vivos não humanos são tão importantes como o da espécie humana. Isto é, tornando o primado da tese do preservacionismo

ambiental para o próprio ambiente e não somente para salvaguardar à existência humana.

Logo, para o Direito Ambiental, respaldado nas posições aqui apontadas, o conceito de meio ambiente deve receber uma amplitude. O meio ambiente deve ser visto de maneira integral e pluridimensional do compêndio naturalístico, pois assim, o meio ambiente consiste, ao mesmo tempo, em um meio e um sistema de relações. Deste modo, o meio ambiente é o conjunto das bases e dos equilíbrios das forças, que regem a vida em todas as suas formas, interlaçando com a mesma simbiose e parasitismo de todos os elementos ambientais.

Tem-se, ainda, como ambiente um conjunto de elementos natural ou artificial que de uma maneira positiva ou negativa pode influir sobre a dignidade e qualidade da vida. Portanto, o ambiente deve ser considerado juridicamente autônomo das necessidades do homem e de acordo com uma visão sistemática do mesmo, como é expresso na Teoria da Hipótese Gaia, segundo a qual o planeta Terra só adquiriu este ambiente em função da interligação entre os diversos organismos vivos como partes de um único ecossistema global.

Apesar da Teoria não ser totalmente aceita nos meios acadêmicos e científicos, quanto à unidade orgânica da vida na Terra, a mesma já é aceita quanto à interligação entre os ecossistemas.

Segundo Lovelock (1991), a Terra está viva, e por essa teoria, tem-se como certo que qualquer degradação ambiental, por menor que seja, causará danos irreparáveis no ecossistema global. Assim, todas as atividades humanas devem convergir para a totalidade, isto é, para o ambiente global. Neste sentido, o Direito Ambiental não pode considerar tutelas estanques, visto que, todas as espécies existentes no planeta não podem ser consideradas desvinculadas.

Perspectivas Gerais de uma Ética Holística: um Novo Direito Ambiental

Para melhor entender a ética adotada, *mister* se faz conceber o mundo como um todo integrado e não como uma coleção de partes dissociadas, neste sentido Capra (2010, p. 25) traz a Ecologia Profunda³, como um novo paradigma que pode ser chamado de uma visão holística. Neste sentido, também pode ser denominado de uma visão ecológica. Isto é, este sentido amplo e profundo do ecológico está associado a uma escola filosófica e a um movimento global radical, conhecido como Ecologia Profunda.⁴

³ A Ecologia Profunda foi proposta por Arne Naess em 1973 como uma resposta a visão dominante sobre o uso dos recursos naturais. Arne Naess se inclui na tradição de pensamento ecológico-filosófico de Henry Thoreau, proposto em Walden, e de Aldo Leopold, na sua Ética da Terra. Denominou de Ecologia Profunda por demonstrar claramente a sua distinção frente ao paradigma dominante. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/ecoprof.htm>. Acesso em: 24 out. 2015.

⁴ Inspirando-se na obra de Hans Jonas, os partidários da “Ecologia Profunda” ultrapassam algumas das ambiguidades do pensamento do filósofo alemão e defendem que a natureza

Portanto, o novo paradigma pode ser chamado de uma visão holística, que idealiza o mundo como um todo coeso, e não como um conjunto de partes desconexas. Pode também ser chamada de visão ecológica, se o termo “ecológica” for agregado num sentido muito mais amplo e mais profundo que o utilizado normalmente. A percepção ecológica profunda conhece a interdependência basilar de todos os fenômenos, e o fato de que, enquanto indivíduos e sociedades encaixam-se nos processos cíclicos da natureza.

Os dois termos, “holístico” e “ecológico”, diferem ligeiramente em seus significados, e parece que “holístico” é um pouco menos apropriado para descrever o novo paradigma. Uma visão holística, digamos, de uma bicicleta significa ver a bicicleta como um todo funcional e compreender, em conformidade com isso, as interdependências das suas partes. Uma visão ecológica da bicicleta inclui isso, mas acrescenta-lhes a percepção de como a bicicleta está encaixada no seu ambiente natural e social – de onde vêm as matérias-primas que entram nela, como foi fabricada, como seu uso afeta o meio ambiente natural e a comunidade pela qual ela é usada, e assim por diante. Essa distinção entre “holístico” e “ecológico” é ainda mais importante quando falamos sobre sistemas vivos, para os quais as conexões com o meio ambiente são mais vitais.

O sentido em que eu uso o termos “ecológico” está associado com uma escola filosófica específica e, além disso, com um movimento popular global conhecido como “ecologia profunda”, que está, rapidamente, adquirindo proeminência [...]. (CAPRA, 2010, p. 25)

A escola filosófica ecologia profunda, desenvolvida por Arne Naess, traz a distinção entre “ecologia rasa” e “ecologia profunda”. Para o filósofo norueguês, a ecologia rasa é antropocêntrica, ou centrada no ser humano. A ecologia profunda não separa seres humanos – ou qualquer outra coisa – do

deve ser preservada porque tem um valor próprio, independente da sua utilidade, isto é, do nosso interesse. Criticam Jonas por, apesar de falar de “dignidade autônoma da natureza”, basear o respeito pela natureza na necessidade de as gerações humanas futuras herdarem um mundo habitável. Para eles, a natureza tem um valor intrínseco – vale por si mesma – e não instrumental. Os direitos da natureza são absolutos: temos de respeitá-la unicamente por ela própria e não por nossa causa também. Uma realidade tem valor intrínseco quando tem valor em si. A ética antropocêntrica defende que só o ser humano tem valor em si e por isso só os seus interesses contam. Uma realidade tem valor instrumental quando se lhe reconhece valor por ser útil ou por ser um meio para algo que é valioso. A ética biocêntrica, centrada na ideia de que todos os seres vivos são dignos de consideração moral, rejeita que só devamos respeitar a natureza porque isso é do nosso interesse ou do interesse das gerações humanas futuras. Em alguns quadrantes da “Ecologia Profunda”, a valorização da natureza tem sido acompanhada pelo desprezo da espécie humana. Thomas Berry, escritor do *Sierra Club Express*, a mais importante associação ambientalista dos EUA, afirmou que “a humanidade é uma aflição para o mundo... a sua existência representa uma violação dos aspectos mais sagrados da Mãe Terra”. Texto disponível em: <<http://lrsr1.blogspot.com.br/2013/10/problemas-de-etica-ambiental.html>>. Acesso em: 27 de dez. 2015.

meio ambiente natural. Ela vê o mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que estão fundamentalmente interconectados e são interdependentes. A ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida. (CAPRA, 2010, p. 26).

Esta visão holística do mundo natural, onde tudo está interligado, também serviu de inspiração para que James Lovelock elaborasse a chamada Hipótese de Gaia.

Nessa hipótese, proposta por Lovelock, inicialmente em 1960, compara a Terra com um superorganismo, um sistema adaptativo controlado, capaz de manter suas características físico-químicas em homeostase. Desta forma, propõe justamente essa interação pacífica entre as criaturas sensíveis, como tentativa de restabelecer a harmonia do universo. Já não era sem tempo. Isso porque a busca por um viver sem violência, em meio à avassaladora competitividade do mundo globalizado, ainda soa como uma singela utopia. (LEVAL, 2011).

Segundo Oliveira e Borges (2008, p. 21), a ética de Gaia é aquela revelada pelos sistemas complexos que formam um todo orgânico vivo, com características próprias tanto dinâmicas quanto homeostática. Enquanto a dinâmica revela o que muda, a homeostase indica a capacidade de manutenção de uma condição estável de um sistema como o dos seres vivos, que regulam seu ambiente interno perante as mudanças do ambiente externo. Tudo o que está vivo aparece como sistema complexo porque nele cada parte deve ser vista não como um organismo isolado, mas interdependente, malgrado seja diferenciado de todos os outros e contenha atributo próprio numa medida indefinidamente grande. Nessa perspectiva, tudo o que vive é marcado pela diferença e ao mesmo tempo pelo equilíbrio. No mesmo, texto o autor esclarece que essa visão foi reconhecida no documento final da Conferência de Amsterdam, realizada em 2001.

Pelo exposto, é nítida a distinção efetuada pelo biocentrismo entre o vivente e não vivente. Só aquele, enquanto entidade orgânica individualizada possui estatuto ético e, por isso, apenas o organismo possui valor intrínseco: os seres não vivos (água, ar, solos) bem como as espécies (entidades coletivas) e ecossistemas, têm valor instrumental.

Assinala-se aqui a crítica que é movida ao biocentrismo pelo ecocentrismo. Segundo esta abordagem, tanto a ética animal como o biocentrismo constituem modelos éticos atomistas, que privilegiam o indivíduo, desprezando o contexto relacional que o define. Na realidade, segundo a corrente ecocentrista trata-se de um modelo que reproduz os princípios subsumidos pelas éticas tradicionais que elegem o indivíduo enquanto unidade puramente atomística, como sujeito moral e, portanto, de direitos. Segundo esta crítica, os indivíduos são encarados *per se* fora do conjunto de relações que os define e determina. Para os defensores do ecocentrismo, é justamente a consideração por essa rede contextual que caracteriza uma genuína ética do ambiente.

A tese ora defendida tem por desafio trabalhar o rompimento com a perspectiva baseada em valores antropocêntricos e assumir uma mudança de paradigma, adotando uma postura voltada para os valores ecocêntricos (centralizados nos direitos da Terra, do conjunto das espécies e no respeito à biodiversidade). O ser humano não vive em um mundo à parte. Ao contrário, o homem ocupa cada vez mais espaço no Planeta e tem se comportado de maneira predatória contra todas as formas de vida ecossistêmicas. Portanto, não há justificativa para a dinâmica demográfica humana destruir a dinâmica biológica e ecológica. A sustentabilidade deve estar baseada na convivência harmoniosa entre todos os seres vivos.

Esta mudança paradigmática era para ter sido presenciada, pela geração atual, na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio + 20, quando, em âmbito global, as ambiguidades do conceito de desenvolvimento sustentável, deveriam abordar as questões demográficas e os direitos da Terra e dos animais, numa perspectiva ecológica e holística. Contudo, a preocupação com a Economia Verde não tem dado espaço para se pensar formas alternativas de organização social e de interação econômica que superem o modelo atual de produção e consumo. O colapso ecológico/ambiental pode se tornar irreversível se a comunidade internacional não entrar em um acordo para reverter as tendências do aquecimento global e da depleção dos recursos naturais. O passo fundamental e necessário passa pelo rompimento com o antropocentrismo e a construção de um mundo justo e ecocêntrico.

Desta forma, uma visão ecocêntrica para a defesa ambiental e uma política pública voltada para a Ética Ambiental. Portanto, entende-se ser a saída para a preservação dos recursos naturais destinados às gerações futuras, visto que, o antropocentrismo, reflete uma visão instrumentalista do meio ambiente visivelmente antagônica ao momento atual, pois a ruptura do modelo de que os recursos naturais são infinitos e que o desenvolvimento é primordial, mesmo destruindo a natureza, necessita ser revisto como um paradigma do passado.

Considerações finais

O ser humano vem passando por inúmeras transformações comportamentais ao longo de sua existência na face da Terra. Atualmente, identifica-se uma desestruturação que se instalou tanto no que diz respeito às práticas morais e sociais quanto no que concerne à sua relação com o meio ambiente.

Nas últimas décadas, ao mesmo tempo em que se esclarecem e consolidam alguns conceitos relativos à questão ambiental, delinea-se uma nova posição da sociedade humana em face do meio ambiente. Isto não significa que os novos conceitos e posições sejam pacífica e unanimemente aceitos: simplesmente se quer dizer que está colocada em questão toda a gama de relações que o homem vem mantendo há milênios com os demais componentes do ecossistema planetário da Terra.

À primeira vista, a expressão “meio ambiente” remete-se à ideia de natureza, ou seja, da água, do ar, do solo, da fauna e da flora. Enfim, o meio ambiente natural. No entanto, o conceito de meio ambiente é muito mais globalizante, abrangendo não só o meio ambiente natural, mas também o meio ambiente artificial, o meio ambiente cultural e o meio ambiente do trabalho, propiciando o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.

Para servir de instrumento de proteção do meio ambiente e da sociedade como um todo, disciplinas normativas passaram ocupar-se de modo mais intenso com matéria ambiental, dentre elas o Direito e a Ética.

Nesse momento, surge um novo direito, o ambiental. Ramo novo, porém com os ranços da velha Ciência Jurídica, pautada no positivismo Kelseniano, que no mesmo sentido, de conferir maior objetividade ao direito, reduziu-o à lei. Portanto, ele surge como um conjunto de normas que tutelam as relações do homem com os elementos que compõem o meio ambiente.

A humanidade demora toda a sua existência para entender a verdadeira importância da biodiversidade, e que sem a sua preservação, não haverá garantia de sobrevivência da maioria das espécies.

Foi difícil perceber que os recursos naturais não são inesgotáveis, e que todas as nossas atitudes que atingem direta ou indiretamente o meio ambiente, também irão nos prejudicar. A demora da percepção e mudança de visão do mundo é lamentável. Felizmente, já existem normas, do âmbito internacional ou local, para servir de instrumento de proteção do meio ambiente e da sociedade como um todo. Para isso é que houve a intervenção do direito em matéria ambiental.

A matéria ambiental tratada pelo direito recebe proteção enquanto direito difuso, que veio para dar suporte à manutenção do ambiente ecologicamente equilibrado, o qual é bem de uso comum do povo, e essencial à sadia qualidade de vida.

Este novo ramo do Direito que veio cuidar da matéria ambiental, teria surgido com a sagrada missão de conservar a vida, em todas as suas formas, através de um equilíbrio entre a ação humana e a capacidade de suporte do Planeta Terra, preservando a natureza e o meio em que se vive para a presente e para as futuras gerações.

Pode-se dizer, portanto, que o Direito Ambiental tem como objetivo um desenvolvimento sim, porém de forma sustentável.

O paradigma ambiental predominante atualmente é o antropocentrismo, que tem como base motivacional o interesse em manter a qualidade de vida, a saúde e a existência da humanidade, definindo que é necessário preservar os recursos naturais e o ecossistema, unicamente com esse fim. Embora se reconheça que os pressupostos desse paradigma possam legitimar a destruição ambiental, ele continua sendo a perspectiva predominante.

Como paradigma oposta ao antropocentrismo, encontra-se o ecocentrismo, que defende o valor não instrumental dos ecossistemas e da ecosfera, cujo

equilíbrio seria limitante a determinadas atividades humanas. Nessa visão, a ecosfera possui valor intrínseco, que vai além daquele associado ao benefício humano.

O antropocentrismo e o ecocentrismo acabam por receberem críticas por não preverem, respectivamente, a conservação da natureza e o desenvolvimento social. Como alternativa a essa oposição, a noção de uma perspectiva centrada na sustentabilidade pode ser compreendida como uma síntese que busca uma maior e mais profunda integração entre as ideias antropocêntricas e ecocêntricas. A visão centrada na sustentabilidade considera que as ações humanas, que visem ao desenvolvimento social e econômico da coletividade, devem ser incentivadas, mas respeitando os limites impostos pela limitada oferta de bens e serviços ambientais.

É uma responsabilidade que se firma com a preservação dos ecossistemas em um futuro distante e com a continuidade da vida tal como se conhece hoje. O que justifica um pretense ecocentrismo no princípio da responsabilidade é o fato de que a continuidade da existência gera uma obrigação com a vida. O grande objetivo de uma nova abordagem ecocêntrica, como o imperativo de Jonas, é de manter a existência da humanidade futura, em um futuro que existam candidatos a um universo moral em um mundo concreto – o autêntico objetivo da responsabilidade.

A preocupação ambiental é cada vez mais ressaltada, tendo em vista uma preocupação cada vez maior com a qualidade de vida das pessoas, em razão da degradação que vem tomando conta de muitos ecossistemas.

Infelizmente, não se pode afirmar que o direito ambiental está apto a conter esta degradação (até por que não é a isso que se destina). Mas está apto sim numa visão transdisciplinar com a ética e a filosofia a transformar os seus paradigmas e dogmas em pensamentos que interliguem o indivíduo cada vez mais com o ambiente que vive inserindo uma consciência de cooperação, já que sem ambiente ecologicamente equilibrado não há vida humana!

O dia a dia na pós-modernidade apresenta uma “tensão a ser vivida”, com sabedoria e com equilíbrio, buscando uma moral ética que se coadune com o desenvolvimento de um planeta sustentável, ora tão massacrado pelo próprio homem!

É diante da difícil missão de mudar o viés das sociedades contemporâneas, que a Ética, responsável pelo estudo e definição de preceitos e condutas de caráter secular às sociedades, necessita tomar para si a minúcia do amparo para com as questões ambientais.

O Direito, aliado à ética pode contribuir para a promoção do desenvolvimento sustentável por meio da conscientização e da responsabilização que poderá garantir um comportamento humano de integração com a natureza e não de degradação e que seja capaz de garantir as necessidades das futuras gerações.

Referências bibliográficas

- ALENCASTRO, Mario Sergio Cunha; HEEMANN, Ademar. **A responsabilidade como Substrato da Sustentabilidade**: considerações a partir da obra de Hans Jonas. [2007]. Disponível em: <http://www.unifae.br/publicacoes/pdf/IIseminario/pdf_reflexoes/reflexoes_18.pdf> Acesso em: 25 maio 2015.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Manual de Direito Ambiental**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- APEL, Karl Otto. **Estudos de moral moderna**. Petrópolis: Vozes, 1994.
- CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 2012.
- _____. **A Teia da Vida**. 16 ed. São Paulo: Cultrix, 2010.
- CARVALHO, Carlos Gomes de. Direito Ambiental: perspectivas no mundo contemporâneo. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 5, v. 19, p. 201 – 208, jul./set. 2000.
- HEIMBECHER, Dorothy Roma. **Consumo Ético e Sustentabilidade Ambiental**: Estudo exploratório para conhecer comportamentos de aprendizagem, participação, responsabilidade e solidariedade do consumidor. 2001. 247f. Tese (Escola de Administração de Empresas de São Paulo) Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8171/71070100704.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 nov. 2015.
- JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-Rio. 2006.
- LEFF, Enrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.
- LEVAI, Laerte Fernando. Ética Ambiental Biocêntrica: pensamento compassivo e respeito à vida. In: **Jus Humanum**. Revista Eletrônica de Ciências Jurídica e Social da Universidade Cruzeiro do Sul. São Paulo, v. 1, jul./dez. 2011.
- LOVELOCK, James. **As Eras de Gaia**: a biografia da nossa Terra viva. Rio de Janeiro: Campus, 1991.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente**. 2. ed., atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- OLIVEIRA, Jelson; BORGES, Wilton. **Ética de Gaia**: ensaios de ética socioambiental. São Paulo: Paulus, 2008.
- SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos**. Coimbra: Cedoura/Almedina, 2002.
- SILVA, Maria das Graças e. **Questões ambientais e desenvolvimento sustentável**: um desafio ético-político ao serviço social. São Paulo: Cortez, 2010.

NEABI-UNESA: a Extensão Social e as Questões Étnico-raciais Brasileiras

Carlos Alberto Lima de Almeida¹

Resumo

O presente artigo é resultado do Projeto de Extensão Social apresentado sob o título de Núcleo de Estudos Afro-brasileiros e indígenas (NEABI), desdobramento das pesquisas realizadas na Universidade Federal Fluminense (UFF) e na Universidade Estácio de Sá (UNESA), cujo foco está direcionado às questões étnico-raciais, com ênfase no estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena, bem como a importância de tais conteúdos na formação dos alunos dos cursos do ensino superior, presencial e à distância, nos graus de tecnologia, bacharelado e licenciatura.

Palavras-chave: Relações étnico-raciais brasileiras; extensão social; formação profissional.

Abstract

This article is the result of the Social Extension Project presented under the title Center for Afro-Brazilian Studies and indigenous (NEABI), split of research at the Federal Fluminense University (UFF) and Estacio de Sa University (UNESA), whose focus it is directed to ethnic and racial issues, with emphasis on the study of history and african-Brazilian and indigenous culture, and the importance of such issues in the training of students of higher education courses, classroom and distance, grade technology, BA and degree.

Keywords: Ethnic-racial relations brazilian; social extension; professional qualification.

Introdução

Este artigo é resultado do Projeto de Extensão Social apresentado sob o título de Núcleo de Estudos Afro-brasileiros e indígenas (NEABI), desdobramento das

¹ Doutor em Política Social pela UFF (2012). Mestre em Política Social pela UFF (2005). Mestre em Educação pela UNIVERSO (2003). Especialista em prevenção às drogas e escola pela UFF (2004). Especialista em Direito Processual Civil pela UNESA (1997). Graduação em Direito pela Faculdade de Direito Candido Mendes – Centro (1990). Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá (PPGD-UNESA). Núcleo de Estudos sobre Direito, Cidadania, Processo e Discurso. Professor auxiliar I da Universidade Estácio de Sá. Pesquisador do Grupo Política Social e Pobreza, da Escola de Serviço Social da UFF. Coordenador do Projeto de extensão social NEABI-UNESA. Advogado desde 1991. E-mail: carlos.almeida@estacio.br – Universidade Estácio de Sá

pesquisas realizadas na Universidade Federal Fluminense² (UFF) e na Universidade Estácio de Sá³⁴ (UNESA).

A primeira delas, realizada em 2014/2015 com alunos do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, envolveu reflexões relacionadas à Lei 10.639/2003 (que alterou a Lei 9394/1996 para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”). A metodologia utilizada foi uma pesquisa de campo, tendo como instrumento a aplicação de questionários contendo perguntas abertas e fechadas, buscando intercalar informações quanti e qualitativas, cuja ênfase, esteve relacionada à percepção sobre o conteúdo estudado ou a ser estudado no curso e que guardasse relação com a questão racial e/ou com políticas educacionais e de estratégias pedagógicas de valorização da diversidade, a fim de superar posturas preconceituosas de cunho étnico-racial.

A segunda, realizada no período 2015/2016, buscou elucidar a percepção sobre o racismo no campo jurídico brasileiro, a partir dos livros e manuais de Direito que são utilizados para o Ensino e Prática profissional dos operadores, por intermédio de uma perspectiva metodológica bibliográfica-documental. O corpus principal de análise foram os livros de Direito Constitucional, que são utilizados pelos operadores do Direito em sua prática e pelos estudantes em sua formação, de onde se pretendeu compreender de que maneira as categorias relacionadas à raça e ao racismo são abordadas e trabalhadas na doutrina brasileira. Foram utilizadas ferramentas metodológicas da Análise Semiolinguística do Discurso.

Tais pesquisas, cujos resultados serão apresentados adiante, foram determinantes para sensibilizar o professor pesquisador para a apresentação do projeto de extensão social em referência (NEABI-UNESA).

Desenvolvimento

O processo de reivindicação de um conteúdo que privilegiasse a história e a cultura africana teve início com a abertura democrática do país, em 1979, e com os preparativos para a Constituinte, em 1985, época em que o Movimento Negro levantou a bandeira de luta para reivindicar a elaboração de políticas afirmativas no Brasil, inclusive para a mudança do enfoque eurocêntrico dos conteúdos escolares.

² Pesquisa “Vamos colocar o preto no branco?: Racismo, antirracismo e a Lei 10.639/2003 em escolas particulares”, realizada no período de 2009 a 2012, no Doutorado em Política Social da Universidade Federal Fluminense.

³ Pesquisa “O que mudou na educação básica 10 anos após a promulgação da Lei 10.639/2003?”, realizada no período de 2014 a 2015, financiada por intermédio do Edital Pesquisa Produtividade 2014 da Universidade Estácio de Sá.

⁴ Pesquisa: “Racismo: percepções e representações do campo jurídico, na doutrina e na jurisprudência do Estado do Rio de Janeiro”, realizada no período de 2015 a 2016, financiada por intermédio do Edital Pesquisa Produtividade 2015 da Universidade Estácio de Sá.

A Lei 10.639/03 faz parte das iniciativas governamentais para a valorização da população afrodescendente, com o objetivo tanto de promover a igualdade racial, como, também, de reparar historicamente os danos causados pela escravidão.

A aplicação da lei decorre de décadas de luta do Movimento Negro, e resulta principalmente do Encontro de Durban, realizado na África do Sul, para o qual a UNESCO convocou os países ex-colonialistas, a fim de estabelecerem políticas públicas para a reparação histórica junto à população escravizada no período de colonização e para o combate ao racismo. (MORAES, 2009, p. 17)

Como se percebe, a iniciativa de tentar criar a obrigatoriedade do ensino da Cultura Afro e Africana no currículo das escolas já havia estado na agenda do Movimento Negro na Assembleia Nacional Constituinte. Observe-se, por exemplo, que a redação final do §1º do art. 242 da Constituição da República, promulgada em 1988, expressa que o ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro. É possível verificar que a Carta Política apresentava diversos avanços. Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º, visa promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O subtítulo Da Cultura abriga, no artigo 215, a preocupação em preservar as culturas afro-brasileiras, juntamente com as culturas indígenas, ao estabelecer que “O Estado protegerá as manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras” (parágrafo 1º) e que “a lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais”. Neste ponto, a Constituição de 1988 abandona claramente o discurso da “democracia racial”, ao reconhecer que a população brasileira é composta de diferentes grupos étnicos e defender as expressões de etnicidade [...] (MEDEIROS, 2004, p. 117-118).

Em 1992 e 1993 temos o surgimento de cursos pré-vestibulares para estudantes negros, fortalecendo a necessidade de políticas públicas de acesso e permanência dos estudantes negros de baixa renda em universidades, o que dá origem ao Movimento dos Cursos Pré-Vestibulares Populares. Em 1994 inicia-se o Movimento Pelas Reparações dos Afrodescendentes no Brasil (MPR), que tinha em suas ações a busca pela reparação financeira aos afrodescendentes. Em 1995 temos a “Marcha Zumbi dos Palmares – contra o racismo, pela cidadania e a vida”, um marco dentro do contexto sociopolítico.

Em dezembro de 1993, na gestão do Presidente Itamar Franco, o Brasil apoiou a proclamação da “‘Terceira Década para Eliminação do Racismo e da Discriminação Racial’, bem como uma relatoria especial da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas sobre formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância.” (GRIN, 2010, p. 111). Entre os avanços no debate público da questão racial no Brasil ocorridos na gestão Fernando Henrique Cardoso esteve a participação de uma delegação brasileira em Durban, na África do Sul, na 3ª Conferência das Nações Unidas contra o Racismo, a Discriminação, a Xenofobia e a Intolerância Correlata – que aconteceu de 31 de agosto a 7 de setembro de 2001.

É neste contexto histórico, especialmente após a participação da delegação brasileira em Durban, que se encontrarão as condições políticas favoráveis para a propositura do Projeto de Lei nº 259/1999 que será transformado em na Lei 10.639, publicada em 10 de janeiro de 2003, portanto já no governo Luiz Inácio Lula da Silva.

No segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso, no dia 07 de junho de 2000, o então deputado federal Paulo Paim – PT/RJ apresentou o Projeto de Lei nº 3.198, com a seguinte ementa: Institui o Estatuto da Igualdade Racial, em defesa dos que sofrem preconceito ou discriminação em função de sua etnia, raça e/ou cor, e dá outras providências. O referido projeto somente foi convertido na Lei nº 12.288, em 20 de julho de 2010, ou seja, mais de dez anos após a sua proposição.

Para auxiliar a compreensão desse processo de mudança na cena política brasileira, PAIXÃO (2006, p. 153) destaca que a partir de 2000, no contexto da III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, promovida pela ONU, que seria realizada em 2001, em Durban, na África do Sul, o governo federal desencadeou diversas ações de diálogo sobre a situação das desigualdades raciais no Brasil.

Em março de 2008, a lei que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional foi novamente alterada, por intermédio da Lei nº 11.645, para tornar obrigatório, nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena.

Neste contexto, o conteúdo programático incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil.

Na educação básica, portanto, os conteúdos referentes à história e cultura afro-brasileira e dos povos indígenas brasileiros serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de educação artística e de literatura e história brasileiras.

No que se refere ao ensino superior, impõe-se que na formação para os graus nos cursos de tecnologia, bacharelado e licenciatura, seja considerada a diversidade étnico-racial, conforme a Lei nº 12.796, de 2013, que também alterou a lei que instituiu as diretrizes e bases da educação nacional.

Noutra perspectiva, quando se considera o Sistema Nacional de Avaliação Superior (SINAES), que avalia se os conteúdos previstos/implantados possibilitam o perfil profissional do egresso dos cursos do ensino superior, presencial e à distância, nos graus de tecnologia, bacharelado e licenciatura, considerando uma análise sistêmica e global, abordam os aspectos das questões étnico-raciais, com ênfase no estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena.

Com tais considerações de contextualização, impõe-se, em apertada síntese, expor os resultados da Pesquisa “O que mudou na educação básica 10 anos após a promulgação da Lei 10.639/2003?”, realizada no período de 2014 a 2015, financiada por intermédio do Edital Pesquisa Produtividade 2014 da Universidade Estácio de Sá.

A pesquisa foi desenvolvida utilizando o método quantitativo e consistiu numa representação do alunado do Curso de Direito, cuja amostra tivesse por base a representação do aluno ingressante, com recorte específico nos alunos matriculados no 1º período em 2014.2, e a representação do aluno concluinte, com recorte específico nos alunos matriculados no 10º período em 2014.2.

Tomando por base os dados existentes no Relatório de Conferência de Horários e Salas gerado em 31/07/2014, o universo de alunos matriculados⁵ naquele momento apresentava a seguinte representação:

Unidade	1º período	10º período	Total participantes
1. Barra World -Recreio	51	19	70
2. Dorival Caymmi	32	29	61
3. Freguesia	19	29	48
4. Ilha do Governador	53	24	77
5. João Uchôa	29	27	56
6. Madureira	171	54	225
7. Menezes Cortes (Centro III)	107	170	277
8. Nova América	146	96	242
9. Santa Cruz	6	0	6
10. R9	73	-	73
11. Sulacap	91	21	112
12. Via Brasil	43	-	43
13. Tom Jobim	59	51	110
14. West Shopping	110	42	152
TOTAL	990	562	1552

Com o universo da pesquisa delineado, a coleta de dados⁶ foi realizada no decorrer do segundo semestre letivo de 2014 e contou com a hospitalidade dos coordenadores e professores do Curso de Direito das referidas unidades, assim como o apoio da Coordenação Geral do Curso de Direito, cujo apoio dos diversos colaboradores da Universidade Estácio de Sá na aplicação dos questionários foi determinante para a realização da pesquisa.

Os alunos, portanto, não foram escolhidos de forma aleatória e todos os que estiveram na sala de aula no momento da realização da pesquisa foram conclamados a colaborarem, somente participando aqueles que manifestaram sua anuência por intermédio do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido.

⁵ Para fins ilustrativos do universo foram coletados os dados dos alunos matriculados nas disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito (1º período) e Ética (10º período).

⁶ A coleta de dados foi realizada preferencialmente nas turmas das disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito (1º período) e Ética (10º período).

Participaram da pesquisa 1012 discentes, sendo validados os questionários referentes ao total de 995 alunos, sendo descartados 17 questionários por ausência ou não preenchimento correto do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Os alunos responderam as questões apresentadas por intermédio do questionário. As perguntas foram respondidas, uma a uma, precedidas da orientação em cada questão formulada pelo professor presente no momento da realização.

A análise dos dados coletados e apresentados na primeira pesquisa revelou a percepção de 995 alunos em relação às vivências relacionadas à discriminação racial. Destes, 771 alunos eram do 1º período e 224 do 10º período do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. O perfil dos entrevistados era majoritariamente formado por pessoas do sexo feminino (51,7%) e por pessoas com idade entre 15 e 29 anos (51,7%).

No que se refere à auto-identificação da cor ou raça do entrevistado, segundo a classificação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – “branco”, “preto”, “pardo”, “amarelo”, “indígena” e “sem declaração” – constatou-se a predominância de 41% de alunos autodeclarados como brancos. Porém, quando somados os percentuais dos grupos autodeclarados pretos (17%) e pardos (34%), se constatou o total de 41% da amostra, o que se iguala, percentualmente, ao número de brancos.

As características fenotípicas são preponderantes para definição do padrão brasileiro de relações raciais: O exame dos dados quantitativos relacionados ao critério que cada aluno se utiliza para definir a autoindicação de sua cor ou raça revela que para 54,4% dos pesquisados a cor da pele é o fator determinante. Neste contexto, torna-se relevante destacar que o conjunto relacionado às características fenotípicas, nestas compreendidas as opções cor da pele (54,4%), fisionomia (2,4%) e cabelo (1,7%), expressa a preferência de mais da metade dos entrevistados (58,5%).

Porém, quando a questão envolve a definição da cor do outro, nas respostas apresentadas pelos alunos a cor da pele foi o determinante para 59,3% dos pesquisados. O conjunto relacionado às características fenotípicas, nestas compreendidas as opções cor da pele (59,3%), fisionomia (5,8%) e cabelo (1,8%), expressou a preferência de mais da metade dos entrevistados, alcançando a representativa marca de 66,9% dos alunos. Tal conjunto de informações ajuda a entender a lógica do padrão brasileiro de relações raciais, apontado como de marca, afinal a marca que os negros carregam se relacionam diretamente com suas características fenotípicas.

Existe racismo no Brasil: os alunos entrevistados foram contundentes ao afirmar que existe racismo no Brasil, afinal 925 responderam sim, representando 93% da amostra.

Os alunos não se consideram racistas: quando questionados se consideravam eles próprios racistas, 906 alunos responderam que não, representando 91,1% da amostra.

É importante destacar que apesar da expressiva resposta, ainda assim foram encontrados 65 alunos que admitiram que são “mais ou menos” racistas, representando 6,5% da amostra. Finalmente, 18 alunos responderam que eram racistas e 5 alunos assinalaram a opção “sem declaração”, representando cada subconjunto, respectivamente, 1,9% e 0,5 da amostra.

Considerando que são alunos do Curso de Direito é que o racismo é crime, a existência de um grupo de 65 alunos neste subconjunto formado por “racistas/mais ou menos racistas/sem declaração” deve merecer atenção por parte dos profissionais da educação que integram a equipe de colaboradores da Universidade Estácio de Sá.

Conclusão em relação ao 1º objetivo específico: os alunos identificam situações de discriminação racial no ambiente escolar.

O exame das respostas apresentadas para a questão “Você já presenciou ou tomou conhecimento de alguma situação de racismo na escola?”, indica que 45,7% dos alunos que se encontravam no ensino superior no segundo semestre de 2014 ainda traziam em sua lembrança situações interpretavam como racismo no ambiente escolar, isto após 11 anos da Lei 10.639/2003, criada exatamente para tornar a escola um ambiente mais acolhedor e de valorização do negro em nossa sociedade.

Ao investigar as situações de racismo presenciadas pelos alunos na escola, vemos que estes 45,7% que responderam afirmativamente, identificaram 113 situações supostamente relacionadas ao racismo, várias delas apresentadas em respostas obtidas em mais de um questionário, sendo agrupadas a partir do exame dos 455 questionários em que os alunos responderam que haviam presenciado situação de racismo na escola.

Foram constadas 148 indicações de nomeação genérica (quando a situação de racismo envolver as expressões nega (o), negra (o), negrinho (a), pretinho (a), preto (a) e/ou assemelhadas), 80 indicações fora da classificação proposta (interpretadas em relação ao local da ocorrência), 54 indicações relacionadas à natureza (quando a situação de racismo envolver as expressões desgraça, maldita, raça e/ou assemelhadas e/ou fenotípicas), 35 indicações relacionando animal/raça (quando a situação de racismo envolver as expressões macaco (a), urubu e/ou assemelhadas), 08 indicações envolvendo defeitos físicos, mentais e doenças (quando a situação de racismo envolver as expressões cancerosa, queimada, idiota, imbecil e/ou assemelhadas); 07 indicações relacionadas à hierarquia social (quando a situação de racismo envolver as expressões analfabeto, desclassificado, favelada, maloqueira, metida, senzala e/ou assemelhadas) e 01 ocorrência indicando delinquência e defeitos morais (quando a situação de racismo envolver as expressões aproveitador, folgado, incompetente, ladrão, maconheiro, pilantra, safado, sem-vergonha, traficante e/ou assemelhadas), conforme pode ser observado no apêndice 01, como já mencionado. Tais ocorrências devem merecer especial atenção por parte dos profissionais da educação envolvidos com a educação básica, notadamente porque, para além dos objetivos expressos na Lei 10.639/2003,

devem também perceber a importância de um efetivo trabalho no ambiente escolar considerando as já mencionadas Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana. A conclusão é que as respostas dos alunos apontam para variados tipos de insultos raciais que precisam receber tratamento adequado por parte dos profissionais da educação.

Conclusão em relação ao 2º objetivo específico: investigar a percepção dos alunos sobre o desenvolvimento de ações, por parte das instituições de ensino da educação básica, com foco específico no ensino fundamental e ensino médio, que revelem a efetivação da política de afirmação e valorização do negro em nossa sociedade, em decorrência dos objetivos previstos na Lei 10.639/2003.

Quando se observa o cenário trazido pela Lei 10.639/2003, a expectativa que se tem é no sentido de que o conteúdo envolvendo a contribuição do negro para a área social, econômica e política pertinentes à História do Brasil será efetivado pelo menos em três disciplinas que compõem a educação básica: Educação Artística, Literatura e História Brasileiras. A pesquisa revela, quando agregados os dados de “História” e “História do Brasil”, que temos 41,26% de um total de 1190 respostas em História é citada como uma disciplina relevante no contexto dos objetivos traçados pela referida lei. Agregando as respostas de “Artes”, “Artes Cênicas”, “Dança”, “Educação Artística” e “Música” temos um total de 31,25% respostas que podem ser agregadas na Disciplina “Educação Artística”. Ainda, o que seria a última previsão normativa, Literatura e Língua Portuguesa, temos assim 0,84% das respostas, agregando as respostas “Literatura” e “Português” e Gramática. Das restantes, que não compõem uma unidade que possa ser identificada em uma disciplina, temos o restante de 26,25%.

É possível concluir que História é a disciplina que obtém o melhor resultado na lembrança dos alunos. Porém, entendo que os profissionais da educação podem ter um olhar mais atento para as disciplinas de Educação Artística e Literatura Brasileira, no que se refere aos objetivos da lei.

Neste contexto, entendo que a observância do Parecer CNE/CP nº 03/2004 é fundamental para os profissionais da educação, inclusive para superar o foco meramente relacionado ao conteúdo das disciplinas para de fato avançar no sentido de entender a proposta nele contida de toda uma mudança na maneira de se pensar e agir nas instituições de ensino, dentro e fora da sala de aula.

Como dito, a última parte desta pesquisa teve por foco investigar a percepção do aluno ingressante e a do aluno concluinte do Curso de Direito em relação aos conteúdos que guardassem relação com a questão racial no Brasil e/ou com políticas sociais e de estratégias de valorização da diversidade, a fim de superar posturas preconceituosas de cunho étnico-racial.

Entendo que as respostas, tanto dos ingressantes quanto dos concluintes, revelam uma grande dificuldade de identificação dos diversos conteúdos existentes e relacionados à questão racial e sua relação com os conteúdos desenvolvidos no decorrer da graduação em Direito.

Dos 771 discentes que estavam cursando o 1º período letivo, 552 responderam que achavam que estudariam no decorrer do Curso de Direito conteúdo que guardasse relação com a questão racial no Brasil e/ou com políticas sociais e de estratégias de valorização da diversidade, a fim de superar posturas preconceituosas de cunho étnico-racial. Embora pareça um percentual muito expressivo, o fato é que quando provocados a apontarem os “conteúdos” e associarem tais conteúdos às respectivas “disciplinas”, apresentaram respostas tão diversificadas que não permitiram um agrupamento ordenado na dimensão pretendida, ou seja, em que o aluno conseguisse apontar o conteúdo relacionando com a disciplina a ser estudada. E destes 552, apenas 470 alunos achavam importante estudar tais conteúdos na graduação em Direito.

Dos 224 discentes que estavam cursando o 10º período letivo, apenas 72 responderam “sim”, representando 32,2%, os que achavam que estudariam no decorrer do Curso de Direito conteúdo que guardasse relação com a questão racial no Brasil e/ou com políticas sociais e de estratégias de valorização da diversidade, a fim de superar posturas preconceituosas de cunho étnico-racial. Ou seja, ao término do curso de Direito ainda é muito baixo o conhecimento do alunado sobre a questão racial brasileira.

A segunda pesquisa, realizada no período 2015/2016, sob o título “Racismo: percepções e representações do campo jurídico, na doutrina e na jurisprudência do Estado do Rio de Janeiro”, financiada por intermédio do Edital Pesquisa Produtividade 2015 da Universidade Estácio de Sá, buscou elucidar a percepção sobre o racismo no campo jurídico brasileiro, a partir dos livros e manuais de Direito que são utilizados para o Ensino e Prática profissional dos operadores, por intermédio de uma perspectiva metodológica bibliográfica-documental.

A análise dos dados coletados e apresentados na segunda pesquisa foi resultante da imersão nas obras de sete autores de Direito Constitucional, utilizando edições de livros de diferentes anos. Foram eles: José Afonso da SILVA (2005); Sylvio MOTTA (2012); André Ramos TAVARES (2012); Leonardo Vizeu FIGUEIREDO (2013); Marcelo NOVELINO (2013); Pedro LENZA (2014; 2015); e Gilmar Ferreira MENDES e Paulo Gustavo Gonet BRANCO (2015). Desta maneira, o trabalho não pretendeu exaurir a abordagem da exploração da temática racial no campo do Direito Constitucional, e sim fazer uma análise mais profunda de algumas obras utilizadas como referência na formação dos alunos, integrando o currículo básico de cursos de Direito Constitucional, não ignorando que existam diversas obras específicas sobre o tema dentro do campo do Direito Constitucional.

Em apertada síntese referente às conclusões, há uma grande carência também na contextualização e análise do problema racial brasileiro, que, mesmo quando citado, carece de precisão empírica e conceitual. Praticamente, só se trata deste tema em dois tópicos, como já mencionado: a limitação da liberdade de expressão, que tem como referencial apenas um habeas corpus do STF, e a discussão acerca das políticas de ações afirmativas, dentro da temática maior direito à igualdade,

que praticamente gira em torno do sistema de cotas, focando normalmente numa análise de como o tema é tratado na realidade americana.

Conclusões

O impacto social pretendido por intermédio do NEABI-UNESA é no sentido da contribuição da Universidade Estácio de Sá para a percepção da diversidade étnico-racial brasileira, a partir da disseminação da história e cultura afro-brasileira e indígena. Tem como objetivos: (a) Promover encontros, seminários, cursos, palestras, oficinas, mesas redondas de reflexão, discussão, sensibilização e qualificação dos colaboradores, discentes e comunidade externa para a educação das relações étnico-raciais, visando, ainda, o conhecimento e a valorização da história dos povos africanos, da cultura afro-brasileira e da cultura indígena na construção histórica e cultural do país; (b) Identificar, produzir e tornar visíveis os dados relativos à diversidade étnico-racial das comunidades interna e externa da UNESA; (c) Estabelecer ações que ampliem o acervo bibliográfico, audiovisual, entre outros, relacionados à educação pluriétnica na UNESA; (d) Oportunizar espaços de reconhecimento e interação entre grupos étnico-raciais da UNESA e seus entornos, valorizando suas identidades, tradições e manifestações culturais.

O Projeto de Extensão Social está sendo desenvolvido na área de atuação da Universidade Estácio de Sá, ou seja, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. O NEABI UNESA pretende alcançar internamente o público estimado de 250.000 alunos e nas ações abertas para a sociedade, no Monumento a Estácio de Sá, na programação a ser desenvolvida nos meses de setembro, outubro e novembro de 2016, um público estimado de 10.000 a 15.000 pessoas.

Até março de 2017, prazo previsto para a conclusão do projeto de extensão em curso, também se pretende sensibilizar a comunidade acadêmica para a manutenção de ações estratégicas focadas em conteúdos relacionados às questões étnico-raciais, tendo em vista a formação dos alunos dos cursos do ensino superior, presencial e à distância, nos graus de tecnologia, bacharelado e licenciatura.

Referências bibliográficas

- BRASIL. **Constituições do Brasil**. Compilação e atualização dos textos, normas, revisão e índices, Adriano Campanhole, Hilton Lobo Campanhole. 12 ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 20 de novembro de 2012.
- _____. **Lei Federal nº 9.394/1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm Acesso em 20 de novembro de 2012.
- _____. **Lei Federal nº 10.639/2003**. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.639.htm Acesso em 20 de novembro de 2012.

- _____. **Lei Federal nº 12.288/2010.** Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm Acesso em 20 de novembro de 2012.
- _____. Ministério da Educação – SECAD. Parecer 03/2004, de 10 de março, do Conselho Pleno do CNE, aprova o projeto de resolução nº 1, de 17 de jun. 2004 das **Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana.** Brasília – DF, 2004
- _____. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. **Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana.** Brasília (DF), 10 de março de 2004.
- _____. Resolução 01/2004 – Institui as **Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro Brasileira e Africana.** Brasília – DF, 17 jun. 2004.
- CHARAUDEAU, Patrick. **Linguagem e discurso: modos de organização.** Coord. da equipe de tradução: Angela M. S. Corrêa e Ida Lúcia Machado. São Paulo: Contexto, 2008.
- _____. MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de Análise do Discurso.** 3. Ed. São Paulo: Contexto, 2014.
- DAMATTA, Roberto. **Relativizando: uma introdução à Antropologia Social.** Rio de Janeiro: Rocco, 2010.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Racismo e anti-racismo no Brasil.** São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 1999.
- _____. **Classes, raças e democracia.** São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo; Ed. 34, 2002.
- _____. **Preconceito Racial: Modos, Temas e Tempos.** Cortez editora: São Paulo, 2008
- _____. Discriminação e preconceito raciais. *In: Notícias e reflexões sobre discriminação racial.* PAIVA, Angela Randolpho. (Orgs.) Rio de Janeiro: Ed. PUC-RIO: PALLAS, 2008b, p.97-102.
- IORIO FILHO, Rafael Mario. **Benito Mussolini: uma proposta de construção da identidade italiana.** Curitiba: CRV, 2012.
- IORIO FILHO, Rafael Mario. DUARTE, Fernanda. Por uma gramática das decisões judiciais. **ANAIIS do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito,** Fortaleza XIX Encontro, 2010.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático.** 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. Pedro. **Direito Constitucional Esquemático.** 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MEDEIROS, Carlos Alberto. **Na Lei e na Raça: Legislação e relações raciais, Brasil-Estados Unidos.** Rio de Janeiro: DP&A, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e questões.** 23 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional.** 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10 ed. São Paulo: Saraiva 2012.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional.** 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: Evolução e Sentido do Brasil.** São Paulo: Cia. das Letras, 1995.
- SILVA, Anderson Paulino; BRANDÃO, André; MARINS, Mani Tebet A. de. **Educação Superior e Relações Raciais.** Niterói: UFF, 2009.

Alguns motivos para a Tutela Jurídica do Meio Ambiente em um Contexto de Avanço Tecnológico e Sociedade de Risco

Thiago Jordace¹

Resumo

Vive-se tempos estranhos onde prevalece a incerteza, onde, outrora, existia certo padrão de estabilidade no desenvolvimento dos povos. Com o avanço da tecnologia, surgiram necessidades e mais necessidades: o Homem contemporâneo não se contenta com o básico – quer sempre o novo, mesmo que este não seja tão diferente quanto o bem antigo do ano passado. Neste contexto de total ilógica de aquisição de bens, há a efetivação da sociedade de risco, a qual o invisível e o improvável acontecem. Em um ambiente propício para o caos, há o indicativo categórico do Direito ser um importante instrumento para a tutela das relações sociais, objetivando a pacificação social.

Palavras-chave: Sociedade de risco; meio ambiente; direito público.

Summary

They are living in strange times where uncertainty prevails, where once there was a certain standard of stability in the development of peoples. With the advancement of technology, it emerged needs and more needs: the contemporary man is not content with the basics – always want the new, even if it is not as different as the old well last year. In this context illogically total procurement of goods, there is the realization of the risk society, which the invisible and the unlikely happen. In an environment into chaos, there is the categorical indicative of law is an important tool for the protection of social relations, aiming at social pacification.

Keywords: Risk society; environment; public law.

Introdução

O início da preocupação nacional e internacional com o meio ambiente sadio é recente, pois as externalidades negativas das atividades empresariais foram apresentadas faticamente à sociedade de forma gradativa. Somente quando os detentores do poder econômico notaram a impossibilidade de ignorar as transformações da natureza, começou-se a evidenciar a importância da preservação

¹ Doutorando em Direito da Cidade pela UERJ, Mestre em Direito Penal pela UERJ, Graduado em Direito pela UFRJ, professor da UFRRJ e do IBMEC, membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB/RJ e advogado. E-mail: thiagojordace@hotmail.com

do planeta. De uma observância equivocada de recursos ilimitados até a efetiva escassez de matérias-primas essenciais à vida dos seres humanos, a inovação legislativa demorou para acompanhar as necessidades sociais, como se evidencia no presente estudo.

Interesse Internacional para a Preservação do Meio Ambiente

Muitos autores associam o início da preocupação com a preservação do meio ambiente com a Declaração de Estocolmo². Outros indicam ser a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1946) o marco histórico para a criação da consciência preservacionista da natureza³. Guerra⁴ entende que o início da percepção da necessidade de manter o equilíbrio do meio ambiente ocorrera com outros marcos teóricos e históricos não legislativos. Contudo, não nega a importância da Conferência Internacional sobre Meio Ambiente, em Estocolmo (1972) como o momento de consolidação do Direito Internacional Ambiental.

O primeiro aspecto importante no que se refere ao começo da preocupação com a preservação da natureza foi a iniciativa de diálogo entre os países⁵. Os foros diplomáticos internacionais, com a participação democrática da opinião pública, foram importantes para a exposição da questão ambiental. A participação de todos no debate somente foi possível com as inovações tecnológicas no âmbito da mídia, o que favoreceu a valorização das discussões científicas acerca do tema⁶.

A consciência da necessidade de preservação ambiental surgiu também com a democratização da participação paritária dos países na elaboração dos tratados e acordos internacionais. A diplomacia dos Estados permitiu uma exposição da degradação da natureza, o que favoreceu a criação de uma política preservacionista⁷.

Outro fator que contribuiu para o diálogo entre as nações e a consequente iniciativa de discussão acerca do meio ambiente foi a ameaça da indústria bélica. Com a inovação tecnológica, as armas ficaram cada vez mais devastadoras, e a utilização do material nuclear bélico passou a ter potencial para culminar em uma destruição de todo o planeta. No século XX, muitas guerras mostraram o pior do ser humano e as consequências da evolução da tecnologia bélica. Evidenciou-se a necessidade do diálogo para conter o avanço armamentício, contribuindo para a discussão dos problemas do mundo – incluindo a natureza⁸.

² PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Direito ambiental e cidadania*. Leme: JH Mizuno, 2007.

³ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 1991, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1992.

⁴ GUERRA, Sidney César Silva. *Direito internacional ambiental*. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006.

⁵ Para saber mais vide: GUERRA, Sidney César Silva. *Direito internacional ambiental*. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006.

⁶ *Loc. cit.*

⁷ *Loc. cit.*

⁸ *Loc. cit.*

Por fim, Guerra⁹ aponta o fator conclusivo para o início da preocupação com a preservação ambiental: a poluição. Esta pode se apresentar sob diversas modalidades – as principais são: as catástrofes, as transfronteiriças e a degradação das águas¹⁰.

A poluição ocorrida pelas catástrofes é constituída por dois elementos: acidente ambiental e degradação bélica. O primeiro é o elemento constitutivo da catástrofe que indica as situações de grandes poluições não intencionais provocadas pela falha humana: é o caso dos vazamentos de petróleo nas águas e despejo de resíduos tóxicos, os quais destroem o meio ambiente de forma difusa, sem uma vítima específica¹¹. Por sua vez, a degradação bélica abrange a situação de risco iminente de destruição de grande parte do globo pela possibilidade de uso de armamentos nucleares. A simples possibilidade de utilização, sem a efetivação do uso dos artefatos destrutivos, já constitui elemento integrante da catástrofe¹²⁻¹³.

As diferenças entre o acidente ambiental e a degradação bélica são o dolo e o sujeito passivo determinado. No primeiro, não há dolo de poluir, ocorrendo a degradação ao acaso, por inobservância dos deveres de cuidado. Também não possui sujeito passivo determinado, pois há a afetação difusa do ser humano. Já no segundo, há dolo de destruição e a ação objetiva a afetação de um alvo específico.

A poluição transfronteiriça é aquela que não é limitada por fronteiras físicas ou políticas. Podendo ocorrer tanto pela degradação das águas como do ar atmosférico, ela se difunde facilmente pelo globo. Trata-se de um dos fatores indicativos da necessidade de reposta internacional de forma cooperativa para controlar os danos ambientais¹⁴.

A poluição das águas pode ocorrer sob três formas: despejo de materiais industriais, cinzas e poluição telúrica. A primeira ocorre com o despejo de resíduos de óleo naval nas águas para a limpeza das embarcações ou com o despejo de restos tóxicos das indústrias; a segunda é proveniente de queimadas em alto mar de rejeitos industriais; e a última provém dos emissários submarinos que deságuam esgoto não reciclável em água doce¹⁵.

No início do século XX, algumas legislações internacionais começaram a tutelar o meio ambiente. É certo que sua proteção era tímida, mas contribuíram

⁹ *Loc. cit.*

¹⁰ A poluição é o fator mais importante para o início da preocupação internacional com a preservação ambiental. Está intimamente ligada ao processo de industrialização, avanço tecnológico e efeitos colaterais destes. Pode-se dizer que estes são alguns dos elementos que desencadeou o fenômeno da sociedade de risco. Por ser um ponto muito extenso e importante, haverá um tópico específico adiante para tratar deste assunto.

¹¹ GUERRA, Sidney César Silva. *Op. cit.*

¹² Sobre o perigo das armas nucleares, ALBERT EINSTEIN disse: “Eu não sei com que armas a Terceira Guerra Mundial será disputada, mas a Quarta Guerra Mundial será travada com paus e pedras” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *ONU e o Desmatamento*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-desarmamento/>>.).

¹³ GUERRA, Sidney César Silva. *Op. cit.*, p. 32-33.

¹⁴ *Loc. cit.*

¹⁵ *Loc. cit.*

para destacar os efeitos da degradação ambiental. Varela¹⁶ indica que até os anos sessenta existiam apenas poucos dispositivos protetivos: proteção de pássaros, extração da pele de focas e proteção das águas – por exemplo. De 1960 até 1992, foram criadas mais de trinta mil normas que tutelam o meio ambiente, sendo trezentos tratados multilaterais, novecentos acordos bilaterais e outros duzentos textos oriundos de organizações internacionais. Algumas normas merecem ser citadas por seu grau de importância no desenvolvimento do Direito Ambiental: Convenção Internacional para a regulamentação da pesca da baleia (1931); Convenção Internacional da pesca da baleia (1946); Convenção Internacional para a proteção dos vegetais (1951); Tratado da Antártida (1959), entre outras.

A partir da década de sessenta, o planeta começou a apresentar um grau considerável de saturação dos recursos naturais disponíveis. Por esse motivo, os países começaram a dar mais importância ao meio ambiente. Nesse contexto de escassez de recursos, ocorreram mudanças importantes para a preservação ambiental¹⁷.

Uma das importantes mudanças ocorridas a partir da década de sessenta foi a reforma político-administrativa dos Estados Unidos e de alguns países da Europa. Houve a criação do Ministério do Meio Ambiente de forma pioneira na Alemanha e nos países escandinavos. Essa mudança estimulou os estadunidenses e os ingleses a criarem posteriormente esta descentralização administrativa¹⁸.

Somente no início da década de setenta, a França e os outros países europeus criaram o Ministério do Meio Ambiente. Além da verificação da poluição e suas consequências, a pressão das Organizações Não Governamentais para a ampliação da proteção à natureza foi muito importante para a criação de um órgão específico para a política protetiva ambiental em cada Estado¹⁹.

Em 1969, foi elaborada a Convenção Internacional sobre a Responsabilidade Civil de Danos Causados por Poluição por Óleo, também conhecida como Convenção de Bruxelas de 1969. O documento previa a responsabilidade civil aos proprietários de petroleiros pelos danos causados a terceiros em função do derramamento de petróleo e seus derivados. Esta legislação tinha como objetivos a diminuição dos efeitos da poluição, limpeza de áreas contaminadas e adoção de providências judiciais eficazes, com a indenização pelos prejuízos sofridos. Para garantir o pagamento da condenação, foi criado um sistema de seguro compulsório aos petroleiros dos países signatários. Foi um avanço importante na prevenção e punição dos proprietários de navios pelos danos ambientais ocasionados pelo petróleo²⁰⁻²¹.

¹⁶ VARELA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

¹⁷ GUERRA, Sidney César Silva. *Op. cit.*

¹⁸ VARELA, Marcelo Dias. *Op. cit.*

¹⁹ *Loc. cit.*

²⁰ Convenção Internacional sobre a Responsabilidade Civil de Danos Causados por Poluição por Óleo: Dec. Federal Nº 79.437 de 28/03/71 promulga a CLC 69 e o Dec. Federal Nº 83.540 de 04/06/79 regulamenta sua aplicação.

²¹ Convenção Internacional sobre a Responsabilidade Civil de Danos Causados por Poluição por Óleo, art. 2º: “o proprietário do navio que transporte óleo a granel como carga, é civilmente responsável pelos danos causados por poluição por óleo no território nacional”.

Em 1971, foi criado o Fundo Internacional de Compensação por Danos pela Poluição por Óleo (IOPC Fund), também conhecido como Convenção de Bruxelas de 1971. O objetivo consistia em garantir a compensação dos danos ocasionados pelo petróleo e seus derivados quando o valor transcenda o limite de responsabilidade do agente causador do dano – estabelecido pela CLC 69²². O capital proveio do pagamento de uma tributação embutida no valor proporcional à quantidade de petróleo importado por ano, pelo transporte náutico. O acordo plurilateral foi ratificado por cinquenta e seis países, não tendo ainda a participação brasileira²³⁻²⁴.

Em 1972, na cidade de Estocolmo/Suécia, ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano. Idealizada pela Organização das Nações Unidas com o fim de discutir a natureza em todos os seus aspectos, o encontro mundial evidenciou as consequências da degradação ambiental para o mundo²⁵.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano reuniu representantes de cento e treze países, duzentas e cinquenta organizações não governamentais (ONGs) e órgãos da ONU. Foi uma importante reunião mundial que contribuiu para disseminar a consciência da preservação ambiental em todo o planeta²⁶.

Os debates sobre a questão ambiental originaram uma carta de princípios de comportamentos e responsabilidades – denominada de Declaração Sobre o Meio Ambiente Humano. A Conferência em comento foi um marco histórico na ampliação da consciência de preservação ambiental mundial. Sua importância não se deve somente ao fato de ter originado o documento citado, mas também houve o desenvolvimento de um conjunto de medidas de cooperação entre países, órgãos da ONU e organizações internacionais para solucionarem problemas específicos sobre o meio ambiente²⁷.

²² CONVENÇÃO Internacional sobre a responsabilidade civil de danos causados por poluição por óleo. Bruxelas, 1969.

²³ Serviços E Beneficiamento De Óleos. Principais convenções internacionais sobre poluição por óleo no mar. Disponível em: <http://www.serbeloleos.com.br/servicos_oleo_poluicao_oleo_mar.htm>.

²⁴ UNIÃO EUROPEIA. Proposta de decisão do Conselho que autoriza os Estados-Membros a assinar, ratificar ou aderir, no interesse da Comunidade Europeia, ao Protocolo de 2003 à Convenção Internacional para a Constituição de um Fundo Internacional para Compensação pelos Prejuízos devidos à Poluição por Hidrocarbonetos, de 1992, e que autoriza a Áustria e o Luxemburgo a aderirem, no interesse da Comunidade Europeia, aos instrumentos subjacentes /* COM/2003/0534 final – AVC 2003/0209 */. Londres, 1992. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003PC0534:PT:HTML>>.

²⁵ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Acordos Globais*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/meio-ambiente/iniciativas/acordos-globais>>.

²⁶ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Acordos Globais*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/meio-ambiente/iniciativas/acordos-globais>>.

²⁷ DECLARAÇÃO de Estocolmo sobre o meio ambiente humano (1972). Estocolmo, 1972. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/ceama/material/legislacoes/declaracao_estocolmo_meio_ambiente_humano_1972.pdf>.

A análise histórica do início e da consolidação do meio ambiente como importante fator para o desenvolvimento da vida do ser humano e todos os âmbitos político, econômico e social, demonstram claramente a necessária proteção deste bem tão importante. Entretanto, as condutas não são convergentes com os indicativos científicos, existindo um verdadeiro paradoxo: ciência diz para preservar – há a concordância plena desta nuance, mas as atitudes são totalmente contrárias, necessitando de uma análise sociológica para entender qual (ais) o(s) motivo(s) para tanto; este estudo será levado a efeito nos próximos tópicos, revolvendo aspectos importantes acerca da Sociedade de Risco.

A Distribuição de Riquezas e de Riscos como Núcleo Estruturante para o Enfrentamento da Sociedade de Risco

Na sociedade industrial, adotando uma análise marxista, pode-se dizer que existia uma divisão social entre trabalhadores e burguesia. Existia uma distribuição de renda desigual: os proletariados recebiam pouco e a aristocracia concentrava e acumulava a renda.²⁸

A burguesia detinha os bens de produção. Tinha todos os equipamentos e meios necessários para produzir riqueza. Já a classe trabalhadora era explorada pela àquela. O proletariado cedia sua mão de obra para o proprietário da fábrica e este pagava uma quantia suficiente para alimentação e moradia. A acumulação de riqueza pela classe trabalhadora era improvável.²⁹

Os trabalhadores têm uma falsa consciência de terem uma vida confortável e livre. Os patrões não são vistos como exploradores da força de trabalho, mas como uma pessoa que escolhe o que é melhor para cada proletário.³⁰

A riqueza produzida era distribuída de forma desigual, mas havia legitimidade quanto a esse aspecto. Mesmo o trabalhador produzindo bens que ele não poderia adquirir e a burguesia recebendo fortunas com a exploração, a dicotomia era legítima.³¹

Na sociedade de risco ou pós-industrial, existe a distorção do passado. Contudo, o aspecto econômico cede o centro das atenções para a problemática do desenvolvimento tecnológico da economia.

A economia está intimamente ligada à tecnologia. Atualmente, é difícil encontrar um produto que não tenha algum estudo ou técnica de produção avançada na sua produção. Isto é uma exigência do mercado, pois se não houver o manejo da ciência para a melhor e maior geração de riquezas, a empresa não será competitiva. A falência será certa.

²⁸ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto comunista, São Paulo: Boitempo.

²⁹ *Loc. cit.*

³⁰ *Loc. cit.*

³¹ *Loc. cit.*

A tecnologia aumenta a produção e a qualidade do produto. Sem ela o ser humano não conseguiria atender o mercado consumidor. Existiria a fome, tal como erroneamente previsto na teoria malthusiana.

Contudo, a tecnologia empregada para obter uma maior e melhor produção gera efeitos colaterais. Estes são verificados em cinco aspectos.

O primeiro seria a existência da produção de riscos no desenvolvimento dos bens produtivos. Estes agregam efeitos nocivos como a radiação, poluição ambiental e toxinas, como o agrotóxico por exemplo.

A distribuição dos riscos ocorre da seguinte forma: o bem é produzido já com os efeitos colaterais inseridos, ele é distribuído para o mercado e o consumidor adquire o produto com todos os efeitos nocivos embutidos. Com isso, surgem as “situações de ameaças”. Este aspecto é analisado por BECK³² em conjunto com o “efeito bumerangue”. Em suas palavras:

“Com a distribuição e o incremento dos riscos, surgem *situações sociais de ameaça*. Estas acompanham, na verdade, em algumas dimensões, a desigualdade de posições de estrato e classe sociais, fazendo valer entretanto uma lógica distributiva substancialmente distinta: os riscos da modernização cedo ou tarde acabam alcançando aqueles que os produziram ou que lucram com eles. Eles contêm um *efeito bumerangue*, que implode o esquema de classes.”

Os efeitos colaterais da tecnologia empregada para uma produção adequada aos padrões atuais são verificados, também, com a insaciável necessidade de necessidades. Em outras palavras, o rompimento da teoria capitalista em atender as demandas do mercado de consumo, oferecendo produtos é verificado com a criação de vontades, aparentemente imprescindíveis.³³

Em uma teoria liberal tradicional³⁴, pautando-se nos ideais iluministas, o mercado tinha uma estrutura simplória, existindo uma relação entre possibilidade de produção e dinâmica da sociedade de consumo para absorver os produtos. Os bens necessários à vida e o conforto dos cidadãos estariam vinculados à proporção da produção anual e o número dos consumidores. O incremento de criação de satisfações estaria diretamente vinculado com a perícia, destreza e bom senso para atender à demanda.

No século XVIII, ainda analisando o liberalismo clássico, a qualidade e a quantidade do produto eram intimamente vinculados às necessidades de atendimento da demanda e, por existir concorrência, os bens eram naturalmente melhorados para adequação do mercado. Assim, a relação entre produção e consumo era auto-regulado, existia a tão conhecida “mão invisível do mercado”, ou seja, a própria economia iria se auto-regulamentar e auto-estruturar, sem

³² *Loc. cit.*

³³ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 28.

³⁴ SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*, tradução: Maria Teresa de Lemos Lima, editora Juruá, Curitiba: 2006.

necessidade da intervenção estatal. Cabendo ao Estado tão somente se embrenhar nas atividades não lucrativas e fiscalização das práticas desleais de mercado: dumping, cartel, corrupção, entre outras.

Entretanto, esta brevíssima exposição de uma economia liberal tradicional, já não pode ser aplicada totalmente à realidade do século XXI. A economia, a sociedade e a política são bem mais complexas que outrora, existindo um incremento de elementos inexistentes no século XVIII. Antes, existia uma proporção lógica e facilmente perceptível de oferta e procura, demanda e produção; é uma concepção ultrapassada. Hoje, há uma estrutura econômica de escassez: pouco mercado de consumo, riquezas naturais saturadas e pouca possibilidade de crescimento do capital. Essa nova conjuntura, apresenta situações de desenvolvimento de práticas produtivas de risco – muitas vezes incalculados ou mal calculados, gerando externalidades negativas.

Como as demandas por produtos são limitadas, há o imperativo de criação de necessidades, sendo o desenvolvimento tecnológico uma importante escolha para solucionar e ampliar o consumo. Entretanto, esta prática ocasiona efeitos colaterais na sociedade: há o incremento do risco.

A fome pode ser extinta, necessidades podem ser atendidas, mas os riscos civilizatórios são, nas palavras de BECK³⁵, um “barril de necessidades sem fundo”. Eles são autoproduzíveis. Conforme LUHMANN³⁶: “(...) a economia torna-se ‘autorreferencial’, independente do ambiente de satisfação das necessidades humanas. Isto significa, porém: com a canibalização econômica dos riscos que são desencadeados através dela, a sociedade industrial produz as situações de ameaça e o potencial político da sociedade de risco.”

A riqueza pode ser possuída; a posse surge com a aquisição de um bem por intermédio da compra. Em outras palavras, uma pessoa oferece, normalmente, uma quantia em dinheiro e outra entrega o bem desejado.³⁷

Os riscos não são adquiridos: há ilógica da afetação, ou seja, eles afetam os cidadãos independentemente da aquisição de um produto por ato de vontade/imperativo de consumo. A consequência desse raciocínio é a necessidade da análise da política econômica não só pela análise da economia em si. É importante uma verificação conjunta com a sociologia, engenharia e outras áreas do saber, com o fim de antever a origem e a expansão dos riscos.³⁸

A aquisição de riscos é fenômeno natural da sociedade atual, necessitando de uma intervenção estatal para a distribuição proporcional dos riscos socialmente verificáveis. O que antes havia uma abstenção governamental, agora deve ter uma ingerência para evitar danos sociais intoleráveis.³⁹

³⁵ *Loc. cit.*

³⁶ LUHMANN *apud* BECK, op. cit., p. 28.

³⁷ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, p. 28.

³⁸ *Loc. cit.*

³⁹ *Loc. cit.*

O que está sustentando aqui não é a interferência do governo na economia para a manutenção do capitalismo e das boas práticas comerciais. O objeto de análise é a intervenção nos processos produtivos na origem e não nas consequências. Haveria um combate às “causas no próprio processo de industrialização”.⁴⁰

O intuito desta ideia é o controle dos efeitos colaterais sociais, econômicos e políticos dessas implicações. A ingerência estatal poderia ser verificada no processo de elaboração do produto quanto ao nível de degradação ambiental, como os níveis de poluentes lançados no ar. Também poderia haver uma intervenção governamental quanto a manutenção dos riscos de acidentes tóxicos em uma produção de bens tecnológicos.

O gerenciamento estatal dos riscos seria um imperativo necessário para controle e absorção das externalidades negativas de certo empreendimento. O empreendedor não pode ter somente o bônus da atividade empresária, mas deve assumir os passivos produtivos: se há ganhos financeiros em uma atividade empresária, há também ônus a serem assumidos.

Entretanto, normalmente, toda a coletividade suporta a diluição dos riscos empresariais e o empreendedor não apresenta uma contraprestação à sua atividade. Desta forma, para a construção de uma sociedade justa para as gerações futuras e preservação do meio ambiente, resta necessária intervenção estatal para a distribuição proporcional dos riscos possíveis e vedação de passivos de degradação irreparáveis ou de difícil reparação.

A (i) lógica da Tolerância: Riscos Aceitáveis e Inaceitáveis

Até a década de oitenta, a visão do empresário quanto à preservação ambiental era um gargalo na economia. O meio ambiente não deveria ser protegido na geração de bens de consumo por ter o efeito de encarecer o produto final. Haveria o comprometimento da produção industrial, inviabilizando o mercado de consumo.⁴¹

A estratégia das empresas nesta época era transferir a responsabilidade ambiental para os consumidores. O ônus da preservação deveria recair sobre esses, pois são os “verdadeiros poluidores”. Explique-se: quando um cidadão utiliza um produto confeccionado por intermédio da degradação ambiental, ele é responsável por estar estimulando as fábricas a produzir este bem. É evidente que esta ideia é equivocada. Foi uma forma de desonerar os empresários da manutenção da natureza equilibrada.⁴²

A partir dos anos oitenta, a lógica do discurso de transferência da responsabilidade ambiental começou a alterar. Essa (i) lógica começou a não

⁴⁰ *Loc. cit.*

⁴¹ DEMAJOROVIC, Jacques. Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental: perspectivas para a educação corporativa, tese de doutorado disponível em www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48132/tde.../Apresentacao.pdf

⁴² *Loc. cit.*

ter respaldo da sociedade por não ter fundamento plausível. Ora, se a fábrica polui o meio ambiente na confecção do produto, ela é a responsável direta pela degradação.⁴³

O empreendimento poluidor começou a ficar prejudicado por, além de não ter mais respaldo na sociedade, a mídia começou a mostrar aos cidadãos os efeitos da industrialização inconsciente na natureza, as agências reguladoras brasileiras começaram a fiscalizar as ações das empresas poluidoras e o tema começou a receber tratamento internacional. Foi o início do capitalismo ambientalmente correto.⁴⁴

As agências reguladoras demonstram o início do Estado Gerencial. Um conceito norte-americano que concede livre mercado (fiscalizado) às empresas. O papel estatal é gerenciar as práticas comerciais, intervindo o mínimo possível na economia (neoliberalismo). Este “novo sistema” iniciou nos anos oitenta, sendo importante para a discussão a intervenção econômica ambiental.

O IBAMA, autarquia brasileira instituída pela lei 6938 de 31 de agosto de 1981, foi criado objetivando a “preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana (...)”⁴⁵. Sua criação foi importante para o meio ambiente por criar obstáculos ao negócio poluidor com a aplicação de multas e vetando explorações econômicas não viáveis à natureza.

Produtividade, progresso e riqueza fazem parte do trinômio da lógica capitalista. Até os anos oitenta, a degradação ambiental era vista como algo necessário para um fim maior pretendido com o desenvolvimento da economia. Contudo, esta proposta começou a ser questionada em todo o mundo.

Com a proliferação de desastres ambientais irreparáveis ou de difícil reparação, atizou a preocupação da humanidade sobre a questão ambiental. Órgãos de governos de todo o mundo começaram a debater sobre o problema, principalmente quando surgiram “acidentes de percurso”.

A consciência ambiental na produção de bens vem sendo modificada ao longo dos anos. É um fator positivo e importante para a humanidade. Contudo, a preocupação com o meio ambiente é limitada pela produção em massa de tecnologia de risco.

As novas tecnologias, como o aparelho de celular, microondas e técnicas de perfuração profunda para exploração de petróleo têm um risco inerente ao produto e à nova técnica. A produção tecnológica é vendida com um provável efeito colateral que pode ocorrer ou não. A tecnologia sem risco é utópico. A maioria dos bens produzidos com tecnologia avançada tem um efeito colateral. Este pode ser mínimo, mas existe.

⁴³ *Loc. cit.*

⁴⁴ *Loc. cit.*

⁴⁵ Lei 6938/81, art. 2º, retirado do site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm

Para que um produto seja totalmente seguro, ele precisa passar por todos os testes de segurança. Os riscos imediatos são controláveis. Contudo, um efeito colateral de médio ou em longo prazo não pode ser extinto. Se uma indústria fizesse um estudo de segurança profundo ao longo dos anos de um bem, este ficaria obsoleto em relação aos dos concorrentes e iria encarecê-lo. Existiria uma tecnologia segura, mas inviável comercialmente.

O baixo custo e a qualidade do produto é uma meta perseguida pelas empresas. Quando há a união destes dois fatores, o sucesso do empreendimento será certo. Para um bem ser acessível é necessária a utilização de materiais, mão-de-obra e tecnologia baratas.

Materiais de baixo custo têm, normalmente, qualidade e durabilidade comprometidas. Quanto a este fator, é importante não tenha uma vida útil muito alta. Dessa forma, o consumidor necessitará de adquirir novamente o mesmo.

Quanto à qualidade do produto, este fator deve ser relativizado. Isto porque para atingir a meta de baixo custo, as empresas não podem utilizar os melhores materiais para confeccioná-lo. Do contrário, o bem seria caro e inviável comercialmente.

O equilíbrio pretendido pelas empresas para viabilizar a competitividade do produto traz riscos para a sociedade. A confecção de um bem sem a matéria prima de qualidade superior faz com que a durabilidade esteja comprometida e a probabilidade de defeitos seja maior.

Os vícios dos produtos são cada vez mais comuns no mercado de consumo. Isso compromete a segurança da população por trazer riscos de danos, podendo ser classificados como verdadeiras catástrofes.

O consumidor adquire o produto com os riscos a ele inerente sem, no entanto, aceitar os efeitos colaterais do mesmo. O cidadão quer um bem barato, de qualidade e sem riscos – estes elementos são incompatíveis. A indústria não pode oferecer todas estas qualidades. Algum deles estará comprometido na industrialização da matéria prima.

O que a indústria e o governo podem oferecer aos consumidores é a limitação dos riscos do produto. É possível estabelecer limites aceitáveis para sua utilização. Estes são níveis de tolerância para a degradação ambiental, emissão de radiação e probabilidade de acidentes, por exemplo. Em seu dizer, SILVA SÁNCHEZ⁴⁶ expõe a problemática:

“Dessa forma, nos vemos, pois, diante de um modelo de sociedade orientado a uma restrição progressiva das esferas de atuação arriscada. Em outras palavras, (...) um modelo social em que, na ponderação prévia ao estabelecimento da fronteira entre risco permitido e risco desaprovado, a liberdade de ação cede claramente ante a liberdade de não padecer. Seguramente, não são em absoluto alheios a essa circunstância os modernos progressos da jurisprudência (e, eventualmente, da doutrina)

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.*, p. 56.

tendentes a uma concepção bastante ampliadora da figura da ‘ingerência, como fundamento da imputação de responsabilidade a título de comissão por omissão.’”

Com a indicação dos níveis de tolerância, o governo e a indústria tornam-se garantidores dos riscos. Se houver alguma catástrofe, estes atores deverão responder por ela. No Brasil, com a adoção da teoria da responsabilidade civil do Estado pelo risco integral, em matéria ambiental e nuclear, o país responde pelo dano independentemente de culpa, sem qualquer causa excludente desta.⁴⁷⁻⁴⁸⁻⁴⁹

Interessante ressaltar que na sociedade de risco, também chamada de sociedade de sujeitos passivos, há intolerância na aceitação dos riscos inerentes ao produto ou atividade. Com efeito, existe uma “intolerância psicológica ante a aceitação do caso fortuito, ante a admissão da possibilidade de produção de danos por azar”.⁵⁰

Quando uma catástrofe ocorre, o cidadão sempre se pergunta: quem é o culpado? Há sempre uma pessoa responsável pelo acidente. Se a resposta for: caso fortuito, esta não será satisfatória.

Os danos causados pela natureza ou por um erro inevitável do ser humano sempre têm que ter um culpado para tanto. Isto ocorre pela intolerância por parte da sociedade aos casos fortuitos.⁵¹

Se houve uma enchente, provavelmente a população irá culpar o governo por não ter feito as obras necessárias para evitar o evento. Este, por sua vez, irá transferir a responsabilidade para os cidadãos que jogam lixo na rua, ocasionando o entupimento dos bueiros. Nenhum desses atores irá pensar que não existem responsáveis, pois a catástrofe foi ocasionada exclusivamente por fatores naturais, sem possibilidade de controle ou previsão.⁵²

O ponto nodal da problemática está em rechaçar a ideia de que o dano pode ser por caso fortuito, e não de um comportamento imprudente ou negligente de alguém. Da mesma forma, o pensamento invertido também passa a ser verdadeiro, qual seja: se não houve catástrofe, há a tendência em negar a existência de um comportamento arriscado. Se esta atitude realmente aconteceu, a sociedade minimiza o grau de reprovabilidade da ação arriscada, justamente porque não houve acidente.⁵³

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 253.

⁴⁸ CRFB/88, art. 21, inc. XXIII, alínea “d”: “a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.”

⁴⁹ CRFB/88, art. 225, § 3º: “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.”

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.*, p. 56.

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.*, p. 57.

⁵² *Loc. cit.*

⁵³ *Loc. cit.*

Dentre os muitos fatores para a expansão do direito penal, a intolerância da sociedade para os casos fortuitos é um elemento que também contribui para tanto. Há uma crescente tendência ao tratamento penal a esse comportamento extremado. Assim, há “crescente tendência a transformação do *Unglück* (acidente fortuito, desgraça) em *Unrecht* (injusto)”.^{54,55}

Essa (i) lógica é a que constrói a sociedade de risco. O risco inevitável, intolerável e sempre imputável a alguém. Esses três elementos formam relações sociais de medo, insegurança e intolerância.

Conclusão

Com o avanço tecnológico, o mundo de antes não é o mesmo de hoje, sendo possível também dizer o mesmo referente ao Direito: o clássico não é igual ao moderno por simplesmente estar a sociedade para o Direito e vice-versa. Portanto, quando aquela muda, este também deve acompanhá-la. Entretanto, a velocidade de mudança social é muito maior que as transformações legislativas, jurisprudenciais e principiológicas.

Com o atraso de tutela jurídica, social e política do meio ambiente, pela demora na percepção mundial da necessidade preservacionista, vive-se tempos de incerteza tanto tecnológica como social, pois a identificação dos problemas ou lides atuais são mais difíceis em uma sociedade de risco que outrora.

Portanto, a única certeza social que pode ser apresentada é a incerteza; quanto à jurídica, é a solução de lides em um contexto de dúvidas e atrasos de identificação do problema.

Referências bibliográficas

ACORDO GERAL SOBRE TARIFAS ADUANEIRAS E COMÉRCIO 1947, disponível em <http://www.mdic.gov.br/arquivo/secex/omc/acordos/gatt47port.pdf>

AVRITZER, Leonardo. **Corrupção: ensaios e críticas**, Belo Horizonte: editora UFMG: 2008, p. 148

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Introdução ao direito ambiental brasileiro**: manual prático da promotoria de justiça do meio ambiente e legislação ambiental. 2. ed. São Paulo: IMESC, 1999.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Acordos Globais**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/meio-ambiente/iniciativas/acordos-globais>>.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Acordos Globais**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/meio-ambiente/iniciativas/acordos-globais>>.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DECLARAÇÃO de Estocolmo sobre o meio ambiente humano (1972). Estocolmo, 1972. Disponível em:

⁵⁴ *Loc. cit.*

⁵⁵ Não será feita uma análise profunda sobre a expansão do direito penal por não ser a proposta do presente trabalho.

DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental:** perspectivas para a educação corporativa, tese de doutorado disponível em _____ . **Sociedade de risco e a evolução das abordagens de gestão socioambiental.** Artigo disponível em www.fae.edu/publicacoes/pdf/IIseminario/pdf.../praticas_15.pdf

GUERRA, Sidney César Silva. **Direito internacional ambiental.** Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006.
http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/subjects/e/exxon_valdez_oil_spill_1989/index.html
http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/ceama/material/legislacoes/declaracao_estocolmo_meio_ambiente_humano_1972.pdf.
http://www.serbeloleos.com.br/servicos_oleo_poluicao_oleo_mar.htm.

Lei 6938/81, art. 2º, retirado do site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm

Lei 8137/90 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Manifesto comunista, São Paulo: Boitempo.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **ONU e o Desmatamento.** Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-o-desarmamento/>>

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Direito ambiental e cidadania.** Leme: JH Mizuno, 2007.

SANTILI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos.** São Paulo: Fundação Peirópolis, 2005.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *In:* CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 1991, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1992.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela constitucional do meio ambiente.** São Paulo: Saraiva, 2008.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**, tradução: Maria Teresa de Lemos Lima, editora Juruá, Curitiba: 2006.

VARELA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48132/tde.../Apresentacao.pdf

Direito e Antropologia: por uma Aproximação Necessária

Camilo Plasant Carneiro¹
Diogo Oliveira Muniz Caldas²

Resumo

O trabalho que se apresenta tem o objetivo de descrever a necessidade de uma maior aproximação entre o Direito e a Antropologia e de que forma essa aproximação pode trazer benefícios para ambos os campos, notadamente para o campo do Direito através da introdução de métodos de investigação provenientes da Antropologia que são diferentes da modo de pesquisa usualmente utilizado no Direito, a pesquisa bibliográfica. A Antropologia, através do emprego da pesquisa de campo, da empiria, quando aplicada ao Direito busca desconstruir verdade até então tidas como absolutas, demonstrado de forma objetiva que determinados institutos jurídicos, importados de outros países, podem não ser exatamente similares aos seus 'originais', indicando clara dissociação entre o que se aplica em determinado local e o que se importa para aplicar no Brasil. Assim sendo o que se pretende é demonstrar de que forma pode haver uma maior aproximação entre esses dois campos e demonstrar de forma concreta alguns exemplos de que os institutos utilizados pelo Direito brasileiro, nem sempre correspondem a supostos institutos internacionais que a doutrina pátria insiste em rotular como similares, conforme será demonstrado de forma sucinta no presente trabalho.

Palavras-chave: Direito; antropologia; conhecimento; aproximação; benefícios.

Abstract

This article aims to describe the need for a greater rapprochement between the jurisprudence and anthropology and how this approach can bring benefits for both fields, especially to the field of law by introducing research methods from Anthropology that are different from the search mode usually used in law the, bibliographical research. Anthropology, through the use of field research, empirical research, when applied to the law search deconstruct true until then regarded as absolute, objectively demonstrated that certain legal institutes, imported from other countries, may not be exactly similar to its 'original', showing clear dissociation between what applies in a specific location and what applies in Brazil. Thus the aim is to demonstrate how can there be a greater rapprochement between these two fields and to demonstrate concretely that the examples used by Brazilian Law institutes, not always correspond to alleged international institutes that the doctrine country insists on label as similar, as will be demonstrated in this paper succinctly.

Keywords: Law; anthropology; knowledge; approach; benefits.

¹ Advogado. Professor do curso de Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito. Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida.

² Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Advogado. Professor do curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Moacyr Sreder Bastos, Professor do curso de Graduação em Direito da Universidade Santa Úrsula e do curso de Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Doutorando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida.

Introdução

O presente trabalho surgiu em decorrência dos debates estabelecidos por ocasião da apresentação da disciplina 'o devido processo legal em sistemas de justiça criminal' lecionada pelo professor Marco Aurélio Ferreira Gonçalves, no programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida.

Os debates se deram em função da demonstração, através de seminários, de como se apresentam os sistemas de justiça criminal ao redor do mundo, em especial os sistemas da *civil law* e da *common law*, oportunizando uma análise dos dois sistemas, além de um confronto entre eles, onde foi possível observar a origem de cada um, formas de aplicação e sua utilização hodiernamente, além da análise e estudo de outros temas correlatos aos sistemas de justiça criminal.

Antes, porém, de serem analisados os dois principais sistemas de justiça criminal, foi necessário realizar uma introdução, com viés antropológico, de alguns pontos até então desconhecidos por grande parte das pessoas, no que diz respeito a análise e comparação de institutos presentes no direito brasileiro e no direito estrangeiro.

Através dessa exposição preliminar, ou melhor, dessa imersão em questões antropológicas, foi possível verificar efetivamente como trabalha esse campo de estudo, quais são as formas através das quais busca efetivamente a produção do conhecimento, e de que forma essas perspectivas antropológicas contribuem para o desenvolvimento de alguns temas ínsitos ao Direito (ainda que seja a antropologia um campo externo ao jurídico).

O presente trabalho direciona seu foco justamente sobre esse aspecto: a relação (ainda que tímida) existente entre a antropologia e o Direito; de que maneira pode a antropologia contribuir com o Direito cada vez mais no desenvolvimento desse ramo tão discutido, mas sem muitas inovações dogmáticas, e as consequências já enfrentadas por essa relação que embora incipiente, já repercute no meio jurídico.

O Direito como Ciência?

Todos os acadêmicos do Direito são doutrinados, desde o seu primeiro contato com os bancos universitários, a entender que o Direito é uma ciência (seja ela humana ou social, não é esse o objeto da questão que se apresenta)³, e por isso deve ser entendido como tal, possuindo dogmas e paradigmas, que ao longo do curso vão se revelando para eles, como forma de fixar o entendimento em um determinado tema, muitas das vezes sem buscar a origem daquele assunto, ou em outros casos, com a certeza de que a origem que lhes é indicada representa uma

³ Embora popularmente definida como uma ciência humana, posto ter como objeto de estudo as relações estabelecidas entre os seres humanos, a CAPES – COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR, classifica o Direito como integrante da grande área das ciências sociais aplicadas, ao lado da administração, economia, entre outros. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/avaliacao/sobre-as-areas-de-avaliacao>. Acesso em 14 jul. 2015.

verdade absoluta, sem que haja qualquer questionamento quanto aquilo que está sendo apresentado.

Isso ocorre com todos aqueles que já frequentaram a faculdade de Direito, mormente os que não se dedicam a aprofundar a pesquisa sobre determinado tema, ou se dedicar à vida acadêmica, o que enseja, necessariamente, na busca por variadas fontes de pesquisa, o que por sua vez, ainda que de forma não intencional, acaba desconstruindo determinadas verdades jurídicas, revelando novos significados para a origem de institutos até então tidos como algo cuja ‘uniforme’.

A essa forma de apresentação de conteúdo e estudo das disciplinas dá-se o nome de ‘ciência do Direito’. Ocorre que no atual momento acadêmico do país, alguns questionamentos começam a ser feitos no tocante a essa classificação; não parece ser essa a definição mais apropriada para o Direito, já que o entendimento do que vem a ser ciência parece não se encaixar as situações fáticas verificadas quando se trata da aplicação do Direito, de forma concreta, ao contrário do que se verifica quando a situação *sub examine* se refere as ciências físicas, por exemplo:

A água, por exemplo, aquecida sob a pressão de uma atmosfera entrará em ebulição a 100° C, aqui ou na Patagônia; um ácido misturado a uma base produzirá um sal mais água, seja onde for. O que se está tentando dizer é que a natureza opera segundo determinadas leis e normas que não se alteram ao sabor do acaso (...). É por isso que as ciências físicas detêm elevado grau de previsibilidade: encontrada esta ordem natural torna-se simples prever o que acontecerá sob tais e tais condições, dada a imutabilidade das leis que regem a natureza. Desta forma, essas ciências são exatas e permitem a previsão não devido ao método que empregam (baseado na quantificação), mas porque seu objeto de estudos é regular e repetitivo.⁴

Por mais que o experimentador mude as condições de análise, mude os locais de realização do experimento, ou ainda as substâncias empregadas, determinada operação física ou química, por exemplo, sempre que repetida, terá por consequência os mesmos resultados, em qualquer lugar do globo, como afirma Roberto da Matta, “*a matéria prima da ciência natural, portanto, é todo o conjunto de fatos que se repetem e tem uma constância verdadeiramente sistêmica.*”⁵

Não parecer ser essa a afirmação mais condizente quando se passa a analisar o Direito, enquanto caracterizado como ciência (humana ou social), porque no Direito uma simples mudança pode ser (e geralmente é) fator preponderante para alterar os resultados em determinado ‘experimento’ (que se dá usualmente nas relações interpessoais).

⁴ DUARTE JR., João Francisco. A realidade científica. In: DUARTE JR., João Francisco. **O que é realidade**. São Paulo, Brasiliense, 1998. p. 95-96.

⁵ DA MATTÁ, Roberto. **Relativizando: uma introdução à antropologia social**. Rio de Janeiro, ed. Rocco. 1981. p. 17.

As ciências sociais possuem objetos cujas análises tendem a se tornar mais complexas, impossibilitando que o estudo se dê da mesma forma através da qual ocorre com o objeto estudado pelas ciências naturais.

Enquanto nas ciências naturais, o cientista pode isolar um ambiente e realizar a mesma observação da mesma maneira inúmeras vezes, em relação as ciências sociais tal assertiva não se mostra a mais correta, já que ao observar uma determinada situação, um cientista social o fará em ‘cenas’ diferentes, com ‘atores’ diferentes e por consequência, os resultados também serão diferentes.

Fatores externos, como a cultura, influenciam diretamente nas consequências que um caso poderia ter, seja no Brasil, ou em um dos países do Oriente Médio (talvez o exemplo mais emblemático pode ser o das vestimentas utilizadas pelas mulheres desse e daquele país; ao se impor as mulheres de lá vestimentas utilizadas em locais públicos – praias – aqui no Brasil, tal fato pode ensejar na aplicação de sanção por parte do Poder Público, o que não é sequer cogitado na norma jurídica pátria).

É essa a advertência feita por João Francisco Duarte Júnior, que se manifesta da seguinte forma quando faz referência ao fato de que o fator cultural influencia o ser humano e sua participação nas ditas ciências (em que esse passa a ser o objeto estudado e não o estudante):

Disso decorre a impossibilidade de as ciências humanas serem exatas e previsíveis. Há dimensões fundamentais no humano que não permitem quaisquer previsões ou quantificações. Não se pode aplicar ao estudo do homem os mesmos métodos utilizados nas ciências físico-naturais, e ainda mais porque, em tais ciências, o objeto de estudos é diferente do sujeito que investiga (o homem), enquanto nas humanas o próprio objeto é um outro sujeito.⁶

Talvez seja essa a grande problemática enfrentada pelos teóricos que ainda pretendem classificar o Direito como ciência, já que parece haver uma força cogente que os induz a buscar uma categorização para o Direito que necessariamente abarque o termo ‘ciência’, quando, a bem da verdade, o que se vislumbra é que o Direito, enquanto instrumento de regulação da vida social, parece se afastar cada vez mais do campo das ciências.

Oportuna a menção feita por Roberto da Matta, que afirma que “*a matéria das ciências sociais, assim, são eventos com determinações complicadas e que podem ocorrer em ambientes diferenciados tendo, por causa disso, a possibilidade de mudar seu significado de acordo com o ator.*”⁷

⁶ DUARTE JR., João Francisco. A realidade científica. In: DUARTE JR., João Francisco. **O que é realidade**. São Paulo, Brasiliense, 1998. p. 98.

⁷ DA MATTA, Roberto. **Relativizando: uma introdução à antropologia social**. Rio de Janeiro, ed. Rocco. 1981. p. 18-19.

É preciso que essa primeira advertência seja registrada. Deve haver uma indispensável diferenciação (ou distanciamento) entre o Direito lecionado nas faculdades e cursos de Pós-Graduação e a necessidade de classificá-lo como ciência, mormente porque, conforme demonstrado acima, ciência pressupõe a existência de dogmas, há um consenso sobre determinado assunto, o que não pode (ou não deveria) ser aplicado ao Direito, já que, conforme aduzido, as realidades onde se verificam os ‘experimentos’ são (em grande parte dos casos) diferentes, o que conduz a resultados também diferentes.

A Antropologia e o Conhecimento Antropológico

Feita uma breve explanação acerca da categorização do Direito enquanto ramo de uma ‘ciência’, se faz necessário tecer algumas linhas sobre a antropologia, para que seja possível então traçar um paralelo (ou fazer uma contraposição) entre os dois ramos, mostrando como a antropologia pode contribuir (e já vem o fazendo) com o Direito.

A antropologia, assim como o Direito, também pode ser seccionada em áreas, conforme leciona Roberto Da Matta⁸, sendo que a cada uma dessas áreas, compete o estudo de uma determinada parte da sociedade, seja o homem, através da antropologia biológica ou mesmo a sociedade, através da antropologia social. Há que se ressaltar que deve ser deixada para trás a ideia de que antropólogos (mormente os arqueólogos, enquanto secção da antropologia), direcionam seus estudos única e exclusivamente para fósseis, e civilizações antigas, conforme advertência:

Quando alguém descobre que somos ‘antropólogos’ – e os amigos, observo, dizem isso pronunciando a palavra como se ela fosse uma fórmula, posto que o é, na maioria das vezes, desconhecida, supondo uma atividade misteriosa – a primeira pergunta é sempre dirigida ao nosso trabalho com ossos, crânios, túmulos e esqueletos fósseis. Outra indagação frequente pode igualmente surgir no conjunto de perguntas sobre as ‘raças formadoras do Brasil’, com todas aquelas indagações já conhecidas desde o tempo da escola primária, mas que misteriosamente persistem no nosso cenário ideológico, perguntas que dizem respeito a uma confirmação científica da ‘preguiça do índio’, ‘melancolia do negro’ e a ‘cupidez’ e estupidez do branco lusitano, degredado e degradado.⁹

A imagem que a sociedade brasileira como um todo tem do antropólogo é justamente essa, a de que a profissão é a de pessoas que vivem enterradas em buracos, escavando fósseis materiais de civilizações antigas, entre outras coisas. Este estereótipo formando, muito em razão de filmes de cultura em massa, acaba por deturpar a verdadeira importância do estudo antropológico.

⁸ Idem.

⁹ DA MATTA, Roberto. **Relativizando: uma introdução à antropologia social**. Rio de Janeiro, ed. Rocco. 1981. p. 59

Antropologia surge com o objetivo de explicar as diferenças entre as sociedades e suas instituições, em especial, as que pertenciam aos povos exóticos, dominados pela Europa ao redor do mundo. Estudo era feito comparando relatos dos viajantes, posteriormente nos trabalhos de campo. Conhecimento de diversas sociedades possibilita um estranhamento da própria.

A antropologia foi apresentada como uma forma de estudo do homem enquanto participante ativo do cenário natural, sujeito que direciona mudanças e transformações na sociedade e que é o objeto de estudo de um dos campos da antropologia, a antropologia social (ou cultural ou etnóloga – que pode ser entendida como a forma de estudo dos fatos levantados pela etnografia).

Atendo-se mais especificamente a etnografia como forma de coleta de dados utilizada pela antropologia, essa pode ser entendida como o instrumento através do qual o antropólogo analisará a sociedade, os costumes, hábitos e tudo mais que diga respeito a um determinado grupo para que, posteriormente, possa confrontar tais dados com a sua realidade, ou seja, o antropólogo através da etnografia estuda uma determinada cultura, levanta informações referentes ao seu objeto de estudo e mais adiante as confronta com as suas próprias informações, isto é, informações advindas do seu próprio meio, uma vez que “*a tradição antropológica prima, como se viu, por incorporar aspectos de seu objeto de estudo a suas reflexões teóricas.*”¹⁰

Através de tais pesquisas (e também das comparações posteriores), o antropólogo realiza a etnografia e após, já de posse dos resultados, pode fazer uma comparação por contraste, que ocorre quando se confronta uma realidade (a experimentada ou estudada), com a sua própria.

É importante ressaltar, contudo que o objeto das etnografias não é exclusivamente a comparação por contraste. O objeto da etnografia é o estudo de um povo, de uma sociedade, de uma cultura, conforme mencionado acima, o que se pretende demonstrar é que através dessa etnografia o ‘caminho’ para realizar uma comparação por contraste pode ser facilitado, justamente pelo fato do pesquisador já conhecer a forma de comportamento da sociedade estudada.

Pode-se afirmar que a própria formação dos antropólogos possibilita maior interação desses com o meio, o que ocorre de forma diferente nos cursos jurídicos em funcionamento no Brasil, onde a integralidade das aulas é lecionada em salas de aula, sem um maior contato com a ‘realidade’, conforme adverte o professor Roberto Kant de Lima:

No curso de Direito a didática se resumia a aulas expositivas, dadas pelos professores de maneira bastante formal, sendo muito claro para todos os meus colegas que a *profissão* de advogado, sua técnica, deveria ser aprendida em estágios, à época informais, em escritórios de advocacia, obtidos mediante recomendações pessoais. (...) A graduação em Ciências Sociais diferia bastante disso, em aparência. Aqui os professores tinham

¹⁰ LIMA, Roberto Kant de. **Por uma antropologia do Direito, no Brasil.** In: *ensaios de antropologia e de direito*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011. p. 12.

uma relação muito mais informal com os alunos, reafirmada em sucessivos encontros em suas casas, bares e restaurantes, onde se complementavam os ensinamentos ministrados nas aulas da Faculdade. Até mesmo as aulas tinham aparência informal, realizando-se muitas vezes sob a forma de seminários ou de discussões em grupo.¹¹

É cediço que o processo de formação profissional é o principal responsável pela forma de exercício (ou desempenho) das atividades daqueles egressos das faculdades, e a metodologia aplicada durante o desenvolvimento do curso de graduação é o que determinará a forma de trabalho daqueles profissionais. O que se verifica no Direito é justamente a repetição de conceitos e verdades em ambientes quase sempre idênticos, sem que haja qualquer inovação no processo de ensino-aprendizagem do aluno, processo esse bem diferente daquele utilizado nas ciências sociais, conforme relato acima.

A Relação entre Direito e Antropologia

Considerando a notória diferenciação nos processos de formação dos bacharéis em Direito e dos egressos dos cursos de ciências sociais (conforme relato feito pelo professor Roberto Kant de Lima), e considerando também algumas peculiaridades inerentes a cada um destes campos, optou-se por indicar de que forma pode a antropologia (e o conhecimento antropológico, fundado no estudo etnocêntrico), contribuir para o aprimoramento dos institutos jurídicos utilizados no Direito.

Importa ressaltar que a aproximação já é fato notório e se concretiza mais, a cada dia que passa, através dos trabalhos desenvolvidos no INCT-InEAC, Instituto de estudos comparados em administração institucional de conflitos, cujos objetos de trabalho (ou estudo) são primordialmente, as pesquisas empíricas feitas com base no fazer antropológico, que trabalhar com a relativização de verdades consagradas, em contraposição ao fazer jurídico, que por sua vez, reproduz tais verdades, sendo esse talvez o impedimento a um maior diálogo entre tais campos.¹²

O que se verifica (e é o principal desafio a ser superado) é justamente o método de trabalho desses dois campos. Enquanto a antropologia, através da etnografia busca estudar determinados institutos, buscar conhecer sua origem, suas formas de aplicação, suas variações, e após, contrasta esse instituto com sua realidade nacional, o Direito apenas repete as informações já constantes em determinado livro, doutrina, ou material parecido, que muitas das vezes sequer se debruça sobre a efetiva origem daquele instituto. Tal fato é consequência do modelo dogmático utilizado no Direito, onde as 'verdades' são incorporadas ao

¹¹ LIMA, Roberto Kant de. **A antropologia da academia: quando os índios somos nós**. Niterói, EDUFF, 3ª edição, 2011. p. 20-21.

¹² LIMA, Roberto Kant de; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. **Anuário antropológico**, v. 39, 2014. p. 10.

discurso acadêmico, impossibilitando (ou inibindo) questionamentos por parte daqueles que estão iniciando sua vida acadêmica.

O que se pretende é demonstrar que a contribuição da Antropologia pode ser (e deveria ser) mais bem aproveitada, não só nos poucos programas de Pós-Graduação em Direito onde se verifica a presença de uma ou outra disciplina afeita a área, mas também a inclusão nas grades curriculares dos cursos de graduação de metodologias de trabalho focadas na empiria, no etnocentrismo, inerentes a Antropologia. Como bem asseverado, “e, justamente, devido à carência de pesquisas de caráter empírico na área do Direito é que entendemos que a contribuição da antropologia deve-se dar pela via metodológica da empiria e da comparação, e não de outro modo”¹³, já que, “(...) ler livros e manuais de Direito não é o suficiente para construir uma percepção adequada do campo jurídico e tampouco permite entender a lógica do nosso sistema judiciário.”¹⁴

Considerando essa especial forma de estudo capitaneada pelos antropólogos, busca-se aproximar a antropologia do direito, mormente por força das etnografias, sempre com o objetivo de tentar demonstrar o que representa efetivamente um instituto para o direito brasileiro e para o direito do qual decorre (ou que tem sua origem atribuída).

A aproximação já ocorre. Em alguns trabalhos é possível observar que em diversas oportunidades os pesquisadores se valeram dessa experiência antropológica para realizar o estudo de uma determinada sociedade (em particular sua relação com o objeto de estudo do trabalho), e posteriormente confrontassem os dados coletados com a realidade brasileira.

Pode-se citar como primeiro exemplo o caso do pesquisador Nívio Caixeta do Nascimento, cuja obra, denominada ‘entre as leis e o mundo: polícia e administração de conflitos numa perspectiva comparada’, resultado da sua tese de doutorado defendida junto ao programa de Pós-Graduação em antropologia social da Universidade de Brasília, o autor buscou comparar as instituições policiais do Distrito Federal e de Ottawa – Canadá, onde realizou seus estudos, através da forma de administração de conflitos dessas duas instituições.

Ao longo do seu trabalho o pesquisador relata como se ocorreu o trabalho de campo, a comparação e a etnografia, a seguir estuda as instituições de segurança pública do Distrito Federal, relatando inclusive fatos observados após a realização da chamada ‘ronda’ em conjunto com integrantes da polícia militar.

Prossegue em sua análise relatando ainda o comportamento e o ‘funcionamento’ das delegacias quando destina um capítulo do seu trabalho a explicitar o procedimento adotado quando da prisão de diferentes ‘meliantes’, em diferentes casos.

¹³ LIMA, Roberto Kant de; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. *Anuário antropológico*, v. 39, 2014. p. 12.

¹⁴ *Ibid.* p. 14

Dando continuidade a pesquisa o autor passa a analisar a municipalidade de Ottawa, onde destina algumas linhas a explicar como se deu seu primeiro dia de efetiva pesquisa de campo em conjunto com a autoridade policial canadense. Para finalizar o trabalho passa então a narrar algumas ocorrências policiais acompanhadas por ele naquela municipalidade, demonstrando como é o procedimento no local.

Outros trabalho que também demonstra a importância da realização da pesquisa de campo e seu consequente aproveitamento para o campo do direito, é a obra do autor Luís Roberto Cardoso de Oliveira, direito legal e insulto moral, dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA¹⁵.

No texto mencionado o autor também através de uma análise comparativa opta por estudar a questão referente as diferenças existentes entre o que se denomina de igualdade formal e igualdade material, em três perspectivas diferentes, buscando comparar as formas através das quais são conceituadas e aplicadas essas diferentes concepções de igualdade, mostrando uma diferença entre o que Rui Barbosa concebeu como conceito de igualdade material e o que ela represente nas outras culturas estudadas (Canadá e EUA).

Outro trabalho que também merece menção, mas que surgiu como resultado de pesquisa realizada dentro do território nacional foi o trabalho da autora Bárbara Lupetti, intitulado: os rituais judiciários e o princípio da oralidade¹⁶; nesse trabalho a autora realizou junto ao poder judiciário pesquisas de campo, como forma de demonstrar efetivamente se o mencionado princípio (oralidade) é aplicado ou se trata-se tão somente de previsão legal cuja utilização não é observada.

A autora realizou entrevistas com diversos magistrados como forma de saber qual é o procedimento adotado por esses, quando da apresentação de casos concretos que demandam aplicação do direito em um determinado caso concreto.

Dentre os trabalhos citados, talvez o que mereça maior destaque, considerando a profundidade da pesquisa, bem como os resultados e repercussão obtidos, seja o do professor Marco Aurélio Ferreira Gonçalves, que se debruçou sobre o tema ‘o devido processo legal’, realizando um estudo desse instituto próprio do Direito para verificar efetivamente como se dá a utilização de instituto tido por muitos como o ‘responsável’ pela origem desse nacional, o *due process of law*, enquanto conceito idealizado no sistema jurídico da *Common law*. Conforme advertência feita pelo autor:

Assim, por força da doutrina jurídica nacional, o instituto *due process of law* originário da tradição anglo-saxônica e aplicado ao sistema de administração da justiça criminal dos Estados Unidos da América é interpretado pela dogmática jurídica brasileira, expressa neste trabalho através dos textos que

¹⁵ CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. **Direito legal e insulto moral**. Dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA. Rio de Janeiro. Relume Dumará, 2002.

¹⁶ LUPETTI, Barbara. **Os rituais judiciários e o princípio da oralidade**. Porto Alegre, Sergio Fabris ed. 2008.

representam uma dialética consensual, sob a denominação de *devido processo legal*, ou, no âmbito processual criminal, sob a denominação de *devido processo penal*, como representações simbólicas da mesma tradição jurídica.¹⁷

Conforme já demonstrado ao longo do presente trabalho, o autor buscou realizar um estudo tendo por orientação as bases antropológicas ligadas a etnografia, realizando uma comparação não buscando as semelhanças entre os institutos, mas sim um contrastes, explicitando de forma clara e objetiva, ‘como é a aplicação em território estrangeiro’ e ‘como é a aplicação em território nacional’.

Em um primeiro momento, há de se imaginar que se o *due process of law* é tido (e defendido) por muitos como a origem do *devido processo legal*, por consequência lógica todas as demais ações correlatas a tais institutos (formas e momento da aplicação, utilização, entre outras), também deveria ser iguais. Não é o que se percebe.

Através da descrição pormenorizada de cada um dos institutos o autor Marco Aurélio Ferreira Gonçalves é capaz de confrontar de forma meticulosa diversas fases dos dois procedimentos (*due process of law* e *devido processo legal*), indicando as diferenças que indicam que uma coisa nada tem a ver com a outra. Tal consequência, de preocupante gravidade para a formação dos bacharéis em Direito no país, pode ser atribuída ao fato de que a produção científica e o método aplicado ao estudo comparativo do Direito no Brasil, tiveram suas informações processadas não por pesquisadores, cientistas sociais, mas por operadores do sistema jurídico (advogados, juizes, defensores, promotores)¹⁸, o que pode ter contribuído para uma distorção dos conceitos estudados, demonstrando uma confusão quando da pretensa vontade de importar institutos utilizados pelo direito estrangeiro e sua consequente incorporação ao direito pátrio.

São esclarecedoras as palavras de Roberto Kant de Lima, que assim se manifesta:

Embora a maioria da literatura especializada procure estabelecer equivalências entre este nosso procedimento judicial e aquele da tradição angloamericana (FRANCO, 1956; MARGARINOS TORRES, 1939), tais semelhanças são extremamente superficiais. Para começar, o nosso julgamento não é uma opção do acusado, como o do trial by jury, que é aplicado apenas aos que se declararem inocentes. A seguir, porque aqui ele é a culminância de vários procedimentos em que o acusado foi progressiva e sistematicamente indiciado na polícia e sucessivamente denunciado e indiciado no processo judicial, decidindo-se, finalmente, “pronunciá-lo” e inscrever seu nome no “rol dos culpados”.¹⁹

¹⁷ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal: um estudo comparado**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2004. p. 7

¹⁸ Ibid. p. 1

¹⁹ LIMA, Roberto Kant de. **Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público**. Revista de sociologia e política

Tal distinção é clara, a começar pela natureza dos institutos. Enquanto no sistema da *Common Law* o *due process of law* é instituído como direito garantido aquelas pessoas acusadas da prática de um crime (como forma de preservarem seu direito a vida – ou a liberdade – contra a vontade do Estado), no Brasil se verifica que o *devido processo legal* é uma obrigatoriedade, um dever que o Estado necessariamente cumpre de instaurar um processo penal todas as vezes que verificada a prática de uma determinada infração penal. Nesse primeiro momento o que se verifica é justamente a disponibilidade existente naquele sistema, onde o acusado é quem escolhe se quer ser julgado por aquele sistema, enquanto que no sistema jurídico brasileiro, o processo é uma obrigação do Estado, e não direito do acusado da prática de um crime.

Outro ponto que merece destaque, diante da flagrante diferenciação existente entre os sistemas de justiça criminal estrangeiro e brasileiro, diz respeito a presunção de inocência que por lá vigora de forma absoluta, enquanto que no Brasil a velha máxima de que ‘todos são inocentes até que se prove o contrário’, foi popularmente adaptada e usualmente é utilizada com o sentido de que ‘todos são culpados que se prove a inocência’.

Ademais, enquanto naquele sistema de justiça criminal há determinação por um julgamento rápido (*speedy trial*), sem que haja, contudo a fixação de prazo para traduzir o que seria esse julgamento; por sua vez no Brasil, após breve análise ao Código de Processo Penal, verifica-se que há, em clara tentativa de importar o *speedy trial*, a fixação de prazo para que sejam praticados atos pelas autoridades policial e judiciária, tais quais o prazo para conclusão do inquérito policial, prazo para o oferecimento da denúncia, entre outros que poderiam ser listados.

Outra diferença está ligada ao direito do acusado de se defender, já que no sistema estrangeiro o acusado dispõe do denominado *Day in court*, ou em livre tradução, o dia na corte, ocasião em que o acusado poderá ser ouvido, poderá expor suas razões, argumentos de defesa e efetivamente participar do processo, enquanto que no processo penal brasileiro, cabe ao acusado tão somente se manifestar sobre fatos pré-constituídos em fase anterior (inquérito policial – que sequer conta com a participação dele).

Por óbvio que as diferenças não se encerram por aí, indicando ao leitor do presente trabalhos as inúmeras obras citadas nesse como forma de possibilitar maior aprofundamento ao tema em questão, notadamente à obra do professor Marco Aurélio Ferreira Gonçalves, que, conforme aduzido alhures, debate de forma pormenorizada diversas diferenças existentes entre o sistema de política criminal dos EUA e do Brasil, pautando sua análise nas diferenças, e não semelhanças, conforme o mesmo faz questão de ressaltar:

nº 13: 23-38. Nov. 1999. p. 32. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n13/a03n13.pdf>. Acesso em 15 jul. 2015.

Consequentemente, por não buscar na sua prática sistemática comparativa as ‘diferenças’, e sim as ‘semelhanças’, é que o sujeito pode incorrer em uma representação errônea, quando admite, fundamentado em determinadas categorias do discurso jurídico de nossa sociedade, que certos institutos, quando conflitados com sistemas antagônicos, representam a mesma simbologia e a mesma origem histórica.²⁰

Assim, é de se reiterar que deve-se sempre buscar a realidade estrangeira para que, posteriormente, essa seja comparada com a realidade nacional, não considerando (ou buscando) as similaridades, mas sim realizando uma pesquisa por estranhamento, diferenciando uma da outra, seccionando formas de aplicação de uma e de outra, para que a análise, acima de tudo, seja imparcial, não busque o que é igual ou diferente, mas sim busque efetivamente o que é.

Considerações finais

Como é sempre bom advertir o presente trabalho não tem o condão de esgotar o tema aqui tratado, pelo contrário, buscou-se tão somente incitar (ou sustentar) uma discussão que como se viu, já foi iniciada e precisa, necessariamente ser continuada nos programas de Pós-Graduação em Direito que já o fazem (e por que não, introduzida nos que ainda não o fazem, bem como nos programas de graduação).

Conforme demonstrado o Direito, enquanto ciência social aplicada se vale de métodos de trabalho que buscam corroborar, certificar verdades que já vem sendo repetidas por anos, quiçá, décadas. Por outro lado, há o método de trabalho antropológico que, por sua vez, trabalha de forma integralmente oposta, relativizando verdades, buscando a razão e a formação de conceitos, institutos, para uma melhor compreensão e aplicação do objeto estudado.

Recentemente ambos os campos tem se encontrado de forma bastante fecunda, tendo como resultado diversos trabalhos que buscam analisar instrumentos aplicáveis ao Direito, buscando na sua origem a real razão de ser daquele determinado instituto e confrontando a realidade estudada com o vivenciado em território brasileiro. O que se verifica é que alguns institutos sequer se aproximam de outros que pretensamente seriam suas origens, notadamente o trabalho elaborado pelo professor Marco Aurélio Gonçalves que pretendeu confrontar o *devido processo legal* com o *due process of law*.

Em toda a obra ficam evidentes circunstâncias reveladoras de como a forma de se fazer pesquisa utilizada no Direito, amparada na busca por semelhanças, pode ser equivocada, induzindo os estudantes a uma falsa percepção de que é sempre possível ‘ligar’ um instituto pátrio a um outro estrangeiro, como se tal fato fosse, inclusive, uma regra a ser utilizada (e propagada) nos cursos de Direito. Não é.

²⁰ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal: um estudo comparado.** Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2004. p. 2-3.

O estudo do professor Marco Aurélio desconstruiu a falsa percepção de que ambos institutos mencionados acima era sinônimos, que ambos seriam aplicados da mesma forma, ou ainda, que um é a origem do outro. Pelo contrário. O que se verificou é que ao longo do trabalho são evidenciadas diversas diferenças entre ambos, o que leva o leitor a entender que uma coisa é totalmente diversa da outra.

Tal fato só foi possível pois o método de trabalho utilizado se afastou do método dogmático aplicado ao Direito; valeu-se então o autor de instrumentos obtidos através do estudo antropológico, o que demonstrou o grande valor que a antropologia tem para com o Direito.

É preciso, no entanto, que trabalhos como o analisado sejam apenas o ponto de partida para muitos outros, embora haja severa resistência da academia em de certa forma aceitar novos métodos de investigação, o que se constata é que os métodos antropológicos podem contribuir sobremaneira para o desenvolvimento do Direito de uma forma até então não experimentada (ou pouco experimentada).

De certo que não é possível, por outro lado, afirmar que todo e qualquer instituto jurídico passará pelo mesmo caminho de ‘desconstrução’ pelo qual passou o *devido processo legal*, após contraposição ao *due process of law*, mas é certo afirmar que, todos aqueles que passarem por esse ‘filtro antropológico’ sairão dele de forma mais esclarecida, mais clara e mais compreensível.

Afinal, a antropologia tem muito mais a oferecer do que a velha ideia dos escavadores de fósseis e crânios enterrados em conjunto com objetos pertencentes a civilizações antigas, se faz necessário, por ora, que o Direito confira a antropologia uma maior abertura (necessária) para que o caminho possa ser trilhado em conjunto, ou ao menos, com a contribuição dela.

Referências bibliográficas

- BORDIEU, Pierre. Sistema de Ensino e Sistemas de Pensamento. In: **A Economia das Trocas Simbólicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1987.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. **Direito legal e insulto moral**. Dilemas da cidadania no Brasil, Quebec e EUA. Rio de Janeiro. Relume Dumará, 2002.
- DA MATTA, Roberto. **Relativizando: uma introdução à antropologia social**. Rio de Janeiro, ed. Rocco. 1981.
- DUARTE JR., João Francisco. A realidade científica. In: DUARTE JR., João Francisco. **O que é realidade**. São Paulo, Brasiliense, 1998.
- FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal: um estudo comparado**. Rio de Janeiro. Lumen Júris, 2004.
- GEERTZ, Clifford. O Saber Local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. In: **O saber local**. Petrópolis: Vozes, 1999.
- KUHN, Thomas. **A função do dogma na investigação científica**. Curitiba. UFPR – SCHLA. 2012.
- LIMA, Roberto Kant de. Por uma antropologia do Direito, no Brasil. In: **ensaios de antropologia e de direito**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011.
- _____. **A antropologia da academia: quando os índios somos nós**. Niterói, EDUFF, 3ª edição, 2011.

_____. Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. **Revista de sociologia e política nº 13: 23-38**. Nov. 1999. p. 32. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n13/a03n13.pdf>.

_____. BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica?** Um desafio metodológico. Anuário antropológico, v. 39, 2014.

LUPETTI, Barbara. **Os rituais judiciais e o princípio da oralidade**. Porto Alegre, Sergio Fabris ed. 2008.

MENDES, Regina Lucia Teixeira. **O princípio do livre convencimento motivado do juiz**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2012.

A Extinção do Empresário na Falência

Lucas Tadeu Prado Rodrigues¹
Rodrigo Almeida Magalhães²

Resumo

O artigo analisa que o falido pode de participar ativamente do processo concursal, algo que não vem sendo garantido atualmente, gerando grandes entraves seja do ponto de vista prático e econômico, seja do ponto de vista jurídico. Estuda a compreensão inadequada de institutos jurídicos clássicos como a personalidade jurídica e a capacidade de ser parte da pessoa jurídica no processo de falência.

Palavras-chave: Falência; dissolução; personalidade jurídica; sociedade empresária; EIRELI

Abstract

The paper analyzes that the bankrupt can actively participate in the tender process, something that is not currently guaranteed, creating major obstacles is the practical and economical point of view, either from a legal point of view. Studies the inadequate understanding of classic legal institutions as the legal personality and the ability to be part of the legal person in the bankruptcy process.

Keywords: Bankruptcy; dissolution; legal personality; firm; EIRELI.

Introdução

“(…) Ora, se por força de norma legal COGENTE, a falência da sociedade importa em sua dissolução acarretando, via de consequência, sua morte, beira ao insólito a pretensão do acionista falido em, a todo o custo, por primeiro fazer renascer das cinzas, tal qual verdadeiro Phoenix, um ente já morto (...)”³.

A leitura desse trecho causou dúvida sobre o tema nele inserido, qual seja, os efeitos da decretação da falência sobre a pessoa e a personalidade do falido.

Basta uma simples consulta aos repositórios jurisprudenciais nacionais para se verificar que a ideia dominante é a de que um dos efeitos da decretação da

¹ Mestrando em Direito pela Milton Campos, Pós-Graduado e graduado pela PUC/MG, advogado, E-mail: amagalhaes@ig.com.br.

² Doutor e Mestre em Direito pela PUC/MG, professor da PUC/MG e UFMG, professor do mestrado e doutorado da PUC/MG, E-mail: amagalhaes@ig.com.br.

³ Apelação Cível n.º 2013.056678-0 (decisão monocrática), Relator: Desembargador Rodrigo Cunha. Primeira Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Julgado em 05/03/2014.

falência seria a extinção da sociedade pessoa jurídica, ou seja, seu desaparecimento, cujo respectivo vazio seria preenchido pela massa falida ou, em alguns casos, pelos sócios ou acionistas que compõem ou, como defende a aludida visão, que *compunham* o quadro societário da falido quando se tratando de falência de sociedade empresária.

Com base nesse quadro preocupante, de óbvios contornos práticos, propôs-se o presente estudo, que, pelo tema e sua extensão teórica e prática, se apresenta como estudo preliminar, redigido em forma de artigo⁴, a fim de que, a partir da análise de um caso real, representado por um julgado, pudessem ser extraídas questões acerca da personalidade jurídica do falido sociedade empresária e dos efeitos processuais e materiais daí decorrentes.

Delineamento do Caso e Formulação das Situações-Problema

Após ter procedido à realização de pesquisa jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ, selecionou-se alguns julgados⁵ pertinentes ao tema proposto, e, dentre essa primeira seleção, faz-se uma nova, filtrando um deles que, acredita-se, servirá bem para o estudo que ora se propõe, e que será aqui analisado e comentado para fins de delineamento, problematização e extração das situações-problema sobre as quais recairá a análise.

O caso é representado pelo Recurso Especial n. 1.126.521 – MT⁶, cujo relator foi o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, da Terceira Turma do STJ, com decisão publicada no DJe em 26/03/2015.

O referido recurso foi interposto com fundamento no art. 105, inciso III, “a” e “c”, da CF; com relação à hipótese de cabimento da alínea “a”, a única que interessa ao delineamento do presente estudo, alegou-se violação,

⁴ As consequências práticas das ideias aqui defendidas são muitas, sobretudo quando analisadas à luz das jurisprudências que, acredita-se, incorrem em equívocos, de forma que, uma vez fixadas as premissas iniciais neste estudo, outros estudos se farão necessários a fim de demonstrar a amplitude do tema e sua aplicação nas áreas do Direito pertinentes, a exemplo das execuções fiscais e da possibilidade de alteração do quadro societário da sociedade falida.

⁵ Foram selecionados no âmbito do STJ os seguintes julgados colegiados: **1)** REsp 1.359.041/SE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18/6/2013, DJe 28/6/2013; e EDcl no REsp 1.359.259/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2/5/2013, DJe 7/5/2013 – **2)** REsp 1372243/SE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2013, DJe 21/03/2014 – **3)** REsp 1359041/SE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 28/06/2013 – **4)** EDcl no REsp 1359259/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 07/05/2013 – **6)** REsp 1192210/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 04/02/2011.

⁶ Número de Registro no STJ: 2009/0042084-0.

pela decisão colegiada do egrégio Tribunal de origem⁷, dos artigos 487, inciso I, da Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973 – CPC (BRASIL, 1973), e 103⁸, da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – LFRE (BRASIL, 2005).

É que, determinada sociedade empresária, que teve sua falência decretada durante a vigência da atual lei de falências e recuperação de empresas, já citada, ajuizou ação rescisória em face da sociedade empresária autora do pedido de quebra, visando, com isso, a desconstituir o decreto falimentar, sendo a referida ação extinta sem resolução de mérito pelo Tribunal de origem, sob as seguintes premissas, que formaram a ementa do seu julgado:

“A decretação de falência **1)** acarreta a dissolução da sociedade comercial, **2)** retirando-lhe a personalidade jurídica e a capacidade de ser parte, **3)** razão pela qual esta não pode ser considerada como parte legítima para propor ação rescisória objetivando a desconstituição da sentença de decretação de falência. **4)** Após a decretação da falência, a sociedade comercial dá lugar à massa falida, a qual, apesar de não possuir personalidade jurídica, detém legitimação extraordinária para postular em juízo, devidamente representada pelo síndico, nos termos do artigo 12, III, do CPC.” (*texto original sem numeração*).

No STJ, o ministro relator (1º julgador), que foi vencido, adianta-se, afastando a violação do art. 487, I, do CPC, delimitou a *vexata questio*, aduzindo que a controvérsia (problema) cingia-se em definir se *a sociedade falida tem aptidão para propor ação rescisória para desconstituir a decisão que decretou sua falência, passando a analisar o art. 103, da LFRE*.

Em suma, na tentativa de tecer a hipótese adequada ao problema definido, o ministro manteve a decisão do Tribunal de origem, sob as seguintes premissas: o efeito da decretação da falência em relação à pessoa jurídica da sociedade empresária é a sua “dissolução/extinção”, com a consequente perda de sua personalidade jurídica; e, com o término de sua existência jurídica, perde-se sua capacidade de ser parte, motivo pelo qual negou provimento ao recurso especial.

No entanto, inaugurando divergência, o ministro João Otávio de Noronha (2º julgador), em seu voto-vista, fez uma ponderação, e ressaltou que o caso em discussão – tentativa de desconstituição do decreto falimentar pela sociedade empresária falida – parecia-lhe inédito, segundo suas pesquisas no repositório

⁷ Egrégio Tribunal de Justiça do Mato Grosso.

⁸ Art. 103. Desde a decretação da falência ou do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor. Parágrafo único. O falido poderá, contudo, fiscalizar a administração da falência, requerer as providências necessárias para a conservação de seus direitos ou dos bens arrecadados e intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis. (que revogou o art. 36, do Decreto-lei n. 7.661, de 21 de Junho de 1945 – BRASIL, 1945).

jurisprudencial do STJ, o que foi confirmado quando da pesquisa levada a cabo para a elaboração do presente artigo^{9/10}.

Ele argumentou que “é preciso examinar com cuidado os precedentes para distinguir aqueles que versam sobre bens da massa e aqueles que tratam sobre a reversão do *status* de falido, não importa se pessoa física ou jurídica”.

Em seu voto, o ministro João Otávio de Noronha (2º julgador) analisando de forma indireta o art. 103, da LFRE, tece seus argumentos ao redor do interesse jurídico e legitimidade do falido, nunca da massa, para a propositura da ação rescisória. Também não discorre sobre a pessoa jurídica da sociedade empresária falida e sua personalidade, mas apenas os cita.

Continuando sua divergência, deu provimento ao Recurso Especial, para reconhecer a legitimidade da sociedade empresária falida para ajuizar a ação rescisória, e o fez sob a seguinte assertiva, em síntese: a sentença falimentar acarreta o afastamento do falido da administração de seus bens, sofrendo o que ele chamou de *capitis diminutio* com relação aos bens, mas não com relação ao *status* pessoal.

Para explicar o seu ponto de vista, no que tange ao uso da locução *capitis diminutio*, o Ministro João Otávio Noronha argumenta que:

“o que não pode é o falido, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, querer litigar pela administração dos bens da massa, pela venda da massa. Isso é outra coisa. Mas o seu *status*, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, é de falido, o que importa em uma *capitis diminutio* (...). A alteração de seu *status* é uma questão pessoal, uma questão de personalidade jurídica, de modo que o falido tem direito a legitimidade para propor ação a esse respeito”.

Por sua vez, o ministro Marco Aurélio Bellizze (3º julgador), também reconhecendo o ineditismo do caso, e analisando, ele sim, de forma direta o art. 103, da LFRE, acompanhou o dispositivo do voto divergente, e aduziu que “o decreto falencial tem o condão de restringir – e não de ceifar – a capacidade processual do falido exclusivamente em relação às lides atinentes aos direitos patrimoniais envolvidos na falência”. Fundamenta sua posição citando doutrinas de Sérgio Campinho (2010, p. 322) e Rubens Requião (1998, p. 171-171), respectivamente¹¹.

⁹ Nas pesquisas jurisprudenciais perante o STJ, foram encontrados julgamentos que envolviam o ajuizamento de ações pelos sócios que compõem o quadro societário da falida, na qualidade de *terceiros interessados*, o que foi reconhecido pelos Tribunais (*a quo* – TJ, e *ad quem* – STJ), haja vista que a ideia que eles tinham era a de que, com a decretação da falência, a pessoa jurídica deixa de existir... Exemplo: Tal posição, no entanto, é equivocada, como se pretende demonstrar neste estudo.

¹⁰ As pesquisas no sítio eletrônico do STJ se deram entre os dias 27/07/2015 até a data de fechamento do presente estudo, tendo sido usadas as seguintes palavras: ação rescisória + legitimidade + falido + sócio + legitimidade + extinção.

¹¹ Ambos os autores possuem a posição de que o falido sofre uma restrição na sua capacidade processual referentes às lides que se referam aos direitos patrimoniais envolvidos na falência.

Como se verifica, o referido ministro argumenta com base no conceito de capacidade processual e sua abrangência frente à situação do falido. Cita, ainda, jurisprudência do STJ na qual é disposto que a massa falida não se confunde com a pessoa do falido; jurisprudência essa que, curiosamente, dispõe que é “natural, portanto, a legitimidade do sócio [da falida] para insurgir-se contra a quebra”¹², e de certa forma contraditória com a posição adotada pelo ministro, frente ao tema de legitimidade do falido para a propositura de ação rescisória para desconstituição do decreto falimentar.

Por fim, o último voto, do ministro Paulo de Tarso Sanverino (4º julgador), seguindo os votos divergentes do voto do relator, e comentando de forma sucinta o art. 103, LFRE, argumenta que o referido artigo, *ipsis litteris*:

“assegura ao falido o direito de fiscalizar e, inclusive, o de recorrer. No caso, a ação rescisória, de algum modo, funciona como um sucedâneo recursal. É uma maneira também de se fazer uma impugnação da sentença”.¹³

Pois bem, após o delineamento deste caso, tem-se a possibilidade de fazer as seguintes deduções problematizantes, necessárias para o cotejo e comentários acerca das hipóteses defendidas pela decisão que julgou o caso em análise, a fim de que, ao final, possam ser elas confirmadas ou rechaçadas:

- i) quais os efeitos da decretação de falência sobre a *personalidade jurídica* da sociedade empresária falida?
- ii) qual o alcance da capacidade processual do falido?
- iii) como se dá a dinâmica de interação entre o falido e a massa falida?
- iv) e, enfim, qual a interpretação que se deve dar ao art. 103, da LFRE?

Levando em consideração essa problematização, propõem-se o roteiro abaixo, que se supõe seja adequado a comprovar ou rechaçar as hipóteses constantes da decisão colegiada proferida pelo STJ, respondendo-as à luz do paradigma e linha metodológica aqui adotados, já expostos na introdução.

Da Extinção da Sociedade como Pessoa Jurídica

Se o registro, na sua *espécie arquivamento*¹⁴, do ato constitutivo, é o ato *potente e suficiente* para fazer a sociedade transformar-se em pessoa jurídica de direito

¹² No seu voto, este ministro cita o precedente representado pelo Resp 702.835/PR, Rel. ministro Luís Felipe Salomão, da 4ª Turma, julgado em 16.09.2010, e publicado em 23.09.2010 no DJe.

¹³ *Ação rescisória como sucedâneo recursal? Isso será tratado ao final, na conclusão, e de forma sucinta devido à obviedade do tema.*

¹⁴ *Art. 32, II, da Lei 8.934/1994.* Segundo Gonçalves Neto (2014, p. 1.151), “arquivamento é, portanto, o ato pelo qual a Junta Comercial (O Registro Público de Empresas Mercantis) armazena ou conserva o documento levado a registro (inscrição, matrícula, averbação)”. *Vide*, ainda, os artigos 120 e 121, da Lei n. 6.015, de 31 de Dezembro de 1973 (BRASIL, 1973).

privado, derivando daí a sua personalidade jurídica e permitindo a transformação da sociedade em centro unitário de direitos e deveres com um patrimônio próprio e independente do de seus membros, somente com outro ato que importasse em seu cancelamento se daria a extinção da pessoa jurídica.

Essa posição é confirmada por Osmar Brina Corrêa-Lima (2009, p. 1.043), que ensina que “(...) pode-se afirmar que a personalidade jurídica da sociedade se extingue, formalmente, com a inscrição do ato de sua extinção no respectivo registro”. Ressalte-se que o insigne e referido autor, assim como o art. 45, do CC, ao usarem o vocábulo “registro”, quiseram aludir *ao órgão competente* que deverá arquivar o ato constitutivo, que no caso das sociedades empresárias é a Junta Comercial, como já ressaltado, e para as sociedades simples o Registro Civil das Pessoas Jurídicas, respeitadas para estas últimas certas peculiaridades regidas por Lei¹⁵.

Por tudo isso, resta autorizado dizer que somente após o cancelamento do ato de arquivamento do ato constitutivo da sociedade perante o órgão competente, é que se tem a extinção da sociedade como pessoa jurídica.

A Sentença Declaratória de Falência como Causa de Dissolução *Strictu Sensu* e sua Adequação ao Sistema Trifásico

Que a falência é uma das hipóteses de dissolução não existe dúvida, pois tanto o art. 1.044, do CC, quanto o art. 206, II, “c”, da LSA, preveem esse hipótese como de dissolução da sociedade empresária. E de acordo com o que foi tratado no decorrer deste estudo, trata-se de causa de dissolução *Stricto Sensu*, por decisão judicial, consistente na sentença declaratória (art. 99, da LFRE), que se processará judicialmente, o que parece ser também óbvio.

E Gonçalves Neto (2014, p. 324) assim define:

“A falência é causa de dissolução judicial; é obtida por sentença, mediante processo de conhecimento. Quem pede falência pede dissolução da sociedade sucedida de liquidação judicial. Por isso não pode ser enquadrada entre as causas de dissolução de pleno direito. Depende de processo para ser decretada e passar a produzir efeitos.”

Sérgio Mourão Corrêa Lima (2009, p. 15-16), explica que, no processo de falência, após decretada a falência do empresário, importantes consequências acontecem no campo material, a exemplo da suspensão das execuções individuais dos débitos (passivos) do falido, e da imposição de arrecadação de bens e cobrança dos créditos (ativo) do falido (art. 139, da LFRE)¹⁶.

¹⁵ Por exemplo, a sociedade de advogados somente adquire personalidade jurídica com o registro aprovado dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede. (art. 15, §1º, da Lei 8.906/94).

¹⁶ E continua o mesmo autor a aduzir, mais precisamente no início da página 16 da obra citada, que “*pode ou não, no encerramento do processo de falência, resultar a extinção da personalidade*”

O referido autor divide os momentos do processo falimentar em três fases, sendo elas: 1ª fase, que antecede a declaração da falência [ou seja, a fase que antecede a dissolução *Stricto Sensu*]; 2ª fase, que intermedeia a declaração da falência e a extinção da falência; e a 3ª fase, que sucede a extinção da falência; e que, algumas legislações cuidam de subdividir a 2ª fase em administração e liquidação, concluindo que:

“Na sistemática da Lei n. 11.101/2005, os atos de administração e de liquidação foram aparentemente integrados em uma só fase, porque a venda dos bens do falido foi antecipada. Arrecadação, a avaliação e a venda devem ocorrer prontamente, assim que decretada a quebra.” (CORREA LIMA, 2009, p. 6)

Com efeito, outra conclusão não poderia se dar, haja vista que o art. 113, da LFRE, faculta o administrador judicial, mediante autorização judicial, uma vez ouvidos o Comitê (nos casos em que existe) e o falido no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a vender antecipadamente os bens perecíveis, deterioráveis, sujeitos à considerável desvalorização ou que sejam de conservação arriscada ou dispendiosa. Ou seja, já durante a arrecadação há espaço para a liquidação, que assim se dá de forma concomitante com aquela.

Bem, não obstante o art. 113 citado estatuir ser uma faculdade do administrador a venda antecipada dos bens com aquelas características e estado, defende-se aqui que deve-se entender, em verdade, como sendo verdadeiro dever/ obrigação, à luz dos princípios da celeridade e economia processual, previstos no art. 5º, LXXIII, da CF e no parágrafo único do art. 75, da LFRE, além de ser atitude de toda louvável pois visa a consecução dos interesses dos credores (que veem nisso uma chance maior de recebimento, haja avista a maximização dos ativos) e do falido (que vê maior possibilidade de ter uma falência superavitária, também pela maximização dos ativos).

Esse argumento reforça haver na falência – verdadeira execução coletiva dos bens do devedor comerciante, à qual concorrem todos os credores, para o fim de arrecadar o patrimônio disponível, verificar os créditos, liquidar o ativo, solver o passivo, em rateio, observadas as preferências (VAMPRÉ, 1948, p. 14) – uma fase verdadeiramente liquidatária, que começa imediatamente após a declaração da falência.

*da sociedade empresária falida, mediante baixa no registro público de empresas mercantis (Junta Comercial)”. Com a devia *venia* ao insigne jurista e autor mineiro respeitado, não há como, nesse particular, com ele concordar, pois, sim, a extinção da pessoa jurídica se dá por meio do arquivamento do ato necessário no órgão competente, como já explicado neste trabalho, mas nem a sentença de encerramento da falência prevista no art. 156 e nem mesmo a sentença de extinção das obrigações do falido (art. 158) têm o condão de extinguir a sociedade empresária. Aliás, essa é a posição assumida pelo prof. Osmar Brina na mesma obra, às fls. 1.047, mais precisamente no item 7 do texto, posição com a qual se alinha o presente trabalho. Somente os sócios é que podem deliberar pela extinção da sociedade.*

E declarada a falência, causa de dissolução que é, deve o juiz, na sentença, nomear o administrador judicial (art. 99, IX, da LFRE), figura semelhante ao liquidante prevista no CC, mas com direitos e deveres específicos previstos pelo regimento especial da LFRE.

Enquanto o administrador judicial não assinar o termo de compromisso (art. 108, *caput*, da LFRE), ter-se-ia a liquidação como situação jurídica, como estado, que cessaria logo após a assinatura do termo de compromisso, dando lugar à administração e liquidação judicial.

Como se percebe, até aqui, a falência se amolda perfeitamente às duas primeiras fases previstas no sistema trifásico, pois individualiza-se com facilidade a dissolução *Stricto Sensu* (sentença declaratória falimentar) e a liquidação¹⁷, que abarca a realização dos ativos, o pagamento do passivo, conforme ordem de preferência dos créditos, a devolução de eventual sobra ao falido e da prestação de contas pelo administrador judicial.

E assim, aplica-se o princípio da manutenção da personalidade jurídica ao falido de forma cabal, o que não podia ser diferente, pois, se no sistema do CC a sociedade em dissolução (*latu sensu*) continua a ser titular de direitos e deveres, advindos das relações jurídicas existentes à época da ocorrência da hipótese dissolutiva, podendo até mesmo vir a entabular novas relações jurídicas, desde que com escopo de proceder a liquidação¹⁸, na falência o falido tem uma série de deveres, como previstos no art. 104, da LFRE, dentre eles o de auxiliar o administrador judicial com zelo e presteza, examinar as habilitações de crédito apresentadas, manifestar-se sempre que for determinado pelo juiz, comparecer a todos os atos da falência, podendo ser representado por procurador, quando não for indispensável sua presença.

Quanto à manutenção da personalidade jurídica do falido, Osmar Brina Corrêa-Lima (2009, p. 1.045), ensina que:

“A dissolução apenas assinala ‘o começo da fase agônica da sociedade’ na expressão pitoresca de Wilson de Souza Campos Batalha. A sociedade empresária dissolvida ‘agoniza’. Não ‘morre’. Não se extingue. Subsiste para fins de liquidação.

“Tanto o empresário individual [que não é pessoa jurídica, mas tem personalidade, pessoa natural que é]¹⁹ quanto a sociedade empresária falida mantêm a sua personalidade durante a fase de liquidação procedida como consequência da decretação da falência.”

¹⁷ Inclusive, na tramitação do projeto de lei que resultou na Lei n. 11.101/2005, em algumas de suas versões, a terminologia “falência” havia sido substituída pelo uso da expressão “liquidação” e que é usada em vários outros diplomas estrangeiros (BULGARELLI, 1987, p. 203-230).

¹⁸ Seria o caso de entabular novos negócios jurídicos, mas com a finalidade de acelerar ou maximizar a últimação da liquidação.

¹⁹ *Simples ressalva feita neste trabalho.*

E a terceira e última fase, a extinção da sociedade falida, da mesma forma se encaixa no sistema trifásico.

Osmar Brina Corrêa-Lima (2009, p. 1.047), ao comentar o art. 156 da LFRE²⁰, que dispõe acerca do encerramento da falência por sentença, explica que esta, declarando extintas as obrigações do falido, deverá ser comunicada a todas as pessoas e entidades informadas a respeito da quebra, conforme art. 159, §4º, da LFRE, de forma essa declaração, por si só não é suficiente para extinguir a personalidade jurídica da sociedade empresarial até então falida.

E com base no art. 219 da LSA cumulado com o art. 1.109, do CC, conclui o autor que a sociedade empresária continuará a existir enquanto dever algo a alguém, pois não se concebe a existência de obrigação sem sujeito.

De fato, o art. 156 citado deve ser interpretado em conjunto com o art. 159, da LFRE, pelo que se percebe poder haver duas situações: o juiz encerra a falência, por sentença, na qual pode constar que as obrigações do falido também são extintas, pelos motivos do art. 158²¹ da mesma lei, ou, se nessa oportunidade de encerramento da falência ainda restarem obrigações pendentes, e sobrevindo sua extinção posterior pelos mesmos motivos do art. 158, o falido poderá pedir, em autos apartados ao do processo falimentar, que o juiz as declare extintas, por sentença²², conforme art. 159, da LFRE²³.

Percebe-se, pois, que essas sentenças não possuem conteúdo extintivo da sociedade empresária personificada. Sua extinção somente se dará por decisão dos sócios, seja assembleia, reunião ou simples ato contratual, cujo instrumento

²⁰ Art. 156. *Apresentado o relatório final, o juiz encerrará a falência por sentença.*

Parágrafo único. A sentença de encerramento será publicada por edital e dela caberá apelação.

²¹ Art. 158. *Extingue as obrigações do falido:*

I – o pagamento de todos os créditos;

II – o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir essa porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo;

III – o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei;

IV – o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei.

²² Verificam-se no processo falimentar as seguintes sentenças – 1ª sentença: a declaratória falimentar; 2ª sentença: julgamento das contas do administrador judicial; 3ª sentença: de encerramento e a 4ª: declaração de extinção das obrigações.

²³ Art. 159. *Configurada qualquer das hipóteses do art. 158 desta Lei, o falido poderá requerer ao juízo da falência que suas obrigações sejam declaradas extintas por sentença.*

§ 1º O requerimento será autuado em apartado com os respectivos documentos e publicado por edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação.

§ 2º No prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação do edital, qualquer credor pode opor-se ao pedido do falido.

§ 3º Findo o prazo, o juiz, em 5 (cinco) dias, proferirá sentença e, se o requerimento for anterior ao encerramento da falência, declarará extintas as obrigações na sentença de encerramento.

§ 4º A sentença que declarar extintas as obrigações será comunicada a todas as pessoas e entidades informadas da decretação da falência.

produzido nesses momentos deverá ser informado ao Registro Público de Empresas Mercantis e Afins, extinguindo a pessoa jurídica e com essa a personalidade, o que vai ao encontro do art. 1.109, do CC, respeitando a simetria frente ao ato de gênese da pessoa jurídica.

Quanto a esse momento de extinção há um ponto relevante, bem ressaltado por Modesto Carvalhosa (2002, p. 173), ao comentar o art. 219, da LSA, que é perfeitamente aplicável à presente discussão. Ele aduz que não pode haver extinção da sociedade se subsistirem credores conhecidos não satisfeitos; e se mesmo assim, havendo até mesmo credores desconhecidos, os sócios resolveram deliberar pela extinção, será esta irregular, recaindo a responsabilidade sobre os sócios.

Por tudo isso, responde-se à primeira problematização colocada no capítulo 2 deste trabalho: a declaração da falência da sociedade empresária personalizada não extingue sua personalidade jurídica, de forma que esta permanece durante todo o processo falimentar com todas as suas características e qualidade, não sendo possível a extinção da pessoa jurídica da sociedade pelo juiz da falência, e sim, e tão somente, a extinção se daria por vontade dos sócios.

E assim, uma vez fixada premissa crucial para a continuação da análise pretendida, rechaça-se a hipóteses de que a dissolução pela falência extinguiria automaticamente a sociedade empresária personificada, como consta no voto do ministro relator do caso analisada, bem como rechaçam-se os argumentos do demais votos que compõem a decisão colegiada, não obstante destoarem e, de certa forma, convergirem com a proposta aqui defendida, pois em momento algum fizeram alusão ao princípio da continuidade da personalidade jurídica e da possibilidade única de extinção pela vontade dos sócios, questões chave e básicas para a resolução técnica do caso.

Por fim, acredita-se que a incorreção que vem sendo perpetrada pela jurisprudência pátria sobre a questão em apreço se dá, a bem da verdade, pelo uso do termo dissolução sem o rigor técnico devido, conforme já alertado por Mauro Rodrigues Penteado (1995, p. 65), ao comentar a LSA:

“O uso indiscriminado do termo dissolução, para além de seu sentido estrito, embora conferindo-lhe conotação mais abrangente, por englobar as fases que vão desde a ocorrência do evento dissolutório, até a extinção, não deve turvar a compreensão de seu real significado técnico-jurídico, que aparece com nitidez na vigente lei acionária brasileira.”²⁴

²⁴ Ou será que a jurisprudência de hoje ainda sofre influência do art. 21, da Lei n. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916 (CC de 1916), revogada pelo atual CC? Esse artigo previa: *Art. 21. Termina a existência da pessoa jurídica: I. Pela sua dissolução, deliberada entre os seus membros, salvo o direito da minoria e de terceiros. II. Pela sua dissolução, quando a lei determine.* Mas anda aqui, o termo dissolução fazia referência à dissolução *latu sensu*. Considerando que boa parte daqueles que produzem jurisprudência no âmbito dos Tribunais Superiores atuaram mais tempo sob a vigência do CC de 1916 do que sobre a vigência do atual Código Civil, o fato é, no mínimo, curioso...

E a partir das constatações aqui delineadas, passa-se a responder pontualmente e agora de forma mais objetiva as demais problematizações suscitadas quando da análise do caso delineado alhures.

Conclusão

Após o desenvolvimento do presente estudo, pôde-se concluir que o tratamento que a jurisprudência e a doutrina vêm dispensando à pessoa do falido é inconstitucional, além de, frontalmente, desrespeitar a situação jurídica à qual ele está submetido frente ao feixe de normas que regulam seus direitos e deveres no plano infraconstitucional.

Isso porque, ora se nega existência à pessoa do falido, o que lhe tira qualquer possibilidade influenciar no processo falimentar, desrespeitando o art. 5º, incisos LIV e LV, da CF, com se deu no voto do 1º julgador, ou, mesmo quando reconhecendo sua existência, com se deu nos votos dos 2º, 3º e 4º julgadores²⁵, o faz por motivos insuficientes e tecnicamente inadequados, que não permitem visualizar a qualidade de pessoa que reveste o falido e nem o coloca numa perspectiva constitucional, o que, por conseguinte, evitam ou mitigam a ampla e efetiva participação do falido no processo falimentar, negando-lhe a garantia de influenciar nos provimentos finais que afetam diretamente seus direitos constitucionais de propriedade (privação de bens) e liberdade (inabilitação empresarial enquanto não extintas as obrigações).

Como se viu, após a decretação da falência, causa de dissolução *Stricto Sensu*, a sociedade empresária personificada passa à situação jurídica de falida, mantendo-se sua personalidade jurídica intacta para praticar e receber de forma eficaz e válida os atos de liquidação que se seguirão.

E de forma concomitante, o falido é afastado de suas atividades empresais, com o intuito de preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa (art. 76), ficando inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial desde então e até a sentença que extinga suas obrigações (art. 102), perdendo o direito de administrar os seus bens ou deles dispor (art. 103, *caput*), que passará a compor a massa falida objetiva, cuja administração caberá ao órgão de administrador judicial (art. 22, I, e III), ressalvado o direito do falido de fiscalizar a administração da falência, requerer providências necessárias para a conservação de seus direitos e dos seus bens arrecadados, além de intervir nos processos em que a massa falida seja parte ou interessada, requerendo o que for de direito e interpondo os recursos cabíveis (art. 103, parágrafo único).

²⁵ Este julgador, ao analisar o art. 103, da LFRE, compara ação rescisória a recurso, concluindo serem semelhantes, daí porque conclui ser possível o falido ajuizar ação rescisória, já que o dispositivo citado permite o falido interpor recursos. Como se sabe, de recurso a ação rescisória, verdadeira ação autônoma de impugnação, como bem define Alexandre Freitas Câmara (2014, p. 25).

Além do mais, a decretação da falência impõe ao falido uma série de deveres (art. 104), sob pena responder por crime de desobediência em caso de seu descumprimento.

Frente a esse quadro, constata-se que o falido, pessoa jurídica (ou pessoa física, caso do empresário individual, cujas conclusões aqui se aplicam *in totum*), possui capacidade de ser parte, decorrendo disso sua capacidade processual, que é plena no âmbito do processo falimentar, para atuar em todas as demandas em que haja interesses seus e da massa falida, (que muitas vezes podem ser comuns, o que não é difícil: lembre-se, o falido quer pagar da melhor forma possível e os credores querem receber), atuando com esta lado a lado, em litisconsórcio por comunhão (art. 113, I, do NCPC), não havendo se falar em substituição processual, devendo ser esse o entendimento acerca da dinâmica entre falido (pessoa física ou jurídica empresária, dotados de personalidade) e a massa falida (ente formal, dotado de personalidade jurídica).

Por sua vez, quando do desapossamento do falido de seus bens e direitos, passando a ser administrados pelo administrador judicial, tem-se, por lei, a legitimação (aptidão para o exercício de específico direito) para a realização de atos de disposição, sendo ele o legítimo para requerer medidas nesse sentido, o que, a toda vista, e frente ao disposto, em especial, no art. 103, não relativiza ou diminui a capacidade processual do falido (capacidade de estar em juízo), já que, mesmo não sendo legítimo para o ato específico de disposição, pode o falido fiscalizar o ato, requerer providências necessárias para a conservação de seus direitos e bens porventura ameaçados pelo ato do administrador judicial, seja fora (nas ações não sujeitas a *vis attractiva*, como as execuções fiscais, por exemplo) ou dentro do processo falimentar (na realização do ativo).

Assim sendo, conclui-se que a assertiva de que o falido não pode “querer litigar pela administração dos bens da massa, pela venda da massa”, conforme argumentado pelo 2º julgador, deve ser entendida que assim não o pode fazer por não ser o falido legitimado a tanto, mas não por possuir capacidade processual restrita.

Espera-se, por fim, que o presente trabalho, limitado em seu conteúdo e exemplos devido ao formato *artigo* adotado, possa contribuir para a ampliação dos horizontes de liberdades da pessoa do falido, contribuindo para a releitura do processo concursal conforme a Constituição da República de 1988.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BARBI FILHO, Celso. **Dissolução parcial de sociedades limitadas** – Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falência comentada**. 3ª ed., 2ª tiragem. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.
- BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades comerciais: empresa e estabelecimento**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1993.

- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**: Lei n. 6.404m de 15 de Dezembro de 1976, com modificações das Leis n. 9.457, de 5 de Maio de 1997, e n. 10.303, de 31 de Outubro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão. Introdução. *In*: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. CORREA LIMA, Sérgio Mourão (coord). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Do encerramento da Falência e da Extinção das Obrigações do Falido. *In*: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. CORREA LIMA, Sérgio Mourão (coord). **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. **Manual de direito comercial**. São Paulo: ED RT, 2001, v. 1.
- GARDINO, Adriana Valéria Pugliesi. **A falência e a preservação da empresa: compatibilidade?**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-19022013-102050/>>. Acesso em: 2015-09-04.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa**. Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MARTINS, Fran. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 2, t. II.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Ponte de. **Tratado de Direito Privado**, 3º ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971, tomo XXVIII.
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Dissolução e liquidação de sociedades**. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.
- ROCHA FILHO, José Maria. **Curso de Direito Comercial**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- VAMPRÉ, Spencer. Tratado Elementar de Direito Comercial, vol. III, p. 09. *In*: RAITANI, Francisco. **Falência e Concordata**. São Paulo, Saraiva, 1948.

Politicizing Skepticism – Agonal Thought for Democracy¹

Daniel Nunes Pereira²
Lucas Pinheiro Garcia³

Resumo

O estudo ora apresentado tem como objetivo mostrar como uma atitude cética e agônica são imperativos no pensamento político em direção à democracia. Partindo do paradigma de mundos políticos possíveis, a maioria das teorias acerca da democracia revelam-se como algumas dentre as muitas possíveis para configurar e reconfigurar o mundo ordinário. Ademais, o conceito de “epoché” herdado pelo ceticismo direciona a um incessante debate entre teorias e *Weltanschauungen*. Desta forma, o pensamento agônico direciona a um impossível julgamento em termos de “verdadeiro/falso”, em resumo a ausência de um verdadeiro conhecimento político. O trabalho discute como o pensamento político, especificamente no referente às “teorias da democracia”, precisam ser vistos sob uma inconstante realidade axiológica, a qual reforça o caráter fideístico de qualquer decisão política, isto é, apenas uma aposta em determinado poder soberano certo de seu potencial para prover a transição do caos à ordem com a consequente normatividade.

Palavras-chave: Democracia; ceticismo; epistemologia.

Abstract

The study hereby proposed aims to show how a skeptical and agonal attitude is an imperative demand on political thinking towards democracy. Departing from the paradigm of several possible political worlds, most theories on democracy reveal themselves as just one of multiple possibilities to configure and reconfigure the ordinary world. Therefore, the skeptic’s legacy on the concept of ‘epoché’ accrues an unceasing benevolent debate between theories and *Weltanschauungen*. This way, some agonal way of thinking causes the inexorability of any judgment in terms of “true/false”, summarizing the absence of a truly political knowledge. The paper discusses how political thought, especially concerning

¹ Artigo originalmente apresentado no congresso internacional “*LAPSS World Congress 2016 – Challenging Democracy*” havido em Berlin (Alemanha) na *Humboldt-Universität zu Berlin* entre os dias 5 e 9 de abril de 2016. A Fundação Dom André Arcoverde (FAA) e o Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA) colaboraram para a participação dos autores do presente artigo no referido evento acadêmico.

² Mestre e Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF), Mestre em Ciência Política (PPGCP/UFF), Especialista em História Europeia (Universiteit Utrecht), Bacharel em Direito (UFF-Niterói/RJ). Professor do Curso de Direito da Universidade Veiga de Almeida. Professor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença. E-mail: danielnunes@id.uff.br

³ Graduando no curso de Direito do Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA). Pesquisador vinculado ao Programa de Iniciação Científica (CESVA-FDV). E-mail: lucaspargarcia95@hotmail.com.

'Democracy theories', must be understood under an unstable axiological reality, which reinforces the fideist approach of any political decision, that is, merely a bet from a circumscribed sovereign power confident on its own potential to provide transition from chaos to order with the consequent normativity.

Keywords: Democracy; skepticism; epistemology.

Introduction

The present work begins with an exaltation of the political philosophy, in other words, it aims a certain contribution to show that the so precious separation between such reflexive ethos and another from a more empiricist nature is something pernicious, in contrariety of what can be noticed at the general political science. Such distinction is "obscure, obscurantist and makes no justice to those two working areas, which are essential to the constitution of the subject. One gives sense to the other. One cannot exist without the other."⁴ (LESSA, 2003, p.81)

Moreover, it highlights how much relevant it is to revisit the so-called "classics" of the political thought, more specifically in favor of the present work, the legacy of the skeptical school, a doctrine that teaches us not to fall under imposed dogmas, in other words, not to adhere to a system of not evident propositions. Therefore, we admit the relevance of objections in order to result in such posture, when assumed in its fullness, in a stagnation; which we eliminate with the adherence of the "possible" that is exposed by the Kantian thinking.

Hereupon we will endeavor to reflect over a Schmittian criticism to contingent and pragmatic principled junction between Liberalism and democracy. This junction, to the referred author, is faded to fail since its beginning, such as in the Marxist criticism to the capitalism:

The matter consists in knowing whether we may get a specific political idea from the pure and consequent concept of individualistic liberalism. To this, we must answer with the negative. For the negation of the political that is contained in any consequent individualism certainly leads to a political praxis of distrust against all political powers and state formats we can imagine, however it never leads to an own and positive political and state theory (SCHMITT, 1992, p.97)

We stress that such criticism does not target the democracy itself in a destructive sense that is always a goal in the thoughts of the referred author, due to his modus operandi of taking properly seriously his adversaries. Therefore, it shall be a positive contribution in order to elevate the reflection about democracy for itself for beyond the not politicized zone promoted by the Liberalism. Nevertheless, we must not ignore the contribution of such movement in what concerns to the individual freedom, what in fact will not be observed in here.

⁴ Any reference presented in this work is a proximate translation.

Thus, the adoption of the Schmittian criticism consists the touchstone for a correction of the perpetrated apolitical character, and notwithstanding the potentiation of the democrat thinking and spirit. Therefore, we will adopt the referred criticism not in a dogmatic sense, which should be followed indiscriminately, but as the conducting wire which we intend to overcome, maybe not in a peremptory way, but that comes to indicate a path to be followed, revealing one more step for the constant “ought to be” that consists the way of the political philosophy and despite the political science on a broad sense.

Agonistic Foundation

We begin the present section with the evocation of the paradigm of the possible worlds (LESSA, 2003, pp.103,104), that is all the associative infinity which the objective world can be coated with, and is effectively coated with the reservation of its proper apprehension in space-time, taking as a starting point the multiplicity of human lucubration. About this matter, Hanna Arendt brilliantly expresses her understanding about the human “creationist” character. In other words, the liberty with which the human being (in its plurality), instead of the humanity that is the major expression of the above referred attribute suppression, in the means that there is an imperative designation given by history, is coated when inserted in the political field to make something new, in the author’s words:

“It becomes hard to comprehend that we should be in fact free in a field, that is, not even moved by ourselves nor dependent on the given material. There is freedom only in the particular scope of the internal concept of the politics. We save from this freedom right in the need of the history. An abominable absurd.” (ARENDR, 1998, p.24)

Regarding her concern to this reducibility of the human capacity, Arendt alerts for the matter of judging in the modernity, which is presented in two aspects: one in subordinating the individual to the general, in other words, to submit to current criteria; and the other when we face up with things for which there is no known parameters. This last aspect is under the Nihilism denomination or synonyms such as:

“(…) human judgments can only be demanded where they have parameters, that the capacity of discernment is nothing more than the capacity to aggregate in a correct and adequate way, the isolated to the general in which it corresponds and came to terms. It is known that the capacity of discernment insists and must insist in judge in a direct way and without parameters.” (ARENDR, 1998, p.33)

Though, we must object, when due opportunity, the epistemic disagreement by which the proposal of (re)composition of the objective reality will pass, not as a reducibility, that is, diminishing it, but as a suitability to the real character of the human understanding, limiting it, establishing at what extent it may reach. In the following section it will be imminent a touch with the theoretical constructs of Carl Schmitt about “sovereignty”, “decision”, and “politics”.

In his exposition about the concept of the political, there is an explanation about the categories of specifically political understanding, that is, those in which the political thinking must be supported in order to act with property. So, the criteria that gives the condition of political itself is the distinction between “friend-enemy”, that is: “The difference between friend and enemy has the meaning to designate the degree of extreme intensity of a connection or separation, of an association or disassociation.” (SCHMITT, 1992: p.52). Accordingly, the one that may represent an existential danger to a certain political organized group would be called “enemy” and should be fought, being the “war” another category of the political horizon, taking it seriously as the author likes to treat his “enemies” in his works, and it can even reach the level of an extermination war.

This is the crucial point in the theory of Schmitt and Arendt, once the least author abhors such result due to her plural world representation. Yet she sees the “destroying” as dissociable from the “building” inherits of the human strength and capacity; likewise, Schmitt also recognizes the extremity of this extent in the political field, once for the configuration of this ambit as not meddling in the others of the human thinking and action, it is necessary the existence of an enemy, but accepts it as possible in an ultimate degree.

Similarly, when discoursing about the historical conceptions over sovereignty, running through Hobbes and Bodin, Schmitt correlates the two political categories of “sovereignty” and “decision” from the observing of exception state, as the juridical figures use to set. It becomes the most interesting concept for the fact that “the normal proves nothing, exception proves it all”; it not only confirms the rule, but the rule itself only lives because of exception” (SCHMITT, 1996, p.94), once this situation reveals what is beyond the instituted, not covered by regulations or juridical figures, despite its necessary juridical prevision which cannot act in an analytic way for not having enough elements of what is to come, and therefore reveal the need for an authority capable of deciding about the moment of deflagration and, consequently, solve it in view of the impossibility of an endogenous response given by a positively valued systematic-rationalist order, which notwithstanding its mere prevision could not provide it specific details and purposeful actions.

The fact of a regulation, order, or a point of accountability “implants itself” seems to be an easily imaginable supposition, for this kind of juridical rationalism. However, as the unity and the systematic order could suspend itself in a concrete case it is something hard to conceive, and keeps being a juridical problem while the state of exception is distinct from the juridical chaos of any kind (SCHMITT, 1992, p. 93)

Indeed, resides in the ruler's power, which would be unlimited in this view, make the transition from the emergency state to the normality, in a concrete situation and in an existential sense. It would reverberate in a new normative possibility once there is no "regulation applicable in chaos. The order must be implanted so that the juridical order makes sense. A normal situation must be created, and ruler is the one who decides, definitely, if such state is really predominant" (SCHMITT, 1992: p.93)

At this point, some elucidation is necessary. In the Schmittian concept, democracy should have as a principle regulating the identity one, that is, identity between rulers and ruled ones. A homogeneous space of normative application would be necessary (SCHMITT, 1992, p.92). Considering this, his conclusion about the regular principle of democracy, Schmitt comes to consider as possible democracy in an authoritarian regime: "Bolshevism and the fascism are certainly anti liberal, as all dictatorship, but not necessarily anti democrat" (SCHMITT apud MOUFFE, 1992, p. 2).

Such position derives from his strong criticism against the liberalism, about what is going to be talked later. That said we combat that such theoretical position may have any positive use. That is, it cannot be understood in a way that legitimates authoritarian regimes, as some intend, but in a way to provide the proper identity required above. The path to reach such thing is a hard task for those who look into the practical field and, as initially affirmed, reflexive of the political science.

Therefore, we make clear there is no bad intention in the use of this finding, which is the need for the effectiveness of the identity principle, but indeed represents the disclosure of a contradiction found by the author, once the individualism required by one inhibits the implement of the other.

Therefore, we conclude that the implement of such principle of identity does not necessarily come through authoritarian ways. We can present as example the Rousseauian construct of "general will" as an adverse possibility to the referred authoritarianism – disregarding, as an exemplary order, the considerations about the implementation premises (axiological, e.g.) of this state (situation) – as a mean of implementing what is proposed. Thus, we conclude that every proposition in this sense represents a possibility, and not a necessity.

With everything that was exposed so far, we come to the following position: the disclosure that the human being, as it always brings the capacity to create something new over what has been instituted, residing here a supposed Schmittian/ Arendtian paradigm – not dogmatic, some questions are revealed simultaneously: the implementation of the new comes from a deliberative and consensual plurality, as nostalgically Arendt aspired when discoursing about the greek polis, or there would be the possibility of establishing the homogeneous ground of normative implementation, where popular sovereignty would be effectively represented, as Schmitt presented to us (always avoiding bad intentioned interpretations, we asserted that the possibility of a democracy instituted by an authoritarianism shall

not be cogitated, so that there are propositions in this direction by contemporary proponents of “radical democracy”, which resides in the extreme opposite of this supposition)?

Gnoseological Abysses

This part of the work is going to be an expatiation about how much relevant becomes the skeptical teaching, once through such line of thinking we understand that for each theoretical formulation will be always and necessarily possible an imaginative contraposition. It justifies the revisiting of so important concepts of a determined school – to the extent that represents “a *certain argumentative line showing how it is possible to live correctly (correctly being understood referring not only to the virtue, but in a wider meaning (...))*” (EMPÍRICO, 1997, pp.118, 119) – such as “*Diaphony*”, “*Epoche*” and “*Ataraxy*”.

Skepticism arose in classical Antiquity as a reaction to the proliferation of philosophical systems all of them oriented to detect the truth. In more precise terms, the skeptical attitude emerges from the discovery that philosophy is a playing field between systems that support that there is a deep distinction between what is and what appears to be. (LESSA, 2008, p. 5)

However, the skeptical position alone, devoid of logical-metaphysical reflection and broad theoretical framework, does not makes distinction on “analytic truths” (*a priori*) and “synthetic truths” (*a posteriori*), thus, it doesn't reach facts in its contingent or general significance nor foresees any particular meaning contingently understood as fact (QUINE, 1951, pp.20-21). Therefore, a purely empirical approach tends to be reductionist about human phenomena, because each significant fact receives its own meaning from any logical construct concerning its own as immediate experience (QUINE, 1951, pp.34-35). In this sense, the skeptical position will be relativized as groundwork from the very important Kantian criticism, by which such positioning, when taken to the extreme, would result in stagnation, as evidenced by one of his canons of principles (*ataraxy*).

Such investigation reveals itself of in the same importance, once we limit the human knowledge, in contrariety to rationalist postulations that tends to comprehend all, a criticism degree will be posteriorly raised about the *Diaphonical* “visions of the world” related to the theory of democracy and, notwithstanding, it will highlight how a political decision have a character of fideism once there is no applicability of patterns such as “*good-bad*”, “*beauty- ugly*”, and “*useful-harmful*”; it is because of the fact that the character of fideism results from the strength that the decision politically considered possesses to aggregate or disassociate politically existent invidious. When reading the Pyrrho's hypothesis, a kind of “skeptical manifest”, we face with the issue raised by this current of thinking about the reflection over “good or bad”. Such considerations always result in a concern, that is, we will search for the state characterized as the

good one in contrariety to the bad one; arising from that the reflexive need. Yet in his line of thinking, all theoretical system that brings the explanation of a certain phenomenon (a term borrowed from the Kantian doctrine) will be open to a contraposition (*diaphonia*), which consequently would take skeptical to suspend any kind of judgment (*epoche*) and would result to the so acclaimed tranquility (*ataraxy*), that is, once the skeptical on its reflexions “finds himself before the equipollence in controversies, and cannot decide about it, adopted the suspension” ; such posture highlights an exacerbation about the sensible impressions, which are determined as criteria of legitimacy for the action, once they are not liable to questioning.

(...) We have action criteria, according to those in our daily lives we practice certain acts and avoid others, and we treat here about such criteria. We say than that for the skeptic the criteria is the appearance, which means the sensible impressions, once they consist in involuntary affections and sensations, therefore they are not liable to questioning. So, presumably, no one will discuss if something that exists has this or that appearance, the discussion is if that, in fact, corresponds to what it looks like.” (EMPÍRICO, 1997, pp.116, 121)

At this point, after a brief explanation, far from any arrogant impulse, in order to highlight the genius point of this reflection, and, nevertheless, offer you some retouch, we disagree of such last ending of the skeptical positioning, which is tranquility, and its ethos guided by the sensible impressions; even because of the the fact that those offer essential elements for human reflection, as forward we will try to show, but not exhausting all possible knowledge. Aiming to offer a certain precision to the exposed about the skeptical legacy, we open space for the name who was responsible for one of the greatest turns in human thinking: Immanuel Kant and his critique of pure reason. Indeed we state here that the human knowledge does not have as a goal the objects themselves, what is nominated by the author as transcendental, and, as we formulate a system of such concepts we would a priori institute a transcendental philosophy: “*I call transcendental all knowledge that in general occupies itself not so much with objects, but with our way of knowing objects, once it must be possible a priori*” (KANT, 1980, p.33)

That is, the Kantian revolution admits the nature of things, objects taken on themselves, as something inexhaustible, and due to that, he establishes as object of his reason criticism the constitution of a canon of knowledge a priori, contained inside the own human reason, through which it becomes possible the judging of the nature of things, taken as phenomena. What “a skeptical school” would define as “principle of action”, that is, those elements arising from the sensible impressions, Kant would define as formats of intuition, that is:

“Since the receptivity of the subject to be affected by objects necessarily proceeds every intuition of those objects, we understand how the form of all phenomena can be processed in the minds before all actualized perceptions, consequently a priori, and with it, while a pure intuition in which every object must be determined, can contain, before every experience, principles of their relations” (KANT, 1980, p.42)

Therefore, because of the categories of representation (space/time) of our sensibility, we can represent the object, not as it is itself, but as a subjective reality, respecting its subjective conditions of the sensible intuition, objectively represented, “*cannot be included even subsisting nor inhering the objects themselves*” (KANT, 1980, p.47)

Furthermore, it is not only in the mere intuition where the human understanding resides, or it would configure a fumble in the dark; case in which we diagnose the skeptical reflection in service of the sensible impressions in search of tranquility. That said, the human comprehension does not exhaust by the process of representation given by intuition. There is still the synthetic process a priori where the unity from the multiple given by intuition, by means of concept, is formed. The great relevance of this process subjective character resides here, in the means that the pure apperception is needed “for being that self-consciousness that when produces the representation I think which must follow all the others and it is one and identical in all conscience, cannot be followed by any other.” (KANT, 1980, p. 85)

Indeed, if the self-consciousness was not part of all multiple representations, given by intuition, they could not be denominated as being part of the cognoscente subject, being than subordinated to the condition of the self-consciousness synthesis. This process of formation of the conscience unity is, thus, the foundation for the knowledge of an object given as phenomena, and consequently, of all possible experience.

“The synthetic unity of consciousness is an objective condition of all knowledge, which I need for myself not only to know an object, but in which all intuition has to be in order to become object to me, otherwise, in another way and without this synthesis of the multiple it would not join in a conscience.” (KANT, 1980, p. 87)

Thus, the statement exposed by the Hanna Arendt about “judging in a direct way with no parameters” can be understood from the Kantian perspective as a reformulation of what it becomes acceptance in a space-time limit, once it is impossible to reach an ultimate truth from which all essence of the object politically discussed would be extracted. And the great importance of the skeptical teaching resides here, even not having followed the correct way (here considered as so) in the consideration over epistemology, already recognized the *diaphonic* character of

the theoretical postulations, and its suspension of judgment (*epoche*), it must not be understood in a lethargic, inaction, intuitive sense.

It is revealed as something of great importance the Schmittian's notes about the fideistic and aggregation character of the political in relation to the decision-making, and it is because of the inappropriate designation in such ambit for a decision such as "right or wrong", "useful or harmful".

Therefore, when we are capable of aggregating a certain group of people able to "fight" (here we use the proper Schmittian vocabulary, despite its possible institutional significance, therefore, for beyond the *jus belli*) for the ideal shared, in consonance with the principle of identity between "governors" and "governed ones", a determined existential positioning will be accepted as valid, for beyond the moralist and economic borders. (SCHMITT,1992, p.92)

Theories of Democracy

In the present section of the paper we will embark in the short exposition of some exponent theorist of modern democracy, such as Kelsen, Habermas and Bobbio. It brings the intention to enrich the reflection put into practice, once right after that it will be exposed to the criticism made by Schmitt against such so-called liberal theories. Such itinerary does not aim the adhesion of the antithesis proposed by this author, or the thesis of another, but evidence the undertaken diaphonia, and based on that, try to evidence a possible substratum for a further active proposition. Adhering to a formalism, Norberto Bobbio defines as democratic regime the "*group of regulations and procedures that aim the formation of collective decisions counting on the most part possible of the interested ones*" (BOBBIO, 2000, p. 22).

Therefore, the democratic regime is represented by the procedural instruments that give legitimacy to a certain political decision. Furthermore, Bobbio states that for the actualization of the democratic regime, it is necessary the actualization of individual liberty, expression, opinion and association principles. Therefore, liberalism is a historical and juridical prerequisite for the State democratic regime. (BOBBIO, 2000, p. 32).

Another mark of the modern thinking about democracy, covered however by an empiric aspect, is the exposed by Robert Dahl and Arend Lipjhart, for whom the democratic regime is configured by the cumulative presence of certain elements, respectively: a) Effective participation in politics; b) Equal vote among adults; c) Acquisition of a clarified understanding about the institutions and political candidates; d) exercise control of state planning for accountability (DAHL, 2001) a) Sharing of the executive power through broad coalition cabinets; b) Equilibrium between executive and legislative power; c) multiparty system; d) proportional representation; e) corporatism of the interest groups; f) a

decentralized and federal government; g) strong bicameralism; h) constitutional rigidity and judicial review; i) Independence of the central bank (LIPJHART, 2003)

Moving on, we find in Kelsen a functional criteria for the justification of democracy, that is, we cannot cogitate about an absolute justification for it. It is, functionally, found in the understanding of the acting individuals. Thus, through Kelsen perspective, we negate the possibility of a substantial homogeneity, if it is presumed a debate made by parliamentary representativism. Therefore, Kelsen states that the modern democracy must be understood as being defined by a certain number of procedures through which the parliament and the parties play a central role, so that they are the necessary instruments for the creation of the state will. (KELSEN, *apud* MOUFFE, 1992, pp. 7, 8).

In a diverse sense, Habermas, influenced by his own discursive theory, declares that the core of democracy is the process of institutionalization of discourses and negotiation with the aide from the forms of communication. Therefore, through the discursive concept, we submit all action norm to the acceptance from those who participate in the rational discourses, in the same way that with them they are related. Thus, we assume an alternative to the principle of identity, according as the democratic State, and its inherent normative institutionalization, grants the effectuation of such principle among those who construct it and finds themselves related to it, being the respect to the individual rights the limiting factor to this *multitude's* legislative process. Thus, we align the Habermasian theory with the liberalism for exceling the disassociation between “*State*” and “*Civil Society*”, once it aims to reduce the state influence over the individual freedom; notwithstanding, it also recognizes that it is in the State where the most elevate format of popular sovereignty is expressed. That said, Habermas, when exceling for the rational deliberative process as the foundation of legal regulations and the organization of public power, establishes the principle of representativeness, in a pragmatic order, as subsidiary and needed. (ARRUDA, 2011, pp. 105-130)

Chantal Mouffe exposes a relevant observation about the necessary distinction that we must make for the correct functioning of the Habermasian model, the one between the “*interest agreement*” and “*rational agreement*”. (MOUFFE, 1999, pp. 38, 53). This point is shown as very important to the critical approach of the way as the politics, by the means of its procedures, is practiced.

After briefly exposing some of the main modern democratic theories, the work will follow bringing the exposition of the Schmittian criticism against the implement of the metaphysical system perpetrated by the liberal ethos, which is the individualism. It is not against the liberalism in favor of the authoritarianism, but as the disclosure of its contradictions, in order to, this way, establish an adequation proposition aiming to strengthen the reflection about democracy.

Liberalism and Politics

In his astute historical reading, Schmitt notices that the articulation between liberalism and democracy happens in the confrontation of the bourgeoisie against the monarchical power occurred in the 19th century. Such confrontation results in a necessary distinction between State and society, which transposes and concentrates this confrontation to a specific scope: the parliament. Such confrontation is not direct, that is, between general will and personalist will; but a confrontation through representatives of the people. Its product would be a rational and universal group or laws that would subordinate the power of the monarch.

In this transposition, which aims the limiting of the concentrated power to the monarch itself, resides a danger announced by Schmitt, which is the transmutation of the concept of law: it would be restricted only to what comes from the parliament. Thus, Schmitt questions about what the validity foundation is to reside in this matter the genesis legitimacy of the general will (supposedly) stated in a rational sense. He believes that such thought results in such a liberal metaphysical belief that the production of the truth and of justice would come through the discussion and free exchange of opinions. (ARRUDA, 2011, pp. 105-130). In Schmittian words:

“The liberalism, based on its typical dilemma between spirit and economy, tried to reduce the enemy into a rival, under the economy perspective, and into an opponent of discussions, under the spirit perspective. In the economic field, in fact, there are no enemies, but only rivals, and in a totally moralized and ethical world maybe only opponents of discussions still remain.” (SCHMITT, 1992, p. 54)

This perspective of an eternal discussion reveals itself as harmful, once it dislocates issues of existential interests from a certain political unity, capable of establishing that “friend” and “enemy” conglomerate, to an individual range, and with this prevent the substantial change which would be product of the “sovereign decision” when it is necessary. For this the attention to the state of exception, again, becomes enlightening; once the “Rule of Law” is never capable of embracing such situation, and henceforth establish propositional measures to it.

Therefore, when we discuss about matters of second order, and set aside matters that bring polemic potential (political) for the individualism treatment, we would depoliticize the social environment, treating the parliamentary discussion as a mere “rational accordance” (using here the terminology coined in the prognosis made by Mouffe about the Habermasian theory), and, consequently, reinforce the antagonism in the social environment. At this point, it is important to make an analogy to the figure proposed by Thomas Hobbes in his *Leviathan* about the state of nature (in the case of an environment where the individual ambit is where the

search for satisfaction happens), protecting, of course, the specific character of a snip, once in the Schmittian sense, the social contract would be an institutional breakdown, in view of his homogeneous conception of a public unity, which should exist since ever and not be built by the means of an accordance. So, in view of his conception, which appreciates the homogeneity inside a political unity, he refutes the pluralism; moreover, Schmitt opposes to the democracy proceduralist theorists. This is in view of his substantial search for a concept of equality inside the public unity. *“In fact the worries of Schmitt lie upon the public unity; he believes the State cannot exist without it. For him, this unity consists in a common existence from which citizens participate, and that permits them to be treated as equals in a democracy.”* (MOUFFE, 1992, pp. 8, 9) The disclosure of this substantial unity presented by Schmitt is what rises much distrust in relation to his thoughts leaning to the totalitarianism.

Chantal Mouffe guides us through this confusion when exposing the proposition of Herman Heller when he revisits the Schmittian’s concept of political, about a *“certain level of social homogeneity and shared political social values to the accomplishment of the democratic unity”* (MOUFFE, 1992, p. 9); what does not exclude a certain social antagonism. This way, the theoretical foundation of a parliamentary democracy is found *“not in the belief of a public discussion itself, but in the belief that there is a common base of discussion and the fair game for the opponent, whereby we wish to get to an accordance under the condition of ruling out the pure and simple brutal force.”* (HELLER apud MOUFFE. 1992, p. 9).

Thus, passing by the Schmittian criticism without adhering so, we find a synthesis: the individual liberties that represent the triumph of the liberal bourgeoisie should not be abdicated in favor of a totalitarian-personalist power. Likewise, the search for the formation of a certain homogeneity (conferred by the principles of equality and liberty) where the general will should be formed, excluding the *jus belli*, by means of procedures and mechanisms that grant the possibility and concede effectiveness to it.

Conclusion

According to the exposed by Schmitt, as the liberalism aims to eradicate the conflict from the social, in view of its simultaneous aggregations to the State, and, thus, result in a depoliticization of the properly political ambit, we intend to revert the positioning with the exposed so far. Thereby, we do not intend to follow the Schmittian criticism, from which we used as support so far, in a fideistic way, but before our intention is to conciliate it with the most democratic possible aspect, which is currently denominated as “ultra-democracy”. Therefore, we aim for an elaboration that does not target the destruction of the political ente, at the existential sense, or its depoliticization in the individualist practice:

(...) one of the main tasks of the democratic politics is to neutralize the potential antagonism that exists in the social relations. If we accept that it cannot be done transcending the us/them relation, but only elaborating it a different way, we come across the following questioning: what would constitute a relation of tamed antagonism (...) (MOUFFE, 2015, p.18)

Henceforth, the agonistic posture arises, where pluralism is recognized and there is no aim for its eradication from the political, where its negation would reside in case of occurring. Thereby, the pair friend-enemy gains features of us-them, that is, the capacity exists for a political instituted agglomeration for the (re)configuration of the object of the political decision, once every religious, moral, economic or any other antagonism becomes a political one provided it is strong enough to cause the effective regrouping of men into friends and into enemies.” (SCHMITT, 1992, p. 77). This without the determination of “them” as being the enemy to be destroyed. thus, we conciliate the issue raised by Hanna Arendt about the driving pluralism of the social world, highlighting the topic where we elucidated the gnoseological human capacity, with the fideism: once there is no rational parameter of definition such as right-wrong, useful-harmful, beauty-ugly in the political ambit and on their decisions, this kind of specific reflection must be elucidated as one from the several possibilities of representation of the world that, diaphonically, not only can but should be confronted, creating an agglomerate capable of defending its execution. The contribution of the proceduralism theorists reveals itself here as important once they formulate ways in the walking of the agonistic elaboration.

References

- ARENDRT, Hannah (1998). **O que é política**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil;
- ARRUDA, José Maria (2011). “PARADOXOS DA DEMOCRACIA NO LIBERALISMO: Crítica à concepção liberal de Estado de Direito a partir de Carl Schmitt” em “**Problemata-international journal of philosophy, vol.2, nº1**” Accessible at: <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/problematata/article/view/10371>;
- BOBBIO, Norberto. 2009. **O futuro da democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra;
- EMPÍRICO, Sexto (1997). Hipotiposes Pirrônicas, Livro I, Tradução de Danilo Marcondes, **Revista O que nos faz pensar**, Página 117, nº 12;
- HABERMAS, Jürgen (1994). **Faktizität und Geltung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp;
- KANT, Immanuel (1980). **Crítica da razão pura**. São Paulo: Abril Cultural;
- KELSEN, Hans (1957) **What is justice?** Justice, law and politics in the mirror of science. Berkeley. MIT Press;
- LESSA, Renato (2008) “**Uma história da dúvida**: uma resenha de A História do Ceticismo, de Richard Popkin”. Rio de Janeiro: Edição Online – Laboratório de Estudos Hum(e)anos. [http://estudoshum\(e\)anos.com/wp-content/uploads/2011/03/uma-historia-da-duvida.pdf](http://estudoshum(e)anos.com/wp-content/uploads/2011/03/uma-historia-da-duvida.pdf). Accessed on 15/03/2016.
- LESSA, Renato (2003). A política como ela é...: Carl Schmitt e o realismo político como agonia e aposta. In: **Agonia, aposta e ceticismo**. Belo Horizonte: Editora UFMG;
- LJPART, Arend (2003). **Modelos de democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira;

MOUFFE, Chantal (1992): “**Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt**” em “revue Française de Science Politique, vol. 42, nº1.”;

MOUFFE, Chantal (2015). **Sobre o político**. São Paulo: WMF Martins fontes;

QUINE, Willard Van Ornan (1951) “Main Trends in Recent Philosophy: Two Dogmas of Empiricism”. In: **The Philosophical Review**, Vol. 60, Nº. 1. Durhan: Duke University. <http://www.jstor.org/stable/2181906> . Accessed on 15/03/2016.

SCHMITT Carl (1992). **O conceito do Político**. Petrópolis: Ed. Vozes;

SCHMITT, Carl (1996). **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta;

Este livro foi impresso em Dezembro de 2016 por
 Editar Editora Associada Ltda.
 Juiz de Fora/MG – Tel.: (32) 3213-2529
 www.editar.com.br

É com grande satisfação que apresentamos à comunidade brasileira mais uma edição da Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença. A produção científica que conforma esta obra coletiva tem como autores renomados juristas nacionais, bem como integrantes dos corpos docente e discente de nossas faculdades. A edição do presente número expressa a preocupação da Faculdade de Direito de Valença no sentido de oferecer um espaço para a discussão e o diálogo interdisciplinares, fato que permite ao leitor o contato com diferentes saberes e diferentes posições doutrinárias.

Convidamos todos à leitura.

Valença, 15 de dezembro de 2016.

José Rogério Moura de Almeida Filho

Presidente da Fundação Educacional D. André Arcoverde