

**Coordenação Geral**  
Antônio Celso Alves Pereira  
Cleyson de Moraes Mello



## **Revista da Faculdade de Direito de Valença** **2011**

Prefácio de José Rogério Moura de Almeida Filho  
(Presidente da Fundação D. André Arcoverde)

Participação especial do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Jorge Mussi

### **Autores**

Ademir de Moraes Ferreira  
Alexandre de Moraes  
Ana Carolina De Nigris  
Antônio Carlos Flores de Moraes  
Antônio Celso Alves Pereira  
Antônio Sérgio Netto Valladolid  
Bruno Amaro Lacerda  
Bruno Silva Lopes  
Cimon Hendrigo Burmann de Souza  
Cleyson de Moraes Mello  
Diego J. Bercholc (Argentina)  
Eduardo Paulino da Costa  
Elcio Nacur Rezende  
Giancarlo Magalhães Santos  
Humberto Dalla Bernardina de Pinho  
João Victor Rozatti Longhi  
Jorge Mussi  
Jorge O. Bercholc (Argentina)  
José Rogério Moura de Almeida Neto  
Laís Krejci Graciosa  
Larissa Souza Cruz  
Leila Meirelles Barreto

Lívia Gaigher Bósio Campello  
Marcus Fábio Segurasse Resinente  
Maria Berenice Dias  
Mariane de Souza Lima de O. Moraes  
Mário de Castro Reis Neto  
Marryelle Molica Santagueda Guerini  
Monique Carvalho Mousinho  
Monique Ferreira e Silva  
Myrna Pereira Leite  
Patricia Valeria Bastos Faria Pecoraro  
Rafael José Otero Arroyo  
Regina Pentagna Petrillo  
Renata de Carvalho Salles  
Rogério Tabet de Almeida  
Rubens Beçak  
Sônia Guerra  
Sylvia Porto Agorianitis  
Tauler Augusto de Araújo Matos  
Vladmir Oliveira da Silveira  
Wanderlei Ferreira de Sá  
William Douglas

Editar  
Juiz de Fora-MG  
2011

**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. Antonio Celso Alves Pereira

**Diretor Acadêmico do Centro de Ensino Superior de Valença**

Prof. Ms. Marcelo Gomes da Rosa

**Fundador da Revista**

Prof. Dr. João Marcelo de Araújo Júnior

**Diretor da Faculdade de Direito de Valença**

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

Prof. Ms. Arilton Leôncio Costa

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Prof. Dr. João Eduardo Alves Pereira

Dr. José Rogério Moura de Almeida Filho

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

Prof. Ms. José Rogério Moura de Almeida Neto

Prof. Ms. Marcelo Gomes da Rosa

Prof<sup>a</sup>. Ms. Marcia Ignácio R. M. Mello (Membro Externo – Colégio Pedro II - RJ)

Profa. Dra. Marinilza Bruno de Carvalho

Prof. Miguel Augusto Pellegrini

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

Profa. Dr. Núria Belloso Martín (Membro Externo – Univ. Burgos - Espanha)

Profa. Ms. Patricia Valeria Bastos Faria Pecoraro

Prof. Dr. Tomás Prieto Alvarez (Membro Externo – Univ. Burgos - Espanha)

**Coordenação desta edição**

Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

**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 de 1998). Juiz de Fora: Editora Associada Ltda, 2011.

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

CDU: 34(81)(05)

*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)*



# Coordenação geral da obra

---

## **Antônio Celso Alves Pereira**

Diretor Geral do CESVA; Diretor da Faculdade de Direito de Valença; Professor de Direito Internacional da Universidade Gama Filho e da Faculdade de Direito de Valença; Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.

## **Cleyson de Moraes Mello**

Doutor em Direito; Mestre em Direito; Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença; Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNIPAC, Juiz de Fora/MG; Advogado; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB); Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre/RS; Membro da Academia Valenciana de Letras; Membro do Instituto Cultural Visconde do Rio Preto; Vice-Presidente da Academia de Ciências Jurídicas de Valença/RJ; Autor e coordenador de diversas obras jurídicas.



# Autores

---

## **Ademir de Moraes Ferreira**

Graduado em Medicina Veterinária pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (1970); Mestre em Medicina Veterinária (1980) pela Universidade Federal de Minas Gerais e Doutor em Zootecnia (1990) pela Universidade Federal de Viçosa; Pesquisador aposentado da Embrapa Gado de Leite e Professor Titular do Centro de Ensino Superior de Valença/Faculdade de Medicina Veterinária de Valença.

## **Alexandre de Moraes**

Advogado e consultor jurídico (alexandre@alexandredemoraes.com); Doutor e Livre-docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor-associado da USP e professor-titular da Universidade Mackenzie; Exerceu o cargo de Promotor de Justiça de São Paulo (1991-2002); Foi Secretário de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania (2002-2005) e membro da primeira composição do Conselho Nacional de Justiça (2005-2007); De 2007 a 2010, exerceu a titularidade da Secretaria de Transportes do município de São Paulo, acumulando-a, a partir de 2009, com a Secretaria de Serviços da capital.

## **Ana Carolina De Nigris**

Advogada; Bacharel em Direito pela PUC-Rio.

## **Antônio Carlos Flores de Moraes**

Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca; Conselheiro do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro; Professor do Departamento de Direito da PUC-RIO.

## **Antônio Celso Alves Pereira**

Diretor Geral do CESVA; Diretor da Faculdade de Direito de Valença; Professor de Direito Internacional da Universidade Gama Filho e da Faculdade de Direito de Valença; Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.

## **Antônio Sérgio Netto Valladão**

Mestre em Ciências Morfológicas – ICB – UFRJ; Especialista em Prótese Dentária – FOB – USP; Pós-graduado em Implantodontia – ABO/RJ; Graduado pela Faculdade de Odontologia de Valença – CESVA/FAA; Professor das disciplinas de Odontogeriatrics e Biologia Celular – FOV/CESVA/FAA; Professor responsável pelos projetos de extensão universitária – FOV/CESVA/FAA; Email para contato: valladao@scienceness.com

## **Bruno Amaro Lacerda**

Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela UFMG; Professor Adjunto da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

**Bruno Silva Lopes**

Mestre em Letras (Língua Portuguesa) pela UERJ; Professor do CESVA e Tutor de EaD (Letras-UFF/CEDERJ).

**Cimon Hendrigo Burmann de Souza**

Mestre e Doutor em Direito Privado pela PUCMinas; Professor do Centro Universitário UNA, da PUCMinas; Advogado.

**Cleyson de Moraes Mello**

Doutor em Direito pela UGF-RJ; Mestre em Direito pela UNESA; Professor de Direito Civil, Hermenêutica e Introdução ao Estudo do Direito (Pós-graduação e Graduação) UNESA, UNIPAC, FAA-FDV, UNISUAM; Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNIPAC – Juiz de Fora/MG; Diretor Adjunto da FDV; Advogado; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB); Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Porto Alegre/RS; Membro da Academia Valenciana de Letras; Membro do Instituto Cultural Visconde do Rio Preto; Vice-presidente da Academia de Ciências Jurídicas de Valença/RJ; Autor e coordenador de diversas obras jurídicas.

**Diego J. Bercholz**

Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Integrante del equipo de investigación del proyecto acreditado en el marco de la programación científica de la Universidad de Buenos Aires 2004-2007, Código D013, sede de trabajo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. A partir del año 2007 el proyecto fue financiado por la Secretaría de Investigación y Desarrollo de la Universidad Abierta Interamericana.

**Eduardo Paulino da Costa**

Possui graduação em Medicina Veterinária pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1979); Mestrado em Medicina Veterinária pela Universidade Federal de Minas Gerais (1982) e Doutorado em Ciência Animal pela Universidade Federal de Minas Gerais (1994); Atualmente é Professor Associado da Universidade Federal de Viçosa; Tem experiência na área de reprodução animal, com ênfase em biotecnologia.

**Elcio Nacur Rezende**

Graduado em Administração pela PUCMinas; Graduado em Direito pela UFMG; Mestre e Doutor em Direito Privado pela PUCMinas; Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara e do Centro Universitário UNA; Procurador da Fazenda Nacional.

**Giancarlo Magalhães Santos**

Possui graduação em Medicina Veterinária pelo Centro Universitário de Vila Velha (2006); Mestrado e doutorado em Medicina Veterinária na área de reprodução e produção animal pela Universidade Federal de Viçosa; Atualmente é professor e Coordenador de Ensino do CPT Cursos Presenciais.



### **Humberto Dalla Bernardina de Pinho**

Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro; Doutor e Professor Adjunto de Direito Processual Civil na UERJ; Professor Adjunto de Direito Processual Civil na UNESA.

### **João Victor Rozatti Longhi**

Graduado em Direito pela UNESP-Franca com intercâmbio na Univ. de Santiago de Compostela/Espanha; Mestre em Direito Civil pela UERJ; Ex-Pesquisador FAPESP (IC), FAPERJ (Mestrado) e FGV-Rio (Tutor); Professor de pós-graduação do IBMEC-Rio, PUC-Rio e ESA/OAB-Rio; Assessor jurídico no MPRJ.

### **Jorge Mussi**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

### **Jorge O. Bercholz**

Doctor en Derecho Político, Universidad de Buenos Aires. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Universidad de Buenos Aires. Profesor de Teoría del Estado, Postgrado y Doctorado, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Sociología Jurídica y de Metodología de la Investigación Jurídica, Universidad Abierta Interamericana.

### **José Rogério Moura Almeida Neto**

Graduado em Medicina Veterinária pelo Centro de Ensino Superior de Valença/Faculdade de Medicina Veterinária (2005); Mestre em Medicina Veterinária pela Universidade Federal de Viçosa (2008), onde atualmente é aluno de doutorado; Professor Assistente de Produção Animal I no Centro de Ensino Superior de Valença/Faculdade de Medicina Veterinária de Valença, além de coordenar o Projeto Fazendeiro.

### **Laís Krejci Graciosa**

Graduada pela Faculdade de Odontologia de Valença/CESVA/FAA; Especialista em Radiologia – USP/São Paulo; Especialista em Ortodontia – FOV/CESVA/FAA; Mestranda em Radiologia – São Leopoldo Mandic/Campinas; Professora de Imaginologia Odontológica – FOV/CESVA/FAA; Professora responsável pelos projetos de extensão universitária – FOV/CESVA/FAA.

### **Larissa Souza Cruz**

Acadêmica da Faculdade de Odontologia de Valença, cursando o 7º período.

### **Leila Meirelles Barreto**

Acadêmica da Faculdade de Odontologia de Valença, cursando o 7º período.

### **Lívia Gaigher Bósio Campello**

Doutoranda em Direito das Relações Econômicas e Internacionais pela PUC/SP. Bolsista do CNPq; E-mail: liviagaigher@yahoo.com.br

### **Marcus Fábio Segurasse Resinente**

Advogado e especialista em Direito do Consumidor e em Direito dos Contratos pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

**Maria Berenice Dias**

Advogada; Ex-Desembargadora do Tribunal de Justiça/RS; Vice-presidenta Nacional do IBDFAM.

**Mariane de Souza Lima de Oliveira Moraes**

Acadêmica da Faculdade de Odontologia de Valença, cursando o 7º período.

**Mário de Castro Reis Neto**

Mestrando em Direito; Especialista em Direito Público; Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Valença/RJ; Advogado e palestrante; E-mail: castro@scbradvogados.com.br

**Marryelle Molica Santagueda Guerini**

Acadêmica da Faculdade de Odontologia de Valença, cursando o 7º período.

**Monique Carvalho Mousinho**

Bacharelada em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde; E-mail: moniquemousinho@hotmail.com

**Monique Ferreira e Silva**

Mestranda em Epidemiologia – IMS/UERJ; Especialista em Odontopediatria – UNIGRANRIO; Graduada pela Faculdade de Odontologia de Valença – CESVA/FAA; Professora das disciplinas de Odontopediatria, Clínica Integrada da Criança e do Adolescente, Clínica Integrada de Pacientes em Necessidades Especiais e Dentística I – FOV/CESVA/FAA; Professora responsável pela extensão universitária no Ambulatório de Odontopediatria – FOV/CESVA/FAA.

**Myrna Pereira Leite**

Acadêmica da Faculdade de Odontologia de Valença, cursando o 7º período.

**Patricia Valeria Bastos Faria Pecoraro**

Graduada pela Faculdade de Odontologia de Valença/CESVA/FAA; Especialista em Odontopediatria – São Leopoldo Mandic/Campinas; Especialista em Pacientes em Necessidades Especiais/CFO; Pós-graduada em Metodologia do Ensino Superior/CESVA/FAA; Mestre em Odontologia – UNITAU/São Paulo; Professora de Clínica Integrada da Criança e do Adolescente, Dentística, Clínica Integrada de Pacientes em Necessidades Especiais e Materiais Dentários – FOV/CESVA/FAA; Diretora da Faculdade de Odontologia de Valença/CESVA/FAA.

**Rafael José Otero Arroyo**

Possui graduação em Medicina Veterinária e Zootecnia pela Universidade de Córdoba (2003); Especialização em Reprodução em Bovino e Transferência de Embriões, além de Mestrado em Medicina Veterinária pela Universidade Federal de Viçosa.

**Regina Pentagna Petrillo**

Doutora em Teoria Literária pela Universidade Federal do Rio de Janeiro; Professora de Teoria Literária, Literatura Comparada e Literatura Brasileira do CESVA.

**Renata de Carvalho Salles**

Mestre em Direito Público (UNESA); Graduada em Direito (PUC-Rio) e especializada em Direito Ambiental (PUC-Rio) e em Direito Tributário e Legislação de Impostos (UNESA); Atualmente é sócia-gerente da empresa De Carvalho Salles Advogados Associados Ltda e docente da Fundação Dom André Arcoverde.

**Rogério Tabet de Almeida**

Advogado; Professor da Faculdade de Direito de Valença; Mestrando em Direito – Hermenêutica e Direitos Fundamentais – UNIPAC – E-mail: rogeriotabet@hotmail.com

**Rubens Beçak**

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo; Professor da Universidade de São Paulo (USP) na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto e na Faculdade de Direito de São Paulo (pós-graduação); Secretário Geral da Universidade de São Paulo.

**Sônia Guerra**

Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho; Professora do Centro Universitário Augusto Motta; Advogada no Rio de Janeiro.

**Sylvia Porto Agorianitis**

Advogada; Bacharel em Direito pela PUC-Rio.

**Tauller Augusto de Araújo Matos**

Professor da Fundação Educacional Dom André Arcoverde; Analista de Sistema pelo Centro de Ensino Superior de Juiz de Fora (CES-JF) e mestre em Ciência da Computação pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

**Vladmir Oliveira da Silveira**

Doutor em Direito pela PUC-SP; Professor da PUC-SP e da UNINOVE; Coordenador do Programa de Mestrado da UNINOVE; Presidente do CONPEDI; Advogado; E-mail: vladmir@aus.com.br

**Wanderlei Ferreira de Sá**

Possui graduação em Medicina Veterinária pela Universidade Federal de Minas Gerais (1975); mestrado em Reprodução Animal – Michigan State University (1978) e doutorado em Protozoologia de Parasitos pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (1987); Atualmente é pesquisador aposentado da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária.

**William Douglas**

Juiz Federal/RJ; Mestre em Direito pela UGF; Pós-graduado em Políticas Públicas e Governo pela EPPG/UFRJ; Professor e palestrante.



# Sumário

Prefácio	17
<b>José Rogério Moura de Almeida Filho</b>	
Apresentação	19
<b>Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira</b> <b>Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello</b>	
Participação Especial	
Habeas corpus	21
<b>Ministro do Superior Tribunal de Justiça Jorge Mussi</b>	
Artigos	
Urge reformar o Conselho de Segurança das Nações Unidas	35
<b>Antônio Celso Alves Pereira</b>	
Administração pública e vedação ao nepotismo no Poder Judiciário	43
<b>Alexandre de Moraes</b>	
Instrumentos para a implementação da democracia participativa e o papel das tecnologias da informação e da comunicação	51
<b>Rubens Beçak e João Victor Rozatti Longhi</b>	
A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro	65
<b>Humberto Dalla Bernardina de Pinho</b>	
Cidadania e direitos humanos	87
<b>Livia Gaigher Bósio Campello e Vladimir Oliveira da Silveira</b>	

Jusnaturalismo e direitos humanos <b>Bruno Amaro Lacerda</b>	105
A (in)eficácia externa dos negócios jurídicos: as consequências das avenças nos não signatários públicos e particulares <b>Cimon Hendrigo Burmann de Souza e Elcio Nacur Rezende</b>	113
La Presidencia en la Argentina a través de los discursos de apertura de la Asamblea Legislativa, 1983-2011 <b>Jorge O. Bercholc e Diego J. Bercholc</b>	137
Direitos da personalidade <b>Cleyson M. Mello</b>	157
Uma licitação sustentável <b>Antonio Carlos Flores de Moraes</b>	167
14 O judiciário contra si mesmo e contra o espoliado: a absurda matemática da multa diária e a permissividade dos tribunais em favor dos maus fornecedores <b>William Douglas e Marcus Fábio Segurasse Resinente</b>	191
Direito fundamental à felicidade <b>Maria Berenice Dias</b>	201
Amor: desencontro e solidão, em <i>Dias perdidos</i> , de Lúcio Cardoso <b>Regina Pentagna Petrillo</b>	207
Tributação e meio ambiente: uma breve reflexão <b>Renata de Carvalho Salles</b>	219
A fenomenologia heideggeriana <b>Rogério Tabet de Almeida</b>	237

Direito à inclusão social – Uma análise técnico-jurídica acerca do Decreto nº 5.296 de 2/12/2004, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida 245  
**Mário de Castro Reis Neto e Tauller Augusto de Araújo Matos**

A bioética odontológica contemporânea - Ampliando concepções deontológicas 255  
**Antônio Sérgio Netto Valladão, Laís Krejci Graciosa, Monique Ferreira e Silva e Patricia Valeria Bastos Faria Pecoraro**

Estrógeno exógeno no início do ciclo estral de vacas leiteiras na indução do estro e na dinâmica ovariana 271  
**José Rogério Moura Almeida Neto, Eduardo Paulino da Costa, Ademir de Moraes Ferreira, Wanderlei Ferreira de Sá, Giancarlo Magalhães Santos e Rafael José Otero Arroyo**

Compostos satíricos em português: bases unidas em favor da criticidade 287  
**Bruno Silva Lopes**

O instituto do tombamento como garantidor do patrimônio cultural brasileiro 295  
**Sônia Guerra**

O controle jurisdicional das políticas públicas promotoras de direitos fundamentais 303  
**Mário de Castro Reis Neto**

A responsabilidade civil do estado decorrente da violação ao direito à segurança pública 319  
**Ana Carolina De Nigris e Sylvia Porto Agorianitis**

Da maioria penal – notas sobre a polêmica acerca da sua redução 329  
**Monique Carvalho Mousinho**

Resíduos odontológicos, saúde pública e impacto ambiental 345  
**Mariane de Souza Lima de Oliveira Moraes, Marryelle Molica  
Santagueda Guerini e Myrna Pereira Leite**

A contribuição social da Clínica de graduação da Faculdade  
de Odontologia de Valença 351  
**Larissa Souza Cruz e Leila Meirelles Barreto**



# Prefácio

---

É com grande satisfação que apresentamos à comunidade brasileira o número 8 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. Nessa linha, é importante salientar que o volume agora publicado tem a participação da Faculdade de Odontologia de Valença, da Faculdade de Veterinária de Valença e do Instituto Superior de Educação (ISE), o que reflete o interesse do Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA) em aprofundar estudos sobre diversos temas relevantes.

Convidamos todos à leitura.

17

Valença, 15 de dezembro de 2011.

**José Rogério Moura de Almeida Filho**

Presidente da Fundação Educacional D. André Arcoverde



# Apresentação

---

A Faculdade de Direito de Valença completa, neste ano de 2011, 44 anos de existência. Ao longo dessa profícua trajetória, formou operadores do Direito que, como juristas, advogados, membros do Ministério Público, procuradores, magistrados e defensores públicos, atuaram e continuam a atuar, com sucesso, em todas as esferas que conformam a estrutura jurídica do nosso país.

Integrada no seu contorno regional, a Faculdade de Direito de Valença esmera-se em oferecer ensino de graduação, pós-graduação, pesquisa e extensão de alta qualidade, na medida em que dispõe de infraestrutura acadêmica sempre atualizada e, especialmente, de quadro docente composto, em sua maioria, por mestres e doutores dedicados e competentes. Além dessas atividades, a Faculdade de Direito de Valença, consciente da importância de seu papel no processo de desenvolvimento social e político regional busca, no contexto de suas prioridades, adotar ações que ofereçam aos seus alunos uma formação cidadã, voltada à defesa da liberdade, do Estado Democrático de Direito e dos direitos humanos. Todas essas relevantes ações que norteiam o ideário acadêmico da FDV são inspiradas na tradição cultural e no conjunto das finalidades da missão educadora da Fundação Dom André Arcoverde, sua entidade mantenedora.

É, portanto, com imenso prazer que entregamos à comunidade jurídica brasileira o presente número de nossa Revista.

Valença, dezembro de 2011.

**Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira**

Diretor-geral do Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA) e  
Diretor da Faculdade de Direito de Valença

**Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello**

Diretor-adjunto da Faculdade de Direito de Valença



# Habeas corpus

Ministro do Superior Tribunal de Justiça Jorge Mussi

*Superior Tribunal de Justiça*

HABEAS CORPUS Nº 174.237 - SP (2010/0096581-6)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI  
IMPETRANTE : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - DEFENSORA PÚBLICA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : MARIA DENISE RODRIGUES

## EMENTA

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO E ESTELIONATO TENTADO (ARTIGO 155, § 4º, INCISOS II E IV, E ARTIGO 171, CAPUT, COMBINADO COM O ARTIGO 14, II, TODOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA PROFERIDA PELO JUÍZO SINGULAR. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO RESTRITA AO PEDIDO DE REFORMA DO ÉDITO ABSOLUTÓRIO SOMENTE QUANTO AO ESTELIONATO. EXPRESSA CONCORDÂNCIA COM A ABSOLVIÇÃO DA PACIENTE PELO ILÍCITO DE FURTO. CONDENAÇÃO POR AMBOS OS CRIMES PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INOBSERVÂNCIA DO EFEITO DEVOLUTIVO RESTRITO À FUNDAMENTAÇÃO DO APELO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. No caso dos autos, a paciente foi absolvida dos crimes de furto qualificado e estelionato em primeiro grau de jurisdição, tendo o Ministério Público interposto recurso de apelação objetivando a reforma da sentença apenas quanto ao crime previsto no artigo 171, *caput*, combinado com o artigo 14, inciso II, do Código Penal, concordando expressamente com a insuficiência de provas a embasar um édito repressivo no tocante ao ilícito previsto no artigo 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal.

3. Da leitura do acórdão impugnado, conclui-se que o Tribunal *a quo* extrapolou os limites de cognição do apelo interposto pelo órgão acusatório, pois condenou a paciente pelo delito de furto qualificado, que sequer havia sido objeto de insurgência pelo *Parquet* nas suas razões recursais, ampliando o efeito devolutivo do reclamo, e agravando, independentemente de provocação, a situação da acusada, procedimento que vai de encontro ao princípio que proíbe a *reformatio in pejus*. Doutrina. Precedentes.

4. Ordem concedida para anular a condenação da paciente no

*Superior Tribunal de Justiça*

que se refere ao crime de furto qualificado, mantendo-se o édito repressivo proferido em seu desfavor no tocante ao delito de estelionato.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2011. (Data do Julgamento).

**MINISTRO JORGE MUSSI**  
Relator

## Superior Tribunal de Justiça

### HABEAS CORPUS Nº 174.237 - SP (2010/0096581-6)

IMPETRANTE : FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - DEFENSORA PÚBLICA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : MARIA DENISE RODRIGUES

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MARIA DENISE RODRIGUES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento à Apelação Criminal n. 990.09.222400-0, interposto pelo Ministério Público.

Noticiam os autos que a paciente foi denunciada pela prática dos delitos previstos no artigo 155, § 4º, incisos II e IV, e no artigo 171, *caput*, combinado com o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal, tendo sido absolvida diante da fragilidade do conjunto probatório.

Irresignado, o *Parquet* interpôs recurso de apelação, pretendendo a condenação da acusada pelo delito de estelionato, uma vez que, quanto ao delito de furto, não haveria provas suficientes para atribuir-lhe a autoria.

Ao recurso de apelação foi dado provimento, para condenar a paciente à pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, e ao pagamento de 18 dias-multa, nos termos da denúncia.

Sustenta a impetrante que a paciente é alvo de constrangimento ilegal em virtude da ocorrência de julgamento *extra petita* quando da apreciação da apelação.

Afirma que o pedido do Ministério Público restringiu-se à condenação pelo delito de estelionato, tendo sido admitido pela acusação nas razões do recurso a inexistência de provas suficientes para a condenação quanto ao crime de furto.

Requer a concessão da ordem a fim de que seja reconhecida a nulidade do aresto objurgado em face do julgamento *extra petita*.

A liminar foi deferida, nos termos da decisão de fls. 44/45.

*Superior Tribunal de Justiça*

Prestadas as informações (e-STJ fls. 52/53), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 81/86, opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.



*Superior Tribunal de Justiça*

HABEAS CORPUS Nº 174.237 - SP (2010/0096581-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a anulação do acórdão referente à apelação interposta pelo Ministério Público, ante a apontada ocorrência de julgamento *extra petita*.

Segundo consta dos autos, a paciente foi denunciada pelos crimes de furto qualificado e estelionato, extraíndo-se da peça acusatória os seguintes trechos:

*"Consta do incluso inquérito policial que no dia 27 de fevereiro de 2003, por volta das 23:00 horas, na Rua Hadock Lobo, no interior do restaurante Margherita, nesta cidade e comarca, MARIA DENISE RODRIGUES, qualificada a fls. 31, agindo em concurso e unidade de propósitos com 'Carmem', 'Soledad' e 'Rosário', não identificadas, subtraiu para si, um cartão de crédito American Express e uma cédula de identidade, pertencentes a Roseli Fernandes de Freitas.*

*Apurou-se que a indiciada acompanhada de 'Carmem', 'Soledad' e 'Rosário', estava no restaurante Margherita, quando percebeu a distração da vítima que ali também estava. aproveitando-se daquela situação, abriu a bolsa que a vítima portava e dela subtraiu um cartão de crédito American Express e uma cédula de identidade, ambas pertencentes a Roseli Fernandes.*

*Consta, ainda, do incluso auto de prisão em flagrante que, no dia 27 de fevereiro de 2003, por volta das 23:30 horas, na Rua João Cahoeira, número 899, nesta cidade e comarca, MARIA DENISE RODRIGUES, qualificada a fls. 31, agindo em concurso e unidade de propósitos com 'Carmem', 'Soledad' e 'Rosário', ainda não identificadas, tentou obter, em proveito próprio, vantagem ilícita, consistente em comprar uma impressora HP-Office-jet PSC 750 utilizando-se do cartão de crédito furtado, em prejuízo de Roseli Fernandes de Freitas, induzindo José Augusto Damasceno de Sena, caixa do Extra Hipermercados em erro, mediante fraude.*

*Após a subtração dos pertences de Roseli Fernandes, a indiciada decidiu adquirir uma impressora para revender na Praça da República. 'Carmem', 'Soledad' e 'Rosário' a auxiliaram na empreitada e, para tanto, receberiam R\$*

## Superior Tribunal de Justiça

200,00 (duzentos reais) para ser dividido em as três caso o golpe desse certo.

Dirigiram-se ao Extra Hipermercados, onde já havia praticado vários golpes similares, tendo 'Soledade' ficado dentro de um táxi, que era conduzido por 'Oliveira'. Quando estava no caixa, efetuando a compra com o cartão de crédito furtado, 'Carmen' e 'Rosário' evadiram-se do local no táxi acima mencionado.

Quando da compra da impressora, o caixa do hipermercado percebeu que a assinatura do cartão não era compatível com a assinatura feita pela suposta cliente e chamou a fiscal de caixa Helen Kalyone Ferreira Araújo. Helen, por sua vez, concordando com o caixa, chamou o fiscal Charles Pereira, que perguntou à indiciada acerca dos fatos, tendo ela confessado o furto do cartão de crédito e da cédula de identidade, bem como a tentativa de estelionato." (e-STJ fls. 54/55).

Após regular instrução, sobreveio sentença na qual a paciente restou absolvida de ambos os delitos que lhe foram imputados.

Confira-se:

"A ação é improcedente. Ouvida em juízo, a ré negou parcialmente a imputação que lhe é feita, aduzindo que foi 'Soledade' quem subtraiu o cartão de crédito referido na denúncia e que, juntamente com as outras três pessoas indicadas na denúncia, esteve em uma loja minutos após visando adquirir uma impressora com o cartão furtado'. E as demais provas produzidas na instrução processual mostraram-se insuficientes para embasar um decreto condenatório. Com efeito, a vítima Roseli Fernandes de Freitas não notou o furto de seu cartão de crédito e, portanto, nada soube dizer sobre a autoria deste crime (fls. 208/209). As testemunhas João, Charles, Carlos e José Augusto, funcionários do 'Extra Hipermercados', não mais se recordaram dos fatos narrados na denúncia e nada puderam esclarecer sobre a autoria da tentativa de estelionato em questão. Apenas José Augusto reconheceu a ré como sendo a pessoa que tentou ali efetuar uma compra mediante a utilização de um cartão de crédito, mas não soube dizer exatamente qual o problema que ensejou a abordagem da denunciada. Chegou a dizer ao magistrado, equivocadamente, que a ré não estaria portando a sua identificação pessoal. E essa foi toda prova oral produzida durante a instrução processual, a qual, como

## Superior Tribunal de Justiça

se vê, é insuficiente a embasar um decreto condenatório. Realmente, conforme prova oral acima analisada, nenhuma das cinco pessoas ouvidas puderam esclarecer a autoria do furto ou da tentativa de estelionato. Restou isolada nos autos, deste modo, a confissão parcial da denunciada, que teria admitido apenas a prática da tentativa de estelionato, porém, ainda assim, de forma vaga, já que se restringiu a dizer à magistrada que, 'juntamente com as outras três pessoas indicadas na denúncia, esteve em uma loja minutos após visando adquirir uma impressora com o cartão furtado', o que, ao entender desse magistrado, consiste em prova precária. Não bastasse e socorrendo-se da prova prestada perante a autoridade policial, sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, aqueles funcionários do referido mercado, quando ainda tinham os fatos gravados em suas memórias, esclareceram ao delegado que a ré foi impedida de efetuar a aludida compra quando assinou a nota de compra de forma absolutamente diversa daquela assinatura que constava do cartão de crédito subtraído. Portanto, além de serem insuficientes as provas produzidas também quanto ao delito de estelionato, aquela conduta praticada pela denunciada, destinada à compra da referida impressora, conforme respeitável entendimento doutrinário e jurisprudencial, consistiria em meio inidôneo para enganar o homem comum, apresentando o crime impossível. (...) Como se vê, absolutamente frágeis as provas produzidas pela acusação, devendo prevalecer na espécie o consagrado princípio in dubio pro reo, principalmente para que não se incorra no risco de se levar ao cárcere pessoa inocente. Nesse sentido o entendimento do próprio Ministério Público, ao menos quanto ao delito de furto." (e-STJ fls. 59/60).

Irresignado, o órgão ministerial apelou, "postulando a reforma da r. sentença a fim de que seja o apelado condenado como incurso no artigo 171, caput, do Código Penal", consignando que "quanto ao crime de furto, não há prova suficiente de que tenha sido a acusada sua autora" (e-STJ fls. 62/65).

A 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento à irrisignação da acusação para condenar a paciente à pena total de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, e ao pagamento de 18 dias-multa, por infração aos artigos 155, § 4º, incisos II e IV, e 171, caput, combinado com o artigo 14, inciso II, na forma do artigo 69, todos do Código Penal

## Superior Tribunal de Justiça

(e-STJ fls. 70/76).

Pois bem. De tudo quanto consta dos autos, tem-se que a impetração merece acolhida.

Inicialmente, cumpre ressaltar que quando se trata de recursos no processo penal, é certo que as insurgências podem ser dotadas de efeito suspensivo, a depender da via recursal e da decisão que é alvo de impugnação. Todas, porém, são munidas do efeito devolutivo, por meio do qual toda a matéria posta em discussão perante o Poder Judiciário, ou apenas parte dela, é levada à apreciação do órgão recursal competente, consagrando-se a garantia ao duplo grau de jurisdição. Trata-se da aplicação do princípio resumido no brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*, que se refere à extensão do conhecimento da irresignação.

Como é cediço, o efeito devolutivo da apelação encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos previstos no âmbito do processo penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte detentora dos interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à clausula constitucional do devido processo legal.

A respeito do tema, eis a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

*"O princípio da dialeticidade - que impregna todo o iter procedimental - tem aspectos próprios no que diz com os recursos: o recorrente deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, porque somente assim a parte contrária poderá apresentar suas contra-razões, formando-se o imprescindível contraditório em matéria recursal." (Recursos no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36.)*

Mais adiante, quando dissertam especificamente sobre o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal, os aludidos doutrinadores disciplinam:

*"A apelação, como todo recurso, devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada e da que pode ser conhecida de ofício. O âmbito dessa devolução depende, essencialmente, da extensão da impugnação formulada*

## Superior Tribunal de Justiça

*pelo recorrente, podendo a apelação, conforme salientado, ser plena ou parcial. Pode, também, configurar-se, pela soma de apelações parciais da acusação e da defesa, outra hipótese de devolução plena. Frise-se, contudo, que a restrição existente na apelação parcial é relativa à extensão do conhecimento e não à sua profundidade, podendo o tribunal examinar, nos limites da impugnação, aspectos não suscitados pelas partes ou tópicos não apreciados pelo juiz inferior; pode, ainda, produzir prova ou admitir prova nova, desde que observado o contraditório." (Op. cit., p. 121.)*

Portanto, tendo em vista que o recurso de apelação, nos termos do artigo 515 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo penal (artigo 3º da Lei Processual Penal), devolve para o órgão *ad quem* apenas o exame da matéria impugnada, que se restringe aos limites da irresignação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não poderia condenar a paciente pelo crime de furto qualificado sem pedido expresso do órgão acusatório nesse sentido, como fez.

Com efeito, da leitura do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, verifica-se que o *Parquet* concordou com a sentença absolutória no tocante ao ilícito disposto no artigo 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal, consignado inexistirem provas suficientes a embasar um édito condenatório contra a paciente nesse ponto.

Veja-se:

*"Quanto ao crime de furto, não há prova suficiente de que tenha sido a acusada sua autora, entretanto, no que tange ao crime de estelionato tentado, a ação deve ser julgada procedente uma vez que a acusada confessou os fatos e foi presa em flagrante quando tentava passar o cartão no caixa do estabelecimento vítima." (e-STJ fl. 65).*

Contudo, a Corte de origem, a despeito da inexistência de irresignação da acusação quanto à absolvição da paciente pelo delito de furto, acabou por condená-la também por esta infração penal, consoante se extrai da passagem abaixo, retirada do aresto objurgado:

*"Condenação necessária, data venia do entendimento do d. Juízo sentenciante.*

## Superior Tribunal de Justiça

De início, pela **materialidade** constatada no (i) boletim de ocorrência, f. 11/14, (ii) auto de exibição e apreensão, f. 18/19; (iii) auto de avaliação, f. 20; (iv) autos de entrega, f. 21 e 42; e (v) laudo pericial grafotécnico, f. 89/92.

E a autoria também é **incontroversa**.

De efeito.

A acusada foi detida em plena **flagrância delitiva**, coisa que é inegável e inquestionável, nos autos.

Esse fato, só por si, caracteriza por sem dúvidas e de pronto a autoria, uma vez que não há lógica capaz de fugir a essa interpretação.

Quem é apanhado em pleno "iter criminis", ou imediata e conseqüentemente a ele, como aqui, não tem como justificar a situação.

Além disto, a **posse da "res furtiva"**.

E sabe-se que a apreensão de coisa subtraída, só por si, em poder do agente, é prova firme e convincente de autoria, porque inverte o ônus da prova, cumprindo ao acionado oferecer razões pelas quais aquilo que não lhe pertence foi consigo encontrado.

O que aqui não se fez.

E mais há.

Assim, também, as firmes e contundentes palavras das testemunhas presenciais (i) **Charles**, f. 5 e 188, (ii) **José Augusto**, f. 6 e 221, e (iii) **Carlos**, f. 7 e 220.

Quando ouvidas em Juízo - mais de 6 anos após os fatos - afirmaram não mais se recordar dos fatos e da acusada, devido ao decurso do prazo.

Entretanto, seus depoimentos em Polícia devem ser considerados, uma vez que, prestados horas após os fatos, ao calor, ainda, dos acontecimentos, portanto, estoriam exatamente a ação, em correspondência de detalhes, unicidade de entendimento e ação.

E de qualquer forma, os depoimentos judiciais **não negam** a autenticidade, pelo menos, daqueles produzidos em seara extrajudicial.

As testemunhas afirmam que a acusada tentava adquirir uma impressora multifuncional, quando o operador de caixa do estabelecimento estranhou a divergência entre a assinatura constante do cartão e a assinatura aposta pela acusada no comprovante da compra.

Assim, a acusada foi abordada pelos fiscais da loja, e acabou por **confessar** o furto do cartão de crédito e do documento de identidade.

Coincidência tremenda de narrativas isoladamente e se confrontadas, só pode levar à certeza do quadro.

E todos reconhecem sem titubeios a acusada, dando ao julgador a certeza necessária a um julgamento de prudência.

## Superior Tribunal de Justiça

Finalmente, a **confissão** da acusada, em Polcia - f. 8 - e em Juízo - f. 134 e 224 -, admitindo os fatos, sem titubeios.

O que constitui, por si só, prova suficiente para um decreto condenatório.

Ainda que em Juízo a acusada afirmasse que a autora da subtração seria uma de suas comparsas, o crime foi praticado em comparsaria, tornando necessária sua responsabilização.

E, quanto ao crime de estelionato, acrescenta-se ainda o **laudo de exame grafotécnico**, f. 89/92, concluindo ser de autoria da acusada a assinatura lançada no comprovante de transação eletrônica fiscal do cartão de crédito, cuja cópia encontra-se a f. 23.

Responsabilização, portanto, necessária, data venia, novamente, do entendimento do d. Juízo sentenciante." (e-STJ fls. 72/75).

Assim, da leitura do acórdão impugnado, conclui-se que o Tribunal a quo extrapolou os limites de cognição do apelo interposto pelo órgão acusatório, pois condenou a paciente por delito que sequer havia sido objeto de insurgência pelo *Parquet* nas suas razões recursais, ampliando o efeito devolutivo do reclamo, e agravando, independentemente de provocação, a situação da acusada, procedimento que vai de encontro ao princípio que proíbe a *reformatio in pejus*.

Com efeito, na hipótese dos autos, ao se deparar com a insurgência ministerial pugnando pela reforma da sentença apenas no que se refere ao crime de estelionato, o Tribunal de origem não poderia condenar a paciente pelo crime de furto qualificado. Ou acolhia o reclamo e lhe dava provimento apenas para modificar a sentença quanto ao delito previsto no artigo 171, *caput*, combinado com o artigo 14, inciso II, do Código Penal, ou mantinha, na íntegra, o édito absolutório, em respeito ao princípio que veda a *reformatio in pejus*.

A propósito, vale colacionar outro trecho da lição doutrinária de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

*"De forma geral, não pode o tribunal, em face do princípio da personalidade dos recursos, fixado no art. 574 CPP, combinado com o art. 599, decidir além do que foi pedido pela parte e em seu prejuízo. Com isso impede-se, em recurso da defesa, que venha a sua situação a ser*

## Superior Tribunal de Justiça

agravada (art. 617 CPP). Também não pode o tribunal julgar além do que foi pedido em recurso da acusação, prejudicando o acusado." (Op. cit., p. 122).

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte de Superior Justiça:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EVASÃO DE DIVISAS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. ORDEM CONCEDIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO SEM EFEITOS MODIFICATIVOS. INVERSÃO DO JULGADO. DECISÃO EXTRA PETITA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. É vedado, em sede de recurso interposto pelo Ministério Público, o agravamento da situação do réu, se não houve pedido taxativo nesse sentido.

2. Na hipótese em exame, configura constrangimento ilegal a inversão do julgado proferido em sede de habeas corpus concessivo, por meio de embargos de declaração, se não houve pedido expresso de efeitos modificativos no recurso.

3. Ordem concedida para anular o acórdão proferido nos embargos de declaração opostos no HC 2001.02.01.033915-2.

(HC 84.216/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 07/06/2010)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA DE IMPRONÚNCIA. VÁRIOS RÉUS. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO NÃO REFERENTE AO ORA PACIENTE. PRONÚNCIA DE TODOS CO-RÉUS. IMPOSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO-OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO: TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM.

1. O Tribunal a quo, ao pronunciar o ora Paciente, proferiu julgamento extra petita, bem como inobservou o princípio: tantum devolutum quantum appellatum, uma que o Ministério Público afirmou explicitamente em suas razões recursais que se insurgia, somente, contra a impronúncia dos co-réus do ora Paciente e, quanto a este, a sentença recorrida estava correta.

2. Ordem concedida para, reformando o acórdão impugnado, restabelecer a sentença de impronúncia na parte relativa ao ora Paciente.

(HC 69.270/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2007, DJ 10/09/2007, p. 261)

Na mesma esteira, cumpre colacionar o seguinte julgado do Supremo

Tribunal Federal:



*Superior Tribunal de Justiça*

- HABEAS CORPUS. PENA. CUMPRIMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE REDUZIU A PENA E DEFERIU LIVRAMENTO CONDICIONAL. RECURSO DO MP QUE ATACOU, TÃO-SÓ, REDUÇÃO DA PENA. 2. ACÓRDÃO QUE PROVEU O RECURSO, PARA CASSAR A DECISÃO, INCLUSIVE QUANTO AO LIVRAMENTO CONDICIONAL, NÃO OBJETO DO RECURSO. 3. DECISÃO "EXTRA PETITA". PRECEDENTES DO STF. 4. HABEAS CORPUS DEFERIDO PARA RESTABELECEER A DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU RELATIVA AO LIVRAMENTO CONDICIONAL, EXPEDINDO-SE ALVARA DE SOLTURA, SE POR "AL" NÃO HOUVER O PACIENTE DE PERMANECER PRESO. (HC 71439, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 25/10/1994, DJ 16-12-1994 PP-34887 EMENT VOL-01771-02 PP-00225)

É evidente, portanto, o constrangimento ilegal a que está sendo submetida a paciente, uma vez que em primeiro grau de jurisdição foi absolvida do delito de furto qualificado, restando por ele condenado sem que houvesse pedido expresso do Ministério Público nesse sentido, tendo o Tribunal de origem extrapolado os limites de cognição do recurso da acusação.

Ante o exposto, **concede-se** a ordem apenas para anular a condenação da paciente no que se refere ao crime de furto qualificado, mantendo-se o édito repressivo proferido em seu desfavor no tocante ao delito de estelionato.

É o voto.



# Urge reformar o Conselho de Segurança das Nações Unidas

Antônio Celso Alves Pereira<sup>1</sup>

## Resumo

A Organização das Nações Unidas passa, desde os primeiros tempos da Guerra Fria, por uma grave crise de legitimidade. Tal situação decorre do voluntarismo das grandes potências com assento permanente no Conselho de Segurança e da obsolescência de importantes dispositivos de sua Carta, em vigor desde 24 de outubro de 1945 e que, por essa razão, refletia a realidade política, social, econômica e estratégica dos anos iniciais do pós-guerra.

Considerando que o Conselho de Segurança é o principal órgão das Nações Unidas, as atenções estão voltadas para a polêmica da ampliação do número de seus membros, sobretudo daqueles com assentos permanentes. A atual composição do Conselho de Segurança configura uma estrutura anacrônica e oligárquica, que está longe de refletir a realidade política do mundo atual. Correntes preocupadas em democratizar as Nações Unidas advogam a supressão do veto e sugerem várias modalidades de votação para o Conselho de Segurança, como, por exemplo, a adoção do voto consensual. Dificilmente os atuais membros permanentes aceitarão a supressão do sistema de votação em vigor. Ele foi criado em alta exatamente para proteger os interesses dos Grandes. Contudo, diante do que se passa no mundo atualmente, as Nações Unidas devem ser dotadas de mecanismos modernos que lhe permitam atender com eficiência e legitimidade todas as questões que lhe forem postas pelas entidades que compõem a atual sociedade internacional. Nessa direção, a reforma deve levar na devida conta a crescente capacidade da sociedade civil internacional de contribuir para a governança mundial.

## Resumen

La Organización de las Naciones Unidas pasa, desde los primeros tiempos de la Guerra Fria, por una grave crisis de legitimidad. Tal situación proviene del voluntarismo de las grandes potencias con asiento permanente del Consejo de Seguridad y de la obsolescencia de importantes dispositivos de su Carta, que tuvo vigencia el 24 de octubre de 1945 y que, por eso, reflejaba la realidad política, social, económica y estratégica de los años iniciales del posguerra.

La necesidad de emprenderse una amplia reforma de las Naciones Unidas está en la agenda internacional desde los días inmediatos al final de la Guerra Fría. Lo más difícil, sin embargo, será crear las condiciones políticas esenciales para promover los cambios en la Carta y, por consiguiente, en los principales órganos y agencias de la Institución.

Considerando la importancia del Consejo de Seguridad, su preeminencia entre los otros órganos de las Naciones Unidas, su reforma es urgente y absolutamente inaplazable para asegurar a la Organización mayor legitimidad y renovar la confianza de la opinión pública en sus acciones. En el contexto de la reforma proyectada, entre los temas más polémicos están la imprescindible ampliación del número de miembros y los posibles

<sup>1</sup> Diretor Geral do Centro de Ensino Superior de Valença. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho. Ex reitor da Uerj.

cambios en el sistema de votación en el Consejo de Seguridad. Sin embargo, difícilmente los actuales miembros permanentes aceptarán la supresión del sistema de votación en vigencia. Lo crearon en Ialta exactamente para proteger los intereses de los Grandes.

Hay una cuestión más que debería ser objeto de discusión en la pauta del proceso de cambios en la ONU. Se trata de la necesidad del establecimiento de mecanismos de control de la legalidad de los actos practicados por el Consejo de Seguridad. La doctrina discute esta cuestión desde los primeros tiempos de existencia de las Naciones Unidas. En el presente artículo, se discute, por lo tanto, los temas más importantes para la necesaria y urgente reforma del Consejo de Seguridad, en el contexto de la reforma general de las Naciones Unidas.

### **Abstract**

Since the beginning of the Cold War, the United Nations (UN) has been suffering from a serious legitimacy crisis. This situation results from the fact that the great powers are permanent members of the Security Council and that certain important mechanisms found within the Charter of the United Nations, which entered into effect on October 24, 1945, are obsolete. It is for these reasons that the UN reflected the political, social, economic, and strategic reality of the initial post world war years.

The reformation of the UN has been on the international agenda since the end of the Cold War. However, the most difficult part will be to create a conducive political atmosphere to enable changes within the UN Charter and, consequently, to the institution's main bodies and agencies.

Considering the importance of the Security Council and its prominence among the rest of the UN's organs, its reform is urgent and absolutely undelayable to promote legitimacy and to renew the public's trust in its actions. In the proposed reform elaborated in the document *A More General Freedom – Course to Security, Development, and Human Rights for All, presented by Kofi Annan*, former general-secretary of the UN, during the UN's 60th Anniversary commemoration, two of the more polemic topics were the unprecedented rise in membership and the possible modifications to the voting method of the Security Council. The doctrines concerned with the democratization of the UN advocated for the suppression of the Security Council veto power, suggesting alternative models such as the adoption of a consensual vote. It is unlikely that the actual Security Council's permanent members will accept the suspension of the current voting system. It was created in Yalta in order to protect the great powers' interests.

There is another relevant point which should be the object of discussion on the subject of the UN's reform process, which is that of the necessity of establishing control mechanism on the legality of actions taken by the permanent members of the Security Council. This subject has been discussed since the UN's creation and since it is of utmost importance, should be part of the reform agenda. Unfortunately, this subject has not been part of any discussions between the general-secretary and the commissions who have aided him on the analysis of any possible reform. This article will discuss the more important topics for the necessary and urgent reform of the Security Council, within the context of the general reform of the United Nations.

## Introdução

A Carta das Nações Unidas é um tratado internacional de categoria especial. Não é uma convenção multilateral como outra qualquer, que estabelece direitos e obrigações somente para seus signatários. Embora possua características constitucionais, uma vez que, hierarquicamente, seus dispositivos se sobrepõem aos de qualquer outro tratado internacional que estiver em conflito com a mesma, a Carta não é uma Constituição mundial; trata-se, isto sim, de um tratado *sui generis*, que confere à Organização vida própria e personalidade jurídica internacional. “Esse elemento orgânico-constitutivo – destaca Antônio Augusto Cançado Trindade – serve não apenas para distinguir tais instrumentos de outros tratados multilaterais, mas é um fator básico na apreciação de qualquer aspecto particular da operação desses instrumentos”.<sup>2</sup> Como foi discutida, votada, e entrou em vigor há sessenta anos, é natural que muitos dos seus mandamentos estejam hoje superados; muitos deles esperam, há tempos, por reforma ou emendas, outros devem ser sumariamente suprimidos, por obsolescência total. É o caso, por exemplo, dos artigos 26, 45, 46 e 47, que dispõem sobre o estabelecimento, nunca concretizado, de uma “Comissão de Estado-Maior” destinada a orientar e assistir o Conselho de Segurança em todas as questões relativas às exigências militares do próprio Conselho. Da mesma forma, dos artigos 53 e 107, na medida em que fazem menção a “Estado que durante a Segunda Guerra Mundial foi inimigo de qualquer signatário da Carta”. O capítulo XIII da Carta, que instituiu o Conselho de Tutela está completamente superado. Em 1994 o Conselho de Segurança pôs fim ao acordo de administração do último território sob tutela, as Ilhas Palau, que estavam sob a administração dos Estados Unidos.

## A reforma do Conselho de Segurança

Entre outros dispositivos da Carta das Nações Unidas que não mais correspondem às realidades da vida internacional contemporânea, destaca-se o artigo 23 (1.) A reforma do Conselho de Segurança é urgente e absolutamente necessária para assegurar-lhe maior legitimidade e renovar a confiança da opinião pública mundial na ONU. Trata-se, portanto, da reforma central. A composição e as funções atribuídas pela Carta das Nações Unidas ao Conselho de Segurança estão consagradas nos Capítulos V, VI, VII, VIII, XII e XIV. Em conjunto com a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança possui as competências que lhes são reservadas pelos artigos 69, e 4º do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Nestes apontamentos sobre a reforma do Conselho de Segurança, não se pode ignorar que a composição do Conselho de Segurança, bem como a sua instalação nos primeiros dias do pós-guerra, foi determinada por acontecimentos políticos que hoje estão amplamente superados. Como escreve Carrillo Salcedo,

<sup>2</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 27/28.

(...) as Nações Unidas surgiram originariamente como uma coalizão para a guerra (Declaração das Nações Unidas de 1º de janeiro de 1942); que a Conferência de São Francisco se iniciou no mesmo dia em que os soviéticos entraram em Berlim; que a ONU sempre esteve dominada pelo clima de guerra, cujo esforço gravitava fundamentalmente sobre as Grandes Potências; e que, finalmente, a sua criação se deu em um tempo em que a desconfiança entre ocidentais e soviéticos era já manifesta.<sup>3</sup>

Há hoje uma nova realidade política, estratégica e econômica no mundo. A política de segurança internacional que, antes, centrava-se no equilíbrio do terror e na não proliferação nuclear, hoje tem seu eixo principal na luta contra o terrorismo internacional, o crime organizado em termos planetários, o combate às pandemias, o enfrentamento às possibilidades de proliferação de artefatos nucleares e de seus vetores, e de outras armas de destruição em massa.

Ao tempo em que se constituiu, o Conselho de Segurança era composto por 11 Estados-membros – 5 permanentes e 6 não permanentes – números que correspondiam a 21,56% dos 51 membros originários da ONU. Como atualmente as Nações Unidas congregam 192 Estados, e são 15 os assentos no Conselho de Segurança – 10 não-permanentes e 5 permanentes –, dessa situação resulta uma representatividade de apenas 7,85% do total de membros das Nações Unidas, que não reflete, portanto, a realidade geopolítica, estratégica e econômica dos tempos atuais. Além disso, como ficou anteriormente assinalado, tal situação não confere ao Conselho de Segurança representatividade nem legitimidade. Estados como o Japão e a Alemanha, cujo peso econômico e tecnológico é incontestável, potências regionais como o Brasil, Índia e África do Sul, com presenças destacadas no sistema internacional, em nome do próprio realismo que norteou a formação inicial do Conselho, não podem ficar à margem das grandes decisões políticas que devem ser tomadas pelo Conselho de Segurança.

Foi na 34ª Assembleia Geral, celebrada em 1979, que o tema de uma nova reforma para ampliação do número de membros do Conselho de Segurança entrou em discussão. Antes, em 1963, em razão do processo de descolonização e da consequente entrada nas Nações Unidas de dezenas de novos Estados, ampliou-se o número de cadeiras no órgão em decorrência da aprovação pela Assembleia Geral de emenda ao artigo 23 da Carta. Tal modificação, que entrou em vigor em 31 de agosto de 1965, incorporou mais quatro membros não permanentes, passando de 11 para 15 os assentos no referido Conselho. Em razão dessa ampliação, emendou-se, também, o artigo 27 da Carta, para ajustar o sistema de votação. Assim, as decisões do Conselho de Segurança sobre questões processuais, para serem aprovadas, passaram a exigir o voto afirmativo de nove membros – anteriormente sete – e, sobre todas as demais questões, pelo voto afirmativo de nove membros – anteriormente eram necessários sete votos afirmativos –, inclusive os votos afirmativos de todos os membros permanentes.

<sup>3</sup> Carrillo Salcedo. Juan Antônio. *El Derecho Internacional em Perspectiva Histórica*. Madrid: Editorial Tecnos, S. A., 1991, p. 77.

Em 1993, a Assembléia Geral instituiu um grupo de trabalho para estudar a questão da ampliação do Conselho de Segurança, bem como analisar seus métodos de trabalho. Questões polêmicas, como o direito de veto, foram objeto de discussão no âmbito desse grupo de trabalho, mas, ao final, não se conseguiu chegar a um acordo. Quatro anos depois, o então presidente da Assembleia Geral, o embaixador malásio Razali apresentou uma proposta concreta de reforma do Conselho de Segurança. O “Plano Razali”, como ficou conhecido, propugnava pela criação de cinco novas cadeiras permanentes que seriam assim distribuídas: duas a serem preenchidas por países desenvolvidos, e as outras três obedeceriam ao critério regional, isto é, seriam destinadas uma para cada grande região: África, América Latina e Ásia. Além desses cinco postos permanentes o “Plano Razali” sugeria ainda a distribuição de mais três assentos não-permanentes às mesmas regiões e mais um não permanente a ser ocupado por um Estado da Europa Oriental. Este projeto de ampliação do Conselho não chegou a ser votado. Os Estados Unidos ofereceram forte resistência ao “Plano Razali”, uma vez que não concordavam em passar para 24 o número de membros do Conselho de Segurança.

Após a invasão do Iraque pela coalizão comandada pelos Estados Unidos, em março de 2003, e com o recrudescimento do terrorismo internacional e de outras ameaças e desafios, a reforma do Conselho de Segurança entrou definitivamente na ordem do dia. Mesmo os Estados, que antes se negavam a apoiar qualquer mudança no órgão, hoje já não se opõem, discutem agora a forma e a amplitude das modificações. Segundo o ex-secretário-geral Kofi Anann, “todo membro da ONU concorda que o Conselho tem que ser reformado porque não reflete mais a realidade política de hoje. Sobre o que falta entendimento é como reformar”.<sup>4</sup>

O embaixador brasileiro João Clemente Baena Soares, membro do Painel de Alto Nível para apresentar subsídios ao Projeto de Reforma da Carta da ONU, instituído pelo então secretário-geral Kofi Anann, ressalta que no relatório final apresentado ao secretário-geral aparece, entre as 101 recomendações Painel, a necessidade de que sejam atribuídas “responsabilidades adicionais” ao Conselho de Segurança, tais como: a) examinar relatórios semestrais dos diretores-gerais da Agência Internacional de Energia Atômica – AIEA – e da Organização para a Proscrição das Armas Químicas – OPAQ; b) em casos de suspeita ou de graves irrupções de epidemias, enfim, de segurança sanitária, o Conselho de Segurança se obriga a consultar o diretor-geral da OMS; c) “adotar uma tabela de sanções predeterminadas contra Estados que não cumpram as resoluções contra o terrorismo”; e d) criar uma Comissão de Consolidação da Paz.<sup>5</sup> É oportuno acrescentar que esta Comissão foi criada, em 2006, com fundamento na Resolução 60/180, aprovada pela Assembleia Geral em 30 de dezembro de 2005. A Comissão de Consolidação da Paz tem como é um órgão assessor intergovernamental, que tem como finalidade apoiar os esforços na construção da paz em Estados que estiverem em situação de conflito.

Por sua importância, os temas que têm centralizado as atenções gerais em relação à reforma do Conselho de Segurança compreendem a questão básica do número de seus componentes, especialmente o quadro de membros permanentes, e, ao lado disso, o sistema de veto.

<sup>4</sup> Entrevista ao *Jornal do Brasil*, Caderno “Mundo” edição de 14 de outubro de 2005, p. 28.

<sup>5</sup> SOARES, João Clemente Baena. O Caminho das Nações Unidas. In: *Carta Mensal*. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, nº 607, volume 51, Outubro de 2005, p. 43.

Atualmente são quinze assentos no Conselho de Segurança: cinco permanentes e dez não permanentes. As propostas de reforma do Conselho são variadas. O Painel de Alto Nível, por exemplo, propõe: a) criação de seis novos membros permanentes, sem direito a veto e mais três novos membros não permanentes com mandato de dois anos; b) não seriam criados novos postos permanentes; entretanto seria instituída uma nova categoria de membros não permanentes, em número de oito, que teriam mandato de quatro anos renováveis, e mais um novo assento com mandato de dois anos, não renovável. Em qualquer das opções, o Conselho de Segurança passaria a conter 24 cadeiras. A proposta apresentada pelo então Secretário-Geral, Kofi Annan, é bem simples: ampliar o Conselho de Segurança para 21 membros, sugerindo duas opções: criação de seis novos postos permanentes, sem direito de veto; ou criação de seis novos assentos não permanentes.

A proposta apresentada por Brasil, Índia e Alemanha inicialmente contava com o apoio do Japão. Este país formava com os outros três o Grupo dos 4. Contudo, no início de janeiro de 2006, o governo japonês, embora reafirmando que sua atitude não acarretaria o fim do G-4, retirou-se do Grupo, por considerar prematura a iniciativa de uma resolução perante a Assembleia Geral sobre a ampliação o Conselho. Os japoneses, contudo, não desistiram de pleitear um posto permanente no Conselho de Segurança; prosseguem trabalhando para contornar a oposição chinesa e conseguir o apoio dos Estados Unidos à reforma. A proposta de emenda apresentada por Brasil, Índia e Alemanha indica que o Conselho de Segurança passaria das 15 cadeiras atuais para 25, compreendendo, assim, mais seis permanentes e quatro não permanentes. Os novos membros permanentes não teriam, inicialmente, poder de veto. As cadeiras permanentes seriam ocupadas pelos membros do agora G-3, pelo Japão e por dois Estados africanos. A questão do direito de veto ficaria para posterior discussão, ou seja, 15 anos após a eleição dos Estados que entrarem para o Conselho de Segurança em decorrência desta projetada mudança. Os países-membros do então G-4, no primeiro momento, defendiam a criação de novos postos permanentes com direito de veto. Posteriormente, para não inviabilizar a reforma, passaram a aceitar a possível situação de membro permanente, sem poder de veto. A China, porque não admite a entrada do Japão no Conselho, é contra essa proposta.

Um grupo de Estados, denominado “Unidos pelo Consenso”, reunindo Paquistão, Argentina, Canadá, Itália e México, é apenas favorável à criação de dez novas cadeiras não permanentes.

A União Africana (UA), representando 53 Estados da região, encaminhou uma proposta de resolução na qual propõe aumentar para 26 o número de membros do Conselho de Segurança, dos quais seis teriam assentos permanentes com direito a veto.

O governo dos Estados Unidos, ainda indefinido sobre a extensão da ampliação do Conselho, defende a criação de uma ou duas cadeiras permanentes, sem direito de veto, e mais duas ou três não permanentes. Os norte-americanos gostariam de patrocinar apenas a entrada do Japão como membro permanente. Aceitam um Conselho de Segurança composto, no máximo, por 20 membros. Além disso, exigem que os novos membros do Conselho de Segurança sejam escolhidos levando em conta o PIB do país, seu compromisso com a democracia e os direitos humanos e sua participação no financiamento das Nações Unidas. Outros critérios são também sugeridos pelos norte-americanos: capacidade militar, histórico de não proliferação, engajamento na luta contra o terrorismo e contribuição e participação em forças de paz.



A polêmica questão do veto suscita as mais variadas sugestões. Embora reconhecendo o caráter anacrônico do atual sistema de votação no Conselho de Segurança, o “Painel” não propôs modificações nessa matéria. Por faltar condições políticas para o sucesso de qualquer proposta suprimindo o veto, o “Painel” propõe que seu emprego deva se limitar às questões realmente vitais. Ainda nessa linha, sugere aos membros permanentes que evitem recorrer de forma excessiva ao veto para não paralisar o Conselho, registrando, ainda, que a partir de 1946 foram apostos 257 vetos, sendo 80 por iniciativa dos Estados Unidos, 122 pela União Soviética/Rússia, e os restantes pelos outros membros permanentes.<sup>6</sup> São inúmeras as manifestações pela total supressão do veto. Algumas propostas aparecem indicando que o veto só se aplicaria em questões que deveriam ficar claramente tipificadas no capítulo VII da Carta, outras apontam que da reforma da Carta deveria constar um artigo esclarecendo quais seriam as matérias classificadas como processuais.

Existem outras propostas, classificadas como obstrucionistas, patrocinadas por Estados que não teriam condições de ingressar no Conselho como membros permanentes. Estes defendem que o ideal seria a inclusão apenas do Japão e da Alemanha como membros permanentes plenos, portanto com direito a veto, e, ao lado disso, a criação de assentos regionais rotativos, o aumento do número de membros não permanentes e, por fim, a criação de uma outra categoria de membros: os permanentes sem direito de veto.

No contexto da projetada reforma do Conselho de Segurança, há outra questão relevante, que deveria ser objeto de discussão e ser destaque na pauta do processo de mudanças. Trata-se da necessidade do estabelecimento de mecanismos de controle da legalidade dos atos praticados pelo Conselho de Segurança.

Essa questão vem sendo discutida pela doutrina desde os primeiros tempos de existência da ONU. Não há, entretanto, um órgão jurídico internacional competente para exercer tal controle. O tema é da maior importância e deveria fazer parte da agenda de reforma das Nações Unidas. Em nenhuma das Comissões que coadjuvaram o secretário-geral nos estudos para a reforma esse assunto foi tratado. Como bem assinala Antônio Augusto Cançado Trindade, “com o passar dos anos, a necessidade desse controle de legalidade tem se tornado manifesta, sobretudo à medida em que as Nações Unidas ocupam um espaço cada vez maior em um cenário internacional marcado por novos e intensos conflitos, inclusive internos. Urge estabelecer um regime jurídico de controle da legalidade dos atos dos órgãos políticos internacionais, no âmbito das reformas da Carta das Nações Unidas”.<sup>7</sup>

Em razão disso, entendo que a sugestão mais adequada seria ampliar a competência da Corte Internacional de Justiça e encarregá-la do exercício dessa necessária atividade. Os adversários dessa posição afirmam que sujeitar as decisões do Conselho de Segurança a qualquer tipo de controle externo o enfraqueceria de forma inquestionável.<sup>8</sup>

Nesse contexto, não se pode deixar de mencionar que o problema esteve em pauta na Corte Internacional de Justiça no caso Lockerbie, ocasião em que este Tribunal entendeu que as decisões do Conselho de Segurança, tomadas com fundamento no capítulo VII da Carta, que dispõe sobre a manutenção da paz e da segurança internacionais, não podem ser reformadas, uma vez que as obrigações decorrentes de

<sup>6</sup> Ver Soares, João Clemente Baena. *O Caminho das Nações Unidas*, p. 45.

<sup>7</sup> *Direito das Organizações Internacionais*, p. 841.

<sup>8</sup> Ver Mello, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 647/648.

resoluções obrigatórias do mesmo Conselho. Sobre o poder discricionário do Conselho de Segurança em relação ao uso da força, o Painel de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudanças das Nações Unidas propõe o estabelecimento de critérios que, fixados em resoluções do próprio Conselho e da Assembleia Geral, disciplinem e assegurem legitimidade a essa competência que é atribuída ao Conselho pela Carta da ONU. Para tanto, sugere que o recurso à força deverá, preliminarmente, levar em conta o seguinte: a gravidade da ameaça; verificar se, de fato, foram esgotadas todas as medidas não militares; considerar se a ação terá como objetivo prevenir ou impedir uma ameaça à paz e à segurança internacionais; atentar para a proporcionalidade dos meios militares a serem empregados; e, por fim, antes de decidir usar a força, avaliar, com muito cuidado, as consequências da provável ação do Conselho.<sup>9</sup>

## Conclusões

A reforma das Nações Unidas é imprescindível para a continuidade desta importantíssima Instituição. Os problemas que afligem a humanidade são por demais graves e as soluções que exigem são inadiáveis.

Considerando que o Conselho de Segurança é o principal órgão das Nações Unidas, as atenções estão voltadas para a polêmica da ampliação do número de seus membros, sobretudo daqueles com assentos permanentes. A atual composição do Conselho de Segurança configura uma estrutura anacrônica e oligárquica, que está longe de refletir a realidade política do mundo atual. Correntes preocupadas em democratizar as Nações Unidas advogam a supressão do veto e sugerem várias modalidades de votação para o Conselho de Segurança, como, por exemplo, a adoção do voto consensual. Dificilmente os atuais membros permanentes aceitarão a supressão do sistema de votação em vigor. Ele foi criado em Ialta exatamente para proteger os interesses dos Grandes. Contudo, diante do que se passa no mundo atualmente, as Nações Unidas devem ser dotadas de mecanismos modernos que lhe permitam atender com eficiência e legitimidade todas as questões que lhe forem postas pelas entidades que compõem a atual sociedade internacional. Nessa direção, a reforma deve levar na devida conta a crescente capacidade da sociedade civil internacional de contribuir para a governança mundial.

As emendas à Carta, para serem aprovadas, devem obedecer ao que dispõe o artigo 108. Embora o texto deste artigo não confira aos membros permanentes o direito de vetar emendas, estas só entram em vigor se aprovadas por dois terços da Assembleia Geral e ratificadas por dois terços dos membros das Nações Unidas, inclusive todos os membros permanentes do Conselho de Segurança.

As propostas para mudanças no Conselho de Segurança, que estão em pauta, indicam apenas uma ampliação do órgão, uma tentativa de aproximação às realidades da atual distribuição do poder mundial. A ficar assim, sem alteração no sistema de votação, sem uma quebra da estrutura oligárquica implantada em 1945, não haverá, de fato, uma reforma do principal órgão das Nações Unidas.

<sup>9</sup> Ver Soares, João Clemente Baena. *O Caminho das Nações Unidas*, p. 41.

# Administração pública e vedação ao nepotismo no Poder Judiciário

Alexandre de Moraes<sup>1</sup>

## Sumário

Princípios da administração pública e nepotismo; Nepotismo e inexistência de direito adquirido ou ato jurídico perfeito; Atuação do Conselho Nacional de Justiça no combate ao nepotismo; Resolução CNJ nº 07/05 e vedação ao nepotismo no âmbito do Poder Judiciário; Supremo Tribunal Federal e Constitucionalidade da Resolução CNJ nº 07/05; Conclusão.

## Princípios da administração pública e nepotismo

O *nepotismo* no Poder Judiciário e sua interpretação perante aos princípios da legalidade, impessoalidade, igualdade e moralidade administrativa devem ser analisados sob três aspectos:

1) Se a *vedação ao nepotismo* é preceito implícito derivado diretamente da Constituição Federal e dos princípios regentes da administração pública ou se o texto constitucional ignora o assunto e, conseqüentemente, permite ao legislador ordinário sua livre regulação;

2) Eventual existência de *direito adquirido* ou *ato jurídico perfeito* a cargos em comissão ou funções de confiança;

3) Competência constitucional do Conselho Nacional de Justiça para coibir a prática do nepotismo no Poder Judiciário Nacional.

A *primeira questão* – a mais importante, pois condiciona as demais – é a necessidade de definir-se se a *vedação ao nepotismo* é preceito implícito da administração pública, derivado diretamente da Constituição Federal, em especial dos princípios da moralidade e da impessoalidade, ou se o texto constitucional simplesmente ignora a matéria, deixando ao legislador ordinário sua regulamentação, como bem entender, seja proibindo, seja autorizando.

Se optarmos pela segunda hipótese – *matéria infraconstitucional* –, não haverá possibilidade de controle administrativo nem pelo Conselho Nacional de Justiça, nem pelos próprios tribunais, pois suas competências administrativas limitar-se-ão à

<sup>1</sup> Advogado e consultor jurídico (alexandre@alexandremoraes.com); Doutor e Livre-docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor-associado da USP e professor-titular da Universidade Mackenzie; Exerceu o cargo de Promotor de Justiça de São Paulo (1991-2002); Foi Secretário de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania (2002-2005) e membro da primeira composição do Conselho Nacional de Justiça (2005-2007); De 2007 a 2010, exerceu a titularidade da Secretaria de Transportes do Município de São Paulo, acumulando-a, a partir de 2009, com a Secretaria de Serviços da capital.

análise dos casos específicos que desrespeitem a legislação, que deverá ser observada integralmente, mesmo que consagre a *prática do nepotismo*. O máximo que a competência constitucional permitiria ao CNJ – repita-se, caso o entendimento seja de tratar-se de matéria infraconstitucional – seria a fiscalização da observância do efetivo cumprimento da legislação.

*Não me parece*, com o devido respeito às importantes posições em contrário, que seja a correta interpretação constitucional.

A Constituição da República consagra os princípios da *impressoalidade* e da *moralidade* no *caput* do artigo 37 e *determina expressamente* competir ao Conselho Nacional de Justiça a fiscalização e sua efetivação no âmbito do Poder Judiciário (CF, art. 103-B, § 4º, II).

A administração pública deve ser impessoal, ou seja, o agente público deve visar ao interesse público e não à satisfação de seus interesses pessoais ou familiares.

Nas nomeações de cargos em comissão ou funções de confiança, os órgãos diretivos do Poder Judiciário atuam como executores do ato, que serve de veículo de manifestação da vontade estatal, e, portanto, as realizações administrativo-governamentais não são simplesmente do agente político, mas sim da entidade pública em nome da qual atuou, na hipótese, o Poder Judiciário, que deve agir de forma impessoal e moral.

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios morais e éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública. Como ressaltado por Hely Lopes Meirelles, “não se trata, diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito, da *moral comum*, mas sim de uma *moral jurídica*, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.<sup>2</sup>

A *moral jurídica* deverá, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, observar o *senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça e ética das instituições*.<sup>3</sup>

Dessa forma, o Conselho Nacional de Justiça, ao exercer sua função constitucional, não deve se restringir ao exame restrito da legalidade do ato administrativo, mas sim, entender por legalidade ou legitimidade não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo, pois como lembrado pelo Supremo Tribunal Federal, “poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art. 37 da Constituição Federal). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regeadoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral... Os

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 82.

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 111.

princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio”.<sup>4</sup>

Como afirmado pelo Min. Marco Aurélio, “o agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César”.

O princípio da moralidade está intimamente ligado à ideia de probidade, dever inerente do administrador público, e somente sua integral observância no preenchimento dos cargos em comissão e funções de confiança no Poder Judiciário respeitará o texto constitucional.

A interpretação das normas constitucionais e sua supremacia devem ser estabelecidas mediante a realidade atual da sociedade, pois, como lembrado por Konrad Hesse, “a constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. (...) A constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar a força que reside na natureza das coisas, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da constituição”.<sup>5</sup>

Portanto, me parece claro que a *vedação ao nepotismo* tem substrato constitucional – como verificamos no STF, na ADIN/RS, medida cautelar nº 1.521, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 17-3-2000 e no TCU, 2ª T, Rel. Min. Adylson Motta, Acórdão nº 393, de 18-3-2004 – e, conseqüentemente, sua vedação teve início na data de 5 de outubro de 1988, independentemente de qualquer legislação posterior.

## Nepotismo e inexistência de direito adquirido ou ato jurídico perfeito

A *segunda importante questão* a ser analisada na presente hipótese diz respeito à *inexistência de direito adquirido* ou *ato jurídico perfeito* a cargos em comissão, cujas nomeações e investidas precárias desrespeitaram flagrantemente as normas constitucionais.

O entendimento contrário e baseado na possibilidade de manutenção da validade dos cargos em comissão nomeados antes da edição de legislação infraconstitucional, pela existência de *direito adquirido* – com o devido respeito – convalidaria nomeações inconstitucionais, criando nova forma de estabilidade a servidores públicos não concursados e não prevista no artigo 41 do texto constitucional, que exige como requisito para aquisição de estabilidade do servidor público a *nomeação para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público*, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal ao afirmar não ser lícito qualquer previsão de estabilidade fora das hipóteses constitucionais, sendo nulo e de nenhum efeito qualquer disposição nesse sentido.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> STF, 2ª T, Rel. Min. Marco Aurélio, Rextr. nº 160.381/SP, RTJ 153/1.030.

<sup>5</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991, p. 24.

<sup>6</sup> RTJ, 164/293 e 165/684.

Como justificar que o *nepotismo* fere a Constituição Federal, porém que aqueles que foram nomeados antes da edição de leis regulamentadoras – que, repita-se, são desnecessárias, pois a vedação ao nepotismo é inconstitucional – possam se favorecer de atos inconstitucionais por ferimento à *Impessoalidade* e *Moralidade* constitucionais?

Além disso, como afirmar – com a devida *vênia* aos posicionamentos em contrário –, que a nomeação de parentes, com claro ferimento aos princípios constitucionais da impessoalidade e moralidade, não seja viciada, sendo o respectivo ato administrativo imoral e inconstitucional, impossível de convalidação, por também inexistente o ato jurídico perfeito?

*Ato jurídico perfeito* é aquele que reúne todos os seus elementos constitutivos exigidos pela lei, sendo em virtude da necessidade de proteção ao princípio da segurança jurídica, protegido pela Constituição,<sup>7</sup> pois, como ressaltado pelo Ministro Moreira Alves, “o art. 5º, XXXVI consagra princípio fundamental destinada a resguardar a incolumidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas”.<sup>8</sup>

Impossível afirmar que uma nomeação para cargo em comissão com a prática de nepotismo e com flagrante ferimento aos princípios da impessoalidade e moralidade seja *definitivamente consolidada*, pois o que deve prevalecer é o texto constitucional, desrespeitado pela investidura dos parentes ou afins próximos aos membros do Poder Judiciário.

46

Nesse sentido, podemos citar decisão do Tribunal de Contas da União, de lavra do Ministro-relator Adylson Motta, que afirmou que essas nomeações ferem “o princípio da moralidade na administração, contemplado no art. 37 da Constituição Federal”, para concluir que “ainda que as nomeações houvessem ocorrido antes da Constituição de 1988 – quando foi incorporado ao nosso ordenamento, de forma expressa e definitiva, o princípio da moralidade na administração pública –, a manutenção, em si, de um parente em cargo comissionado, por um magistrado, em seu próprio gabinete, configura fato imoral e ilegal, a ser ilidido. Em outras palavras, perde importância perquirir se o servidor foi nomeado antes da publicação do entendimento normativo deste Tribunal ou da promulgação da Constituição de 1988. Importa, sim, reconhecer que, com a proibição do nepotismo na Justiça do Trabalho, tornou-se irregular a manutenção de comissionados sob tal condição”.<sup>9</sup>

## Atuação do Conselho Nacional de Justiça no combate ao nepotismo

Finalmente, a *terceira e última importante questão* a ser analisada na presente hipótese, diz respeito à possibilidade da atuação do Conselho Nacional de Justiça, no sentido de possuir competência para coibir a prática do *nepotismo* no Poder Judiciário Nacional.

<sup>7</sup> cf. RTJ, 164/293.

<sup>8</sup> RTJ 163/795.

<sup>9</sup> TCU - 2ª Câmara - Acórdão 293/2004.

Conforme afirmado anteriormente, a Constituição da República consagra os princípios da *impessoalidade* e da *moralidade* no *caput* do artigo 37, e *determina expressamente* competir ao Conselho Nacional de Justiça a fiscalização e sua efetivação no âmbito do Poder Judiciário (CF, art. 103-B, § 4º, II), com a possibilidade de analisar a legalidade de atos administrativos e desconstituí-los, bem como fixar prazo para que se adotem providências necessárias ao exato cumprimento da Constituição e da legislação.

Não me parece em consonância com a previsão constitucional, a afirmação da impossibilidade do CNJ revogar ato administrativo por inexistência de lei que vede a nomeação de parentes no Poder Judiciário.

A prática do *nepotismo*, conforme exposto anteriormente, decorre do próprio texto constitucional, bem como decorre da Constituição Federal a possibilidade do Conselho Nacional de Justiça desconstituir atos administrativos editados contrariamente ao ordenamento jurídico.

As contratações de parentes pelos Tribunais, com fundamento em sua autonomia administrativa (CF, art. 96 e 99), apesar de poder ser considerada um *ato administrativo discricionário*, permite ao CNJ a análise de sua legalidade e moralidade, mesmo porque, sempre é bom lembrar, a discricionariedade na edição de atos administrativos – *mesmo nos Tribunais* –, deve ser entendida como o juízo de conveniência e oportunidade do administrador para, entre as hipóteses legais e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público.

O ato administrativo discricionário jamais poderá desviar-se de sua finalidade de persecução do interesse público, sob pena de ilegalidade (*teoria relativa ao desvio de poder ou de finalidade*) e necessidade de desconstituição administrativa ou judiciária.

Caso o Conselho Nacional de Justiça entendesse constitucional a prática de nepotismo no Poder Judiciário, *por inexistir texto legal expresso*, estaria chancelando uma das práticas mais imorais, antiéticas, não razoáveis e contrárias ao sentimento geral de justiça e legalidade da sociedade.

Além disso, estaria o Conselho Nacional de Justiça afirmando que a questão do *nepotismo* no Poder Judiciário não é constitucional, mas sim meramente legal, e, consequentemente, estará permitindo que futura legislação, inclusive, viesse a consagrar essa prática nefasta, em total descompasso com os princípios da administração pública.

Na presente hipótese, para invalidar os atos administrativos que frontalmente desrespeitam a moralidade administrativa, não é necessário, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “entrar na difícil análise dos fins que inspiraram a autoridade; o ato em si, o seu objeto, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta a norma de conduta aceita como legítima pela coletividade administrada. Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade”.<sup>10</sup>

Não é razoável entender que o *nepotismo* no Poder Judiciário respeita os princípios da administração pública. Não é razoável entender que o *nepotismo* no Poder Judiciário não configura desrespeito aos *princípios da impessoalidade e moralidade*. Não é razoável entender que o *nepotismo* no Poder Judiciário é permitido, simplesmente, por que não existe lei que o proíba.

<sup>10</sup> *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 111.

Dessa forma, a Constituição Federal veda a prática do *nepotismo*, devendo o Conselho Nacional de Justiça cumprir sua função constitucional de zelar pela fiel observância dos princípios da administração pública no Poder Judiciário, e, conseqüentemente, determinar a vedação, salvo se servidor ocupante de cargo de provimento efetivo do Poder Judiciário, de nomeação para cargo em comissão ou designação para função de confiança, de cônjuge, companheiro, parente ou afim, em linha reta ou colateral, até terceiro grau, de qualquer magistrado, em qualquer juízo ou Tribunal do país, inclusive superior.

A necessidade de estabelecimento da amplitude da vedação do nepotismo em qualquer juízo ou Tribunal do país, inclusive superior, visa a evitar eventual hipótese conhecida como *nepotismo cruzado*, ou seja, nomeação de parentes ou afins de magistrado em gabinetes de outros magistrados.

## **Resolução CNJ nº 07/05 e vedação ao nepotismo no âmbito do Poder Judiciário**

A Resolução CNJ nº 07, de 18 de outubro de 2005, disciplinou o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências, nos termos do disposto no art. 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal, e em respeito aos princípios da moralidade e da impessoalidade consagrados no art. 37, *caput*, da Constituição. Em seu art. 1º afirmou ser “vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados”.

Em seu art. 2º, a Resolução CNJ nº 07/05 prevê que: Constituem práticas de nepotismo, dentre outras: I – o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados; II – o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações; III – o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento; IV – a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento; V – a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou



colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento”.

O CNJ excepcionou as seguintes situações, no §1º, art. 2º, da Resolução 07/05: “Ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, a qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, vedada, em qualquer caso a nomeação ou designação para servir subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade. § 2º A vedação constante do inciso IV deste artigo não se aplica quando a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público houver sido precedida de regular processo seletivo, em cumprimento de preceito legal.

O art. 3º da Resolução CNJ nº 07/05, com sua redação dada pela Resolução nº 09/05, determina que “é vedada a manutenção, aditamento ou prorrogação de contrato de prestação de serviços com empresa que venha a contratar empregados que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao respectivo Tribunal contratante, devendo tal condição constar expressamente dos editais de licitação”.

## Supremo Tribunal Federal e constitucionalidade da Resolução CNJ nº 07/05

O Supremo Tribunal Federal, por maioria (9x1), concedeu liminar para suspender, com efeito vinculante e retroativo, até o exame de mérito, o julgamento de todas as ações no país que questionam a Resolução do CNJ, bem como as decisões já proferidas contra a norma do Conselho.<sup>11</sup>

O Supremo Tribunal Federal entendeu, em sede cautelar, que o nepotismo fere os princípios da impessoalidade, moralidade, igualdade e eficiência.

Como bem destacado pelo Ministro-relator Carlos Britto, o nepotismo fere os princípios da impessoalidade, eficiência e igualdade, podendo “resvalar na imoralidade administrativa”. Em relação ao *princípio da impessoalidade*, destacou que “na absoluta separação entre o público e o privado, ou entre a administração e o administrador, segundo a republicana metáfora de que “não se pode fazer cortesia com o chapéu alheio”. Conceitos que se contrapõem à multissecular cultura do patrimonialismo e que se vulnerabilizam, não há negar, com a prática do chamado “nepotismo”. Traduzido este no mais renitente vezo da nomeação ou da designação de parentes não concursados para trabalhar, comissionadamente ou em função de confiança, *debaixo da aba familiar* dos seus próprios nomeantes. Seja ostensivamente, seja pela fórmula enrustida do “cruzamento” (situação em que uma autoridade recruta o parente de um colega para ocupar cargo ou função de confiança, em troca do mesmo favor). Em relação ao *princípio da eficiência* afirmou que os conceitos do recrutamento de mão de obra qualificada,

<sup>11</sup> Decisão do dia 16 de fevereiro de 2006 e ATA do STF publicada no Diário da Justiça, Seção I, 22 de fevereiro de 2006.

capacitação técnica e assiduidade “passam a experimentar bem mais difícil possibilidade de transporte para o mundo das realidades empíricas, num ambiente de projeção do doméstico na intimidade das repartições estatais, a começar pela óbvia razão de que já não se tem a necessária isenção, em regra, quando se vai avaliar a capacitação profissional de um parente ou familiar. Quando se vai cobrar assiduidade e pontualidade no comparecimento ao trabalho. Mais ainda, quando se é preciso punir exemplarmente o servidor faltoso (como castigar na devida medida um pai, a própria mãe, um filho, um(a) esposo (a) ou companheiro (a), um(a) sobrinho (a), enfim, com quem eventualmente se trabalhe em posição hierárquica superior?). E como impedir que os colegas não parentes ou não familiares se sintam em posição de menos obsequioso tratamento funcional? Em suma, como desconhecer que a sobrevinda de uma enfermidade mais séria, um trauma psico-físico ou um transe existencial de membros de uma mesma família tenda a repercutir negativamente na rotina de um trabalho que é comum a todos? O que já significa a *paroquial* fusão do ambiente caseiro com o espaço público. Pra não dizer a confusão mesma entre tomar posse **nos** cargos e tomar posse **dos** cargos, na contra mão do insuperável conceito de que “administrar não é atividade de quem é senhor de coisa própria, mas gestor de coisa alheia” (Rui Cirne Lima). Por fim, em relação ao *princípio da igualdade*, concluiu que “o mais facilitado acesso de parentes e familiares aos cargos em comissão e funções de confiança traz consigo os exteriores sinais de uma prevalência do critério doméstico sobre os parâmetros da capacitação profissional (mesmo que não seja sempre assim). Isto sem mencionar o fato de que essa cultura da prevalente arregimentação de mão de obra familiar e parental costuma carrear para os núcleos familiares assim favorecidos uma super afetação de renda, poder político e prestígio social”.<sup>12</sup>

## Conclusão

A prática do *nepotismo* é injustificável em nossa realidade atual, é *imoral*, *fere a ética institucional* que deve reger os Poderes do Estado, pois fere o senso de razoabilidade da comunidade a utilização de cargos públicos para o favorecimento familiar e garantia de empregabilidade doméstica.

A única interpretação possível na presente hipótese, que consagra a supremacia da Constituição e de seus princípios e a consequente vinculação irrestrita do Poder Judiciário as suas normas, *afasta qualquer possibilidade de nepotismo*, pois, caso contrário, não terá respeitado a *função promocional da Constituição*, mas sim, correremos o perigoso risco, como lembra Canotilho, de *eficácia zero do direito constitucional*;<sup>13</sup> e consequente desmoralização e perda de credibilidade das instituições.

<sup>12</sup> STF – Pleno – ADC 12 – medida cautelar – Rel. Min. Carlos Britto, decisão: 16-02-06.

<sup>13</sup> CANOTILLO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 474.

# Instrumentos para a implementação da democracia participativa e o papel das tecnologias da informação e da comunicação

---

Rubens Beçak  
João Victor Rozatti Longhi

## Resumo

Atualmente, o vocábulo “democracia” é utilizado em muitas esferas da sociedade. Por outro lado, na mesma medida em que se repete a palavra, seu uso muitas vezes distancia a prática de seu sentido original. Ainda, a popularização das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) corroborou para a reestruturação da sociedade em formato de rede descentralizada. Por essa razão, a realidade é enriquecida por experiências de participação democrática através das redes de comunicação. Entretanto, tais tendências não prescindem de uma análise crítica. Assim, este trabalho visa analisar primeiramente algumas peculiaridades dos conceitos de democracia direta e indireta, visando ao delineamento da noção de democracia participativa. Por derradeiro, visa também analisar a possível implementação, por meio das TICs, de alguns instrumentos de democracia participativa esboçando uma tendência à sua efetivação.

**Palavras-chave:** Democracia. Democracia participativa. TICs. Internet. Governo eletrônico.

## Abstract

Nowadays, the Word “democracy” is being used in every spheres of society. On the other hand, the much it is spoken is the much it is left away from its original sense. Even thought, the popularization of Communication and Information Technologies (the CITs). Due to this, new experiences of democratic participation trough communication’s nets are being exploited. But this cannot be studied without critical sense. So, this work seeks to investigate first about the concepts of direct and indirect democracy, to shape a concrete idea of participatory democracy. Then, aims also to verify its probable implementation trough the ICTs.

**Keywords:** Democracy. Participatory democracy. ICTs. Internet. E-governament.

## Introdução

Atualmente, ao mesmo passo que a maioria das instituições ao redor do mundo, públicas ou privadas, declarem-se formalmente democráticas, seu conteúdo, em realidade, afasta-se do real sentido da democracia.

A massificação das tecnologias da informação e comunicação<sup>1</sup> alterou sensivelmente o quotidiano nos últimos tempos. Empresas, entidades da sociedade civil, entes estatais e outras formas de agrupamento social passaram a se estruturar de maneira diversa. A disposição estrutural das instituições como redes descentralizadas transforma a função de seus membros, ocasionando grande ruptura na forma de exercício e manutenção do poder em muitas esferas sociais.

Contudo, tal fato não fez desaparecerem as disparidades culturais, econômicas e sociais entre os povos. Ao revés, a falta de acesso às tecnologias pode aumentar sensivelmente as diferenças, privando populações inteiras do acesso e do manejo dos bens culturais.

Por esta razão, este trabalho visa investigar os reflexos e transformações trazidos pela massificação das tecnologias da informação e comunicação, mais especificamente, no contexto político. Expresso de outra forma, o escopo principal deste excerto é analisar algumas mudanças no exercício da democracia pelos cidadãos por meio dessas tecnologias, principalmente a Internet.

Assim, primeiramente, será delimitado o objeto de pesquisa, visando-se melhor explorar o conceito de democracia e suas formas de exercício, direta, semidireta e indireta, para que se chegue à polêmica em torno do real sentido de democracia participativa.

Posto isto, procurar-se-á apontar algumas das transformações ocorridas nos últimos tempos pela eclosão, popularização e consolidação de ferramentas de comunicação à distância, como a Internet, e seus reflexos no exercício da cidadania, ainda que sob uma perspectiva crítica.

Especificamente serão explorados outros aspectos, como as lesões à privacidade de indivíduos via web, principalmente por parte de entidades estatais, desmistificando alegações aparentemente excessivas de que a Internet é um ambiente sem regras, em que a liberdade pode ser exercida sem limites.

Ademais, também serão brevemente tratadas recentes experiências na produção legislativa, apresentando alternativas à iniciativa popular como única forma de participação popular no processo legislativo. Destacam-se, nesse sentido, o Marco Civil para a Internet no Brasil, e o projeto de Código de Proteção de Dados Pessoais.

<sup>1</sup> Expressões como “Era da Informação”, “Sociedade da Informação”, “Sociedade do Conhecimento” e tantas outras, embora sejam largamente reproduzidas, não têm significado unívoco. Em verdade, quanto mais são desenfreadamente repetidos termos como estes, mais se esvaziam de conteúdo. Porém o que se sabe é que a origem histórica diz respeito a um conjunto de esforços em sede internacional para a promoção e fomento ao acesso a bens e serviços voltados para o setor da tecnologia, sob a sigla de Tecnologias da Informação e Comunicação, ou simplesmente “TICs”. Hoje, a expressão indica um conjunto de princípios norteadores da execução de políticas públicas de acesso às TICs em várias jurisdições do planeta. A partir da Cúpula Mundial da Sociedade da Informação (Genebra 2003 – Tunis 2005), promovida pela União Internacional das Telecomunicações (ITU), agência da Organização das Nações Unidas aprova-se a Declaração de Princípios da Sociedade da Informação. Posto isto, doravante, a expressão “TICs” será utilizada como indicativo de tecnologias da informação e comunicação. Cf. SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. *Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação. Teoria e prática da juscibernética ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 17-18. Nota 1. v. também EUROPA. Portal da União Europeia. Sociedade da informação. Disponível em: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/information\\_society/index\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/index_pt.htm). Acesso em 12 de janeiro de 2011.

Por derradeiro, buscar-se-á tangenciar a polêmica (sem, contudo, esgotá-la) da prospecção futura, apresentando as diversas visões acerca da possibilidade ou não da transformação do sistema democrático atual, majoritariamente indireto, em uma utópica “ágora cibernética”.

## Democracia participativa: perspectiva histórica e delimitação conceitual

Antes de aprofundar o estudo do fenômeno da democracia participativa, seu sentido e as consequências da aplicação de seus postulados às instituições públicas e privadas, mister que sejam feitos alguns delineamentos preliminares.

**José Afonso da Silva** afirma que a própria noção de democracia como regime político é, antes de tudo, um conceito histórico. Ou seja, o regime democrático não seria um “valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais da convivência humana”. Logo, a democracia não seria um “mero conceito político abstrato e estático”, mas se traduziria em um “processo”, um conceito não absoluto, pronto e acabado.<sup>2</sup>

Com efeito, o sentido de democracia passou incontáveis transformações durante inúmeros períodos históricos. Além disso, são também muitas as compreensões dadas ao termo.

Por essa razão, adverte **Paulo Bonavides** acerca das perniciosidades de seu uso equívoco. Ademais, conclui que a democracia deve, antes de tudo, ser utilizada como substantivo, que remeta invariavelmente à participação popular nas decisões políticas.<sup>3</sup>

Nesse diapasão, **Vânia Sciliano Aieta** também esclarece que qualquer moldura que vise a reduzir a democracia a um só conceito pecaria invariavelmente por limitar sua análise. Entretanto, a autora apresenta a divisão entre os dois tipos mais comuns de uso do vocábulo “democracia”: o uso descritivo, manifesto em sua perspectiva analítica, a qual se subdividiria entre a democracia antiga, essencialmente direta, e a democracia moderna, majoritariamente indireta; e o uso analítico, revelado por uma perspectiva axiológica.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. O sistema representativo e a democracia semi direta: democracia participativa. In: CANTÚ, Hugo A. *Sistema representativo y democracia semidirecta. Memorial del VII Congreso de Derecho Constitucional. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Mexico, 2002*, p. 3.

<sup>3</sup> *In verbis*: “Com respeito à democracia, sabemos que o termo se tornou equívoco não por obra dos que a prezam e cultivam – estes nunca se enganam acerca de seu verdadeiro significado, mas precisamente daqueles que a combatem e mistificam. [...] Cuidado, pois, com as palavras da nomenclatura política. Como elas enganam! No Brasil de hoje só há lugar para uma norma de democracia: a democracia-substantivo. Com adjetivos jamais a possuiremos em fase do presente quadro institucional.” BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição. A democracia, o federalismo, a crise contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 176.

<sup>4</sup> Cf. AIETA, Vânia Sciliano. Democracia (verbetes). In: BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006, p. 190.

Uma análise mais minuciosa de ambos os sentidos e seus desdobramentos invariavelmente redundará nas asseverações acerca das inúmeras formas de materialização e funcionamento dos sistemas políticos democráticos. Assim, posteriormente, proceder-se-á à análise das estruturas, das formas de exercício, de exteriorização da democracia.

## **Formas de exteriorização da democracia**

A sistematização anteriormente apresentada, principalmente no que concerne à perspectiva analítica do uso descritivo de “democracia”, serve de introito a uma análise mais minuciosa acerca das suas duas grandes formas de materialização. São elas a democracia direta e a democracia representativa.

A primeira, durante muito tempo, constou apenas como objeto de estudos históricos. Afinal, a também chamada “democracia grega”, guarda suas raízes com práticas realizadas em algumas cidades estado da Grécia antiga, especialmente no século de Péricles, em Atenas, quando decisões atinentes a interesses comuns a *polis* eram tomadas através da participação de cada um de seus cidadãos.

A ilustração não está imune a críticas. Contudo, é certo que, na antiguidade, muitos fatores corroboraram para o florescimento e a difusão de ideais de participação política direta por parte dos cidadãos.

Por outro lado, é também certo que, mais próximo aos dias atuais, o movimento iluminista tinha como uma de suas principais matrizes o resgate da filosofia clássica, bem como das práticas políticas da antiguidade.

A democracia dos gregos, assim, foi transplantada para os tempos contemporâneos havendo que incorporar instrumento advindo do Direito Civil para sua viabilização, o mandato<sup>5</sup>. É sob a ideia de representação<sup>6</sup> que o absolutismo monárquico foi pouco a pouco sendo superado, difundindo-se práticas liberais em muitos países.

Os novos regimes passam, dessa maneira, a praticar a democracia de maneira mediata, cognominada a partir de então de indireta, ou representativa. Nesse sentido, Norberto Bobbio assevera que a expressão “democracia representativa” indica que as deliberações coletivas, ou seja, decisões que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por interpostas pessoas eleitas para esta finalidade.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> V. BEÇAK, Rubens. Instrumentos de democracia participativa. In: *Anais do IX Congresso do Conpedi*. Manaus: CONPEDI, 2008, p. 5930-5931.

<sup>6</sup> Segundo Paulo Luis Netto Lôbo “representar é pôr-se e atuar no lugar de alguém, diferentemente de apresentar, que é estar presente, característica própria dos órgãos da pessoa jurídica.” LÔBO, Paulo Luis Netto. *Dos contratos em Geral*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Código Civil anotado*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 352. Com efeito, salienta-se que o contrato de mandato, hoje, é compreendido pelo Direito Civil como um dos possíveis instrumentos de consecução da representação convencional, ao contrário da representação legal, que seria aquela a aquela a norma jurídica confere poder a determinada categoria de pessoas para que atue como representante de outras. No direito privado, a noção é crucial para a compreensão de institutos como o poder familiar, ou as manifestações de vontade das pessoas jurídicas. Todavia, o recurso ao mandato, na esfera da representação política traz peculiaridades inerentes à esfera pública, o distanciam deveras do conceito do mandato do direito privado.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 44

Contudo, adverte também acerca do equívoco amiúde cometido ao se equiparar Estado Parlamentar com democracia representativa. Afinal, os Estados onde se utiliza o meio representativo como instrumento de participação política e produção legislativa não necessariamente são democráticos e vice-versa.

Ademais, não é somente no parlamento que há a noção de representatividade. Em outras esferas político administrativas, bem como para o exercício de outras funções do poder, há estados em que não se recorre à noção de representatividade como forma de exercício do poder estatal.<sup>8</sup> *In verbis*:

“Com isto, creio ter-me colocado em condições de precisar em qual acepção do termo ‘representação’ se diz que um sistema é representativo e se fala habitualmente de democracia representativa: as democracias representativas que conhecemos são democracias nas quais por representante entende-se uma pessoa que tem duas características bem estabelecidas: a) na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável; b) não é responsável diretamente perante os seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria.”<sup>9</sup>

Finalmente, conclui que nem todo estado representativo é, por si só, um estado parlamentar, uma vez que pode muito bem não ser uma democracia representativa, assim como a crítica à democracia indireta tampouco implica invariavelmente em defesa da democracia direta.<sup>10</sup> Por essa razão, faz-se por bem analisar alguns aspectos acerca de uma possível terceira via: a democracia participativa.

## Democracia participativa

“[...] a democracia participativa resulta da combinação do sistema participativo com institutos de democracia semi direta.”

**José Afonso da Silva**<sup>11</sup>

“Afigura-se-nos que a verdadeira substância política da democracia participativa deve incorporar-se ao direito constitucional positivo sob a designação de democracia direta.”

**Paulo Bonavides**<sup>12</sup>

<sup>8</sup> É o caso do Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e outros. Há estados em que tais órgãos são eleitos pelo voto popular. Por seu turno, como é o caso do Brasil, tais órgãos não são escolhidos diretamente pelo povo.

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia* (cit.). p. 47.

<sup>10</sup> *Id.* p. 45.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. *O sistema representativo e a democracia semi direta* (cit.). p. 3.

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 60.

Em uma comparação superficial dos excertos acima, extrai-se única impressão: a compreensão exata acerca do fenômeno da democracia participativa não é de simples averiguação. Ao revés, sob o título de democracia participativa há um sem número de destaques acerca do exercício do poder popular que transcende discussões restritas única e exclusivamente sob o exercício do voto.

Sob a pecha de democracia participativa, hoje, discute-se desde a participação popular na proposição e elaboração de leis, até mesmo os limites de atuação dos membros do Poder Judiciário na efetivação dos valores fundamentais da ordem constitucional. Participativa, pluralista, aberta e outros adjetivos são utilizados para designar, em linhas gerais, as recentes transformações vivenciadas pelos sistemas constitucionais democráticos.

Seu principal fundamento decorre, antes de tudo, da consagração do princípio da dignidade humana como um “epicentro axiológico”<sup>13</sup> dos ordenamentos jurídicos nacionais.

Segundo Peter Häberle, democracia pluralista e dignidade humana, nos estados constitucionais da atualidade, estão intimamente interligadas. Contudo, a ideia de democracia pluralista não se exaure apenas no exercício do voto, com mais ou menos participação popular na elaboração de normas jurídicas.<sup>14</sup>

Em contrapartida, desdobra-se em postulados dos mais diversos vieses, que podem ir desde o direito das minorias culturais, à efetivação de direitos sociais, ao desenvolvimento de políticas públicas com participação ativa de entes não estatais, ao ativismo judicial, procedimentos de participação popular na interpretação da Carta Magna; regras claras e efetivas para o exercício do direito fundamental à liberdade de expressão, dentre outros.

Este trabalho não tem por escopo exaurir os possíveis desdobramentos da democracia participativa frente à atual ordem constitucional. Ao revés, visa-se apenas a destacar alguns aspectos em que corrobora o uso das TICs para a consecução do ideal de maior participação no exercício do poder popular.

Logo, faz-se mister, preliminarmente delinear sua estrutura para, posteriormente, delimitar seu objeto, adequando-o aos objetivos deste excerto.

<sup>13</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: Carlos P. Souza Neto e Daniel Sarmiento (coords.). *A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 314.

<sup>14</sup> “Por esse motivo, a ‘cultura da dignidade humana’ esboçada em termos universais e considerando as especificidades culturais e a ‘cultura da liberdade’ que a concretiza, desenvolvem uma força diretamente fundamentadora da democracia. Cada vez que, com especial êxito na Alemanha, variantes do liberalismo, do positivismo e o pensamento com prometido com as tradições do ‘bourgeois’ ou com as ideias mestras do constitucionalismo alemão tentam separar de forma apolítica a democracia, como mera ‘forma de Estado’, das liberdades fundamentais, o nexos entre a dignidade da pessoa ou das liberdades fundamentais e uma democracia comprometida com a liberdade deve ser enfatizado de modo inequívoco.” HÄBERLE, Peter. Dignidade humana e a democracia pluralista – seu nexos interno. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas proposições*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 21.



Paulo Bonavides leciona que seriam princípios aplicáveis à teoria constitucional da democracia participativa no Brasil: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), soberania popular (art. 1º, parágrafo único), soberania nacional (art. 1º, I) e unidade da Constituição.<sup>15</sup>

A concretização, ainda que incipiente, de alguns destes corolários por meio do uso da tecnologia, principalmente aquelas vinculadas à Internet, será exposta a seguir.

## **Tecnologias da informação e da comunicação e sua influência na estruturação atual da democracia participativa**

Conforme se asseverou, são inúmeros os sentidos dados à ideia de democracia participativa. Além disso, sua abrangência conceitual leva a desdobramentos dos mais diversos.

Por conseguinte, uma análise aprofundada de cada um deles desvirtuaria o objetivo principal deste excerto, o qual visa a explorar alguns aspectos em que o uso de tecnologias da informação e comunicação é tido como um importante meio na busca da efetivação de uma alternativa ao sistema democrático posto, por vezes considerado insuficiente para a concretização dos princípios constitucionais.

Mais especificamente, por exemplo, é o caso do sistema partidário como pilar principal de funcionamento da democracia representativa no Brasil. Ao mesmo passo que todo o sistema eleitoral depende dos partidos políticos para seu funcionamento, além de outras prerrogativas legais e constitucionais de que gozam tal entidade, é nítida a falta de legitimidade que vivem na atualidade.

Por essa razão, Joaquim Falcão assevera sobre a necessidade de fomento à “inovação” para superação deste paradoxo. Nesse diapasão, enfatiza o papel de entidades ligadas ao terceiro setor, tais como organizações da sociedade civil de interesse público, organizações sociais, fundações, dentre outras, como forma de possibilitar a entidades não estatais, mas que tenham por objetivo principal a consecução do interesse público.<sup>16</sup>

Assim, segue o primeiro aspecto a ser destacado, formas participativas de discussão e sugestão de projetos de lei que transcendem os limites legais e constitucionais.

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa (cit.)*. p. 10.

<sup>16</sup> “As empresas e a maior parte da sociedade saúdam e apoiam o surgimento das ongs, associações de bairro, enfim, o fortalecimento do Terceiro Setor. No mundo inteiro, este crescimento das organizações e da mobilização social é sinal de saúde democrática. Aqui, nossos partidos hesitam. E, com honrosas exceções, nossos políticos também. Acabaram afastando-se dos eleitores, não vai ser com esta ambiguidade e distância que vamos ter partidos fortes e representativos.” FALCÃO, Joaquim. *Democracia, direito e terceiro setor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 41.

## **Formas colaborativas de produção legislativa e participação popular na elaboração de orçamentos**

“This collaboration comes with no guarantees, except the guarantee of a process.”<sup>17</sup>

**Lawrence Lessig**

As considerações sobre a Wikipedia<sup>18</sup>, paradigma em termos de produção colaborativa de conteúdo por meio da Internet servem perfeitamente de ilustração dos potenciais deste meio de comunicação.

E, com efeito, são inevitáveis os reflexos de tal revolução no âmbito das antigas estruturas concebidas para exercício do poder estatal.

Em se tratando de democracia representativa, propriamente, tanto por parte dos representantes eleitos como dos cidadãos representados, a Internet parece ter modificado significativamente a manifestação política. Não apenas durante os pleitos eleitorais.<sup>19</sup>

A experiência brasileira vem se enriquecendo a cada dia com formas em que a manifestação popular é decisiva na produção de normas jurídicas.

Sabe-se que a Constituição da República consagrou a iniciativa popular como uma das formas de exercício da soberania popular, além do plebiscito e do referendo (art. 14, caput<sup>20</sup>).

Referindo-se às duas últimas, Gilmar Ferreira Mendes explica que a primeira constitui uma consulta prévia à matéria que será posteriormente discutida no Congresso Nacional, ao passo que a segunda tem natureza posterior, atuando no plano da eficácia das leis seja como condição suspensiva, em caso de atribuição de eficácia que ainda não foi reconhecida, ou condição resolutiva, retirando eficácia provisória concedida a determinado texto normativo. Contudo, ressalta que tais “instrumentos de atenuação dos formalismos da democracia representativa” somente poderão ser efetivados à medida que a população goze de “adequado nível de politização.”<sup>21</sup>

<sup>17</sup> LESSIG, Lawrence. *Code: version 2.0*. New York: Penguin, 2006, p. 243.

<sup>18</sup> Cf. WIKIPEDIA. *A enciclopédia livre*. <http://pt.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia:Tutorial>. Acesso em 30 de abril de 2011.

<sup>19</sup> Nesse sentido, V. BEÇAK, Rubens; LONGHI, João Victor Rozatti. *Repensando as bases da democracia participativa: o uso das redes sociais da Internet no processo eleitoral*. In: Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. pp. 1078-1086. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>. Acesso em 30 de abril de 2011.

<sup>20</sup> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

<sup>21</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos políticos na constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 800-802. O autor se apoia nas conclusões de Canotilho, a quem descreve cético quanto à possibilidade de fomento a “formas plebiscitárias” corrigirem as “distorções do sistema democrático-representativo”. Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Pode o referendo aprofundar a democracia? In “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários do discurso sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 301 *apud Idem*, p. 802.

Em posição diametralmente oposta, Paulo Bonavides, para quem

“Efetivamente, a democracia que se deve concretizar naquele artigo [art. 14] é a democracia direta, [...]. E maiormente com a inspiração de legitimidade, conceito-padrão sobre o qual assenta o edifício de todo poder consentido em sua manifestação mais adiantada, que outra não pode ser senão a da democracia direta.”<sup>22</sup>

Nessa auréola, a Carta Magna trouxe alguns instrumentos de participação direta da população na produção normativa. Resta saber se suficientemente.

No que tange a leis propostas por meio da iniciativa popular, especificamente, não é só no âmbito federal que se garante tal possibilidade. Afinal, a Constituição assegura também a existência da iniciativa popular em sede estadual (art. 27, § 4º) e municipal, com manifestação de, no mínimo, 5% dos eleitores do município, em projetos de lei de interesse específico deste, da cidade ou de bairros (art. 29, XIII).

Salienta-se que a lei a que alude o artigo 14, caput, é a Lei nº. 9.709/98. O referido diploma procura operacionalizar as formas de exercício da soberania popular no país. Contudo, timidamente.<sup>23</sup>

Ao disciplinar a iniciativa popular, traz certas peculiaridades. A primeira delas é a obrigatoriedade de que o projeto de lei circunscreva-se a um só assunto (art. 13, § 1º). Além disso, traz ainda a garantia de que não possa ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por meio da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação ou desmembrá-lo por assunto para que tramite em separado, caso se constate violação ao parágrafo anterior (art. 13, § 2º, Lei nº. 9.709/08 c.c. art. 252, XI, Regimento Interno da Câmara dos Deputados).

Entretanto, o requisito imposto pela própria Constituição, de que projeto seja subscrito por, no mínimo, 1% do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles (art. 61, § 2º, CRFB), dificulta sobremaneira a consagração deste instrumento de efetivação do princípio da soberania popular dentre nós.<sup>24</sup>

Por essa razão, aliada às críticas ao sistema representativo partidário nacional como um todo<sup>25</sup>, mister que se promovam alternativas ao problema, sob pena de esvaziamento ainda maior de legitimidade da democracia indireta no Brasil. E a Internet protagoniza algumas delas.

<sup>22</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa (cit.)*. p. 127.

<sup>23</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. atualizada a emenda constitucional n. 57, de 18/12/2008. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 450.

<sup>24</sup> Cf. BEÇAK, Rubens. Instrumentos de democracia participativa. In: *Anais do IX Congresso do Conpedi*. Manaus: CONPEDI, 2008.

<sup>25</sup> Um aprofundamento nas críticas ao sistema partidário nacional transcende os escopos almejados neste excerto. Entretanto, ilustrativamente, as reflexões de Paulo Bonavides: “O tumulto de nossa estrutura partidária acompanha de perto a desorientação de toda a política brasileira em matéria institucional. Fazemos a este respeito, um jogo de amadores em que alguém, a seu alvedrio, dita e altera a cada passo as regras da competição, tornando casuístico e incerto o sistema político de participação.” BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição (cit.)*. p. 459.

Destacam-se, em primeiro plano, as proposições legislativas oriundas de discussões colaborativas por meio da rede das redes.

A primeira delas ocorreu com o chamado Marco Regulatório Civil da Internet Brasileira ou simplesmente Marco Civil. Uma forma colaborativa de construção de um projeto de lei, de iniciativa conjunta da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), em parceria com a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO RIO).<sup>26</sup>

O processo ocorre em duas fases.

A primeira foi de discussões em um canal de linguagem blog para a expressão dos diversos pontos de vista acerca de tópicos predeterminados: direitos individuais e coletivos (privacidade, liberdade de expressão e direito de acesso à net); responsabilidade civil de provedores e usuários na Internet; e outras políticas públicas acerca da Internet. Ao final da primeira etapa, apresentou-se a proposta de anteprojeto de lei, sintetizando os debates realizados.

A segunda fase ocorreu da mesma forma, desta vez tendo como base já a minuta do anteprojeto de lei apresentado na fase anterior. Cada momento teve duração de 45 dias, quando puderam ser expressas as opiniões de todos os interessados, com seus diversos pontos de vista.

60 Ao final, o processo foi enviado ao Poder Executivo, aguardando ser formalmente proposto ao Congresso Nacional por meio de sua iniciativa legislativa, dando ensejo ao processo legislativo ordinário.

Importante frisar que a iniciativa contou com a participação maciça e séria de diversos setores da sociedade que puderam sugerir e criticar as redações de possíveis textos normativos sem se prender às amarras da iniciativa popular.

Outro projeto da mesma natureza é o do Código de Proteção de Dados Pessoais para o Ordenamento Jurídico Brasileiro, análogo aos já existentes em outros países como os da Europa, Estados Unidos, Canadá e outros.<sup>27</sup>

Além disso, outro campo em que a Internet tem contribuído significativamente para a consecução de corolários desta atual faceta da democracia no Brasil é o da participação da população na discussão e na elaboração de propostas orçamentárias. É o chamado orçamento participativo.

A ideia de orçamento participativo é anterior à popularização da Internet. Teve início em meados dos anos 1980, ganhando notoriedade nacional e internacional através da experiência obtida na cidade brasileira de Porto Alegre. Esclarece Lúcia Helena Hann Lüchmann:

<sup>26</sup> Ver <http://culturadigital.br/marcocivil/sobre/>. Acesso em 28 de abril de 2011.

<sup>27</sup> Ver <http://culturadigital.br/dadospessoais/debata-a-norma/>. Acesso em 28 de abril de 2011. Acerca da necessidade de um código de proteção de dados pessoais no Brasil, V. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 221 e ss.

“De maneira geral, pode-se dizer que o orçamento participativo é uma modalidade alternativa de tratamento dos recursos públicos, por introduzir a população no processo de discussão e definição da peça orçamentária municipal. O orçamento participativo constitui-se como um novo modelo de administração do orçamento público-estatal, caracterizado pela construção de um conjunto de aparatos institucionais que pretendem romper com uma prática histórica de manuseio orçamentário no Brasil, caracterizada pela opacidade e inacessibilidade da população.”<sup>28</sup>

Juridicamente, a questão do orçamento participativo até hoje suplanta inúmeras dúvidas. Ilustrativamente, se seria ou não constitucional a obrigatoriedade do instituto, quais seriam os limites orçamentários à disposição para deliberação, como seriam estabelecidas as prioridades nas políticas públicas deliberadas com participação direta da população, dentre muitos outros.<sup>29</sup>

Certo é que o instituto do orçamento participativo vem sendo cada vez mais utilizado como instrumento de direcionamento de políticas públicas dentro e fora do Brasil. E a Internet também começa a ser utilizada como instrumento para as deliberações. Não obstante, à míngua de regulamentação legal acerca do tema ou pelo menos de normas gerais que definam parâmetros mínimos para a realização do orçamento participativo e uso das tecnologias da informação e comunicação nas deliberações.<sup>30</sup>

Por esta razão, sendo a democracia definida como um processo, a única impressão que se esboça desta breve análise acerca do uso das TICs na consecução da democracia participativa no Brasil é que muitos processos são iniciados com o escopo de fomentar a participação popular na produção e aplicação de regras jurídicas. Ainda que, pela ausência de normas gerais, principalmente acerca de direitos e deveres dos atores que compõem a Internet.

Resta, assim, trazer o problema principal acerca da democracia participativa, se ela caminha para uma democracia direta ou as TICs apenas aumentaram as possibilidades da consecução de uma democracia semidireta no Brasil.

<sup>28</sup> LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. *Possibilidades e limites da democracia deliberativa: a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre*. Tese de doutorado apresentada à Universidade Estadual de Campinas. UNICAMP: Campinas, 2002, p. 91. Disponível em: <http://www.democraciaparticipativa.org/files/LigiaLuchmann.pdf>. Acesso em: 1º de maio de 2011.

<sup>29</sup> Para aprofundamento em algumas destas hipóteses, V. VITALE, Denise. *A institucionalização jurídica do orçamento participativo*. Disponível em: <http://www.democraciaparticipativa.org/files/DeniseVitale-InstitucionalizacaoJuridicaOP.pdf>. Acesso em 1º de maio de 2011.

<sup>30</sup> Cita-se como exemplo o programa do Orçamento Participativo Virtual da Prefeitura do Município de Belo Horizonte. Conforme informado no *site*, há um procedimento que envolveu inúmeras entidades ligadas ao município, além do acesso ao banco de dados do Tribunal Eleitoral para a decisão das obras a serem realizadas pelo município. Cf. BELO HORIZONTE (Município). Portal do Orçamento Participativo. Acesso em [http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=portaldoop&tax=17243&lang=p\\_t\\_BR&pg=6983&taxp=0&](http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=portaldoop&tax=17243&lang=p_t_BR&pg=6983&taxp=0&). Acesso em 1º de maio de 2011.

## **Tendências: democracia direta ou semidireta?**

Não é dado ao cientista especular. Metodologicamente, prospecções futuras devem ser tidas apenas como indicativos de tendências que aparentemente se esboçam pelas conclusões de determinado trabalho. E o problema a ser brevemente enfrentado é aquele referente à pergunta de muitos estudiosos ao redor do mundo, qual seja o da possibilidade de retorno à democracia direta por intermédio da rede das redes.

A metáfora da “ágora cibernética” é uma premissa que não se encontra imune a ponderações. A primeira delas pode ser extraída das ressalvas feitas por Fábio Konder Comparato:

“Sem dúvida, a invenção da internet, [...], veio alterar o esquema original de comunicação de massa, ao criar um ambiente de diálogo entre pessoas do mundo todo. Mas não extrapolemos inconsideravelmente os efeitos da democratização que esse avanço tecnológico irá produzir. Lembremo-nos de que o público usuário desses engenhos eletrônicos pertence à minoria do extrato econômico superior da sociedade. [...]”<sup>31</sup>

De fato, não raros são os comentários acerca dos óbices ao exercício da cidadania por parte daqueles que não têm acesso frequente à rede.

62

Por essa razão recorre-se à distinção apontada por Rodolfo Romero Flores e Julio Alejandro Téllez Valdéz entre voto eletrônico online e voto eletrônico offline. Segundo os autores, o voto eletrônico offline seria aquele em que não há rede de comunicação pública ou privada conectada ao dispositivo que se utiliza para o exercício do voto, armazenando-se as informações no dispositivo local.

Por seu turno, o voto online seria aquele em que se prescinde da presença física do eleitor, uma vez que este se conecta a uma rede de computadores públicas, podendo ser através da própria Internet ou de uma rede de acesso local (LAN). Contudo, salienta que o voto remoto, nestes moldes, implica múltiplas condições de segurança a serem estabelecidas pelas autoridades eleitorais.<sup>32</sup>

Talvez este seja mais um grande entrave à consecução da democracia direta na atualidade. Afinal, ainda que a participação política tenha ganhado novo fôlego com a popularização das tecnologias da informação e comunicação, os riscos de utilização destes meios de comunicação ainda são muitos.

Ainda que haja alguma normativa em níveis nacional e internacional sobre o tema, esta parece ser uma contundente razão para que a democracia eletrônica não seja nem uma nova democracia direta, mas apenas uma democracia representativa cada vez mais participativa.

<sup>31</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Para que o povo tenha enfim a palavra! *In: Revista de direito UFPR*. N. 50. Curitiba: 2009, p.18.

<sup>32</sup> Cf. ROMERO FLORES, Rodolfo; TÉLLEZ VALDÉZ, Julio Alejandro. *Voto electrónico, derecho y otras implicaciones*. México: Unam, 2010, p. 11.

## Conclusão

Por tudo o que consta deste trabalho, evidencia-se a possibilidade da existência de um destes momentos históricos de transformação no paradigma institucional, qual seja, especificamente, o dos parâmetros de realização da democracia.

É o que este trabalho procurou abordar, de forma inicial.

Assim, primeiramente, analisaram-se brevemente os conceitos de democracia direta e indireta, destacando-se algumas peculiaridades da aplicação contemporânea de ambos os conceitos, bem como do possível esgotamento dos instrumentos de representação e participação dos cidadãos no processo democrático.

Posteriormente, foram expostas algumas experiências na discussão e na elaboração colaborativa de projetos de lei, extrapolando-se os limites da iniciativa popular. Outrossim, analisou-se a questão do orçamento participativo e das formas de deliberação por meio da Internet.

Finalmente, foi enfrentada a polêmica acerca da prospecção futura da democracia e a possível consecução de uma nova democracia direta por meio da Internet.

Ao que parece, a democracia vem encontrando campo fértil de desenvolvimento participativo na própria ambiência da Internet, seja considerada a rede em si, seja, mais apropriadamente, o fenômeno dos denominados sites de redes sociais, blogs, e outras formas de construção de debate de estrutura colaborativa.

Esta pesquisa, ainda claramente um trabalho que reflete pesquisa em construção, procurou investigar este impacto da rede num eventual aperfeiçoamento democrático.

Logo, se, por um lado, a denominada democracia semidireta encontra-se estagnada nos seus pouco mais de 50 anos de existência, mister as próprias limitações ao uso de seus instrumentos, a democracia participativa parece estar encontrando hipótese de desenvolvimento e implantação real por meio das tecnologias da informação e comunicação.

## Referências bibliográficas

AIETA, Vânia Sciliano. Democracia (verbetes). In: BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2006.

BEÇAK, Rubens. Instrumentos de democracia participativa. In: *Anais do IX Congresso do Conpedi*. Manaus: CONPEDI, 2008.

BEÇAK, Rubens; LONGHI, João Victor Rozatti. Repensando as bases da democracia participativa: o uso das redes sociais da Internet no processo eleitoral. In: *Anais do XIX Congresso Nacional do Conpedi*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, pp. 1078-1086. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>. Acesso em 30 de abril de 2011.

BELO HORIZONTE (Município). *Portal do Orçamento Participativo*. Acesso em [http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pldPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=portaldoop&tax=17243&clang=pt\\_BR&pg=6983&taxp=0&](http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pldPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=portaldoop&tax=17243&clang=pt_BR&pg=6983&taxp=0&). Acesso em 1º de maio de 2011.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 44

BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição. A democracia, o federalismo, a crise contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

- CARVALHO NETO, Menelick de. Controle de constitucionalidade e democracia. In MAUÉS, Antonio G. Moreira (org.). *Constituição e democracia*. São Paulo, Max Limonad, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. Para que o povo tenha enfim a palavra! In: *Revista de Direito UFPR*, n. 50. Curitiba: 2009.
- CULTURA DIGITAL. <http://culturadigital.br/dadospessoais/debata-a-normal/>. Acesso em 28 de abril de 2011.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- EUROPA. *Portal da União Europeia. Sociedade da informação*. Disponível em [http://europa.eu/legislation\\_summaries/information\\_society/index\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/index_pt.htm). Acesso em 12 de janeiro de 2011.
- FALCÃO, Joaquim. *Democracia, direito e terceiro setor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- HÄBERLE, Peter. Dignidade humana e a democracia pluralista – seu nexos interno. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas proposições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LESSIG, Lawrence. *Code: version 2.0*. New York: Penguin, 2006.
- LÔBO, Paulo Luis Netto. Dos contratos em Geral. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Código Civil anotado*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. *Possibilidades e limites da democracia deliberativa: a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre*. Tese de Doutorado apresentada à Universidade Estadual de Campinas. UNICAMPI: Campinas, 2002. Disponível em: <http://www.democraciaparticipativa.org/files/LigiaLuchmann.pdf>. Acesso em: 1º de maio de 2011.
- MARCO CIVIL. <http://culturadigital.br/marcocivil/sobre/>. Acesso em 28 de abril de 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos políticos na constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ROMERO FLORES, Rodolfo; TÉLLEZ VALDÉZ, Julio Alejandro. *Voto electrónico, derecho y otras implicaciones*. México: Unam, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. atualizada à Emenda Constitucional n. 57, de 18/12/2008. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, José Afonso da. O sistema representativo e a democracia semi direta: democracia participativa. In: CANTÚ, Hugo A. *Sistema representativo y democracia semidirecta*. Memorial del VII Congreso de Derecho Constitucional. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2002.
- SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. *Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação. Teoria e prática da juscibernética ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: Carlos P. Souza Neto e Daniel Sarmento (coords.). *A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- VITALE, Denise. *A institucionalização jurídica do orçamento participativo*. Disponível em: <http://www.democraciaparticipativa.org/files/DeniseVitale-InstitucionalizacaoJuridicaOP.pdf>. Acesso em 1º de maio de 2011.
- WIKIPEDIA. *A enciclopédia livre*. <http://pt.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia:Tutorial>. Acesso em 30 de abril de 2011.



# A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro

Humberto Dalla Bernardina de Pinho<sup>1</sup>

## Resumo

O texto trata da mediação enquanto forma de solução alternativa de conflitos. É vista a mediação e suas características enquanto instrumento de pacificação, ao mesmo tempo em que são apresentadas as diferenças quanto aos demais instrumentos, notadamente a conciliação e a arbitragem. São examinados os conceitos advindos do direito estrangeiro e as perspectivas para o processo civil brasileiro.

## Abstract

This paper aims to study mediation as an alternative dispute resolution mechanism, by examining its characteristics as an instrument for pacification. Besides, the text presents the main differences between mediation and other ADR methods, mainly conciliation and arbitration. Finally, it shows mediation concepts from other countries and its perspectives for the Brazilian Civil Procedure.

**Palavras-chave:** Mediação. Processo Civil Brasileiro.

**Keywords:** Mediation. Brazilian Law. Civil Procedure

## Sumário

Considerações iniciais. Mediação: espécies e barreiras. O uso da mediação: filtragem dos conflitos. Perspectivas para o Processo Civil Brasileiro. Referências bibliográficas.

“La mediación es uno de los instrumentos para conseguir la autocomposición o acuerdo entre las partes. Es difícil pretender delimitar qué es o qué no es la mediación; posiblemente porque se trata de una institución jurídica de reciente introducción en nuestro ordenamiento, que tiene diverso reflejo normativo en cada uno de los órdenes jurisdiccionales españoles y en los distintos ámbitos territoriales en los que se ha comenzado a implantar. Posiblemente buscamos una definición de la mediación, lo que es, lo que no es, lo que no puede hacerse, cómo hay que hacerla... en coherencia con nuestra tradición jurídica romana, sin embargo es preciso señalar aquí que establecer límites claros y excluyentes en relación con el concepto de mediación no es conveniente, porque precisamente una de las características del procedimiento de mediación ha de ser la flexibilidad<sup>2</sup>”.

<sup>1</sup> Professor da UERJ e da UNESA. Promotor de Justiça no Rio de Janeiro. E-mail. humbertodalla@gmail.com

<sup>2</sup> MUÑOZ, Helena Soletó. La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español, in: Revista eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

## Considerações iniciais

Já se vão algumas décadas desde que Mauro Cappelletti<sup>3</sup> sistematizou as suas *Ondas renovatórias do direito processual*.

Mesmo assim, a ideia de um pleno acesso à justiça continua sendo uma obsessão para os processualistas.

O mesmo Cappelletti já reconheceu que os esforços organizados sob a égide da “Terceira Onda” devem ser levados a efeito fora do circuito jurisdicional<sup>4</sup> e que há diversas formas para a concretização dos processos de hererocomposição, notadamente, a mediação<sup>5</sup>.

Seguindo essa fórmula, fica mais fácil chegar ao que se denomina de quarta onda renovatória, a saber, a efetividade dos direitos processuais<sup>6</sup>.

Partindo-se da premissa segundo a qual a jurisdição, embora seja a fórmula primeira para a composição dos litígios, por vezes não é capaz de dar solução adequada a certos tipos de conflito<sup>7</sup> e, sem ingressar aqui na controvérsia acerca dos limites da adjudicação<sup>8</sup> e das alegadas inconveniências dos equivalentes jurisdicionais<sup>9</sup> num sistema processual constitucionalizado<sup>10</sup>, passaremos a tecer algumas considerações sobre a mediação, enquanto processo para a busca de uma solução de pacificação do litígio.

Entende-se a mediação como o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro, imparcial, que irá contribuir na busca pela solução do conflito<sup>11</sup>.

Esse terceiro não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto). Ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual.

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective—a General Report. Access to Justice: A World Survey*. Mauro Cappelletti and Bryant Garth, eds. (Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978).

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas*, Revista Forense n° 318 pp. 123/124.

<sup>5</sup> “Le recours à la médiation, se substituant à l’exercice d’actions en justice, a pris une importance considérable dans les réformes et expériences faites récemment aux Etats-Unis, au niveau local avec les tribunaux de communautés ou les Neighborhood Justice Centers, et aussi en rapport avec la protection des intérêts diffus avec des procedes tels que l’environmental mediation” CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Accès à la justice et état-providence*. Economica, Paris, 1984, p. 29.

<sup>6</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *idem*. p. 33

<sup>7</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mecanismos de solução alternativa de conflitos: algumas considerações introdutórias*, in: *Revista Dialética de Direito Processual*, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

<sup>8</sup> FULLER, Lon. *The forms and limits of adjudication*, 92 Harvard Law Review, 353, 1978.

<sup>9</sup> FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 Yale Law Journal 1073-90, may 1984.

<sup>10</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, capítulo 1.

<sup>11</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação – a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*, in *Acesso à Justiça: efetividade do processo* (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

O *Uniform Mediation Act*<sup>12</sup> dispõe em seu item (1): “*Mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute*”.

Apresentando uma visão mais pragmática, Goldberg<sup>13</sup> afirma que “*mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party*”.

Já para Maria de Nazareth Serpa<sup>14</sup>, mediação “é um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões”.

O papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos.

Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas.

José Maria Rossani Garcez<sup>15</sup> afirma que a mediação terá lugar quando, devido à natureza do impasse, quer seja por suas características ou pelo nível de envolvimento emocional das partes, fica bloqueada a negociação, que assim, na prática, permanece inibida ou impedida de realizar-se.

Roberto Portugal Bacellar<sup>16</sup> define mediação como uma “técnica lato senso que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito a induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas”.

Para Gladys Stella Álvarez<sup>17</sup> a mediação constitui um “*procedimiento de resolución de disputas flexible y no vinculante, en el cual um tercero neutral – el mediador – facilita las negociaciones entre las partes para ayudarlas a llegar a um acuerdo*”.

Helena Soletto Muñoz<sup>18</sup>, numa definição bastante amadurecida, afirma ser possível dizer que:

<sup>12</sup> Aplicável nos EUA e disponível em <http://www.adr.org>, consultado em 25 de outubro de 2008.

<sup>13</sup> GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah R. *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 4<sup>th</sup> edition, New York: Aspen Publishers, Inc, 2003, p. 111.

<sup>14</sup> SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 90.

<sup>15</sup> GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 2. ed., p. 35.

<sup>16</sup> BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais – a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 174.

<sup>17</sup> ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003, p. 135.

<sup>18</sup> MUÑOZ, Helena Soletto. *La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

“la mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. La esencia de la mediación que refleja esta definición es la autonomía de la voluntad de las partes: son las partes las que llegan a un acuerdo, libremente, y auxiliadas por un tercero, que, consecuentemente, ha de ser imparcial. Por otra parte, esta perspectiva de la mediación se encuentra vinculada al conflicto que es objeto o puede ser objeto de un proceso”.

O Projeto de Lei nº 94<sup>19</sup>, em sua versão final, apresentada em julho de 2006, apresentava o seguinte conceito em seu artigo 2º:

“Art. 2º Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.”

O Art. 3º da Diretiva nº 52, de 21 de maio de 2008<sup>20</sup>, emitida pelo Conselho da União Europeia, define mediação como um processo estruturado no qual duas ou mais partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de seu litígio, com a ajuda de um mediador.

Observa-se, portanto, que são elementos da mediação, de acordo com tal Diretiva: a estrutura do processo, a existência de duas ou mais partes, a voluntariedade do processo, o acordo das partes e, por fim, a ajuda do mediador.

No Direito Italiano, como decorrência da Diretiva, foi editada a Lei nº 69, de 18 de junho de 2009, que, em seu artigo 60<sup>21</sup>, autoriza o Governo emitir Decreto

<sup>19</sup> Consultar o texto final, bem como as versões anteriores, no sítio do IBDP, em <http://www.direitoprocessual.org.br>, acesso em fevereiro de 2010.

<sup>20</sup> DIRECTIVE 2008/52/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, of 21 May 2008, on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. Texto disponível em [http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/EU\\_directives](http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/EU_directives). “Article 3. Definitions. For the purposes of this Directive the following definitions shall apply: (a) ‘Mediation’ means a structured process, however named or referred to, whereby two or more parties to a dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a mediator. This process may be initiated by the parties or suggested or ordered by a court or prescribed by the law of a Member State. It includes mediation conducted by a judge who is not responsible for any judicial proceedings concerning the dispute in question. It excludes attempts made by the court or the judge seized to settle a dispute in the course of judicial proceedings concerning the dispute in question”.

<sup>21</sup> Legge 18 giugno 2009, n. 69. (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile). Art. 60. (Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali). 1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale. 2. La riforma adottata ai sensi del comma

Legislativo sobre mediação e conciliação em matéria civil e comercial, de acordo com o Direito Comunitário.

Regulamentando esta Lei, em 4 de março de 2010 foi editado o Decreto Legislativo nº 28<sup>22</sup>, que traz os seguintes conceitos:

- “Art. 1 Definizioni. 1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per:
- a) mediazione: l’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;
  - b) mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;
  - c) conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione;”

Na Espanha, onde a atividade de mediação está extremamente desenvolvida nas diversas províncias, há hoje um anteprojeto<sup>23</sup> para regulamentar, em âmbito nacional, a mediação. Segundo este documento, é apresentada a seguinte definição:

“Artículo 1. Concepto. A los efectos de esta Ley se entiende por mediación aquella negociación estructurada de acuerdo con los principios de esta ley, en que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador.

---

*1, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al comma 3, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti. I decreti legislativi previsti dal comma 1 sono adottati su proposta del Ministro della giustizia e successivamente trasmessi alle Camere, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario, che sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono emanati anche in mancanza dei pareri. Qualora detto termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal comma 1 o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni. 3. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia; b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione; c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione, di seguito denominato «Registro», vigilati dal medesimo Ministero, fermo restando il diritto delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel medesimo Registro; (...) Fonte: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090691.htm>.*

<sup>22</sup> DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2010, n. 28. Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. <http://www.mondoadr.it/cms/?p=2244>.

<sup>23</sup> Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Disponível para consulta em: [http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?c=Documento&cid=1161680003706&pagename=Portal\\_del\\_ciudadano/Documento/TempDocumento](http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?c=Documento&cid=1161680003706&pagename=Portal_del_ciudadano/Documento/TempDocumento).

Pelos conceitos que foram apresentados, podemos afirmar que a mediação se difere da negociação justamente pela presença do terceiro mediador, que terá como função primordial auxiliar as partes a resolver seu conflito.

Normalmente essas partes, após um fracassado processo de negociação, chegam à conclusão de que não são capazes, por elas próprias, de remover os obstáculos que impedem a celebração do acordo<sup>24</sup>. Buscam, num terceiro, uma forma de viabilizar a via consensual, que sabem existir, embora não sejam capazes de encontrá-la<sup>25</sup>.

Mas é possível também, e é preciso que se advirta dessa possibilidade, que a via consensual esteja irremediavelmente obstruída, por conta de um relacionamento já desgastado pelo tempo, pelas intempéries de uma ou ambas as partes e ainda pela falta de habilidade em lidar com o conflito.

Nesse caso, deve se recorrer à adjudicação ou decisão forçada, hipótese em que um terceiro deverá, após se certificar que não há mais possibilidade de acordo, emitir um juízo de valor acerca da situação concreta na qual os interesses das partes estão contrapostos<sup>26</sup>.

A adjudicação vai assumir, basicamente, a forma de arbitragem ou de jurisdição.

Na arbitragem, as partes maiores e capazes, divergindo sobre direito de cunho patrimonial, submetem o litígio ao terceiro (árbitro) que deverá, após regular procedimento, decidir o conflito, sendo tal decisão impositiva.

Há aqui a figura da substitutividade, eis que há a transferência do poder de decidir para o árbitro, que por sua vez é um juiz de fato e de direito<sup>27</sup>.

A arbitragem pode ser convencionalizada antes (cláusula compromissória) ou depois (compromisso arbitral) do litígio, sendo certo ainda que o procedimento arbitral pode se dar pelas regras ordinárias de direito ou por equidade, conforme a expressa vontade das partes<sup>28</sup>.

A segunda forma de adjudicação é a jurisdição, monopólio do Estado, que hoje é ainda o instrumento mais utilizado na solução dos conflitos no Brasil.

<sup>24</sup> No mesmo sentido, Maria de Nazareth Serpa afirma que a mediação é um “processo onde e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa sem prescrever qual a solução. Um de seus aspectos-chave é que incorpora o uso de um terceiro que não tem nenhum interesse pessoal no mérito das questões. Sem essa intervenção neutra, as partes são incapazes de engajar uma discussão proveitosa. O terceiro interventor serve, em parte, de árbitro para assegurar que o processo prossiga efetivamente sem degenerar em barganhas posicionais ou advocacia associada”. Op. cit., p. 147.

<sup>25</sup> Afirma João Roberto da Silva que “a base do processo de mediação é a visão positiva do conflito. A ciência desta ensina o conflito como algo necessário para o aperfeiçoamento humano, seja pessoal, comercial, tecnológico, ou outro qualquer, pois, quando considera a concepção de realidade não traça um ser mediano e repleto de retidão. Para a mediação frente a análise de realidade não há ninguém normal ou anormal, somente se tem diferentes modelos de realidade”. (in *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur Edições, 2004, p. 15).

<sup>26</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [organizador]. *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

<sup>27</sup> Cf artigos 1º e 18 da Lei nº 9.307/96.

<sup>28</sup> Cf artigos 2º e 3º da Lei nº 9.307/96.

Nela não há limites subjetivos (de pessoas) ou objetivos (de matéria). Ademais, ostenta a característica da coercibilidade e autoexecutoriedade, o que não ocorre na arbitragem<sup>29</sup>.

Mas, não custa lembrar, apenas a jurisdição é monopólio do Estado e não a solução dos conflitos.

Vistas essas notas conceituais e definida a amplitude da mediação, analisemos mais a fundo sua consistência.

## Mediação: espécies e barreiras

Três são os elementos básicos<sup>30</sup> para que possamos ter um processo de mediação: a existência de partes em conflito, uma clara contraposição de interesses e um terceiro neutro capacitado a facilitar a busca pelo acordo.

Com relação às partes, podem ser elas pessoas físicas ou jurídicas. Podem ser também entes despersonalizados, desde que se possa identificar seu representante ou gestor. Podem ser ainda menores, desde que devidamente assistidos por seus pais (veja-se, por exemplo, a utilidade da mediação em conflitos juvenis e escolares e a sua potencialidade como instrumento de prevenção ao envolvimento de adolescentes com atividades criminosas).

O segundo elemento, conflito, delimita a amplitude da atividade a ser desenvolvida pelo mediador. É preciso deixar claro que a mediação não se confunde com um processo terapêutico ou de acompanhamento psicológico ou psiquiátrico.

É certo que é extremamente desejável que o profissional da mediação tenha conhecimentos em psicologia e, sobretudo, prática em lidar com as relações humanas e sociais. Contudo, deve haver um limite claro para a sua intervenção, sob pena de se perder o foco e tornar o processo abstrato, interminável e, portanto, infrutífero.

Por fim, o mediador deve ser pessoa neutra, equidistante das pessoas envolvidas no litúgio e que goze de boa credibilidade. Deve ser alguém apto a interagir com elas, mostrar-se confiável e apto a auxiliar concretamente no processo de solução daquele conflito.

Há duas formas básicas de estabelecer a metodologia e as premissas para a busca da solução.

A primeira é denominada “*rights-based*” e ocorre quando as partes analisam quais são as perspectivas da questão na hipótese de a causa ser levada à jurisdição, a fim de delimitar objetivamente a solução prática a ser alcançada. Esses dados são tomados como ponto de partida para a negociação.

<sup>29</sup> Explica-se: se o árbitro profere uma sentença arbitral que é descumprida por uma das partes, não pode ele aplicar providências coercitivas para garantir o adimplemento. Deve oficiar (ou requerer, segundo alguns) tal providência a um Juiz de Direito, na medida em que o legislador resolveu transferir ao árbitro todos os poderes do Juiz, exceto aqueles que decorrem da *coertio*.

<sup>30</sup> Para Nuria Belloso Martín, a mediação se caracterizará sempre pelos seguintes elementos: a) voluntariedade; b) eleição do mediador; c) aspecto privado; d) cooperação entre as partes; e) conhecimentos específicos (habilidade) do mediador; f) reuniões programadas pelas partes; g) informalidade; h) acordo mútuo; i) ausência de sentimento de vitória ou derrota. MARTÍN, Nuria Belloso. *Reflexiones sobre Mediación Familiar: Algunas Experiencias en el Derecho Comparado*. Artigo gentilmente cedido pela autora quando ministrou disciplina no Curso de Mestrado em Direito da UNESA em novembro de 2005.

A outra é denominada *interest-based* e se dá quando a solução for buscada com base nos interesses e necessidades das próprias partes no que tange aos direitos em conflito, deixando-se a análise fria do texto legal e das tendências jurisprudenciais para um segundo momento e apenas como forma de conferir executividade ao termo de acordo.

Via de regra, a mediação é um procedimento extrajudicial. Ocorre, como visto acima, antes da procura pela adjudicação. Contudo, nada impede que as partes, já tendo iniciado a etapa jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentar, uma vez mais, a via conciliatória<sup>31</sup>.

É o que se chama de mediação incidental ou judicial. Em nosso ordenamento pode ser feita em duas hipóteses: ou o juiz, ele próprio, conduz o processo, funcionando como um conciliador ou designando um auxiliar para tal finalidade (artigos 331 e 447 do C.P.C.); ou as partes solicitam ao juiz a suspensão do processo, pelo prazo máximo de seis meses, para a efetivação das tratativas de conciliação fora do juízo (artigo 265, inciso II, c/c § 3º, também do C.P.C.).

De acordo com a postura do mediador, podemos classificar o procedimento em ativo ou passivo.

Na mediação passiva, o terceiro apenas ouve as partes, agindo como um facilitador<sup>32</sup> do processo de obtenção de uma solução consensual para o conflito, sem apresentar o seu ponto de vista, possíveis soluções ou propostas concretas às partes.

No caso da mediação ativa, o mediador funcionará como uma espécie de conciliador; ele não se limita a facilitar; terá ele também a função de apresentar propostas, soluções alternativas e criativas para o problema, alertar as partes litigantes sobre a razoabilidade ou não de determinada proposta, influenciando assim o acordo a ser obtido. Aqui o mediador assume posição avaliadora.

Obviamente chegar a um acordo por meio do processo de mediação não é tarefa fácil. Exige tempo, dedicação e preparação adequada do mediador.

Seria um erro grave pensar em executar mediações em série, de forma mecanizada, como hoje, infelizmente, se faz com as audiências prévias ou de conciliação, nos juizados especiais e na justiça do trabalho.

A mediação é um trabalho artesanal.

Cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito. Deve buscar os interesses, por trás das posições externas assumidas<sup>33</sup>, para que possa indicar às partes o possível caminho que elas tanto procuravam<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. A mediação e as perspectivas para o processo civil contemporâneo, in: SOUZA, Alexander Araujo. GOMES, Décio Alonso (Coordenadores). *Contributos em homenagem ao professor Sérgio Demoro Hamilton*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 237/256.

<sup>32</sup> O termo facilitação vem sendo largamente utilizado na literatura especializada em mediação. Confira-se, por todos, SINGER, Linda R. *Settling Disputes*, 2<sup>nd</sup> edition, Colorado: Westview, 1994, p. 24.

<sup>33</sup> FISCHER, Roger and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

<sup>34</sup> Cf. também, as seguintes obras: CRAVER, Charles B. *Effective Legal Negotiation and Settlement*, New York: Lexis, 2001; SINGER, Linda R. *Settling Disputes*, 2<sup>nd</sup> edition, Colorado: Westview, 1994; e WILLIAMS, Gerald R. *Legal Negotiations and Settlement*, Minnesota: West, 1983.



É um processo que pode se alongar por semanas, com inúmeras sessões, inclusive com a participação de comediantes, estando as partes, se assim for de seu desejo, assistidas a todo o tempo por seus advogados, devendo todos os presentes anuírem quanto ao procedimento utilizado e à maneira como as questões são postas na mesa para exame.

Contudo, independentemente do tipo de mediação ou da postura do mediador, é possível identificar alguns comportamentos recorrentes que se constituem em verdadeiras barreiras à mediação.

Essas barreiras podem ser institucionais ou pessoais.

Barreiras institucionais são aquelas opostas por entidades ou grupos políticos e sociais organizados.

Apesar de toda a evolução da teoria da solução alternativa de conflitos, é possível ainda identificar pontos de resistência bastante fortes e que podem ser resumidos em três posições.

A primeira diz respeito à desinformação generalizada sobre o cabimento da mediação, seus limites, potencialidades e consequências jurídicas.

A segunda se refere à percepção social da figura de autoridade para a solução do conflito. A sociedade brasileira, de forma geral, ainda enxerga no juiz, e apenas nele, o personagem que encarna, de forma inquestionável, o poder de resolver litígios. Outras figuras, como conciliadores, juízes leigos, juízes de paz, integrantes de câmaras de mediação ou câmaras comunitárias, ainda são vistos com certa desconfiança.

A terceira é traduzida pela falta de normatização e sistematização da mediação, aliada à noção de que sempre, de alguma forma, caberá algum tipo de recurso ou medida a ser distribuído ao Poder Judiciário, como forma de questionar providência determinada no âmbito de um método alternativo de solução de conflitos.

Barreiras pessoais são as aquelas impostas pelos que estão diretamente envolvidos num processo de mediação.

O ex-Diretor do Centro de Conflito e Negociação da Universidade de Stanford<sup>35</sup>, e Diretor do PON – Program on Negotiation da Harvard Law School<sup>36</sup>, Robert H. Mnookin<sup>37</sup>, procurou sistematizar as quatro principais barreiras que impedem a obtenção de um acordo entre partes em litígio.

Afirma o professor que a primeira das barreiras a ser transposta é a estratégica, que está embasada na barganha, onde cada um dos litigantes quer maximizar seus ganhos e diminuir os benefícios do outro.

<sup>35</sup> Cf sítio em <http://www.stanford.edu/group/sccn>

<sup>36</sup> Para maiores informações dos interessados em atender aos seminários de mediação e negociação promovidos pelo Programa de Negociação de Harvard Law School, e/ou obter material específico sobre o tema, cf o sítio em <http://www.pon.harvard.edu>

<sup>37</sup> Mnookin, Robert H. *Why negotiations fail: an exploration of barriers to the resolution of conflict*, *The Ohio State Journal on dispute resolution*, vol. 8, nº 2, 1993, pp. 235/249.

Os negociadores devem ter em mente que o processo de negociação deve ser encarado como uma forma de atingir o máximo de benefícios para ambos os lados, ao invés de implicar, necessariamente, grandes perdas para um e ganhos correspondentes para o outro, visto que um negócio bem feito pode potencializar os ganhos de ambas as partes<sup>38</sup>.

Para tanto, mister que as partes negociem com boa-fé, abertas ao maior número de opções possíveis, expondo as suas preferências e os fatos de seu conhecimento.

Também temos como barreira à obtenção de um bom acordo o uso de um preposto (agente) para negociar em nome do titular do direito, visto que é muito difícil que esse terceiro conheça todos os interesses do seu representado, bem como os limites aceitáveis das propostas.

Ademais, não raras vezes, estará também negociando em benefício próprio, pois seus ganhos pessoais dependem dos ganhos de seu cliente, o que tende a amesquinhar a questão e, por isso, dificultar o acordo.

A terceira barreira listada pelo professor Mnookin é a cognitiva, intimamente ligada à capacidade das pessoas em processar informações e lidar com riscos e incertezas.

Isso significa dizer que é da essência do ser humano ter medo de perder; esta insegurança natural leva ao receio de assinar um acordo, sem de dar conta de que, em não o firmando, as perdas podem ser potencializadas, até porque a solução consensual não costuma ser disponibilizada por muito tempo, eis que a demora levará, normalmente, à opção pela via adjudicatória para que a questão seja finalmente resolvida.

As inquietantes perguntas ecoam na mente daquele que está prestes a celebrar o acordo. “Será que esse valor está bom? Será que não posso conseguir mais? Será que com um pouco mais de negociação não consigo uma proposta melhor? Será que os outros vão me achar um mau negociador ou meus amigos vão me recriminar por não ter perseguido uma oportunidade mais vantajosa?”

Finalmente, a quarta barreira consiste na tendência, quase que automática, de as pessoas rejeitarem ofertas elaboradas pela outra parte, mesmo que lhes pareça satisfatória, por infundada e pura desconfiança.

Há uma tendência de interpretar uma boa proposta do adversário como barganha baseada em informações não compartilhadas no curso do processo negocial; de acreditar que o outro negociante quer obter apenas ganhos próprios através do acordo, e não que deseja um acordo justo e bom para ambos.

Isto causa sensação de frustração e impotência. Instala-se um processo mental hermético e cíclico, se desvia do foco e inviabiliza o acordo.

Para que sejam ultrapassadas todas essas barreiras, e se chegue a um resultado final satisfatório, imprescindível será o desenvolvimento de um bom trabalho por parte do mediador.

Durante todo o tempo o processo deve ser transparente, com prévias e detalhadas explicações sobre tudo o que está sendo colocado na mesa, os futuros passos e as possibilidades e opções de cada um.

<sup>38</sup> Essa ideia de ganhos recíprocos e a permanente preocupação com esse parâmetro sempre foi um dos pilares da teoria clássica da negociação em Harvard. Para maiores esclarecimentos veja-se FISCHER, Roger and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving in*, op. cit..

O mediador pode tomar conhecimento de um maior número de informações (as partes lhe confiam dados que dificilmente transmitiriam a seu adversário); pode ter, então, maior noção da atitude de cada um (as partes estarem agindo de boa-fé ou não no decorrer do processo negocial), auxiliando com isso o afastamento da barreira estratégica.

Quanto menos a parte se sentir surpreendida ou vulnerável, mais ela se entrega, sem reservas ou barreiras, ao processo de mediação e torna mais fácil a tarefa e identificar os interesses (muitas vezes escondidos) por trás das posições, estabelecendo as possibilidades de composição entre esses interesses aparentemente antagônicos e inconciliáveis.

Também os mediadores podem superar os problemas decorrentes do uso de prepostos para a negociação visto que sua função será trazer os próprios litigantes à mesa para discutir o problema, estabelecendo relacionamento direto com eles e esclarecendo sobre a importância dessa conexão sem intermediários.

Ademais, será sua responsabilidade auxiliar a descoberta dos interesses comuns entre as partes e contabilizar os custos decorrentes da assinatura ou não do acordo, atitudes que auxiliarão a derrubada da terceira barreira.

E, por fim, segundo alguns, poderá o mediador elaborar as propostas em nome da parte proponente, com o que a quarta barreira ficará sensivelmente mitigada<sup>39</sup>.

## O uso da mediação: filtragem dos conflitos

Uma vez estabelecida a opção pela mediação, algumas questões devem ser objetivamente colocadas.

Em primeiro lugar, para que seja instituída a mediação, mister que exista a concordância de ambas as partes na adoção de tal meio de solução de conflitos, pois, como vimos anteriormente, a opção pela mediação é, e tem que ser, sempre voluntária.

Imprescindível que as partes estejam optando pela mediação de boa-fé, e que conduzam todo o processo nessa perspectiva. Ademais, importante que as partes escolham conjuntamente um mediador (e se empenhem verdadeiramente nesse processo de escolha), que seja de sua irrestrita confiança e esteja apto a compreender aquele conflito, suas dimensões e potencialidades.

Devem as partes, a fim de garantir a aplicação das normas de razoabilidade e do devido processo legal, tomar algumas providências para oficializar o procedimento e preservar seus direitos e garantias.

<sup>39</sup> Isto é viável apenas quando se convencionou a mediação ativa. De se observar que hoje, ao contrário da maioria das escolas de mediação nos Estados Unidos, a escola de Harvard se coloca em posição francamente antagônica a essa modalidade de mediação, por acreditar que com isso estar-se-á desnaturando a essência do sistema de mediação. Pela mesma razão, não se admitem sessões privadas com uma das partes (“caucus”) ou a concretização de uma proposta até então abstrata, sob pena de violação da imparcialidade do mediador. Para maiores esclarecimentos, cf. HARVARD LAW SCHOOL. *Advanced Mediation Workshop. Program of Instruction for Lawyers. Textbook and class materials.* Cambridge, Massachusetts, June, 2004. Sob a perspectiva dos negociadores, veja-se: MNOOKIN, Robert H. *Beyond Winning*, Cambridge: Harvard University Press, 2000; e BRESLIN, J. William & RUBIN, Jeffrey Z. *Negotiation Theory and Practice*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

Inicialmente, devem elaborar um termo de mediação (“*agreement to mediate*”), que deverá conter as informações relevantes no que tange à mediação, como identificação e qualificação das partes, dos seus procuradores e do mediador, o objeto da mediação e a aceitação do encargo de mediador.

Normalmente o mediador se obriga a manter sigilo sobre tudo o que for tratado, (salvo expressa autorização das partes). Deve haver ainda no termo a fixação do local e da forma como serão conduzidas as reuniões entre as partes, prazo para a conclusão dos trabalhos, forma de remuneração do mediador (e a sua divisão entre as partes submetidas à mediação), cláusula determinando o procedimento caso uma das partes desista da mediação (ou caso o próprio mediador chegue à conclusão de que aquele conflito não tem como ser mediado, ao menos naquele momento, hipótese que se denomina “denúncia à mediação”), entre outras.

O ponto chave do processo de mediação é a troca de informações e a barganha entre as partes. Essa troca de informações pode ser desenvolvida tanto em sessões conjuntas (em que estejam presentes ambas as partes, juntamente com o mediador), bem como separadamente, reunindo-se o mediador com cada uma das partes em separado<sup>40</sup>. Esse último tipo de sessão é denominado de “*caucus*” e pode ser requerido tanto pelo mediador como pelas próprias partes.

João Roberto da Silva<sup>41</sup> alerta serem as informações obtidas em *caucus* confidenciais, sendo que, a seu ver, diversas vantagens podem resultar daí.

Permite-se ao mediador descobrir as “motivações ocultas” das partes. É razoavelmente seguro supor que as razões expressas pelas partes em disputa como estando na base da sua atitude não sejam as únicas.

Deste modo, uma das tarefas do mediador será descobrir o que mais está a influenciar as suas posições respectivas, isto é, descobrir as “motivações ocultas”. As razões por que são mantidas ocultas podem facultar ao mediador a necessária informação para impulsionar as partes a ultrapassarem o que quer que seja que esteja a bloquear as negociações diretas.

Durante as reuniões, sejam elas em conjunto ou separadamente, caberá ao mediador a condução dos trabalhos; ele deve estar sempre à frente e no controle do processo, estimulando o debate entre as partes, sem nunca perder o foco e o objetivo de todo o trabalho.

Uma vez obtido o acordo, embora não exista regra que assim exija, normalmente será ele formalizado por escrito. Também os advogados das partes, juntamente com o mediador, devem intervir nesta fase, a fim de garantir a exequibilidade daquilo que foi acordado e a adequação às normas em vigor, evitando surpresas desagradáveis na indesejável, porém possível, hipótese de descumprimento dos termos do acordo.

Vale ressaltar que, na forma da lei brasileira, qualquer acordo extrajudicial, assinado pelas partes, na presença de duas testemunhas, se converte em título executivo extrajudicial na forma do art. 585, inciso II do CPC, o que dispensa a necessidade de ajuizamento de prévio processo cognitivo.

<sup>40</sup> Ver nota de rodapé supra sobre a posição da Escola de Harvard acerca do “*caucus*”, o que denota que nem todos os mediadores são adeptos de tal medida. Entendem os especialistas do P.O.N. da Harvard Law School que tal reduz o grau de confiabilidade das partes no mediador e impede a construção de um processo participativo, no qual todos (partes e mediador) devem se envolver nos problemas de todos. Uma expressão comumente utilizada nos seminários, e que traduz bem essa mentalidade, é: “*anybody’s problem is everybody’s problem!*”.

<sup>41</sup> SILVA, João Roberto da. *Op. cit.*, p. 19.

Também é facultado às partes que submetam o acordado à homologação pelo Juiz, em hipótese de genuína jurisdição voluntária, a fim de que aquele acordo adquira o *status* de título executivo judicial, conforme o art. 475, N, inciso V do CPC, impedindo a oposição de embargos e permitindo, apenas, a apresentação de impugnação, nas hipóteses do art. 475, L.

Examinadas as etapas do processo, já é hora de inserir a mediação no quadro geral de solução de conflitos e identificar as hipóteses nas quais pode se mostrar mais útil à sociedade.

Maria de Nazareth Serpa, que afirma que o objetivo da mediação não é enquadrar a disputa em nenhuma estrutura legal preestabelecida, mas conduzir a disputa à criação de uma estrutura própria mediante a construção de normas relevantes para as partes<sup>42</sup>.

Como já tive a oportunidade de ressaltar<sup>43</sup>, as vias alternativas vêm para somar e não para disputar com a adjudicação.

A mediação não deve ser utilizada para todo e qualquer caso. Cada tipo de conflito tem uma forma adequada de solução, razão pela qual se deve, sempre que possível, tentar a combinação de métodos.

Temos insistido na tese de que a mediação deve ser utilizada, prioritariamente para os relacionamentos interpessoais continuados.

Em outras palavras, havendo um conflito, este pode se dar entre duas empresas (*business to business* – B2B); entre uma pessoa física e uma pessoa jurídica (*business to person* – B2P); ou ainda entre duas pessoas físicas (*person to person* – P2P).

Sendo um conflito entre duas pessoas físicas, é preciso investigar a natureza do relacionamento entre elas. Poder ser uma relação descartável (numa ação indenizatória oriunda de ato ilícito qualquer, como, por exemplo, num acidente de automóvel) ou numa relação continuada (aquela que vai subsistir, quer as partes queiram, quer não queiram, após a solução daquele conflito, como é o caso da convivência entre cônjuges, familiares, afins, vizinhos e associados).

É exatamente aqui que, a meu juízo, reside a grande contribuição da mediação. De nada adianta a sentença de um juiz ou a decisão de um árbitro numa relação continuativa sem que o conflito tenha sido adequadamente trabalhado. Ele continuará a existir, independentemente do teor da decisão e, normalmente, é apenas uma questão de tempo para que volte a se manifestar concretamente<sup>44</sup>.

Por óbvio, dependendo das peculiaridades do caso concreto, a mediação também pode ser indicada para conflitos “B2B” e “B2P”. Cabe às partes e ao mediador avaliar as possibilidades caso a caso.

<sup>42</sup> Idem. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 146.

<sup>43</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e as perspectivas para o processo civil contemporâneo, in SOUZA, Alexander Araujo. GOMES, Décio Alonso (Coordenadores). *Contributos em homenagem ao professor Sergio Demoro Hamilton*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 237/256.

<sup>44</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Uma leitura processual dos direitos humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos, in KLEVENHUSEN, Renata Braga (organizadora). *Temas sobre direitos humanos em homenagem ao professor Vicente Barreto*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 63/80.

Nesse sentido, recebemos com certa preocupação o Projeto de Lei nº 94/2002 (antigo Projeto nº. 4.287/98) que tramitou no Congresso Brasileiro e que hoje se encontra paralisado. Em outras palavras, desejamos, desde logo, alertar para o fato de que a mediação não deve ser utilizada indiscriminadamente, quer prévia, quer incidentalmente, em todos os processos.

Isso de nada adiantará ou contribuirá para o acesso à justiça.

É imprescindível que exista uma forma de triagem e filtragem no início do processo conflituoso. Essa triagem deve ser feita de forma conjunta por todos os operadores do direito, dos advogados aos juízes.

Um confronto de cunho eminentemente emocional é passível de solução mais adequada se for submetido inicialmente à mediação. É necessário decompor os elementos psicológicos e jurídicos e examinar qual deles prepondera naquele caso específico, a fim de que se possa utilizar o “remédio” adequado.

Mais uma vez ressalto, a questão não é de divisão ou repartição de competências entre adjudicação e mecanismos de ADR's, e muito menos de utilização generalizadas de formas de solução alternativas, mas sim de combinação, mediante um racional e efetivo processo de triagem, no qual todos os jurisdicionados têm muito a ganhar.

## **Perspectivas para o processo civil brasileiro**

78 Não obstante ainda não ter se convertido formalmente em lei, é preciso que se diga que a mediação está largamente difundida no Brasil e já é exercida inclusive dentro dos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que se funda na livre manifestação de vontade das partes, e na escolha por um instrumentos mais profundo de solução do conflito<sup>45</sup>.

Nesse sentido, como já mencionado, na mediação não se busca uma decisão que ponha um ponto final na controvérsia, até mesmo porque o mediador não tem poder decisório, o que, desde logo, o difere do árbitro.

O que se procura é a real pacificação do conflito por meio de um mecanismo de diálogo, compreensão e ampliação da cognição das partes sobre os fatos que as levaram àquela disputa.

Neste tópico, vamos procurar apresentar alguns institutos da mediação e comentar dispositivos do referido Projeto de Lei que consideramos sejam, ainda, mercedores de maior reflexão.

Nessa linha de raciocínio, partindo-se da premissa, já assentada, de que na mediação os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que seja detentor de sua confiança, e, ainda, de que este terceiro não tem poder decisório, é possível compreender que cria-se uma relação mais íntima entre as partes e o mediador.

Cabe ao mediador auxiliá-las na obtenção da solução consensual, fazendo com que elas enxerguem os obstáculos ao acordo e possam removê-los de forma consciente, como verdadeira manifestação de sua vontade e de sua intenção de compor o litígio como alternativa ao embate.

<sup>45</sup> Projeto “Movimento pela Conciliação” liderado pelo Conselho Nacional de Justiça e coordenado por Lorenzo Lorenzoni e Germana Moraes, disponível no sítio <http://www.cnj.gov.br>. Acesso em 15 de abril de 2008.

Normalmente, ao fim de um procedimento exitoso de mediação, as partes compreendem que a manutenção do vínculo que as une é mais importante do que um problema circunstancial e, por vezes, temporário. A mediação é o método de solução de controvérsias ideal para as relações duradouras, como é o caso de cônjuges, familiares, vizinhos e colegas de trabalho, entre outros.

Não custa enfatizar que o melhor modelo, a nosso ver, é aquele que admoesta as partes a procurar a solução consensual, com todas as suas forças, antes de ingressar com a demanda judicial. Não parece ser ideal a solução que preconiza apenas um sistema de mediação incidental muito bem aparelhado, eis que já terá havido a movimentação da máquina judiciária, quando, em muitos dos casos, isto poderia ter sido evitado.

Somos de opinião que as partes deveriam ter a obrigação de demonstrar ao juízo que tentaram, de alguma forma, buscar uma solução consensual para o conflito.

Não há necessidade de uma instância prévia formal extrajudicial, como ocorre com as Comissões de Conciliação Prévias<sup>46</sup> na Justiça do Trabalho; basta algum tipo de comunicação, como o envio de uma carta ou e-mail, uma reunião entre advogados, um contato com o “*call center*” de uma empresa feito pelo consumidor; enfim, qualquer providência tomada pelo futuro demandante no sentido de demonstrar ao juiz que o ajuizamento da ação não foi sua primeira alternativa.

Estamos pregando aqui uma ampliação no conceito processual de interesse em agir, dentro do binômio necessidade-utilidade, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário.

Poderíamos até dizer que se trata de uma interpretação neoconstitucional do interesse em agir, que adequa essa condição para o regular exercício do direito de ação às novas concepções do Estado Democrático de Direito<sup>47</sup>.

Mas esta é apenas uma das facetas desta visão. A outra e, talvez, a mais importante, seja a consciência do próprio Poder Judiciário de que o cumprimento de seu papel constitucional não conduz, obrigatoriamente, à intervenção em todo e qualquer conflito.

Tal visão pode levar a uma dificuldade de sintonia com o princípio da indelegabilidade da jurisdição, na esteira de que o juiz não pode se eximir de sua função de julgar, ou seja, se um cidadão bate as portas do Poder Judiciário, seu acesso não pode ser negado ou dificultado, na forma do artigo 5º, inciso XXXV da Carta de 1988.

O que deve ser esclarecido é que o fato de um jurisdicionado solicitar a prestação estatal não significa que o Poder Judiciário deva, sempre e necessariamente, ofertar uma resposta de índole impositiva, limitando-se a aplicar a lei ao caso concreto. Pode ser que o Juiz entenda que aquelas partes precisem ser submetidas a uma instância conciliatória, pacificadora, antes de uma decisão técnica.

<sup>46</sup> A Lei nº 9.958/2000 inseriu as alíneas A a H no artigo 625 da Consolidação das Leis Trabalhistas (C.L.T.) e disciplinou o instituto das “Comissões de Conciliação Prévia”. Em razão dessa sistemática, o Egrégio Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que não pode ser exigida a ida prévia à C.C.P., pois isso seria um injustificável embaraço ao livre acesso ao Poder Judiciário. Maiores informações sobre essa Decisão em nosso blog: <http://humbertodalla.blogspot.com>, *post* do dia 14 de maio de 2009. Referência: ADIN 2139/DF. Íntegra do Acórdão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604545>.

<sup>47</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. DURCO, Karol. *A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional*, disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em 12 de janeiro de 2010.

Não custa lembrar, como nos indica Elidio Resta<sup>48</sup>, que a conciliação tem o poder de “desmanchar” a lide, resultado este que, na maioria dos casos, não é alcançado com a intervenção forçada do Poder Judiciário.

E mais, num momento inicial, quando não está ainda consolidada a prática da mediação, é preciso que tal postura tenha uma finalidade também educativa e pedagógica.

Importante deixar clara essa nova dimensão do Poder Judiciário<sup>49</sup>, aparentemente minimalista, numa interpretação superficial, mas que na verdade revela toda a grandeza desta nobre função do Estado. Nessa perspectiva, efetividade não significa ocupar espaços e agir sempre, mas intervir se e quando necessário, como *ultima ratio* e com o intuito de reequilibrar as relações sociais, envolvendo os cidadãos no processo de tomada de decisão e resolução do conflito.

Isso pode (e deve) ser incentivado pelo próprio Poder Judiciário. Nesse sentido, vale a pena dar uma olhada no “*Alternative Dispute Resolution Act*”<sup>50</sup> de 1988, em vigor nos Estados Unidos.

<sup>48</sup> RESTA, Eligio (trad. Sandra Vial). *O Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2004, p. 119. “a conciliação desmancha a lide, a decompõe nos seus conteúdos conflituosos, avizinhandos os conflitantes que, portanto, perdem a sua identidade construída antagonicamente.”

<sup>49</sup> Veja-se o excerto adiante transcrito da obra de Eligio Resta: “A oferta monopolista de justiça foi então incorporada no interior do sistema da jurisdição, delegado a receber e a regular uma conflitualidade crescente; tecnicamente aquilo que levou a altos graus de ineficiência o sistema da jurisdição foi um crescimento vertiginoso das expectativas e das perguntas a isso referidas. Tecnicamente se chama explosão da litigiosidade, que tem muitas causas, mas que nunca foi analisada de forma mais profunda. É notório como a nossa estrutura jurídico-política foi sempre muito atenta aos remédios (portanto reformas perenes das normas), quase nunca às causas, deixando de lado análises atentas sobre a litigiosidade que cresce, que é constantemente traduzida na linguagem jurídica e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciários. (...) Em face de tal hipertrofia, a direção da política do direito, na qual mover-se, me parece que deva ser no sentido de uma jurisdição mínima, contra uma jurisdição tão onívora quanto ineficaz”. (RESTA, Eligio [trad. Sandra Vial]. *O direito fraterno*. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2004, pp. 99/100).

<sup>50</sup> Seguem os principais excertos do “Act”: “(...) (2) certain forms of alternative dispute resolution, including mediation, early neutral evaluation, minitrials, and voluntary arbitration, may have potential to reduce the large backlog of cases now pending in some Federal courts throughout the United States, thereby allowing the courts to process their remaining cases more efficiently; (...) (b) AUTHORITY- Each United States district court shall authorize, by local rule adopted under section 2071(a), the use of alternative dispute resolution processes in all civil actions, including adversary proceedings in bankruptcy, in accordance with this chapter, except that the use of arbitration may be authorized only as provided in section 654. Each United States district court shall devise and implement its own alternative dispute resolution program, by local rule adopted under section 2071(a), to encourage and promote the use of alternative dispute resolution in its district. (...) SEC. 4. JURISDICTION. Section 652 of title 28, United States Code, is amended to read as follows: Sec. 652. Jurisdiction (a) CONSIDERATION OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN APPROPRIATE CASES- Notwithstanding any provision of law to the contrary and except as provided in subsections (b) and (c), each district court shall, by local rule adopted under section 2071(a), require that litigants in all civil cases consider the use of an alternative dispute resolution process at an appropriate stage in the litigation. Each district court shall provide litigants in all civil cases with at least one alternative dispute resolution process, including, but not limited to, mediation, early neutral evaluation, minitrial, and arbitration as authorized in sections 654 through 658. Any district court that elects to require the use of alternative dispute resolution in certain cases may do so only with respect to mediation, early neutral evaluation, and, if the parties consent, arbitration. (...)”. Fonte: <http://www.pubklaw.com/hi/105-315.html>, acesso em 30 de setembro de 2007.



A mediação incidental ou judicial já pode ser feita hoje em nosso ordenamento. Contudo, nas duas hipóteses, como já frisamos, terá havido a movimentação da máquina judicial (apresentação da petição inicial, recolhimento de custas, despacho liminar positivo, citação do réu, prazo para contestação, diligências cartorárias, resposta do réu e designação de audiência prévia, sem contar com os inúmeros incidentes processuais que podem tornar mais complexa a relação processual).

O elemento principal, portanto, para a compreensão da mediação é a formação de uma cultura de pacificação<sup>51</sup>, em oposição à cultura hoje existente em torno da necessidade de uma decisão judicial para que a lide possa ser resolvida.

Nesse sentido, o artigo 2º, na redação atual do projeto<sup>52</sup>, dispõe de forma inequívoca que a modalidade a ser adotada pelo Brasil será a passiva, dando a entender que a chamada mediação ativa (conciliação) não se coaduna com o espírito do legislador.

Nesse ponto, mister algumas considerações.

A distinção entre mediação e conciliação é tarefa um tanto árdua.

Alguns autores recomendam tratar os dois termos como sinônimos. Entretanto, na Itália<sup>53</sup> os autores estão traduzindo a palavra inglesa *mediation* para *conciliazione*, reservando o termo *mediazione* para a gestão dos conflitos em matéria familiar, social, escolástica e penal.

Isso tem o objetivo de distinguir claramente a atividade praticada pelo Estado em face da existência ou iminência de um processo (*conciliazione*), da atividade meramente espontânea de pacificação social, praticada em face da existência de conflitos latentes ou iminentes, mas sem que ainda se tenha cogitado do processo judicial (*mediazione*).

Porém, considerando que o sistema norte-americano é eminentemente paraprocessual e parajudicial, a proposta brasileira a ele em muito se assemelha. Mantendo a nomenclatura norte-americana, está sendo proposta no Brasil a mediação paraprocessual. Podemos, então, estabelecer três critérios fundamentais:

Quanto à finalidade, a mediação visa resolver, da forma mais abrangente possível, o conflito entre os envolvidos. Já a conciliação contenta-se em resolver o litígio conforme as posições apresentadas pelos envolvidos.

Quanto ao método, o conciliador assume posição mais participativa, podendo sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente a este respeito, ao passo que o mediador deve abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição, cabendo a ele apenas assistir as partes e facilitar a sua comunicação, para favorecer a obtenção de um acordo de recíproca satisfação.

<sup>51</sup> WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação, in: *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover* (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.

<sup>52</sup> “Art. 2º Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual”.

<sup>53</sup> Conferir, por todos, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [organizador]. *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Por fim, quanto aos vínculos, a conciliação é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizada por juiz togado, por juiz leigo ou por alguém que exerça a função específica de conciliador. Por outro lado, a mediação é atividade privada, livre de qualquer vínculo, não fazendo parte da estrutura de qualquer dos poderes públicos. Mesmo a mediação paraprocessual mantém a característica privada, estabelecendo apenas que o mediador tem que se registrar no tribunal para o fim de ser indicado para atuar nos conflitos levados à Justiça.

Ademais, como referido, a mediação não deve ser utilizada na generalidade dos casos. Tal conduta equivocada levaria a uma falsa esperança em mais uma forma de solução de conflitos que não tem o condão de se desincumbir, satisfatoriamente, de certos tipos de litígios. O mediador não tem “bola de cristal” e nem “varinha mágica”.

Daí a importância, frise-se, de ser instituído um mecanismo prévio e obrigatório para a tentativa da solução negociada dos conflitos, ainda que não necessariamente a mediação.

O autor, ao ajuizar a petição inicial, deveria alegar (e provar) ao magistrado que tentou, de alguma forma, solucionar pacificamente aquele conflito e que só está levando aquela causa ao Poder Judiciário porque não obteve sucesso em suas tentativas.

O juiz, se se convencer das alegações do autor, profere o despacho liminar positivo e determina a citação do réu; se entender, ao contrário, que há espaço e viabilidade para uma solução pacífica, designa uma sessão de mediação (incidental), se estiver convencido de que este mecanismo poderá, concretamente, ofertar alguma contribuição ao litígio que tem em suas mãos.

A mediação deve ser conduzida por profissionais habilitados, treinados e experimentados.

Toda faculdade de Direito deveria ter, ao menos, uma dessas matérias em sua grade de disciplinas obrigatórias.

Ademais, os escritórios-modelo deveriam incluir um período de “clínica de mediação”, tendo o suporte de uma equipe interdisciplinar, formada por psicólogos, assistentes sociais e terapeutas, de forma a permitir uma formação mais adequada ao acadêmico<sup>54</sup>.

Apenas com a mudança na academia será possível observar a mudança na mentalidade dos operadores.

Aliado a isso, é preciso uma grande e prolongada campanha de esclarecimento à população a fim de que, de um lado, não se criem falsas expectativas, e, de outro, não se permita uma desconfiança quanto ao novo instituto, fruto de uma tradição arraigada nos países latino-americanos e ligada à falsa premissa de que apenas o juiz pode resolver o problema.

O sistema de mediação (prévia e incidental), tal como apresentado no Projeto de Lei nº 94, deve ser repensado, sob pena de submeter o processo a mais uma desnecessária delonga. É preciso uma racionalização na prestação jurisdicional.

Se, desde o início, fica claro que o cerne da controvérsia não é jurídico, ou seja, não está relacionado à aplicação de uma regra jurídica, de nada adianta iniciar a relação

<sup>54</sup> Nesse sentido, veja-se excelente iniciativa do Ministério da Justiça intitulada “Projeto Pacificar”. Maiores detalhes no sítio da Secretaria de Reforma do Poder Judiciário no seguinte endereço: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ4F9B9115ITEMIDB273D42CA83B4131AE3FEE93D8C2D174PTBRIE.htm>.

processual, para então sobrestá-la em busca de uma solução consensual. Isto leva ao desnecessário movimento da máquina judicial, custa dinheiro aos cofres públicos, sobrecarrega juízes, promotores e defensores e, não traz qualquer consequência benéfica.

É preciso amadurecer, diante da realidade brasileira, formas eficazes de fazer essa fritagem de modo a obter uma solução que se mostre equilibrada entre os princípios do acesso à justiça e da duração razoável do processo.

Ainda nessa linha de raciocínio, parece ser um verdadeiro despautério cogitar da existência, num mesmo processo, de uma sessão de mediação, uma audiência preliminar e ainda uma AIJ na qual, novamente, tenta-se a conciliação.

Pensamos que, em regra, a conciliação deve ser pré-processual, facultando-se às partes a possibilidade de provocar o Poder Judiciário para obter a homologação do acordo (e com isso mais segurança jurídica para aquela relação); iniciado o fluxo processual, a opção da conciliação fica sempre aberta, mas não cabe mais ao juiz buscá-la, provocá-la ou mesmo interromper a marcha dos atos processuais no afã obsessivo de alcançá-la. Tal iniciativa deve competir às partes e não ao magistrado.

A questão de ser o mediador um advogado ou não, tem suscitado grandes discussões. Infelizmente, o que move os debatedores não é uma preocupação desinteressada pelo tema. Há um forte “*lobby*” de setores da advocacia, em oposição ao movimento feito por setores e grupos ligados à psicologia.

Realmente, não nos parece adequado que o mediador seja, necessariamente, um advogado. Parece que a melhor configuração é a de um mediador não advogado, que pode ser auxiliado por um comediador advogado.

Participando da sessão de mediação estarão as partes que poderão levar seus advogados ou solicitar a intervenção de um defensor público ou advogado dativo, naquelas localidades nas quais a Defensoria Pública ainda não estiver estabelecida, ou quando o número de defensores disponíveis não for suficiente para atender a todas as demandas.

Diga-se, de passagem, que o árbitro, que tem poder de julgar, não precisa ser advogado. Por que, então, o mediador deveria ser, já que sua função não é julgar, mas sim auxiliar as partes e entender melhor o problema, aparando as arestas e removendo os obstáculos que impedem o acordo? O que é verdadeiramente importante é que o mediador seja alguém que tenha autoridade moral na comunidade e que sua habilidade para pacificar os conflitos seja reconhecida de forma geral, independentemente de sua profissão.

Costumamos dizer que ninguém deve se apresentar como mediador; essa qualidade é atribuída pela sociedade a partir da observação e do reconhecimento das atitudes daquela pessoa. Hoje, os árbitros mais bem sucedidos e requisitados no mercado são pessoas que devotaram suas vidas à construção de uma reputação sólida e confiável.

É a opção do legislador privilegiar a mediação “passiva”, como já examinado, que não é de nossa tradição.

Desde o ano de 1995, com o advento da Lei dos Juizados Especiais, e a consequente “popularização” da justiça de pequenas causas, a população se acostumou com a figura do conciliador nos Juizados Especiais que pratica, na maioria dos casos, a mediação “ativa”, ou seja, interfere no conflito, oferece soluções, sugestões e mesmo valores.

Ao se optar pela mediação passiva, quer se queira ou não, faz-se a escolha por um procedimento mais demorado, profundo e que depende da habilidade do mediador em trazer as partes para um conhecimento mais próximo do problema, fazendo com que enxerguem determinados aspectos, sem, contudo, sugestioná-las ou de alguma forma interferir na sua cognição.

Se não houver um treinamento adequado (que demanda estrutura, tempo e muitas horas de clínica e exercícios) a opção do legislador não passará de uma norma programática e absolutamente divorciada da realidade prática.

A efetivação do cadastro e do registro de mediadores<sup>55</sup> é de suma importância, bem como a postura da OAB que, ao contrário das tradições corporativistas, deve dar o exemplo e punir todo e qualquer profissional que contribua, de alguma forma, para o desvirtuamento do processo de mediação.

Não é necessário referir aqui, posto que notórios, os incontáveis casos de falsidade, desvio e abuso de direitos, poderes e prerrogativas por pessoas que, a pretexto de exercerem a função de árbitros, procuravam travestir-se em falsos juízes de direito.

A redação do artigo 34 do Projeto<sup>56</sup>, ao dispor sobre os casos em que não é cabível a mediação parece equivocada.

A proibição de seu uso no inventário chega a ser absurda, em razão da desjudicialização desse procedimento, promovida pela Lei nº 11.441/07.

Quer nos parecer que a lei deve, apenas, fixar as premissas básicas, sem arrolar casos específicos. Em outras palavras, o critério para a determinação dos casos nos quais pode ser feita a mediação deve ser *ope iudicis* e não *ope legis*. Havendo dúvida, devem as partes procurar o Poder Judiciário e distribuir uma petição, ainda que com a finalidade de obter apenas a homologação judicial.

<sup>55</sup> “Art. 15. Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Tribunal de Justiça, à Defensoria Pública e às instituições especializadas em mediação devidamente cadastradas na forma do Capítulo III, a formação e seleção de mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo. (...) Art. 17. O Tribunal de Justiça local manterá Registro de Mediadores, contendo relação atualizada de todos os mediadores habilitados a atuar prévia ou incidentalmente no âmbito do Estado. (...) Art. 18. Na mediação extrajudicial, a fiscalização das atividades dos mediadores e comediantes competirá sempre ao Tribunal de Justiça do Estado, na forma das normas específicas expedidas para este fim. Art. 19. Na mediação judicial, a fiscalização e controle da atuação do mediador será feita pela Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de suas seccionais; a atuação do comediador será fiscalizada e controlada pelo Tribunal de Justiça. Art. 20. Se a mediação for incidental, a fiscalização também caberá ao juiz da causa, que, verificando a atuação inadequada do mediador ou do comediador, poderá afastá-lo de suas atividades relacionadas ao processo, e, em caso de urgência, tomar depoimentos e colher provas, dando notícia, conforme o caso, à Ordem dos Advogados do Brasil ou ao Tribunal de Justiça, para as medidas cabíveis”.

<sup>56</sup> “Art. 34. A mediação incidental será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos: I – na ação de interdição; II – quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis; III – na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil; IV – no inventário e no arrolamento; V – nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel; VI – na ação de retificação de registro público; VII – quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; VIII – na ação cautelar; IX – quando na mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido sem acordo nos 180 dias anteriores ao ajuizamento da ação. Parágrafo único. A mediação deverá ser realizada no prazo máximo de 90 dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-á continuidade ao processo”.

Já nos encaminhando para o fim deste breve texto, ciente de que as matérias aqui suscitadas abrem caminho para tantos outros questionamentos, gostaríamos de ressaltar que a mediação é um extraordinário instrumento que possibilita a compreensão do conflito a partir da participação efetiva dos envolvidos.

Parece-nos que ao longo da (recente) tradição democrática brasileira, talvez até mesmo como uma expressão da *mea culpa* do Estado, ciente de seu fracasso ao atender as necessidades mais básicas da população, forjou-se a ideia de que o Poder Judiciário deve ter uma posição paternalista em relação ao jurisdicionado.

O cidadão procura o juiz<sup>57</sup>, “despeja” seu problema e fica ao lado, aguardando impacientemente, reclamando e espraguejando se a solução demora ou se não vem do jeito que ele deseja. Estamos em que as partes devem ser envolvidas de forma mais direta na solução dos conflitos e a mediação contribuirá, em muito, para isso.

A implementação dessas ideias permitirá que o procedimento da mediação seja gravado com as mesmas garantias inerentes ao processo judicial num Estado Democrático de Direito, viabilizando e justificando esse meio alternativo dentro da exigência de um processo “justo”, na ótica da moderna doutrina processual italiana<sup>58</sup> e obediente aos postulados clássicos do *due process of law*.

## Referências bibliográficas

CAPPELLETTI, Mauro [s/ indicação de tradutor], Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça, in *Revista de Processo*, vol. 74, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 82/97.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali, in: *Revista de Processo*, vol 99, p. 249/293.

CHASE, Oscar. *Law, Culture and Ritual*, New York University Press, New York, 2005, pp. 94/137.

Directive 2008/52/EC Of The European Parliament And Of The Council, of 21 May 2008, on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. Texto disponível em [http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/EU\\_directives](http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/EU_directives).

FISCHER, Roger and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 Yale Law Journal 1073-90, may 1984.

FULLER, Lon. *The forms and limits of adjudication*, 92 Harvard Law Review, 353, 1978.

FULLER, Lon. *Mediation: its forms and functions*, 44 S. Cal. Law Review, 305, 1971.

GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E.A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah R. *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 4<sup>th</sup> edition, New York: Aspen Publishers, Inc, 2003.

MARTIN, Nuria Beloso. Un paso más hacia la desjudicialización. La directiva europea 2008/52/ce sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 2, vol. 2, janeiro a dezembro de 2008, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

<sup>57</sup> “A sociedade aprendeu a levar os conflitos para os tribunais. Com as leis aprendeu a evitar a violência, a guerra e a cobrança de seus interesses, necessidades e direitos, com as próprias mãos. Mas esqueceu como resolver conflitos em meio a essas mesmas necessidades e interesses delegando poderes que só ela por si pode exercer. Esqueceu como conquistar e administrar a paz”. SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 62.

<sup>58</sup> Ver, por todos, COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Minime del “Giusto Processo” Civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani in *Revista de Processo*, vol. 112, ano 28, out/dez/2003, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 159-176.

MUÑOZ, Helena Soletto. La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

MNOOKIN, Robert H. Beyond Winning, *Cambridge: Harvard University Press*, 2000; e BRESLIN, J. William & RUBIN, Jeffrey Z. Negotiation Theory and Practice, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

Novo Projeto De Lei Sobre A Mediação No Processo Civil, disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>, acessado em 15 de janeiro de 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mecanismos de solução alternativa de conflitos: algumas considerações introdutórias, in *Revista Dialética de Direito Processual*, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos, in *Acesso à justiça: efetividade do processo*, (org. Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 105/124.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, capítulo 23.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [org.]. *Teoria geral da mediação – à luz do projeto de lei e do direito comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. DURCO, Karol. *A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito. O “Juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional*, disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>, acesso em 12 de janeiro de 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e as perspectivas para o processo civil contemporâneo, in SOUZA, Alexander Araujo. GOMES, Décio Alonso (Coordenadores). *Contributos em homenagem ao professor Sergio Demoro Hamilton*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 237/256.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Uma leitura processual dos direitos humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos, in KLEVENHUSEN, Renata Braga (organizadora). *Temas sobre direitos humanos em homenagem ao professor Vicente Barreto*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 63/80.

RESTA, Eligio (trad. Sandra Vial). *O Direito Fraternal*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

# Cidadania e direitos humanos

---

Lívia Gaigher Bósio Campello<sup>1</sup>  
Vladmir Oliveira da Silveira<sup>2</sup>

## Resumo

Este artigo estuda a ampliação da cidadania em decorrência da dinamogênese dos direitos humanos e da compatibilização de valores que ao se adensarem colocam a dignidade da pessoa humana num novo patamar, mais complexo. Esta pesquisa revela a dimensão atual da cidadania no contexto do século XXI e demonstra a influência do fenômeno da globalização nos estados, que passam a atuar de forma cooperativa e compartilhando soberania. Nesse cenário globalizado, aponta as novas formas de exercitar a cidadania cosmopolita e regional e revela a relação de complementariedade que existe entre os sistemas de proteção da cidadania – nacional, regional e universal.

**Palavras-chaves:** Cidadania. Globalização. Direito internacional dos direitos humanos.

## Abstract

This paper studies the extension of citizenship as a result of dynamogenesis human rights and the compatibility of values when they attach put the Human Dignity in a new level, more complex. This research reveals the current dimension of citizenship in the context of the XXI's century and shows the influence of the globalization phenomenon in the states, which now operate cooperating and sharing their sovereignty. In the globalization's scenario suggests new ways of exercising cosmopolitan and regional citizenship and reveals the relationship complementarity that exists between the protection of citizenship systems - national, regional and universal.

**Keywords:** Citizenship. Globalization. Human rights

## Sumário:

Introdução; Dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos humanos; Cidadania em suas várias dimensões; Direitos humanos e cidadania; Globalização e novas demandas da cidadania (nacionalidade, regionalidade e universalidade); Conclusão; Referências.

## Introdução

O movimento liberal deu origem ao Estado de Direito que, embora seja continuamente modificado, permanece nos pilares das construções dogmático-jurídicas pelo mundo. Sendo assim, tradicionalmente debatemos e nos aprofundamos em algumas noções clássicas – como o pertencimento dos indivíduos a um Estado e o direito enquanto comando que visa ao interesse geral no âmbito de uma comunidade nacional.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito das Relações Econômicas e Internacionais pela PUC-SP; Bolsista do CNPq. E-mail: liviagaigher@yahoo.com.br

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela PUC-SP; Professor da PUC-SP e da UNINOVE; Coordenador do Programa de Mestrado da UNINOVE; Presidente do CONPEDI; Advogado. E-mail: vladmir@aus.com.br

No atual momento, todavia, vivenciamos as profundas transformações oriundas do processo de globalização. Para apontar apenas algumas dessas mutações, as necessidades humanas têm se manifestado também em nível global e regional e não mais apenas em sede nacional. Assim, surgiram entidades não estatais com grande peso no cenário mundial e, paralelamente às culturas nacionais, apareceram culturas cosmopolitas.

Com efeito, o Estado-Nação está desafiado em sua exclusividade de tutela ao ter que reconhecer a cidadania no seu aspecto mais abrangente e não apenas como vínculo de fidelidade política, entre o Estado e o indivíduo como era na origem. Vislumbra-se uma nova forma de Estado, que incorpora os valores comuns a todos os sujeitos de uma comunidade global e promove a defesa dos direitos humanos em sintonia com o atual conteúdo da dignidade da pessoa humana.

Nesta linha, o presente artigo visa desvendar as relações existentes entre a cidadania e os direitos humanos, tendo como premissa o conceito de cidadania de Hannah Arendt<sup>33</sup>, qual seja, “o direito a ter direitos”. Assim, tendo como ponto de partida neste estudo a intrínseca conexão entre dignidade e direitos humanos, buscaremos demonstrar que a dignidade vem sendo concretizada na medida em que os direitos humanos são efetivados. Nesse sentido, é preciso investigar sua evolução no pensamento jurídico e filosófico para desmistificar seu conteúdo e apontar como ela se tornou o principal fundamento dos direitos humanos.

Ao incorporar tal fundamento, a dignidade também irradia seus efeitos sobre o conteúdo da cidadania. Com o desenvolvimento dos direitos humanos nos séculos XX e XXI, no plano internacional e paralelamente no plano doméstico, presenciamos uma multiplicidade de direitos vinculados a novos valores que se conjugam com a dignidade da pessoa humana. Simultaneamente, o conteúdo da cidadania teve de ser revisitado para englobar estas novas variáveis. Portanto, é preciso investigar, destarte, que novos valores foram agregados ao conceito de cidadania e qual a atual dimensão da cidadania. Para responder a tais questões convém refletir sobre o moderno conceito da cidadania e sua abrangência, tendo como parâmetro comparativo a cidadania na forma como modelada no contexto do Estado Liberal burguês. Esta reflexão passa pela análise das convergências entre o conceito de cidadania e os direitos humanos, já que ambos conformam-se pela sua historicidade e pelo ingresso de valores no mundo jurídico.

A análise da cidadania em suas dimensões é complementado pela visão cosmopolita da presente cidadania. Nesse passo é preciso analisar a influência do fenômeno da globalização na cidadania, acrescentando o premente paradigma da cooperação internacional e da soberania compartilhada entre Estados, em prol dos interesses dos indivíduos. O indivíduo globalizado encontra-se em um cenário internacional cosmopolita, onde está frequentemente diante de novos desafios, em particular quando se vê mitigada sua cidadania. Disso decorre a terceira e última questão a ser colocada na presente pesquisa e que envolve justamente o modo como a cidadania pode ser exercida, em vista das suas ampliadas dimensões no mundo globalizado.

Tal indagação é crucial diante das várias transformações pelas quais passou o Estado no século XX e seus efeitos no século XXI, particularmente com o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o surgimento da ONU e demais

<sup>33</sup> ARENDT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. Nova York: Harcourt Brace Jovanovitch, 1993, pp. 299-302.



organizações internacionais<sup>4</sup> de âmbito regional e que foram reconhecidas como sujeitos de direito internacional público, a exemplo dos Estados. O foco nas formas de exercício de cidadania no mundo globalizado é fundamental para a compreensão da cidadania e de seu processo de efetivação em todos os aspectos, que de modo complementar – ou pelo princípio da complementariedade – engloba os três sistemas de proteção dos direitos humanos atualmente em vigor: o nacional, o regional e o universal.

Por se tratar de um estudo descritivo e exploratório será realizado com base na pesquisa bibliográfica e histórica, utilizando-se do método indutivo.

## Dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos humanos

A discussão entre filósofos sobre o tema da dignidade é bastante antiga no Ocidente, fruto da tradição e da crença judaico-cristã do homem como imagem de Deus.<sup>5</sup> Com o pensamento cristão desenvolveu-se a noção de dignidade pessoal atribuída a cada indivíduo. Para São Tomás de Aquino<sup>6</sup>, “a dignidade é inerente ao homem, como espécie”.

O desenvolvimento da doutrina jusnaturalista contribuiu efetivamente para o tema da dignidade. O movimento teve como expoente Immanuel Kant<sup>7</sup>, que se sobressaiu por identificar duas categorias dentro da sociedade: preço e dignidade. Para Kant, o preço seria um valor externo, de interesse particular em vista do mercado, enquanto a dignidade seria um valor moral, interno, de interesse geral. Como valor moral, a dignidade não encontra equivalente, não podendo ser substituída à feição de uma mercadoria. Desta observação advém a máxima kantiana de que o homem é fim e não meio para alcançar quaisquer fins. Na consagrada expressão de Kant<sup>8</sup>, “o homem, e em geral todo ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para qualquer uso desta ou daquela vontade”.

<sup>4</sup> As organizações internacionais foram materialmente reconhecidas como sujeitos de direito internacional público a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Todavia, formalmente apenas em 1986 na II Convenção de Viena sobre Tratados.

<sup>5</sup> Fabio Konder Comparato explica que, com o cristianismo, o conceito de pessoa foi elaborado como substância, a propósito da figura de Jesus Cristo, em sua dupla condição de homem e Filho de Deus. COMPARATO, Fabio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 479.

<sup>6</sup> Cf. *Summa Theologiae*.

<sup>7</sup> Vale mencionar a reflexão de Bittar sobre a tese de Kant. Em suas palavras: “De fato, a dignidade tem a ver com esta capacidade de ser autônomo, na medida em que age a razão legisladora e moral. Se há no mundo dos fins absolutos (esfera do incondicional, do não realizável, do inapreciável), em contraposição ao mundo dos fins relativos (esfera do preço, da troca, do útil, do variável), a definição humana decorre da sua condição invariável e inavaliável, na medida que ninguém vale mais que ninguém, ninguém pode ser avaliado mais que ninguém, ao contrário das coisas *in commercio*”. BITTAR, Eduardo C. B. *Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade*. In: *Dignidade da pessoa humana – fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 247.

<sup>8</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. São Paulo: Ediouro, 2000, p. 78.

No mesmo sentido, Fabio Konder Comparato<sup>9</sup> assinala que a dignidade deve ser tratada como um fim em si e não como meio, acrescentando que com ela a pessoa vive em condições de autonomia, podendo guiar-se pelas leis que ela própria edita.

Também vale relemburar, no mesmo viés, a proposta de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>10</sup> para um conceito jurídico de dignidade da pessoa humana:

“[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos”.

Cabe ainda ressaltar a dupla visão de Eduardo Bittar<sup>11</sup> sobre a dignidade. Para este autor, “a dignidade tem a ver com o que se confere ao outro (experiência desde fora), bem como com o que se confere a si mesmo (experiência desde dentro)”. A dignidade que vem de fora, então, é a que se conforma pelos instrumentos ofertados, de um modo geral, para que a pessoa tenha uma vida digna, ao passo que a dignidade que vem de dentro é a “dignidade pessoal”, que nasce com a valorização de si mesmo. Tais noções estão interligadas de modo inegável. Nas palavras de Bittar<sup>12</sup>, “costuma-se dignificar (experiência desde fora) aquele que mais e melhor se dignifica (experiência desde dentro)”. Inobstante, importa sublinhar que todo indivíduo é agente legítimo para buscar sua dignidade em face do Estado ou outro sujeito – dignidade de fora – pelo simples fato de ser pessoa humana.

Com a evolução das normas protetoras de direitos humanos, no entanto, observa-se que a conexão entre dignidade e direitos do homem – ou seja, a visão da dignidade acompanhada de direitos – só aconteceu com o advento dos grandes textos internacionais e as constituições subsequentes à Segunda Guerra Mundial.

O reaparecimento jurídico da dignidade no pós-guerra evidencia uma reação histórica contra os movimentos totalitários que violaram de forma planejada a própria dignidade, na tentativa de realizar o projeto de definir o “ser humano” a partir de seus predicados. Explica Luiz Fernando Barzotto<sup>13</sup>:

<sup>9</sup> COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

<sup>11</sup> BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 301.

<sup>12</sup> *Idem Ibidem*, p. 301.

<sup>13</sup> BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento – uma análise estrutural. In: *Dignidade da pessoa humana – fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 55.

“[...] o nazista definia o humano pelo predicado ‘raça’, e o comunista pelo predicado ‘classe’. O ser humano é um problema a ser concebido em termos científicos. Daí o cientificismo do nazismo, que atribuía à biologia a tarefa de fundar a antropologia, e do comunismo, que atribuía a tarefa à história.”

Sob tal perspectiva, o objetivo era enquadrar o ser humano – visto como um problema – numa definição. Caso não fosse encaixado, seu destino era ser eliminado.

Esta ótica de exclusão do ser humano<sup>14</sup> perdurou durante a dominação nazista e foi um terreno fértil para a ascensão da dignidade enquanto valor fundamental da pessoa. Desse modo, as más experiências da Segunda Guerra Mundial marcaram um novo momento histórico de reorientação das políticas internacionais em prol dos direitos humanos. Assim formou-se a noção de Direito Internacional dos Direitos Humanos, com base no Tribunal de Nuremberg, na criação da ONU e principalmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Podemos considerar como premissa que os direitos humanos visam à satisfação das necessidades humanas individuais, que podem ser socialmente demandadas por grupos mobilizados que expressam necessidades comuns a fim de fazer reconhecer tais direitos<sup>15</sup>. É nesse sentido que, ao transportar a noção do binômio necessidade/direito para o processo de elaboração de normas jurídicas, verificamos que estas normas – quando fixam certo limite à liberdade do homem mediante a imposição de condutas – denotam o acatamento social mediante um intrínseco processo de acomodação natural.

Na mesma direção esclarece Vladimir Silveira<sup>16</sup>:

“[...] os direitos nascem e se modificam obedecendo a um núcleo formado pelo sentimento axiológico da sociedade, ao qual a partir de um dado fato se adere um determinado valor, que, por sua vez, passa a ser normatizado tanto internacional como nacionalmente pelos Estados, com indispensável fundamento na ideia de dignidade da pessoa humana”.

Tendo em vista o desenvolvimento, o direito deve refazer-se permanentemente face à mobilidade social. Trata-se de um processo de adaptação – haja vista os novos valores incorporados ao meio social, mediante os quais o direito deve renovar-se, moldando-se sempre a tais anseios.

<sup>14</sup> Ensina Celso Lafer que na lógica do totalitarismo “tudo é possível” e o ser humano era considerado supérfluo. Não houve consideração alguma por valor intrínseco ao indivíduo. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988, p. 117.

<sup>15</sup> NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24. ed., rev. e atualiz., Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17. Esclarece Paulo Nader que “apesar de possuir um substrato axiológico permanente, que reflete a estabilidade da natureza humana”, o direito é um engenho à mercê da sociedade e deve ter a sua direção de acordo com os rumos sociais”.

<sup>16</sup> SILVEIRA, Vladimir Oliveira. *Direitos humanos e desenvolvimento*. Palestra proferida nas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) no dia 13 de agosto de 2008, dentro da semana jurídica que aconteceu entre os dias 11 e 15 de agosto daquele ano.

Traçando um paralelo com o estudo dos elementos que compõem os direitos humanos, podemos relacionar o exposto com a historicidade de tais direitos, que evidencia a cadeia evolutiva dos direitos a seu tempo. Nesse sentido, em congruência com as explicações de Vladimir Silveira<sup>17</sup>, é importante assinalar que a evolução histórica dos direitos humanos dá-se por intermédio do que denomina *dinamogênese* – ou o processo pelo qual a comunidade social em dado momento reconhece como valioso algo que fundamenta o direito humano. Nas palavras do autor, “este valor concebe uma nova gradação à dignidade da pessoa humana, que supõe uma nova orientação e um novo conteúdo, como consequência da conexão deste com o parâmetro atual”.

A dignidade da pessoa humana será concretizada pelo valor preponderante em dado momento histórico – por exemplo, liberdade, igualdade e solidariedade. Sendo assim, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, importante instrumento de universalização dos direitos humanos e principal dispersor de valores no mundo, a dignidade da pessoa humana assumiu o caráter de pilar de todos os direitos nela consagrados. No preâmbulo coroou-se a dignidade como fundamento de todos os direitos humanos, haja vista seu reconhecimento a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis. Já no Artigo 1º ficou estabelecido que todos os seres humanos, porque dotados de razão e de consciência, nascem livres e iguais em dignidade e em direitos<sup>18</sup>.

Do ponto de vista dos ordenamentos internos, a dignidade humana aparece hoje em diversos textos constitucionais – a Constituição Alemã de Weimar já proclamava, no Artigo 151, que “o ordenamento da vida econômica deve corresponder aos princípios da justiça com o objetivo de garantir a todos uma existência digna”. No Brasil, a dignidade encontra-se no epicentro da ordem jurídica, pois o constituinte de 1988 a elevou à categoria de princípio fundamental da República, pilar estrutural da organização do Estado, conforme previsto no Artigo 1º, inciso III, da CRFB/88. Este princípio irradiase para todas as outras seções da Constituição, a exemplo do Artigo 170, *caput*.

Pode-se inferir, portanto, que a dignidade enquanto critério de integração da ordem constitucional presta-se à fundamentação dos direitos humanos, na medida em que foram incorporados ao sistema constitucional interno, formando o rol de direitos fundamentais vigentes no Brasil. De outro modo, não há dúvida de que a natureza da dignidade como fundamento dos direitos humanos – ou dos direitos fundamentais, do ponto de vista das constituições contemporâneas<sup>19</sup> – faz com que ela irradie seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, interno e/ou internacional, implicando o reconhecimento e a proteção dos direitos em todas as suas dimensões.

<sup>17</sup> SILVEIRA, Vladimir Oliveira; CONTIPELLI, Ernani. Direitos humanos econômicos na perspectiva da solidariedade: desenvolvimento integral. In: *XVI Encontro Nacional CONPEDI*, 2008, Salvador (BA). Anais XVI Encontro Nacional do CONPEDI, 2008.

<sup>18</sup> Este importante documento histórico foi desenvolvido em 1966 pelos pactos internacionais relativos aos direitos civis e políticos, e direitos econômicos, sociais e culturais.

<sup>19</sup> Cumpre destacar a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, que são categorias diferentes embora correlacionadas. Os direitos humanos (reconhecidos internacionalmente) inerentes à pessoa devem ser reconhecidos também pelo direito positivo dos Estados – e uma vez estabelecido tal reconhecimento, tornam-se direitos fundamentais, representando, como assevera Pérez-Luño, “um setor de maior importância nos ordenamentos jurídicos dos países democráticos”. PÉREZ-LUÑO, A. E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 30.

## Cidadania em suas várias dimensões

Uma leitura atenta da história ou da trajetória dos direitos humanos leva a refletir conjuntamente sobre os conceitos de dignidade e de cidadania, na medida em que emergem da necessidade<sup>20</sup> de proteger a pessoa humana em suas diversas dimensões. Já que a dignidade da pessoa humana foi revisitada no capítulo anterior, passamos agora a analisar as várias concepções de cidadania, a fim de identificar os pontos de convergência com os direitos humanos.

O período do Estado Absoluto, no século XVI, evidenciou uma ideia de cidadania que se manifestava na relação entre o soberano e o súdito. A cidadania fazia parte do Estado Absoluto na medida em que o cidadão estava numa esfera jurídica própria e na qual detinha direitos em relação a seu soberano. Importa observar, todavia, que escravos e estrangeiros não eram considerados cidadãos – e tampouco mulheres e crianças, subordinadas ao chefe da família. O cidadão daquela época, no conceito de Jean Bodin<sup>21</sup>, era um súdito livre, pois possuía direitos em face da soberania do outro. Ademais, o critério para a caracterização do cidadão natural era o *ius sanguinis* (nacionalidade) – o cidadão era o filho de cidadão livre.

Thomas Hobbes<sup>22</sup> enriqueceu o conceito de cidadania, individualizando-a e relacionando-a ao momento em que o sujeito, no seu estado de natureza e buscando a paz diante da “guerra perpétua”, voluntariamente se submete ao soberano. Para Hobbes, neste estado de submissão, o indivíduo se reconhece como cidadão, limitando sua vontade e recebendo em troca a proteção do Estado.

A partir do século XVII, com o combate ao Estado Absoluto pelo movimento iluminista, passou-se a defender a liberdade do indivíduo frente ao soberano. Neste embate, a cidadania estava voltada para a formação da comunidade política e a participação da sociedade em tal comunidade. Na verdade, a transformação na concepção de cidadania ocorreu com a mudança na natureza do contrato que dava origem ao Estado. Em Hobbes, o contrato social se embasava na livre submissão dos súditos ao soberano, ao passo que em Rousseau<sup>23</sup>, com razões iluministas, havia um consenso entre indivíduos livres e iguais, que se conformava na forma de Estado.

Com a força das revoluções burguesas – a Inglesa, no final do século XVII; a Americana e a Francesa, já no século XVIII –, presenciamos uma profunda modificação na concepção de cidadania, haja vista o próprio contexto histórico da transição do capitalismo comercial para o industrial e que ensejou a dominação econômica da classe burguesa. Importa enfatizar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1798, atribuiu uma conotação jurídico-política à “cidadania liberal” ao afirmar que os indivíduos nascem livres e iguais em direitos e assim permanecem no que tange à liberdade, à propriedade, à segurança e à resistência à opressão. Sobre a Revolução Francesa e o conceito de cidadania no século XVIII, Dalmo de Abreu Dallari<sup>24</sup> ensina que:

<sup>20</sup> Estas demandas aparecem sempre diante de situações de incerteza, como as colocadas pelo progresso e as crises, por exemplo.

<sup>21</sup> BODIN, Jean. *Les six livres de la république*. Paris: Librairie Générale Française, 1993, p. 139.

<sup>22</sup> HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 32-34.

<sup>23</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1992, p. 35.

<sup>24</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004, p. 19.

“Esse movimento foi muito importante porque influiu para que grande parte do mundo adotasse o novo modelo de sociedade, criado em consequência da Revolução. Foi nesse momento e nesse ambiente que nasceu a moderna concepção de cidadania, que surgiu para afirmar a eliminação de privilégios, mas que, pouco depois, foi utilizada exatamente para garantir a superioridade de novos privilegiados.”

A cidadania no Estado Liberal de fato entrou em crise, pois embora tenha servido para o reconhecimento de direitos, era permanentemente negada, do ponto de vista político e devido ao voto censitário, aos pobres, mulheres e analfabetos – sem falar no convívio com o regime de escravidão por grande período. No século XIX, a cidadania era conferida pelo Estado a seus membros na forma de *status*, determinando benefícios/direitos políticos, como por exemplo, votar e ser votado. Em outras palavras, a nacionalidade (vínculo entre o Estado e o indivíduo) era requisito para o gozo da cidadania.

Naquela época não se levava em conta os valores sociais. Tratava-se de um modelo individualista profundamente criticado por Marx<sup>25</sup> devido à disparidade na distribuição de bens e que precisava ser superado, concebendo-se direitos não ao indivíduo isolado, mas enquanto concidadão. Na visão marxista, todos os indivíduos são cidadãos e vice-versa – e todos deveriam, portanto, ser vistos como iguais e pertencentes à mesma comunidade política.

94

No século XX, surgiu um novo conceito de cidadania. Preocupado com a evolução da cidadania na Inglaterra, Tomas Humphrey Marshall<sup>26</sup> enunciou seus elementos articuladores, que seriam os direitos civis (século XVIII), políticos (século XIX) e sociais (século XX), conquistados nesta ordem. A interpretação de Marshall se aproximava – e muito – da ideia de progressiva ampliação dos direitos mediante as necessidades. Com efeito, após a Primeira Guerra, quando nos referimos aos direitos dos seres humanos, não falamos apenas dos direitos individuais, sejam eles civis ou políticos, mas incluímos os direitos sociais, econômicos e culturais. Superava-se definitivamente o conceito liberal de cidadania para entendê-la como conjunto de direitos civis, políticos e sociais. Em outros termos, vislumbrava-se a cidadania não apenas no âmbito da individualidade, mas ampliada pelas necessidades da pessoa no desenvolvimento pleno da sua personalidade dentro da coletividade.

No momento atual agregam-se novas variáveis ao processo da cidadania, tornando-se indispensável retomar a reflexão sobre o seu fundamento, titularidade, tutela e conteúdo. Temos como ponto de partida a superação da concepção liberal de cidadania e os novos desafios do século XX, sejam sociais (pobreza, exclusão e imigração), econômicos (globalização) ou culturais (pluralismo e diversidade). Por outro lado, consagraram-se valores que, encadeados, conformam um conjunto indivisível de direitos humanos que abarcam os direitos civis e políticos, cujos titulares são os indivíduos os direitos sociais, econômicos e culturais, cuja titularidade é da coletividade

<sup>25</sup> MARX, Karl. *A questão judaica*. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

<sup>26</sup> MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

e, atualmente, os direitos de solidariedade, cuja titularidade é da humanidade numa perspectiva difusa e universal.<sup>27</sup> Desse modo, a dimensão atual da cidadania deve ser vista de maneira horizontal<sup>28</sup>, com o envolvimento de concidadãos em pé de igualdade no acesso a todos estes direitos e no cumprimento dos seus deveres, implicando uma relação de intersubjetividade e solidariedade.

## Direitos humanos e cidadania

Nem sempre os conceitos de direitos humanos e cidadania caminharam juntos. Somente no final da Idade Média, com a superação do absolutismo e advento do Estado de Direito, a partir de lutas estabelecidas para esse fim, o conceito de cidadania está atrelado ao desenvolvimento dos direitos humanos.

A partir do Estado moderno a cidadania adquiriu viés político, identificada num contexto de participação do indivíduo na formação da vontade da sociedade e do seu governo; os direitos humanos, por sua vez, como visto no capítulo anterior, tiveram sua origem e fundamento no pensamento jusnaturalista, com ênfase na dignidade humana, a qual ensejou um rol de direitos imanentes ao ser humano e que devem ser preservados contra violações de toda ordem pelo simples fato de o indivíduo existir como pessoa humana. Tais conceitos apareceram com conotações próprias, cabendo enfatizar que originalmente os direitos humanos inerentes ao ser humano independeriam da vontade política da sociedade.

A partir de uma série de mudanças históricas e culturais, estes conceitos, a princípio independentes, passaram a ser analisados em conjunto, convergindo para um único tronco de ideias pautadas pela premissa de que as pessoas deveriam possuir direitos essenciais para uma existência digna, e também de que seria importante ampliar cada vez mais tais direitos. Foi assim, com base na dignidade humana, que se aproximaram o discurso do direito internacional dos direitos humanos e o da cidadania.

Importante marco histórico se deu com a Revolução Francesa, em que houve visível expansão na concepção de cidadania, para abranger os direitos fundamentais do homem. A proclamação em 1789, na Assembleia Nacional Francesa, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com pretensões universalizantes, definiu a cidadania moderna, proclamando que todo homem possui direitos inerentes a sua natureza, que são exercidos no contexto da cidadania.

Sobre este documento e sua pretensão de universalidade, Ricardo Lobo Torres<sup>29</sup> ensina que “o homem era visto no sentido universal, mas abstrato, eis que inexistia a titulação jurídica dos direitos no plano internacional, que dependia de um contrato universal”. Presenciamos ao longo dos séculos seguintes, porém, um processo histórico de ampliação dos direitos humanos, que se positivaram em diversos documentos da esfera internacional, ganhando espaço regional e mundial, além da dimensão nacional.

<sup>27</sup> Nesse sentido, ver: PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006, p. 232.

<sup>28</sup> Não mais vertical, como era na relação entre súditos e Estado soberano.

<sup>29</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 246.

Vale lembrar que os direitos de primeira dimensão cuidam da preservação das liberdades públicas, tutelando o direito à vida, à liberdade e à propriedade, entre outros, para limitar o poder do Estado.<sup>30</sup> Os direitos da liberdade deram o conteúdo inicial à cidadania no contexto do liberalismo. Jairo Schäfer<sup>31</sup> explica que “as primeiras concepções formais de direitos tivessem por objetivo a proteção do cidadão frente ao Estado Absolutista (Leviatã, na concepção clássica de Hobbes), pois a liberdade é pressuposto para o exercício de outras faculdades constitucionais”.

A “liberdade política”, cumpre destacar, pode ser exercida para escolha dos destinos do país por meio de representações ou diretamente. O conceito de cidadania, naquele momento, estava atrelado ao direito de ir e vir e à manifestação política, em nítido confronto com o predomínio da vontade dos senhores feudais, da nobreza e do clero. Podemos afirmar que a decadência do Antigo Regime<sup>32</sup> e a ascensão posterior do Estado Liberal foram fatos históricos que marcaram o surgimento do conceito moderno de cidadania.

Diante da concepção econômica e social, o papel do Estado é o de realizar direitos, que dele requerem prestações positivas com vistas à igualdade – isto é, medidas intervencionistas em favor das pessoas que encontram obstáculos ao desenvolvimento da sua personalidade.<sup>33</sup> O Estado passou a ter obrigação, assim, de realizar direitos e de garantir, por exemplo, o trabalho, a remuneração justa, a educação e a saúde, em prol de condições mínimas de vida do cidadão. O “mínimo existencial” passou a integrar o conceito de cidadania, havendo, portanto, direito a condições mínimas de vida e de dignidade e que não escapa da necessidade de intervenção do Estado para sua realização.

A luta por liberdade individual foi parâmetro para o surgimento dos direitos de primeira dimensão e a necessidade de igualdade na distribuição entre os homens foi a base para os direitos de segunda dimensão. Neste momento histórico não podemos esquecer que, além desses, emergiram os direitos de solidariedade – direitos de terceira dimensão –, fruto da interrelação entre pessoas ou grupos com necessidades comuns, como um meio ambiente equilibrado, a paz entre povos e o desenvolvimento dos Estados, entre outros. A ideia de solidariedade tem especial relevância na prestação dos deveres fundamentais, já que cidadania implica uma situação subjetiva englobando os direitos e deveres dos homens.

<sup>30</sup> Nesta esteira, ensina Celso Bastos que “a definição de direitos e garantias individuais constitui-se na delimitação do Poder Estatal, na inibição de sua atividade, na criação de uma zona de incompetência dos poderes públicos para nela atuarem. Esta região traduz-se numa área de proteção jurídica ao indivíduo, dentro da qual o Estado não pode ingressar, sob pena de inconstitucionalidade”. BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 223.

<sup>31</sup> SCHAFFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais – do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 19.

<sup>32</sup> A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que trouxe uma concepção de cidadania que ainda é utilizada nos dias de hoje, destaca os direitos do cidadão como os direitos políticos e civis.

<sup>33</sup> A perspectiva histórica dos direitos humanos de segunda dimensão é apresentada da seguinte maneira pelos professores Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes: “Se os direitos fundamentais de primeira geração tinham como preocupação a liberdade contra o arbítrio estatal, os de segunda geração partem de um patamar mais evoluído: o homem, liberto do jugo do poder público, reclama agora uma nova forma de proteção de sua dignidade, como seja, a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade”. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 115-116.



Boaventura de Souza Santos<sup>34</sup> defende a combinação de formas individuais com formas coletivas de cidadania, apontando a ampliação do conceito de cidadania tanto quanto da ideia de reciprocidade e equivalência entre direitos e deveres. A ideia de solidariedade é expressa, em tal viés, enquanto tendência que nos convoca coletivamente a defender o que é de fato comum a todos nós, a exemplo do meio ambiente e do desenvolvimento.

Haja vista o liame entre cidadania e direitos humanos, sustentamos que o conceito de cidadania compreende os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e difusos, que incorporam, expressam e se vinculam aos valores de liberdade, justiça, igualdade e solidariedade. Este posicionamento está em consonância com o pensamento de Hannah Arendt<sup>35</sup>, que vê a cidadania enquanto consciência do indivíduo sobre o direito de ter direitos.

“A cidadania é um direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos humanos não é um dado. É um construído na convivência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos.”

Em complemento, pode-se inferir que a cidadania passou a constituir-se em todos aqueles direitos conferidos ao cidadão não apenas pelo fato de a dignidade exigir a efetivação desses direitos, mas também pelo fato de que é ela própria condição para o exercício da cidadania.

Paulo Ferreira da Cunha<sup>36</sup> destaca que a cidadania possui novos desafios e que estes já não podem ser superados com o “direito de olhos fechados”. É preciso uma abordagem a mais abrangente possível, capaz de compreender um “direito de olhos bem abertos às realidades e aos problemas sociais”. Por isso, continuamos enfatizando que, em suas respectivas dimensões, os direitos humanos conformam um pacote de direitos essenciais dentro da sociedade – isto é, criam oportunidades claras para o desenvolvimento da cidadania, além de contribuir para sua efetividade.

## **Globalização e novas demandas da cidadania (nacionalidade, regionalidade e universalidade)**

A globalização vincula cada vez mais os povos numa relação de interdependência. A dominação (imperialismo) imposta em termos político-ideológicos diante da contenda Oeste-Leste desmoronou com o Muro de Berlim. Passou-se, entretanto, à dominação econômica, que não necessita de tanques nas ruas, ostensivamente, mas possui grande eficiência. Assim, ganha relevância a análise das relações Norte-Sul – ou

<sup>34</sup> SOUZA SANTOS, Boaventura. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 276.

<sup>35</sup> ARENDT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. Nova York: Harcourt Brace Jovanovitch, 1993. pp. 299-302. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, pp. 146-166.

<sup>36</sup> CUNHA, Paulo Ferreira. *Constituição viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 61.

países ricos/países pobres –, haja vista o valor democracia, tão caro, ser colocado em xeque diante da mudança do centro de poder decisório dos Estados. Pode-se afirmar que, se a globalização de fato aproximou os Estados e os povos, não previu como realizar este processo sem agravar as relações de dominação.

Com efeito, alerta Paulo Bonavides<sup>37</sup> para um tipo de globalização que destrói a soberania do Estado, negando-lhe a qualidade essencial de poder supremo e menosprezando os elementos éticos, fáticos e axiológicos que fundamentam interesses nacionais da ordem jurídica. Nessa modalidade, estão em risco os fundamentos do sistema, as estruturas democráticas do poder e as bases constitucionais da organização do Estado.

É bem verdade que as rivalidades dos tempos de imperialismo – que aconteciam entre países hegemônicos e acarretaram as duas maiores guerras da história da humanidade – foram desaparecendo, ocasionando uma relação de interdependência entre as potências, ao nível de cooperação e integração regional. Sobre os efeitos de uma “globalização política”, porém, no conceito de Estado-Nação, Boaventura de Souza Santos<sup>38</sup> cita algumas tendências já enunciadas por Bob Jessop, especialmente quanto à transformação do poder do Estado. Descreve o autor:

“Em primeiro lugar, a desnacionalização do Estado, um certo esvaziamento do aparelho do Estado nacional que decorre do fato de as velhas e novas capacidades do Estado estarem a ser organizadas, tanto territorial como funcionalmente, aos níveis subnacional e supranacional. Em segundo lugar, a de-estatização dos regimes políticos refletida na transição do conceito de governo (*government*) para o governação (*governance*), ou seja, de um modelo de regulação social e econômica assente no papel central do Estado para um outro assente em parcerias e outras formas de associação entre organizações governamentais, para governamentais e não governamentais, nas quais o aparelho do Estado tem apenas tarefas de coordenação enquanto *primus inter partes*. E, finalmente, uma tendência para internacionalização do Estado nacional expressa no aumento do impacto estratégico do contexto internacional na atuação do Estado, o que pode envolver a expansão do campo de ação do Estado nacional sempre que for necessário adequar as condições internas às exigências extraterritoriais ou transnacionais.” (Jessop, 1995:2)

<sup>37</sup> Texto extraído da Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros. Ano XXXIV – n. 92 – abr/mai/jun 2000. Afirma Bonavides: “Os neoliberais da globalização só conjugam em seu idioma do poder cinco verbos. Com eles tentam levar a cabo, o mais cedo possível, a extinção das soberanias nacionais, tanto internas quanto externas. Os verbos conjugados são desnacionalizar, desestatizar, desconstitucionalizar, desregionalizar e desarmar. Por obra simultânea dessa ação contumaz, impertinente e desagregadora, se sujeita o país à pior crise de sua história. De tal sorte que breve na consciência do povo, nas tribunas, nos foros, na memória da cidadania, a lembrança das liberdades perdidas ou sacrificadas se apagará, já não havendo então lugar para tratar, por elementos constitutivos da identidade, a Nação, o Estado, a Constituição, a região e as Forças Armadas”.

<sup>38</sup> SOUZA SANTOS, Boaventura de. (org.) *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed., São Paulo: Cortez, 2005, p. 37-38.

Com relação ao poder do Estado-Nação, Liszt Vieira<sup>39</sup> assevera que “os Estados nacionais se enfraquecem à medida que não podem mais controlar dinâmicas que extrapolam seus limites territoriais” e que “a interdependência mundial de diversos processos acaba reduzindo de fato seu poder de decisão, mesmo que de direito continuem senhores do seu espaço de jurisdição”. Com efeito, as decisões no âmbito do Estado existem de forma autônoma, mas não podem ser desvinculadas do ambiente de contingências externas, ou seja, não podem ser descontextualizadas do cenário internacional.

Num âmbito de globalização em que as fronteiras se diluem devido ao grande e rápido acesso à informação, torna-se imprescindível que os Estados soberanos venham, na mesma velocidade, a adequar-se à nova sociedade global que cada vez mais se consolida. Os direitos emersos do contexto aterrador da Segunda Guerra e da esperança representada pela fundação da ONU inauguram uma perspectiva de cooperação internacional em que o Estado-Nação é superado por uma nova concepção de Estado, que Peter Häberle<sup>40</sup> denomina “Estado Constitucional Cooperativo”. Nele, a consolidação deste novo paradigma estatal gera expectativas para o incremento da cidadania nos planos doméstico e internacional, mormente no que se refere a seus efeitos jurídicos. Ainda no mesmo passo, a “solidariedade estatal de cooperação” ou “cooperação para além das fronteiras”, em que a assistência mútua entre Estados é encarada como corresponsabilidade, é um dos fundamentos do “Estado Constitucional Cooperativo”, ao lado das normas universais de direitos humanos.

Diante desta nova realidade, já se observa maior cooperação internacional e, como consequência, exige-se reformular o conceito de soberania, uma vez que os Estados não são autossuficientes – ou seja, não mais operam individualmente nas relações internacionais, mas interdependentemente. Bittar<sup>41</sup> refere o “desaparecimento de uma concepção estanque de soberania” como uma das transformações do pós-modernismo e que abarca a transição de um Estado nacional para o Estado pós-nacional. Em suas palavras, quanto ao fim da antiga concepção de soberania:

“[...] como modelo de atuação com absoluta capacidade de autodeterminação do Estado (de criar regras, executar regras e julgar conforme regras, independentemente da intervenção de forças externas), seja pela incapacidade dos Estados de se isolarem das políticas econômicas internacionais (FMI, BIRD...), seja pela profunda e permanente interferência da globalização no cenário político interno dos Estados, seja pela quebra da concepção de soberania-isolamento-competição-proteção-nacionalismo em direção a uma concepção integração-cooperação-intercâmbio, seja pelo número suficiente de mecanismos internacionais, inclusive e sobretudo de direitos humanos, que instrumentalizam a atuação de forças internacionais para debelar atentados contra direitos humanos ainda que ocorram dentro de um Estado nacional (Ruanda, Kosovo, Afeganistão, Iraque...)”

<sup>39</sup> VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 105.

<sup>40</sup> HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Trad. Marcos Maliska e Lisete Antoniuk. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>41</sup> BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 348.

Atualmente a comunidade internacional tenta buscar soluções que conciliem o antigo conceito de soberania com as necessidades de cooperação e integração entre os Estados, haja vista que os Estados, por mais fortes e poderosos que sejam, não podem resolver sozinhos problemas como terrorismo, meio ambiente, fluxo de capitais e crimes contra a humanidade, entre outros.

Na soberania compartilhada, os Estados não renunciam à sua soberania, mas passam a exercê-la de forma compartilhada com outros Estados e naquelas matérias expressamente previstas nos tratados ou naquelas que decorrem do *jus cogens* internacional. Esta limitação aparente do Estado, característica da soberania compartilhada, garante a solidariedade e democracia, além de um piso mínimo de direitos decorrente do chamado princípio da complementaridade – que deverá ser sempre exercido em prol do ser humano. Pode-se dizer, então, que não há perda da soberania, pois, na medida em que compartilham soberania, os Estados passam a ter jurisdição também fora de seus territórios, em temas universais partilhados com os demais Estados. Em outras palavras, compartilhar implica perdas e ganhos dentro de uma nova perspectiva.

100 Importa destacar ainda que a soberania não é algo que se tem em maior ou menor grau – se é Estado, é soberano. A soberania é uma condição do Estado e não uma qualidade que existe em maior ou menor nível. Deste modo, o que se propõe no Estado Constitucional Cooperativo é apenas sua abertura para um diálogo ético e jurídico com a comunidade internacional e o consequente compartilhamento da soberania, ao invés de uma relação político-ideológica ou econômico-técnica de dominação.

Tal conceito defende que, em seu atual estágio de desenvolvimento, o Estado Constitucional não se justifica por si só, encontrando-se condicionado por circunstâncias externas – ou seja, de fora para dentro. Não por acaso nossa Carta Magna contempla temas como o dualismo constitucional (Artigo 4º) e a abertura aos direitos humanos (Artigo 5º, parágrafo 2º), à imagem e semelhança do que ocorre nas constituições de inúmeros países e principalmente em documentos comunitários.

Nesse passo, não é mais possível pensar em cidadania sem contextualizá-la no mundo globalizado e no paradigma do Estado Constitucional Cooperativo. O cidadão deve ser considerado no âmbito de um cenário internacional cosmopolita, cujo valor universalmente válido é a dignidade da pessoa humana.

A atual cidadania encontra-se ligada a um projeto humanista de concepção universalista e cosmopolita, em que se consagra o verdadeiro *status mundialis hominis*.<sup>42</sup> Nesse sentido, supera-se a visão tradicionalista e reducionista que faz coincidir a cidadania com a relação de pertencimento a um Estado. Por outro lado, a partir do reconhecimento dos fenômenos de “supraestatalidade”, a cidadania deixa de ser considerada sob o aspecto unilateral – enquanto vínculo único do indivíduo com seu Estado – passando-se a admiti-la na forma múltipla, enquanto pluralidade de cidadanias ou cidadania multilateral.

<sup>42</sup> Nesse sentido, ver: HÄBERLE, Peter. Derecho constitucional común europeo. Trad. E. Mikunda. In: *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 187-224; PÉREZ LUÑO, A. E. *La universidad de los derechos y el estado constitucional*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2002.

Presenciamos esforços intergovernamentais para responder aos desafios impostos pela globalização. Nesse sentido, apareceram como mais visíveis os mercados integrados regionais, tais como a União Europeia e o Mercosul. No exemplo da União Europeia observa-se a superação da mera etapa de construção de um mercado comum para abranger legislações e instituições supranacionais. Isso refletiu-se no conceito da cidadania, pois temos agora “cidadãos europeus”, em conformidade com Maastrich.<sup>43</sup> Lindgren Alves<sup>44</sup> explica que esta nova cidadania dá-se no caminho inverso ao de Marshall, “dos direitos econômicos passando aos sociais e destes aos civis, para chegar, talvez, no futuro, à cidadania política europeia, sem esmagar as nacionalidades”.

Vale lembrar Norberto Bobbio<sup>45</sup>, para quem a tarefa mais importante de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é a de fundamentá-los, mas a de protegê-los. A tentativa incessante de fundamentação dificultou em muito tal proteção, haja vista as diversas concepções teóricas, oriundas de diversas matrizes religiosas, políticas e ideológicas. Superada esta questão, caminhamos para um consenso que universaliza tais direitos, quando ampliamos de forma complementar e integrativa os sistemas de proteção: (1) doméstico-estatal; (2) internacional-regional; e (3) internacional-universal. Assim, na cidadania estatal, temos a figura do Estado protegendo seus cidadãos nacionais (por exemplo, brasileiros) com fulcro nos direitos fundamentais constitucionalmente positivados. No âmbito da cidadania regional, a garantia será dada por órgãos dos sistemas regionalizados, como OEA, UA ou EU na proteção, respectivamente, de americanos, africanos ou europeus, com base nos direitos humanos regionais. Já no contexto universal, a proteção é dirigida ao ser humano enquanto cidadão cosmopolita e exigível perante à ONU<sup>46</sup>, sob a égide dos direitos humanos universais.

Esta visão ampla e complementar dos sistemas de proteção dos direitos humanos está de acordo com o desenvolvimento e a efetivação da cidadania, haja vista a sua concepção multilateral. Avançamos na proteção do ser humano, satisfazendo suas pretensões sob a égide de um denominador comum que lhe permite ser cidadão do mundo. Este paradigma de cidadania faz com que o indivíduo seja titular de várias cidadanias – ou de uma cidadania mais completa (tridimensional) - e tenha possibilidade de exercê-las na sua comunidade política ou na esfera internacional, sempre de acordo com o projeto humanista e cosmopolita aclamado nos instrumentos de proteção dos direitos humanos.

<sup>43</sup> Ficou conhecido como Tratado da União Europeia e foi assinado em 07 de fevereiro de 1992. Uma de suas inovações foi a instituição da cidadania europeia ao lado da cidadania nacional, conferindo aos europeus o direito de circular e residir livremente na comunidade, de votar e ser eleitos no Estado em que residem, de proteção diplomática e consular, de petição ao Parlamento Europeu e de apresentar queixa junto ao Provedor de Justiça Europeu.

<sup>44</sup> LINDGREN ALVES, José Augusto. Cidadania, direitos humanos e globalização. In: PIOVESAN, Flavia (org.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 91. Sobre o Mercosul, esclarece o autor que este processo é ainda incipiente em comparação a União Europeia, visto que “não prevê, no momento, nada de semelhante, mas conta com órgão consultivo que extrapola a esfera econômica”.

<sup>45</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.25.

<sup>46</sup> Ressalte-se o Primeiro Protocolo Facultativo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que atribui ao Comitê de Direitos Humanos a competência para receber petições de indivíduos contra o Estado.

## Conclusão

Em um breve esforço de reflexão não é difícil perceber que, ao lado da globalização massacrante produzida pelo modo de produção capitalista, está em curso há alguns séculos um enorme movimento mundial para ampliação de direitos, com base na convicção de que todos os homens são iguais em dignidade. Em grandes passagens, com teses que inspiraram a consciência do indivíduo atual, podemos observar Locke (século XVII) defendendo um pacto fundador e atribuindo direitos individuais e inalienáveis a todos os homens; Rousseau (século XVIII) sustentando que a soberania pertence ao povo, que por sua vez deve exercê-la diretamente, e defendendo que a igualdade propulSIONA a liberdade e não o contrário; Kant asseverando que o ser humano se distingue das coisas, pois possui dignidade, fazendo ecoar esse pensamento na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana ressurgiu enquanto critério de integração do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da ordem constitucional vigente nos países, tornando-se o principal elemento de sustentação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais – tal como positivados na ordem interna – e irradiando seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, inclusive para a cidadania, já que tanto a dignidade quanto a cidadania são conceitos que se vinculam à necessidade de proteger o ser humano em todas as suas dimensões.

A atual cidadania possui significado dinâmico e deve ser pensada em suas mais amplas dimensões, imbricando-se com a constante evolução dos direitos humanos. Ambos, cidadania e direitos humanos, configuram um conceito histórico – o que faz com que seus sentidos se modifiquem no tempo e no espaço, acompanhando o progresso civilizatório da humanidade.

No caso específico da cidadania, isso ocorre não apenas pelas regras (de nacionalidade) que definem quem é ou não titular da cidadania (*ius sanguinis*, *ius solis*), mas pelos direitos e deveres distintos que caracterizam o cidadão em cada Estado e perante a comunidade internacional. Nesse passo, estamos diante de uma cidadania que comporta os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e difusos, e está vinculada aos valores de liberdade, igualdade, justiça e solidariedade.

Percebe-se que, mesmo dentro de cada Estado, o conceito e a prática da cidadania vêm se alargando significativamente ao longo do último século. A rapidez das mudanças, em virtude principalmente dos avanços tecnológicos e culturais, faz com que aquilo que num dado momento é considerado perigosa subversão da ordem, no momento seguinte seja corriqueiro, “natural”. Não há hoje democracia ocidental em que a mulher não tenha direito ao voto – o que era considerado impensável até muito pouco tempo atrás, mesmo em países tão desenvolvidos como a Suíça. Vale lembrar que o direito básico ao voto já esteve vinculado à propriedade de bens, à titularidade de cargos ou funções e até mesmo ao fato de pertencer ou não à determinada etnia.

Quanto ao papel do Estado globalizado, vê-se que diante do atual significado de cidadania surge-lhe a necessidade de cooperação fundada na vontade de atuar em conjunto no plano internacional, em escala regional e global. No contexto da cooperação internacional em prol dos direitos humanos, é possível observar a soberania compartilhada e o Estado Constitucional Cooperativo, o qual adiciona à sua estrutura

elementos de abertura, cooperação e integração que descaracterizam o Estado Nacional como uma estrutura fechada e centrada na soberania nacional. Permite-se, assim, que a comunidade internacional fixe padrões mínimos de proteção ao ser humano – o que o garantirá mesmo em períodos de instabilidade institucional dos Estados, além de favorecer avanços essenciais no campo dos direitos humanos em locais onde ainda não se limitou o poder dos governantes (e dos poderes dominantes). A soberania, portanto, não deve ser evocada como escudo de proteção às violações de direitos humanos por intermédio da cláusula de jurisdição doméstica, mas como instrumento para efetivar a proteção aos indivíduos e aos povos.

Desse modo, o princípio da soberania compartilhada deve harmonizar-se com a necessária cooperação internacional no âmbito dos direitos humanos, num eco às reais necessidades da humanidade, por intermédio da relação de complementaridade entre as esferas de proteção, que fundamentam as distintas cidadanias complementares. Assim, ao afirmarmos que cidadania é o “direito a ter direitos”, é evidente que o ser humano pode ter novas demandas (como de fato já possui em diversas partes do planeta) atinentes aos direitos nacionais, regionais e universais.

Tendo em vista a lógica desenvolvida de proteção dos direitos humanos, podemos aferir a subsistência de novas formas de exercício da cidadania, inseridas no contexto universalista de maneira complementar e integrativa. Desse modo, permite-se ao indivíduo reclamar cidadania no plano doméstico do seu Estado (âmbito nacional), no plano regionalizado (por exemplo, perante à Corte Interamericana de Direitos Humanos ou ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos) e no plano universal (por exemplo, perante ao Comitê de Direitos Humanos da ONU).

Atente-se para esta visão de complementariedade dos sistemas de proteção e o seu papel na concretização da cidadania. Já que a cidadania atual compreende todos os direitos humanos do ponto de vista internacional, e direitos fundamentais do ponto de vista interno dos Estados, conjugam-se diferentes esferas de judicialização dos direitos, como estão colocadas à disposição do cidadão contemporâneo. Assim, abrem-se nitidamente as possibilidades para o exercício de múltiplas cidadanias ou multilaterais, fortalecendo-se cada vez mais o processo de efetivação dos direitos humanos.

## Referências bibliográficas

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ARENDRT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. Nova York: Harcourt Brace Jovanovitch, 1993.
- BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento – uma análise estrutural. In: *Dignidade da pessoa humana – fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BITTAR, Eduardo C. B. Hermenêutica e constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: *Dignidade da pessoa humana – fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- \_\_\_\_\_. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BODIN, Jean. *Les six livres de La République*. Paris: Librairie Générale Française, 1993.

- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CUNHA, Paulo Ferreira. *Constituição viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.
- HÄBERLE, Peter. Derecho constitucional común europeo. Trad. E. Mikunda. In: *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Estado constitucional cooperativo*. Trad. Marcos Maliska e Lisete Antoniuk. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. São Paulo: Ediouro, 2000.
- LAFFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LINDGREN ALVES, José Augusto. Cidadania, direitos humanos e globalização. In: PIOVESAN, Flavia. (org.) *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- MALISKA, Marcos Augusto. A cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional. Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, mai/jun 2007.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MARX, Karl. *A questão judaica*. São Paulo: Expressão Popular, 2009.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PÉREZ LUÑO, A. E. *La universidad de los derechos y el estado constitucional*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2002.
- \_\_\_\_\_. *La tercera generación de derechos humanos*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.
- PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla B. (orgs.) *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1992.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHAFFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais – do sistema geracional ao sistema unitário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SILVEIRA, Vladmir Oliveira. *Direitos humanos e desenvolvimento*. Palestra proferida nas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, no dia 13 de agosto de 2008, dentro da semana jurídica que aconteceu entre os dias 11 e 15 de agosto de 2008.
- SILVEIRA, Vladmir Oliveira; CONTIPELLI, Ernani. Direitos humanos econômicos na perspectiva da solidariedade: desenvolvimento integral. In: *XVI Encontro Nacional CONPEDI*, 2008, Salvador – BA. Anais XVI Encontro Nacional do CONPEDI, 2008.
- SOUZA SANTOS, Boaventura de. (org.) *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2006.
- TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.



# Jusnaturalismo e direitos humanos

---

Bruno Amaro Lacerda<sup>1</sup>

## Resumo

Este artigo pretende mostrar que o surgimento dos direitos humanos está intimamente ligado às teorias jusnaturalistas modernas e, portanto, às noções de sujeito de direito e natureza humana.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Jusnaturalismo. Sujeito de direito.

## Abstract

This paper intends to show that the emergence of human rights is closely related to modern natural law theories and, therefore, to the notions of subject of law and human nature.

**Keywords:** Human rights. Natural law. Subject of law.

## Introdução

Segundo o professor italiano Francesco D'Agostino, uma das maiores contradições de nossa época é o *status* ambíguo do jusnaturalismo. Para D'Agostino, esta corrente jurídica celebra atualmente o seu triunfo, pois soube mostrar as falhas do estatismo (concepção que reduz o direito à mera técnica estatal) e do positivismo jurídico, cujas ilusões e ingenuidades metodológicas foram paulatinamente desmascaradas. Mas, por outro lado, o vocábulo “jusnaturalismo” praticamente desapareceu do léxico jurídico-político contemporâneo. Seus adversários foram derrotados no último século, mas disso não se seguiu um reconhecimento expresso dos méritos da teoria jusnaturalista. Como isso pode ser explicado? Por qual razão o jusnaturalismo não soube “tirar proveito das suas vitórias”?

D'Agostino procura explicar essa contradição de dois modos: em primeiro lugar, reconhece existir uma (falsa) crença de que a aceitação do jusnaturalismo implica sempre uma adesão cega a concepções jurídicas antiquadas e anti-históricas, como se os jusnaturalistas fossem juristas cultores de uma ordem normativa imutável e eterna, cuja realização seria impossível nas sociedades humanas concretas; em segundo lugar, entende que aquilo que outrora foi chamado de jusnaturalismo não desapareceu das reflexões jurídicas, mesmo que muitos autores pensem o contrário. O jusnaturalismo, como teoria jurídica, *transformou-se* na teoria dos direitos humanos. Estes constituem hoje uma nomenclatura nova para os antigos “direitos do homem” ou “direitos naturais”, declarados em documentos solenes a partir do século XVIII. A ideia jusnaturalista, assim, não se modificou substancialmente, apenas recebeu uma nova roupagem:

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela UFMG. Professor Adjunto da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

“Os direitos humanos, com efeito, nada mais são que o modo no qual se apresentam em nosso tempo – e de uma forma particularmente aguda – as instâncias mais profundas do jusnaturalismo. Os direitos humanos não são benévolas concessões que os Estados ou suas constituições fazem aos cidadãos (...); constituem na verdade a maturação definitiva no nosso tempo da ideia - tipicamente jurídica - do primado da justiça no mundo humano” (D’AGOSTINO, 2004, p. 27-28).

O autor acrescenta ainda que essa conversão contemporânea do jusnaturalismo em doutrina dos direitos humanos é um preço pequeno a ser pago aos gostos lexicais do momento, pois mantém inalterada a ideia de que o Direito precisa necessariamente *ser justo*, por meio da realização de princípios invioláveis. Assim, não vê maiores problemas nessa evolução lexical, porque ela não muda a questão mais importante em jogo: a convicção da insuficiência do direito positivo e, portanto, da necessidade de sua vinculação a valores supra positivos.

Neste texto, pretende-se abordar a conexão entre jusnaturalismo e direitos humanos, para verificar se a posição de D’Agostino é verdadeira ou falsa. Algumas questões devem então ser colocadas: os direitos humanos nasceram das reflexões jusnaturalistas? Esses direitos são uma nova versão dos velhos direitos naturais? Pode-se falar em direitos humanos fora de uma perspectiva jusnaturalista?

## A Declaração de 1789

Uma primeira pista para a solução desses problemas pode ser encontrada no texto da célebre *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, publicada em 26 de agosto de 1789, na aurora da Revolução Francesa. Para muitos autores, esse documento inaugura a positivação daquilo que hoje conhecemos como “direitos humanos”. Segundo Guido Fassò, por exemplo, melhor do que a Declaração Americana de alguns anos antes, esse texto representa as exigências universais que amadureceram durante toda a Era Moderna, “e que eram as exigências da racionalidade” nascidas “do jusnaturalismo de formas diversas em vários tempos e em vários países, que na França do setecentos estavam enraizadas profundamente e difundidas amplamente na consciência popular” (2008, p. 277-278). Os direitos do homem, neste sentido, haviam sido primeiramente teorizados por pensadores como Locke e Rousseau; em um segundo momento, foram incorporados à consciência do povo como valores desejáveis embora ainda não realizados; finalmente, os males da política francesa fizeram eclodir a Revolução, e com ela o desejo de finalmente concretizar em um documento formal aqueles valores, conferindo-lhes positividade, isto é, exigibilidade jurídica.

O preâmbulo da Declaração<sup>2</sup> diz que os representantes do povo francês, constituídos em Assembleia Nacional, considerando que “a ignorância, o esquecimento e o menosprezo *dos direitos do homem*” são as únicas causas da corrupção dos governos e das desgraças públicas, resolvem declarar “os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem”. Mais adiante, o texto proclama que a Assembleia Nacional “*reconhece e declara*” esses direitos. Estas expressões não devem passar despercebidas, pois são bastante significativas.

<sup>2</sup> O texto integral da Declaração de 1789 encontra-se em BESSONE (2000, p. 69-71).

A Declaração traz uma noção importantíssima, que estudos recentes têm apontando como uma das principais *consequências* do jusnaturalismo desenvolvido nos séculos XVII e XVIII: a ideia de *sujeito de direito*. Esta ideia é de grande relevância porque marca a principal diferença entre o jusnaturalismo moderno, desenvolvido nesses dois séculos, e o jusnaturalismo medieval, elaborado por autores como Tomás de Aquino e Duns Scot. Enquanto o jusnaturalismo cristão-medieval enxergava a dignidade do homem como uma consequência do seu lugar de destaque no mundo criado (por ser o único ser capaz de participar da lei eterna, por meio da lei natural), o jusnaturalismo moderno vê o homem como um ser cuja dignidade vem do fato de *possuir direitos por sua própria natureza*. Diz Yves Charles Zarka, um dos autores que investigaram essa temática:

“A questão do sujeito de direito é importante porque ela coloca um aspecto fundamental para a compreensão da modernidade. Um dos traços essenciais desta modernidade não reside na definição do homem como ser de direito? Ser ao qual se atribuem, simplesmente porque é homem, isto é, naturalmente, direitos. Ora, esta definição do homem como ser de direito não é atemporal, ela foi inventada pela filosofia moral e política moderna, da qual ela constitui uma das principais inovações” (ZARKA, 1997, p. 532).

Deste modo, o homem do jusnaturalismo moderno é titular de certos direitos simplesmente porque *é homem*. É sua *natureza humana*, sua condição de *peessoa* que o torna detentor desses direitos, não uma concessão benévola do novo Estado francês que se anunciava ou dos entusiasmados redatores da Declaração. Compreende-se assim porque a locução “direitos do homem” é intercambiável com a expressão “direitos naturais”, ambas utilizadas no texto para designar a mesma realidade. Os direitos ali declarados são considerados naturais porque procedem da natureza do homem, da sua própria essência de pessoa, de ser racional. A inspiração da Declaração mostra-se, portanto, claramente jusnaturalista. Ademais, os direitos do homem não estão sendo meramente declarados. Antes, estão sendo *reconhecidos* pelos representantes do povo, como é dito expressamente no preâmbulo.

O que se reconhece é aquilo que vinha sendo negado injustamente, os valores que já deveriam, na consciência popular, ter sido reconhecidos pelos governos anteriores. Isso implica inevitavelmente aceitar a teoria jusnaturalista: dizer que *todo homem* possui, pela sua própria natureza humana, *direitos* que não foram reconhecidos nem amparados pelas ordens jurídicas até então existentes, é o mesmo que admitir que o direito positivo deva basear-se nesses direitos caso pretenda-se justo; é admitir que da natureza humana derivam direitos (naturais, portanto) que devem ser o *fundamento* de qualquer direito positivo.

Os direitos do homem não são em princípio *positivos* (normas postas, dotadas de força jurídica), a não ser que sejam reconhecidos e positivados em documentos como a Declaração. O fato de não serem meros frutos da vontade de governos ou

Estados não diminuí em nada sua importância jurídica, pois eles são os *pressupostos* de qualquer direito positivo. Eles não nascem do Estado, pois este é que deve surgir e se estruturar para protegê-los, como é expresso no texto em seu artigo 2º: “O objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. A enumeração dos direitos também é de matriz jusnaturalista. São justamente os direitos afirmados como naturais pela Escola do Direito Natural nos dois séculos que precederam a Revolução Francesa.

Diante disso, parece acertado admitir que exista uma conexão histórica entre a teoria jusnaturalista moderna e a origem dos direitos do homem. Dela emerge, para o mundo moderno, uma nova visão da pessoa, agora concebida como detentora de direitos de primeira ordem, porque não mais dependentes do arbítrio de governantes ou Estados, mas assegurados por um documento escrito de caráter universal, cuja pretensão era espelhar a própria razão humana, extraíndo dela os princípios primários e absolutos de toda convivência social, princípios doravante chamados de direitos do homem ou humanos. É inegável, portanto, que os direitos humanos nasceram das preocupações jusnaturalistas, mesmo considerando que, num plano histórico, as influências foram mescladas (de vários autores jusnaturalistas) e como tal diluídas na consciência dos que elaboraram a Declaração. Neste sentido, o posicionamento de Carlos I. Massini Correias:

“Primeiramente, é preciso recordar que, historicamente, os direitos humanos nasceram no âmbito do jusnaturalismo; tanto do jusnaturalismo racionalista de Grotius, Pufendorf, Wolf, Burlamaqui e sua longa série de seguidores, como do jusnaturalismo empirista de Locke, Paine e seus discípulos anglo-saxões. É também um dado aceito a influência que esses pensadores exerceram sobre as primeiras declarações de direitos” (1994, p. 214-215).

## O jusnaturalismo moderno

Em primeiro lugar, é preciso destacar que ao longo da história surgiram diferentes concepções jusnaturalistas. A vinculação das leis humanas à lei eterna, por meio da lei natural (visão tipicamente medieval) distancia-se em muito, por exemplo, do direito natural da antiguidade, fundamentado na natureza como princípio de ordenação. Apesar dessas variações, há um ponto comum que liga todas as teorias do direito natural, sem o qual sua redução a uma unidade seria impossível: esse ponto é a percepção da insuficiência do direito positivo para a regulação da vida social e, portanto, da aceitação de que é necessário buscar *princípios de direito além do direito positivo*. Sobre o assunto, afirma Massini Correias:

“De modo breve, é possível qualificar de ‘jusnaturalista’ toda doutrina ou escola que afirma a insuficiência do direito meramente positivo para regular a coexistência e a persecução dos fins humanos que superem as capacidades

dos indivíduos isolados; dito de outro modo, jusnaturalistas são todas as posições jusfilosóficas que defendem a existência de algum – é suficiente que exista um – princípio de direito cuja fonte não seja a sanção estatal ou social” (MASSINI CORREAS, 1994, p. 206).

A corrente oposta ao jusnaturalismo é o positivismo jurídico, que defende que toda norma é criação do Estado ou da sociedade, não existindo princípios jurídicos além do direito positivo. Diz Massini Correias que a relação lógica entre as duas concepções é de *contradição*, pois se o jusnaturalismo defende a existência de alguma norma não positiva, o positivismo sustenta que toda norma é positiva. Assim, se uma das teses é falsa, a outra é necessariamente verdadeira. Ou se aceita ou se recusa a existência de princípios meta-positivos: ou se é positivista ou se é jusnaturalista (1994, p. 207-208).

Isto pode comprovar a filiação jusnaturalista dos direitos humanos, na medida em que os seus defensores, quando redigiram a Declaração de 1789, expuseram claramente que não estavam meramente *criando, por sua vontade, normas positivas*, mas que sua vontade *reconhecia direitos* cuja existência (como valor, como algo estimável) não dependia de qualquer positivação. Alguns direitos declarados, inclusive, já eram de certo modo *universalizados*, concebidos como atribuíveis a *qualquer homem*, e não somente aos cidadãos franceses, como no caso do art. 9º: “Todo homem presume-se inocente até que seja declarado culpado (...)”. Certamente não se pode falar ainda em universalização plena desses direitos, mas é inegável que há uma tendência para isso, o que mostra que a Declaração não é uma simples positivação, mas fundamentalmente uma admissão de valores/direitos que derivam da natureza de todo homem, francês ou não.

Certamente a positivação ou declaração solene converte esses direitos em positivos e, portanto, em socialmente reivindicáveis, mas não é essa declaração que lhes confere o seu “ser” específico. Pelo contrário, é a existência prévia de tais direitos, como oriundos da natureza humana, que torna premente a sua garantia em uma declaração formal. Afinal, se o texto da Declaração diz que eles até então vinham sendo “esquecidos” e “menosprezados”, é porque já existiam como normas supra positivas, cuja violação vinha sendo gradativamente percebida pela consciência humana.

Observando-se o jusnaturalismo desenvolvido pela Escola do Direito Natural dos dois séculos anteriores, percebe-se o *racionalismo* como sua característica principal. A razão foi teorizada como a capacidade humana de encontrar os princípios jurídicos naturais que, uma vez revelados, deveriam substituir definitivamente os costumes e o direito romano. O que torna o jusnaturalismo moderno diferente das suas versões antiga e medieval é justamente a crença na derivação desses princípios da *natureza humana racional*, isto é, da razão humana, e não da natureza cósmica ou da lei eterna. Por essa marca, essa “escola” ou agregado de pensadores ficou também conhecida por “jusracionalismo”. Sobre ela, manifesta-se Michel Villey:

“O método racionalista da escola do direito natural convinha às necessidades de uma época revolucionária, que sentia a insuficiência dos costumes e do direito romano, tendo necessidade de um direito novo: à falta de uma legislação suficientemente forte e fecunda, a doutrina privada deveria ainda assumir a iniciativa, e a ‘Razão’ constituir sua autoridade” (1961, p. 75).

Falando sobre seu iniciador (Grotius), Simone Goyard-Fabre assinala que ele sustentava que o termo “direito” designa uma “qualidade moral, ligada à pessoa, em virtude da qual se pode legitimamente ter ou fazer certas coisas” (1994, p. 28). Este direito-faculdade, por basear-se em uma necessidade inerente à natureza do homem (que nem Deus pode alterar) é um “direito natural”. A própria autora, porém, adverte que é temerário ligar essa concepção aos direitos “naturais, inalienáveis e sagrados” da Declaração de 1789, em razão da distância temporal entre os escritos de Grotius e o início da Revolução Francesa. É fato, porém, que a palavra “direito” já aparece em Grotius com um sentido “subjetivo”, indicando aquilo que pertence indelevelmente ao homem como ser racional. O direito não é mais concebido como derivação da vontade de Deus, mas como o conjunto de princípios que procedem da racionalidade humana. Com os demais continuadores de Grotius (Pufendorf, Locke, Spinoza, Hobbes, Rousseau, Kant etc.), as concepções mudarão, mas não a tônica na razão como fundamento daquilo que pertence ao homem por natureza: seus direitos sagrados e inalienáveis.

## **Direitos humanos e direito natural**

É um dado incontestável de nosso tempo a preocupação com a efetivação dos direitos humanos. Mas a que devemos sua importância? Por qual razão devemos protegê-los e não admitir, em nenhuma hipótese, sua violação? Alguém poderia arguir que assim o é porque eles foram, sobretudo no último século, protegidos pelos ordenamentos jurídicos internos da grande maioria dos Estados e também pelo direito das gentes. Hoje há tratados e convenções que os protegem no cenário internacional. Cortes e tribunais zelam pela sua aplicação, possuindo poder para sancionar aqueles que os desrespeitam, mesmo que em escala global. A explicação, em resumo, poderia ser a de que eles se tornaram importantes porque foram positivados nos planos interno e internacional.

Certamente sua declaração solene, como dito, os torna judicializáveis, converte-os em direitos positivos. Mas também é certo que a sua celebração em documentos internacionais e constitucionais deve-se à sua importância intrínseca, ao fato de serem justamente o fundamento dos demais direitos positivos. Seu papel de destaque deve-se então ao fato de derivarem não dessas declarações formais (que apenas os positivam), mas da própria natureza racional do homem.

Veja-se, por exemplo, o art. 1º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.<sup>3</sup> A base dessa declaração, cuja pretensão é verdadeiramente universal (fala em “membros da família humana”), é a ideia central do jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir de Grotius: a de que os homens *nascem iguais em direitos*, ou seja, a de que cada homem possui, por sua própria natureza (e, portanto, desde o nascimento), certos direitos que decorrem da sua condição humana. Esses direitos humanos não são criações do homem, são derivações racionais da sua própria natureza. Por isso, são legítimos não porque

<sup>3</sup> Texto integral em SALIBA (2006, p. 217-220).

algum Estado os crie; os Estados é que retiram sua legitimidade da sua proteção: “Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e opressão, (...)”.

Pode-se concluir, do que foi exposto, que a doutrina dos direitos humanos constitui uma versão elaborada e evoluída da teoria do direito natural moderno, não no tocante à eternidade e à imutabilidade dos direitos do homem (versão incompatível com a compreensão atual desses direitos), mas porque sustenta que eles provêm da natureza humana racional, vista como única base possível para a realização jurídica da dignidade e da felicidade de todos os seres humanos.

## Referências bibliográficas

- BESSONE, Magali. *La justice*. Textes choisis & présentés. Paris: GF Flammarion, 2000.
- D'AGOSTINO, Francesco. *Diritto e giustizia*. Per una introduzione allo studio del diritto. Milão: San Paolo, 2004.
- FASSÒ, Guido. *Storia della filosofia del derecho*. II: L'età moderna. Roma-Bari: Laterza, 2008.
- GOYARD-FABRE, Simone. Los derechos del hombre: orígenes y prospectiva. In: José Saucá (Org.) *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid/ Boletín oficial del Estado, p. 23-50.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *Los derechos humanos en el pensamiento actual*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- SALIBA, Aziz Tuffi (Org.) *Legislação de direito internacional*. São Paulo: Rideel, 2006.
- VILLEY, Michel. Les fondateurs de l'école du droit naturel moderne au XVII siècle. In: *Archives de Philosophie du Droit*, nº 6, 1961, p.73-105.
- ZARKA, Yves Charles. L'invention du sujet de droit. In: *Archives de Philosophie*, nº 60, 1997, p. 531-550.





# A (in)eficácia externa dos negócios jurídicos: as consequências das avenças nos não signatários públicos e particulares

Simon Hendrigo Burmann de Souza<sup>1</sup>  
Elcio Nacur Rezende<sup>2</sup>

## Resumo

O presente trabalho faz um estudo da história do Direito Contratual, demonstrando que as avenças podem gerar consequências a pessoas que não fizeram parte do pacto, bem como podem, ao contrário do que visavam os contratantes, serem ineficazes perante terceiros, mormente ao Estado. Com este objetivo, passamos a descrever a história dos contratos desde Roma até o mundo contemporâneo, buscando apresentar ao leitor que a ideia da limitação subjetiva dos contratos aos signatários deve ser abandonada, uma vez que é possível que, homenageando a Função Social dos Contratos, as avenças podem gerar eficácia a terceiros, devendo estes respeitarem os pactos alheios. Outrossim, demonstramos que as cláusulas contratuais firmadas por particulares quando tiverem por objetivo prejudicar o erário não terão qualquer eficácia.

113

**Palavras-chave:** Contrato. Conceito. Eficácia e ineficácia perante não contratantes.

## Abstract

This work is a study of the history of Contract Law, demonstrating that the conflicts can have consequences for people who were not part of the pact, and may, unlike than contractings aimed, are ineffective against third parties, especially the state. With this purpose, we describe the history of contracts since Rome until contemporary world, pursuing to present to the reader that the idea of subjective limitation to the signatories of the contracts should be abandoned, since it is possible, honoring the Social Function of Contracts, the conflicts can have efficiency to third parties, which must respect the pacts of others. Furthermore, we demonstrate the contract terms signed by individuals when they are aimed at damage the revenue will not have any effect

**Keywords:** Contract. Concept. Effective and Ineffective against who wer not part of the pact.

## Sumário

Introdução. A eficácia externa dos contratos no âmbito do Direito Civil. A eficácia externa dos contratos no âmbito do Direito Tributário; Hipóteses concretas de aplicabilidade do artigo 123 do Código Tributário Nacional. Conclusão. Referências bibliográficas.

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito Privado pela PUCMinas; Professor do Centro Universitário UNA, da PUCMinas; Advogado.

<sup>2</sup> Graduado em Administração pela PUCMinas; Graduado em Direito pela UFMG; Mestre e Doutor em Direito Privado pela PUCMinas; Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara e do Centro Universitário UNA; Procurador da Fazenda Nacional.

## **Introdução**

O presente artigo se propõe a discorrer sobre a eficácia externa dos contratos, bem como a ineficácia ainda que pretendida pelas partes, rompendo com a crença, bastante difundida pela doutrina tradicional, de que a relação contratual somente produz efeitos entre as partes contratantes. Antes, porém, visando a uma melhor contextualização do tema, cumpre ressaltar a importância dos contratos para a nossa vida cotidiana, assim como os princípios jurídicos norteadores das relações contratuais.

Nesse sentido, é inegável que o contrato é um dos instrumentos mais importantes do direito. Sem dúvida alguma, o que participa de nossa vida diária de forma mais intensa e constante. Mesmo porque, não é exagero afirmar que contratamos desde o momento em que saímos de casa de manhã até o momento em que regressamos à noite. O interessante é que, na maioria das vezes, não percebemos tal prática. Isso decorre do fato de a maioria dos contratos não estar formalizada em qualquer documento escrito. O que não significa, contudo, que eles não tenham existência ou eficácia no mundo jurídico.

Para demonstrar a importância do Direito Contratual, bem como asseverar que os efeitos subjetivos das avenças extrapolam os signatários dos contratos, alcançando outras pessoas naturais, pessoas jurídicas de direito privado e as pessoas jurídicas de direito público que não fizeram parte do contrato, estas últimas mormente da relação tributária é o escopo deste estudo.

Nesse diapasão, faremos uma breve digressão história do Direito Contratual, uma análise da ultrapassada teoria da limitação subjetiva das avenças aos contratantes e, alcançando a teleologia a que se objetiva, apresentaremos com fundamentação teórica e prática a eficácia externa do contrato no âmbito do Direito Civil e Tributário.

## **A (in)eficácia externa dos contratos no âmbito do Direito Civil**

Quando alguém pega um ônibus ou toma um táxi para ir ao serviço está indubitavelmente contratando. Trata-se, na verdade, de um contrato de adesão, que se caracteriza exatamente pelo fato de o consumidor ter aderido às condições (ex: preço da passagem ou corrida, assim como o percurso a ser realizado) pré-estabelecidas pelo fornecedor, no caso a empresa de ônibus ou o taxista. O mesmo é possível dizer quando alguém paga pelos serviços de um cabeleireiro ou simplesmente vai almoçar em um restaurante.

Por isso mesmo, não há como negar que o fenômeno contratual é algo que está indissociavelmente ligado à nossa vida em sociedade, não sendo demasiado afirmar que, no atual contexto, é impossível viver sem esse importante instrumento jurídico. Até porque, é ele que viabiliza a produção e a circulação da riqueza, tão importantes para a vida em sociedade.

Por outro lado, como acima ressaltado, apenas uma pequena parte dos contratos que celebramos apresenta a forma escrita. A maioria deles assume a forma verbal e, até mesmo, a forma tácita, tão comum em contratos de adesão, como os anteriormente

reportados. Com isso, rompe-se com a ideia, tão arraigada no meio social, principalmente entre os não iniciados na ciência jurídica, de que contrato é somente aquele que reveste a forma escrita, sendo assinado pelas partes e presenciado por testemunhas.

Tal fato decorre, sem dúvida alguma, do que dispõe o art. 107 do Código Civil, que consagrou o princípio da liberdade das formas negociais. Isso significa que, como regra geral, somos livres para adotar a forma contratual que melhor atender aos nossos interesses. Segundo o citado dispositivo legal, “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

É evidente que essa regra sofre importantes exceções. Assim, por exemplo, por expressa disposição legal, todo negócio jurídico que tiver por objeto bem imóvel acima de 30 salários mínimos tem que revestir a forma pública, ou seja, tem que ser lavrado por escritura pública, no cartório de notas.

Por outro lado, é natural que a ideia de contrato e, principalmente, seus princípios informadores tenham sofrido mudanças ao longo de todas as transformações sofridas no meio social. Isso se deve ao fato de ser o contrato um instrumento fundamental para a produção e a circulação das riquezas e, portanto, estar intimamente conectado às mudanças das relações econômicas e, sobretudo, da postura estatal frente a estas.

Assim, por exemplo, o contrato de adesão, tão em voga na atualidade, não era sequer concebido durante a Idade Média. Até porque, esta técnica contratual somente ganhou espaço a partir da grande concentração econômica que vem caracterizando as relações econômicas do mundo moderno.

Na atualidade, a palavra de ordem da economia é competitividade. Por isso, as empresas lutam a todo custo para reduzir seus gastos e aumentar sua eficiência. Nesse contexto, tornaram-se comuns as fusões, com o claro propósito de unir forças e aumentar a capacidade de competição das empresas envolvidas nesse processo.

Como consequência, é possível apontar a formação de grandes conglomerados econômicos que precisam de um instrumento que possa proporcionar segurança jurídica para suas relações, mas, ao mesmo tempo, que atenda ao caráter dinâmico de suas atividades. Daí, a proposta do contrato de adesão, que se caracteriza exatamente pelo fato de ter suas cláusulas contratuais estabelecidas por uma das partes, cabendo à outra simplesmente aderir ou não a estas, sem que possa modificá-las substancialmente. Ou seja, quando se celebra um contrato de adesão, as cláusulas contratuais não resultam do livre debate entre as partes. Na verdade, elas são de antemão estabelecidas por uma delas, cabendo à outra, como dito, simplesmente aderir ou não àquilo que foi pré-fixado.

Por sua vez, resta patente também a ideia de que no contexto atual não se justifica mais o predomínio, pelo menos dentro da perspectiva inicialmente proposta, dos princípios que nortearam as relações contratuais durante o Estado Liberal.

O paradigma de organização liberal se caracterizou exatamente pela postura abstencionista do Estado frente às questões econômicas e sociais. Nele, predominava o ideal do “*laissez faire, laissez passer, laissez contracter*”. Fruto das aspirações econômicas da nova classe social que ascendia ao poder, qual seja, a burguesia, o Estado Liberal partia do pressuposto que as pessoas eram livres para contratar ou não e, principalmente, que estavam em igualdade de condições para negociar as cláusulas contratuais que bem entendessem.

Sendo assim, havendo um acordo de vontades entre duas partes, sem que a vontade exteriorizada padecesse de algum vício (como a coação, por exemplo), o contrato seria válido e, portanto, deveria ser respeitado pelos contratantes custasse o que custasse. O Estado, por sua vez, não poderia interferir nessa relação, até porque a justiça contratual, conforme se acreditava, decorria exatamente de ter sido o acordo fruto de uma convenção entre partes livres e iguais, por isso mesmo capazes de ajustar o que bem entendessem, arcando obviamente com as consequências daí advindas.

Essa postura estatal ensejou o surgimento de princípios jurídicos importantíssimos que passaram a informar a relação contratual, tornando-se verdadeiros dogmas, inquestionáveis do ponto de vista jurídico. É o caso, por exemplo, do *pacta sunt servanda*, ou seja, da ideia de que os contratos devem ser respeitados, seguidos, não obstante eventual desequilíbrio entre as prestações a serem realizadas pelas partes, ou a mudança do contexto fático existente quando da celebração do contrato. Isso porque, conforme ressaltado, predominava a ideia de que o combinado não sai caro, sobretudo quando esse combinado provém de pessoas livres e iguais, ainda que essa igualdade existisse somente perante a lei.

É também nesse contexto que passou a predominar a ideia da relatividade dos contratos, isto é, o entendimento de que o contrato somente produz efeitos entre as partes contratantes, jamais alcançando qualquer outra pessoa estranha à relação contratual. Esse entendimento, aliás, era facilmente explicável dentro do contexto liberal. Isso porque, sendo o contrato considerado fruto de um acordo de vontades, cujos efeitos eram decorrentes exatamente da vontade exteriorizada, ele não poderia alcançar aqueles que não tivessem participado da avença, exatamente pelo fato de não terem exteriorizado sua vontade nesse sentido.

No mesmo sentido, ainda dentro do contexto liberal, é importante frisar que a vontade era considerada o elemento mais importante do fenômeno contratual. Era ela apontada como a fonte geradora dos efeitos jurídicos contratuais. Por isso mesmo, falava-se em autonomia da vontade como o principal fundamento da obrigatoriedade contratual, a qual deveria ser entendida exatamente como a prerrogativa concedida aos particulares de celebrar ou não um contrato, bem como de estabelecer o conteúdo da relação contratual, fruto exatamente da vontade exteriorizada.

Com o passar do tempo, porém, esses princípios informadores da relação contratual passaram por uma profunda reformulação, o que se deve principalmente a uma nova postura estatal frente às relações econômicas.

Com o advento do Estado Social, a postura abstencionista até então dominante, tão cara aos ideais liberais, é substituída por uma atitude intervencionista, caracterizada pela interferência estatal nas relações econômicas e, conseqüentemente, nas relações contratuais.

Surge assim o chamado dirigismo contratual, bastante difundido na atualidade, que pressupõe uma série de intervenções do Estado no âmbito dos contratos. Tais intervenções consistem ora na obrigatoriedade de celebração de alguns contratos, como o DPVAT, por exemplo, ora na imposição de cláusulas ou proibição de outras, como aquelas consideradas abusivas. Sem contar, é claro, a possibilidade de revisão contratual, admitida tanto no Código de Defesa do Consumidor quanto no Código

Civil, que possibilita a revisão do conteúdo contratual sempre que, após sua celebração, surgir algum fato novo que venha a causar desequilíbrio entre as prestações das partes contratantes.

Outro fator importante nesse processo de reformulação da ideia e dos princípios que regem as relações contratuais adveio do espaço alcançado pelos contratos de adesão no mundo moderno. Como dito, se outrora o contrato era concebido como um instrumento emanado da convenção entre partes livres e iguais, com a concentração econômica que caracteriza o mundo moderno, tal ideia definitivamente não se sustenta mais. Até porque, a maioria dos contratos celebrados no atual contexto pressupõe cláusulas contratuais que são de antemão fixadas por uma das partes, normalmente um grande grupo econômico, cabendo à outra parte simplesmente aderir ou não àquilo que já foi estabelecido. Não há, portanto, espaço para o debate entre as partes no intuito de fixar as cláusulas contratuais. Em algumas situações, aliás, não há sequer liberdade de escolher com quem contratar. Isso porque, como se sabe, determinados serviços são oferecidos de forma monopolizada, como é o caso da água, da energia elétrica, por exemplo. Nesses casos, é correto afirmar que não há sequer possibilidade de a parte escolher entre contratar ou não o serviço oferecido. Até porque, ninguém vai deixar de contratar os serviços de água ou energia elétrica, privando-se de dois dos mais importantes bens para a vida moderna.

Daí, a necessidade de reformulação da ideia de contrato e, principalmente, dos princípios que regem as relações contratuais. Nesse contexto, ganha espaço novos princípios como a boa-fé objetiva, a função social dos contratos e a proteção da dignidade da pessoa humana. Este último, aliás, determinante para a reformulação de todo o ordenamento jurídico, sobretudo do direito privado. Até porque, a partir do momento em que a Constituição da República consagrou, em seu art. 3º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nossa República Federativa, reconhecendo, ademais, dentre os objetivos do Estado, a erradicação da pobreza e da marginalização, tornou-se imperiosa a releitura de todo o ordenamento jurídico no intuito de dar efetividade aos ressaltados princípios constitucionais.

A esse respeito, é fácil perceber que as regras e princípios que regiam inicialmente o direito privado possuíam uma concepção acentuadamente patrimonialista, o que significa que existia uma preocupação acentuada com a tutela do patrimônio, até mesmo em detrimento da tutela dispensada à própria pessoa humana.

Com o advento da Constituição de 88 e, principalmente, a partir de sua nova tábua principiológica, tal perspectiva passou a exigir uma profunda releitura, sempre com o objetivo de inverter a ordem de tutela até então predominante. Agora, em função da nova perspectiva constitucional, é correto afirmar que todo o ordenamento, não importa em qual ramo do direito, deve tutelar a pessoa em primeiro lugar e não mais seu patrimônio. Por isso, fala-se em despatrimonialização e, conseqüentemente, repersonalização do direito privado.

É evidente que essa mudança de perspectiva vai refletir no âmbito das relações contratuais. Se antes o contrato era visto como um instrumento que gerava repercussões apenas no âmbito econômico, com a ressaltada mudança ele passa a ser visto também como uma ferramenta importante para proporcionar dignidade e desenvolvimento à

pessoa humana. Tal fato, aliás, resta evidente. Mesmo porque, ao viabilizar a produção e circulação dos produtos e serviços, o contrato acaba contribuindo para a manutenção e o crescimento pessoal das partes contratantes, proporcionando-lhes as condições necessárias para a tutela de atributos importantes também para a preservação da própria dignidade.

Sendo assim, se uma determinada cláusula contratual, ou até mesmo o contrato como um todo, vier a ferir atributos essenciais à pessoa humana, e não apenas a seu patrimônio, ela ou ele deve ser afastado no intuito de preservar tais valores existenciais, não obstante a inexistência de qualquer conteúdo patrimonial.

Também nesse sentido, importa frisar que o princípio da boa-fé objetiva trouxe uma enorme contribuição para essa nova forma de conceber a relação contratual. Tal princípio, contudo, não se confunde com a ideia de boa-fé subjetiva, há muito sedimentada no meio jurídico. Esta deve ser entendida como um estado psíquico, caracterizado pelo desconhecimento de um determinado contexto fático. Assim, por exemplo, se alguém compra um determinado bem de quem não seja seu legítimo proprietário, sem, porém, ter conhecimento de tal fato, age de boa-fé. Trata-se, obviamente, da modalidade subjetiva.

Por sua vez, a boa-fé objetiva deve ser entendida como uma norma de conduta, a qual obriga as partes a proceder de forma correta, leal, uma em relação à outra. Nesse sentido, tanto o credor quanto o devedor são obrigados a agir de acordo com tal princípio. Como consequência, surge uma série de deveres para as partes contratantes. Esses deveres são chamados de anexos ou laterais por se vincularem à prestação principal a ser realizada pelo devedor, sem se confundir, contudo, com ela. Dentre eles podemos citar, por exemplo, o dever de informação, de lealdade, de cooperação, entre outros.

Com o reconhecimento da boa-fé objetiva como um princípio norteador da relação contratual, nos termos do art. 422 do Código Civil, cai por terra definitivamente aquela ideia tradicional de que o devedor possui apenas deveres, enquanto o credor titulariza apenas direitos. Na verdade, credor e devedor são titulares de direitos e de deveres, existindo entre eles uma relação de cooperação e não de subordinação como se acreditou durante muito tempo.

Nessa perspectiva, credor e devedor devem manter uma conduta de cooperação recíproca, visando a um fim comum, isto é, a extinção da relação contratual em função de seu cumprimento, respeitando, é claro, a dignidade da pessoa humana, valor máximo consagrado pelo nosso ordenamento jurídico.

Em função de todas essas mudanças, o *pacta sunt servanda*, princípio basilar do Estado Liberal, parece aos poucos também passar por transformações, sendo, na verdade, relativizado. Mesmo porque, há muito vem ganhando espaço, tanto na doutrina quanto na legislação, a ideia da revisão contratual. Esta, como mencionado, possibilita ao Estado, por meio do juiz, rever os termos contratuais no intuito de reestabelecer o equilíbrio rompido em virtude do advento de fato inesperado, como uma crise grave no cenário internacional, por exemplo, que acaba onerando demasiadamente a prestação a ser realizada por uma das partes contratantes.

É exatamente dentro desse contexto acima reportado que ganha espaço o tema do presente trabalho, qual seja, a eficácia externa do fenômeno contratual, o qual pressupõe a releitura do princípio da relatividade dos contratos, considerado verdadeiro dogma, sobretudo no período liberal. Ora, sendo o contrato o principal instrumento de circulação da riqueza, é evidente que seu papel, bem como sua importância, não se restringem às partes contratantes. Na verdade, ele desempenha um papel social fundamental. Por isso mesmo, seus efeitos podem em muitas situações extrapolar a esfera jurídica dos contratantes, repercutindo no âmbito social.

Para entender tal repercussão, porém, é importante ressaltar o papel de outro princípio extremamente relevante no atual contexto. Trata-se da função social dos contratos. Para ser mais exato, a função social dos principais institutos jurídicos, como a propriedade, a empresa e, por fim, como dito, o instrumento contratual. O que revela, sem dúvida alguma, uma mudança de concepção do fenômeno jurídico, deixando patente a perda de prestígio da análise estrutural do direito, em decorrência de uma visão funcionalizada dos principais instrumentos jurídicos. Com isso, todo o ordenamento deve viabilizar a promoção de valores fundamentais, como os reconhecidos pelo texto constitucional.

A ideia de função social se caracteriza exatamente por traduzir a necessidade de harmonização entre o interesse do titular do direito e os interesses sociais. Esse é um aspecto extremamente relevante do ponto de vista prático. Isso porque, durante muito tempo, acreditou-se que, na esteira dos valores liberais, o titular do direito poderia exercê-lo como bem lhe aprouvesse, podendo, inclusive, a seu bel prazer, deixar de exercê-lo.

Aos poucos, no entanto, o homem parece ter se conscientizado de que não vivemos isolados. Ao contrário, vivemos em sociedade e, por isso, tudo aquilo que cada um de nós realiza acaba repercutindo na esfera jurídica dos demais. Daí, portanto, a necessidade de harmonização dos interesses (público e privado). Mesmo porque é evidente que não podemos simplesmente passar por cima do interesse individual, em toda e qualquer situação, tão somente para resguardar o interesse do grupo social. Como dito, a preocupação deve girar em torno da harmonização. Essa, aliás, é a palavra chave para entender o princípio em questão. Não se sustentado, é claro, a ideia da simples subordinação do privado em relação ao público, sobretudo a partir dos supracitados princípios constitucionais, que põem a pessoa humana como principal valor a ser tutelado pelo ordenamento jurídico.

O princípio da função social, porém, quando analisado na perspectiva das relações contratuais, acaba repercutindo tanto no âmbito interno, atinente à relação entre as partes contratantes, quanto no âmbito externo, referente à relação entre os contratantes e o grupo social do qual fazem parte.

Internamente, a função social traz como consequência a mitigação da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*), além de reforçar a proteção da parte mais vulnerável da relação contratual, algo bastante evidente em uma relação de consumo, regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. Sem contar, é claro, a proteção de direitos individuais relativos à dignidade da pessoa humana, também inerente à essa eficácia interna da função social, em consonância com o princípio constitucional autônomo, consagrado no art. 1º, inciso III, da Lei Maior.

Do ponto de vista externo, a função social do contrato pode ser percebida nas hipóteses em que o contrato gera efeitos perante terceiros, bem como naquelas situações inversas, ou seja, em que uma conduta de terceiro repercuta na relação contratual.

É exatamente essa ideia de eficácia extrínseca ou externa da função social do contrato que joga por terra, de uma vez por todas, o princípio da relatividade dos contratos, como se o fenômeno contratual, na feliz expressão de Flávio Tartuce (2010), fosse uma espécie de bolha ou corrente que somente interessasse aos contratantes.

Na verdade, como foi acima frisado, o contrato é claramente um fenômeno social que, por isso mesmo, interessa não apenas às partes celebrantes, mas ao grupo social como um todo. É, aliás, como muito bem constata o jurista argentino Ricardo Luís Lorenzetti: “A análise particularizada no contrato impede, muitas vezes, perceber a globalidade do ‘negócio’ celebrado. A venda a baixo preço (contrato) pode objetivar a eliminação de um concorrente (negócio) e transformar-se em ilícita à luz da regulamentação da concorrência.” (LORENZETTI, 1998, p. 541)

Sendo assim, é patente a necessidade de releitura da ideia de relatividade dos contratos, bastante difundida no Estado Liberal, mas que não mais se coaduna com os valores e características do atual contexto. Nesse sentido, é passada a hora de percebermos que o contrato é fenômeno que não interessa apenas aos contratantes, mas à sociedade como um todo.

Felizmente, aos poucos, a doutrina e a própria legislação parecem acordar para tal realidade. Tanto é verdade que alguns dispositivos legais já parecem reconhecer tal problemática.

Assim, por exemplo, prevê o CDC, em seus arts. 12 a 14, a responsabilidade do fornecedor do produto ou serviço por danos causados ao consumidor por acidente de consumo. Trata-se da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço. É o que ocorre, por exemplo, quando alguém adquire um forno micro-ondas que vem a explodir em virtude de um determinado defeito, causando danos ao consumidor.

Para essa hipótese, dispõe o art. 17 do mesmo estatuto legal que: “para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.” Isso significa que mesmo um terceiro, estranho à relação de consumo, também pode invocar a aplicação do Estatuto consumerista, sobretudo no que diz respeito à responsabilidade objetiva do fornecedor.

Como se vê, esse importante dispositivo legal se justifica muito claramente pelo fato de um determinado contrato, gerador de uma relação de consumo, poder produzir efeitos também em face de um terceiro, estranho a essa relação. Daí, a possibilidade de se estender o regramento consumerista em face de quem não participou da relação de consumo, numa clara alusão à ressaltada eficácia externa dos contratos.

No mesmo sentido, a Lei n.º. 8.884/94, ao estabelecer mecanismos para a prevenção e repressão de atos ofensivos à ordem econômica, dispõe, em seu art. 20, que:

“Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros.”



Mais uma vez, é fácil perceber que o fundamento deste último dispositivo legal se assenta na possibilidade de um determinado contrato, celebrado entre duas ou mais pessoas jurídicas, repercutir sobre a ordem econômica, limitando ou suprimindo a concorrência. Trata-se, evidentemente, de uma repercussão externa do contrato, que ultrapassa em muito a esfera jurídica das partes contratantes.

O problema, porém, é que a doutrina dominante ainda parece presa à concepção tradicional, que defende a relatividade dos contratos, como se de fato estes dessem origem a uma bolha que em nada interessa ao grupo social do qual os contratantes fazem parte.

É, aliás, o que observa Orlando Gomes, que muito bem sintetizou o princípio em questão. Segundo ele:

“O princípio da relatividade dos contratos diz respeito à sua eficácia. Sua formulação fez-se em termos claros e concisos ao dizer-se que o contrato é *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*, o que significa que seus efeitos se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando a terceiros”. (GOMES, 2007, p. 65)

No mesmo sentido, é a lição de Carlos Roberto Gonçalves, segundo o qual:

“Funda-se tal princípio na ideia de que os efeitos do contrato só se produzem em relação às partes, àqueles que manifestaram a sua vontade, vinculando-se ao seu conteúdo, não afetando terceiros nem seu patrimônio.

Mostra-se ele coerente com o modelo clássico de contrato, que objetivava exclusivamente a satisfação das necessidades individuais e que, portanto, só produzia efeitos entre aqueles que o haviam celebrado, mediante acordo de vontades. Em razão desse perfil, não se poderia conceber que o ajuste estendesse os seus efeitos a terceiros, vinculando-os à convenção.” (GONÇALVES, 2004, p. 26)

Como decorrência do referido dogma (relatividade dos contratos), é corrente na doutrina a afirmação de que os direitos reais são absolutos, o que significa que são oponíveis *erga omnes*, isto é, contra todos, enquanto que os direitos de crédito são relativos, oponíveis apenas entre as partes. A título de exemplo, costuma-se afirmar que quando alguém celebra uma promessa de compra e venda, assumindo a posição de promitente comprador, ele se torna titular apenas de um direito de crédito e não de um direito real. Isso significa que, caso o promitente vendedor resolva descumprir a avença, negociando o imóvel com outra pessoa, que, por sua vez, vem a registrá-lo no cartório de Registro de Imóveis, o primeiro contratante não terá ação contra o adquirente do bem. Neste caso, em função da relatividade dos contratos, deverá ele se contentar com uma ação indenizatória a ser proposta contra aquele que negociou o bem duas vezes.

Em contrapartida, caso a referida promessa seja registrada no Cartório de imóveis, nascerá para o interessado um verdadeiro direito real de aquisição, oponível, portanto, contra todos, e não apenas contra a outra parte contratante.

Como se vê, esse entendimento, totalmente sedimentado no meio jurídico, assenta-se claramente na ideia de relatividade dos contratos. Como se estes não pudessem alcançar ou produzir efeitos em relação àqueles que dele não participaram.

Como ressaltado, porém, essa ideia não mais se sustenta no atual contexto. Até porque, não é demais repetir, a importância e os efeitos das relações contratuais em muito extrapolam a esfera jurídica das partes contratantes.

Com isso, além da releitura dos princípios contratuais clássicos, principalmente do princípio da relatividade dos contratos, torna-se inegável também a necessidade de uma análise crítica dos critérios de distinção entre os direitos reais e os direitos de créditos. Estes, com base na perspectiva ora proposta, parecem se reaproximar no atual contexto. Nesse sentido, em face da ressaltada eficácia externa da função social do contrato, parece razoável entender que, desde que seja dada publicidade ao direito do promitente comprador, este poderia, também, opor esse seu direito a terceiros, não havendo a necessidade de conceber tal direito como um direito real, para que essa oponibilidade possa ser viabilizada. O fundamento seria exatamente o desrespeito à função social, em sua perspectiva extrínseca, que deve nortear as relações contratuais.

Por outro lado, o princípio da relatividade dos contratos, ao ser levado ao pé da letra, como ainda defende a doutrina clássica, parece trazer consequências ainda mais sérias do ponto de vista prático. Isso porque, a partir do momento que entendemos o contrato como uma bolha, ou corrente, que diz respeito apenas às partes contratantes, nós impossibilitamos a atuação de terceiros no sentido de questionar ou invalidar determinada cláusula, ou, ainda, a relação por inteiro em virtude de atentar contra um valor social, que naquela situação pode ter sido ofendido.

Nesse sentido, é importante ressaltar que por mais que o interesse privado não possa ser o tempo todo subjugado pelo interesse público, como se este sempre merecesse destaque em relação àquele, é natural, em determinadas situações, que deva prevalecer o interesse social. O ideal, porém, como dito, é a harmonização entre tais interesses, para que, de modo geral, nenhum deles seja de antemão considerado preponderante perante o outro.

De todo modo, para aquelas situações em que deva prevalecer o interesse social, pode tornar-se premente a necessidade de intervenção de terceiros no âmbito de uma determinada relação contratual. Por isso mesmo, nessas situações, é justo que a parcela da população atingida pelos efeitos prejudiciais de um contrato esteja habilitada a ajuizar uma ação no sentido de questionar a validade de uma cláusula específica, ou, até mesmo, do contrato com um todo. Tal fato se justifica exatamente em decorrência da eficácia externa dos contratos, que inegavelmente podem trazer prejuízos para terceiros, muito embora nenhum destes tenha sido parte da avença.

Da mesma forma, deve o Ministério Público, como fiscal da lei e como órgão responsável pela tutela dos interesses sociais e difusos, estar habilitado a intervir quando houver necessidade, no sentido de impugnar determinada relação contratual considerada lesiva aos interesses públicos.

O problema é que, dentro da perspectiva tradicional ainda dominante no meio jurídico, o contrato só produz efeitos entre as partes. Sendo assim, ninguém mais a não ser os próprios contratantes tem legitimidade para impugnar qualquer relação contratual da qual não tenha feito parte.

Ainda nesse sentido, percebe-se que essa postura tradicional acaba ensejando outro problema bastante complicado. Ora, quando partimos do pressuposto que as relações contratuais dizem respeito somente às partes contratantes, nós acabamos por negar legitimidade aos próprios contratantes no sentido de agir perante terceiros, que obviamente não participaram da avença, com o objetivo de tutelar a relação contratual estabelecida.

Recentemente, tivemos um claro exemplo dos danos que podem advir de situações como a acima retratada. Como foi amplamente divulgado na mídia, o cantor Zeca Pagodinho havia firmado um contrato com uma determinada cervejaria, a qual obviamente exigia exclusividade de seu garoto propaganda. De fato, vários anúncios já haviam circulado, utilizando a imagem do referido cantor. Curiosamente, porém, pouco tempo depois da veiculação das primeiras propagandas, outra empresa do ramo cervejeiro interveio na relação que já havia sido firmada e disponibilizando-se pagar quantia superior àquela que o aludido artista já havia recebido acabou estimulando a quebra do contrato anterior, como realmente ocorreu.

Neste caso, temos claramente uma situação contrária em relação àquela acima reportada. Mesmo porque, não se trata de contrato prejudicial ao interesse público, mas sim interferência danosa de terceiros em face do vínculo contratual previamente estabelecido.

De todo modo, com base no princípio da relatividade dos contratos, podemos chegar à mesma conclusão que foi acima reportada, qual seja, a inviabilidade da atuação do contratante prejudicado em relação ao terceiro predador, única e exclusivamente pelo fato deste não ter sido parte na relação contratual por ele estabelecida. O que, convenhamos, não mais se justifica.

É, aliás, o que afirma Tereza Negreiros, segundo a qual:

“Sai fortalecida, pois, a tese de que o princípio da função social condiciona o exercício da liberdade contratual e torna o contrato, como situação jurídica merecedora de tutela, oponível *erga omnes*. Isto é, todos têm o dever de se abster da prática de atos (inclusive a celebração de contratos) que saibam prejudiciais ou comprometedores da satisfação de créditos alheios.” (NEGREIROS, 2006, p. 272)

No mesmo sentido, é o teor do enunciado aprovado pelas Primeiras Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho de Justiça Federal, segundo o qual: “Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.”

## (in)eficácia externa dos contratos no âmbito do Direito Tributário

Dispõe o Código Tributário Nacional:

“Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.”

Neste dispositivo encontramos uma restrição ao direito de contratar, não no seu aspecto interno, ou seja, nos efeitos perante seus signatários, mas, uma limitação externa da fonte obrigacional (contrato) perante o Estado.

Podemos explicar, procurando a melhor didática, que o artigo 123 do CTN, imperativamente dispõe que particulares não podem obstar o exercício do fisco, alegando que entabularam determinado negócio privado incumbindo a uma pessoa (e eximindo outra) a responsabilidade de pagar um tributo. Isto significa dizer que salvo lei em contrário, o Fisco tem a potestade de cobrar o tributo de qualquer um previsto na lei como sujeito passivo, ainda que outra pessoa (quer natural ou jurídica) espontaneamente se responsabilize com exclusividade, alegando que firmou compromisso em assumir a obrigação tributária. Por outro lado, ainda que haja a disposição acima, ou seja, um contrato particular isentando de responsabilidade tributária determinada pessoa, caso haja previsão legal de multiplicidade de sujeitos passivos, o ente fazendário poderá cobrar de qualquer um o tributo previsto na lei.

Para sermos bem didáticos: para o Poder Público, os negócios privados não impedem a cobrança dos tributos em detrimento de qualquer sujeito passivo previsto na lei.

Nesse contexto, observa-se, *prima facie*, uma tensão de direitos na medida em que um negócio jurídico absolutamente legal não tem efeitos perante terceiros *in casu* o Estado.

Todavia, plenamente explicável o dispositivo que ora tratamos.

Sejamos simples e diretos: imagine-se que determinada empresa em situação econômica difícil, devedora do erário, tenha a intenção de não assumir as suas obrigações fiscais. Caso não existisse o artigo 123 do CTN que ora estudamos, bastaria celebrar contratos com pessoas sem patrimônio dispostas a assumir o ilícito da devedora em troca de algum benefício, por simples amizade ou em retribuição de favor anteriormente prestado (como um emprego), estipulando que este último<sup>3</sup> se responsabilizaria exclusivamente por todas as dívidas daquela empresa isentando-a de qualquer obrigação, para tornar letra morta a responsabilidade fiscal prevista na lei.

Neste caso hipotético, porém comum, o erário/credor ficaria “a ver navios” na medida em que não encontraria bens suficientes para serem penhorados em razão do inadimplemento daquela empresa devedora que tentou transferir sua responsabilidade,

<sup>3</sup> Popularmente conhecido por “laranja”.

o que, obviamente é inadmissível uma vez que, pelo menos em tese, o Estado usa os recursos originados da arrecadação tributária em prol da coletividade. Em conclusão, não se pode aceitar que um particular prejudique toda a sociedade para satisfazer interesse próprio, sobretudo se escuso.

## **Hipóteses concretas de aplicabilidade do artigo 123 do Código Tributário Nacional**

A tentativa de não se pagar tributos através da transferência da responsabilidade fiscal para terceiros através de contratos particulares é comum no Brasil, embora, como acima explicado, ineficaz.

Passemos a ilustrar este trabalho com situações concretas, enumerando-as.

1 – É comum que nos contratos de locação de bens imóveis conste uma cláusula estipulando que o locatário (inquilino) responsabilize-se exclusivamente pelo pagamento do IPTU (Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana) ou o pelo ITR (Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural) eximindo o proprietário-locador de tal obrigação.

Não obstante a possibilidade de o locatário assumir a obrigação de pagar os impostos acima, expressamente previstas nos artigos 22, VIII<sup>4</sup>, 23, I<sup>5</sup> e 25<sup>6</sup> da Lei 8.245/91 (Lei de Locações) e não existir norma proibitiva no Código Civil, duas razões existem para que o município, no que concerne ao IPTU, ou a União, no tocante ao ITR, possam cobrar do locador ou do locatário a dívida tributária.

A primeira, já abordada, é o disposto no artigo 123 do Código Tributário, isto é, na medida em que o poder público não participou da avença (contrato de locação) não poderá o locador eximir-se da obrigação legal.

O segundo motivo jurídico que impede a exclusão da responsabilidade do proprietário-locador é ainda mais simples, qual seja: o próprio CTN estipula que tanto o locatário quanto aquele que transferiu a posse de seu bem para este, ou seja, o locador, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do IPTU ou ITR. Afinal, dispõe o código tributário:

---

<sup>4</sup> Art. 22. O locador é obrigado a:

...

VIII - pagar os impostos e taxas, e ainda o prêmio de seguro complementar contra fogo, que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel, salvo disposição expressa em contrário no contrato;

<sup>5</sup> Art. 23. O locatário é obrigado a:

I - pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado ou, em sua falta, até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencido, no imóvel locado, quando outro local não tiver sido indicado no contrato;

<sup>6</sup> Art. 25. Atribuída ao locatário a responsabilidade pelo pagamento dos tributos, encargos e despesas ordinárias de condomínio, o locador poderá cobrar tais verbas juntamente com o aluguel do mês a que se refiram.

“Art. 29. O imposto, de competência da União, sobre a propriedade territorial rural tem como fato gerador a propriedade, o domicílio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, localização fora da zona urbana do Município.

Art. 31. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.” (grifos acrescidos)

Ora, o Código Civil se encarrega de definir “posse” e o faz no artigo 1.196 que deve ser estudado em conjunto com a cabeça do artigo 1.228 (que trata da propriedade), *in verbis*:

“Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”

Ora, na exata medida em que o locatário usa o bem locado é, automaticamente considerado pelo direito um “possuidor” do imóvel e, por conseguinte, por força da lei tributária, sujeito passivo do IPTU e do ITR em condição de igualdade com o proprietário.

2 – Na mesma linha de raciocínio do item 1, também é comum aos locadores de imóveis urbanos tentarem se eximir do pagamento de taxas como a de limpeza urbana, iluminação pública, aparelhamento do corpo de bombeiros, segurança pública, dentre outras, transferindo para o locatário, contratualmente, a responsabilidade tributária.

Atualmente, o Código Tributário Nacional:

“Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.” (grifos acrescidos)

Da leitura do artigo acima, conclui-se que o sujeito passivo da taxa é a pessoa que exerce uma atividade provocadora do poder de polícia ou se utiliza de fato ou potencialmente de serviço público. Conclui-se, pois, que não é a propriedade o fato gerador da obrigação tributária e sim o exercício ou utilização que, naturalmente, decorre da posse ou propriedade.

As próprias legislações municipais, por vezes, se encarregam de disciplinar quem são os sujeitos passivos das taxas, como no Código Tributário Municipal de Cuiabá/MT (Lei Complementar n.º. 43/97):

“Art. 270 – Sujeito passivo da Taxa de Licença para Localização são todas as pessoas físicas ou jurídicas que vierem a se instalar ou exercer suas atividades no Município de Cuiabá.

Art. 288 - Sujeito passivo pelo pagamento da taxa de licença para publicidade são todas as pessoas físicas ou jurídicas, às quais direta ou indiretamente a publicidade e propaganda venha a beneficiar.

...

§2º – Responderá solidariamente com o sujeito passivo a pessoa física ou jurídica, proprietária do veículo de divulgação que utilizar publicidade e propaganda sem a devida autorização da Prefeitura, como também o proprietário ou possuidor a qualquer título de imóvel, onde for aplicado ou fixado o veículo de divulgação.”

Assim, tanto em razão da própria legislação municipal elencar o proprietário, bem como, o locatário como sujeitos passivos da obrigação de pagar taxas, o Código Tributário Nacional impede que, por contrato particular, o locador se exima de pagar o tributo em razão da transferência particular estipulada no contrato de locação.

3 – Interessante também a situação em que um vendedor de imóvel recolheu indevidamente IPTU a maior em favor do erário e, por força da escritura pública de compra e venda, transferiu ao adquirente o direito de ajuizar a repetição de indébito perante o município para exigir a devolução do imposto pago a maior.

Seguindo o disposto no artigo 123 do CTN, bem como nos artigos 165 e 166<sup>7</sup> do mesmo Código, o adquirente não tem legitimidade ativa para pleitear judicialmente a devolução do valor pago a maior pelo alienante, por dois motivos: o primeiro que a escritura pública não tem o condão de transferir a legitimidade ativa de uma pessoa para outra, uma vez que trata-se de avença particular sem a anuência da Fazenda Pública; o segundo motivo é ainda mais simples, na medida em que a repetição deve ser a favor daquele que suportou o ônus de ter pago mais do que devia, ou seja, o vendedor do imóvel.

<sup>7</sup> Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II – erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Art. 166. A restituição de tributos que comporem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

4 – No âmbito da Justiça do Trabalho é comum acordos homologados judicialmente em sede de Reclamação Trabalhista onde autor e réu, de comum acordo, pactuam o pagamento de determinado valor. Em momento seguinte, procuram discriminar as verbas laborais de forma que não incida sobre as mesmas o Imposto de Renda, favorecendo aquele que recebeu o numerário.

Assim, analisando a petição inicial da reclamação trabalhista, observa-se que existe pedido de valores concernentes a vários fatos geradores da obrigação de pagar o Imposto de Renda, nos termos do artigo 43 do CTN<sup>8</sup>, como, por exemplo, salários atrasados.

Como dito, na tentativa de evitar que sobre os valores a serem pagos ocorra a retenção do Imposto de Renda devido ao Erário que sequer participou da lide, reduzindo significativamente<sup>9</sup> o *quantum* a ser recebido pelo reclamante, as partes estipulam que o montante devido tem como origem parcelas indenizatórias sobre as quais não recai o tributo.

Além do forte indício de sonegação fiscal no comportamento descrito, ainda que *prima facie* não haja o intuito ilícito por parte de ambos os pólos da relação processual, tal avença, ainda que homologada judicialmente, não exime a Fazenda Pública de examinar o referido acordo e, constatando a ocorrência do fator gerador do Imposto de Renda previsto no artigo 43 do Código Tributário, exigir do sujeito passivo o devido pagamento.

5 – Situação diária em execuções fiscais ocorre quando a Fazenda exequente pretende redirecionar a cobrança contra a pessoa natural dos sócios gerentes em razão das infrutíferas tentativas de penhora nos bens da pessoa jurídica devedora.

Nesta hipótese, a jurisprudência ainda vacila sobre as condições para que a cobrança seja revertida contra os administradores da pessoa jurídica devedora principal, em razão dos artigos 134 e 135 do CTN<sup>10</sup>. Todavia, no ano de 2009,

<sup>8</sup> Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (*Parágrafo incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001*)

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo. (*Parágrafo incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001*)

<sup>9</sup> A alíquota do Imposto de Renda de Pessoa Física pode chegar a 27,5%.

<sup>10</sup> Responsabilidade de Terceiros

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I – os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II – os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III – os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV – o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V – o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;



o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 435 que possui os seguintes dizeres:

“Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

Ora, diante desta súmula, a Fazenda Pública tem comumente demonstrado que a devedora “fechou as portas” irregularmente, ou seja, sem observar as disposições legais, permitindo, assim, a penhora dos bens particulares do sócio-gerente.

Em uma atitude por vezes desonesta (e ingênuas), mostra-se muito comum um contrato particular entre os sócios-gerentes e outras pessoas, popularmente conhecidos por “laranjas” no qual estes últimos assumem que eram sócios-gerentes nas épocas em que ocorreram os fatos geradores e/ou vencimento dos créditos tributários na tentativa de eximir o verdadeiro gestor de sua responsabilidade.

Nesta situação, assim como as demais, demonstrado de fato (ou de direito) quem era os administradores da devedora, será absolutamente irrelevante, para efeitos de recuperação do crédito público, aquele documento particular no qual um terceiro assumiu, faltando com a verdade, que seria o responsável pela dívida na medida que era sócio-gerente da executada.

Nesse sentido já publicamos<sup>11</sup>:

A dissolução de uma pessoa jurídica de direito privado deve ser cercada de cuidados formais a serem tomados por seus administradores.

Dentre as formalidades essenciais à dissolução está a obrigatoriedade de informar à Junta Comercial ou Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, bem como, à Receita Federal, o intuito de encerramento.

Quando uma pessoa que efetivamente gerencia (não somente o sócio-gerente) uma pessoa jurídica (e não somente empresas), negligencia ao dever legalmente imposto de comunicar aos órgãos oficiais a dissolução, comete ato ilícito omissivo.

Diante de um dano causado por ato ilícito perpetrado por qualquer pessoa, constatado também o nexo de causalidade, estaremos diante da responsabilidade do causador, devendo este reparar o prejuízo que gerou.

Como em sede de Execução Fiscal pretende-se recuperar o prejuízo sofrido pelo erário diante do inadimplemento de uma pessoa, caso a responsabilidade pelo dano seja legalmente transferida a terceiros por este ter cometido ato contrário à lei, estaremos

---

VI – os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

<sup>11</sup> REZENDE, Elcio Nacur. (coordenador) et alii. *Temas atuais de direito sob a ótica dos advogados públicos*. Belo Horizonte: Mosaico, 2010, p. 93.

possibilitando a Desconsideração da Personalidade Jurídica do devedor primevo (pessoa jurídica) para, graças a ilicitude cometida por seu administrador, permitir que seja cobrado deste a dívida daquela.

A Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça, de forma extremamente louvável, não obstante merecer reparos, veio consolidar o raciocínio jurídico que determina que, em razão da ilicitude do sócio-gerente de uma empresa em negligenciar ao dever legal de comunicar aos órgãos oficiais a dissolução, passará a ter responsabilidade pessoal pelas dívidas da empresa que são objetos de Execução Fiscal.

6 - Situação típica da atividade empresarial que se relaciona intimamente com o tema que ora tratamos ocorre nas transformações societárias, quer fusões, incorporações e cisões.

Grosso modo, a fusão<sup>12</sup> ocorre quando duas ou mais empresas reúnem-se formando uma nova pessoa jurídica. Na incorporação<sup>13</sup>, uma empresa denominada incorporadora engloba outra, fazendo com que esta, denominada incorporada, desapareça. Por fim, na cisão<sup>14</sup>, uma empresa é fracionada, transformando-se em duas ou mais, podendo, ou não, desaparecer a cindida.

Em qualquer uma das operações acima, vislumbra-se comumente que: na fusão, as empresas originais pactuam que a nova empresa estará isenta de responsabilidade tributária pelos débitos originados de fatos geradores antes do procedimento; na incorporação, estipula-se que a incorporadora não arcará com as dívidas fiscais da incorporada; e, na cisão, a empresa fracionada, por via contratual, pactua que uma das novas empresas será responsável exclusiva pelas dívidas anteriores e a outra(s) surgirá incólume no que concerne às obrigações tributárias.

Vale ressaltar que não estamos a afirmar que nas operações empresariais de fusão, cisão ou incorporação sempre ocorre tal intenção fraudatória. Pelo contrário, tais mudanças são inerentes à atividade privada e, muitas vezes, salutar economicamente falando, pois podem evitar fracassos que certamente acarretarão prejuízos sociais, como o desemprego e até, a *contrario sensu* do que prega-se pelos entes fazendários, uma diminuição da arrecadação tributária, na medida em que poderá ocorrer uma redução da atividade econômica geradora de riqueza e desenvolvimento social.

Mas, caso se pactue contratualmente qualquer das hipóteses narradas no penúltimo parágrafo, ou seja, estipule-se que a nova empresa que surgiu da fusão esteja isenta de responder pelas dívidas tributárias da originais; que a incorporadora está isenta da responsabilidade fiscal da empresa incorporada ou que uma das pessoas jurídicas que surgiram a partir de uma cisão está incólume das dívidas da cindida, tal cláusula contratual não terá qualquer validade perante o erário.

<sup>12</sup> A Lei das Sociedades Anônimas (6404/76) define: Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

<sup>13</sup> A Lei das Sociedades Anônimas (6404/76) define: Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

<sup>14</sup> A Lei das Sociedades Anônimas (6404/76) define: Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

Nesse sentido o Código Tributário Nacional:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.”

E o Código Civil:

“Art. 1.115. A transformação não modificará nem prejudicará, em qualquer caso, os direitos dos credores.

Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

Art. 1.119. A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.”

131

Por tudo que foi exposto, conclui-se que os contratos empresariais que visam à fusão, à incorporação ou à cisão de empresas não poderão fundamentar eventual pretensão do fisco em recuperar créditos inadimplidos das empresas envolvidas por fatos geradores anteriores à operação societária.

7- Ainda que não ocorra uma operação societária como fusão, cisão ou incorporação, uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas pode(m) adquirir o fundo de comércio de uma empresa e passar a geri-la em substituição ao antigo(s) sócio(s).

Entende-se por fundo de comércio como todos os bens corpóreos e incorpóreos que compõem o ativo e o passivo de uma pessoa jurídica de direito privado propiciador do exercício da atividade mercantil. Assim, os bens móveis (equipamentos, máquinas, utensílios em geral, etc.), bem como os bens imóveis (galpão, fazenda, loja, etc.) fazem parte deste conceito.

Caso este conjunto de bens seja transferido para que o adquirente, quer pessoa natural ou jurídica, prossiga com a atividade empresária, haverá a transmissão do fundo de comércio.

Nessa situação, caso o alienante, ainda que de comum acordo com o adquirente, estipulem que aquele que transferiu o fundo de comércio se exima das dívidas fiscais e que o adquirente as assumirá integralmente, tal dispositivo contratual não obstará a cobrança intentada pela Fazenda Pública.

Isto é, se uma empresa operou por algum tempo e inadimpliu com o fisco, em nada adiantará ao sócio-gerente eventualmente responsável tributário que venda integralmente todos os bens da pessoa jurídica para outra pessoa física, pois aquele poderá ser executado em razão do tributo inadimplido.

8 - Com o falecimento de uma pessoa natural, abre-se segundo o Código Civil a sucessão do *de cujus*. Segundo o artigo 1784 da lei civil<sup>15</sup>, a propriedade e a posse dos bens do falecido são transmitidas imediatamente para seus herdeiros.

Todavia, existe outro lado da questão. Qual seja: a responsabilidade tributária outrora exclusiva do falecido. Vale dizer que, como se sabe, com a morte de alguém, seus herdeiros devem providenciar a partilha dos bens deixados através de um procedimento judicial ou extra judicial de inventário.

Não obstante, também se forma um ente denominado espólio, composto por um conjunto de bens, direitos e obrigações originados do falecimento que deverão ser geridos por uma pessoa denominada inventariante, até que, por ato final, se ultime a partilha definitiva dos bens entre os herdeiros.

O espólio responderá pelas dívidas tributárias deixadas pelo falecido, pois caso não sejam quitadas, estará obstada a partilha definitiva dos bens. Ou seja, enquanto não forem pagas as dívidas do *de cujus*, os bens não passarão a ser de propriedade dos herdeiros, ficando o inventário impedido de ter sua tramitação final.

Outrossim, ainda que por algum infortúnio não se forme o espólio, os sucessores do falecido que herdarem algum bem ou direito, passam a responder perante o fisco pelos fatos geradores ocorridos na época em que o sucedido estava vivo devido aqueles bens ou direitos. Deve ser frisado que não se herdará dívida, isto é, caso o valor do patrimônio herdado seja inferior aos valores devidos ao fisco, este não poderá extrapolar por ocasião da cobrança o valor transmitido por herança, o que impossibilita que o sucessor seja constrangido a reduzir seu patrimônio em razão de sua qualidade.

Ressalte-se que a responsabilidade tributária do espólio e do sucessor é prevista no Código Tributário Nacional:

“Art. 131. São pessoalmente responsáveis:

...

II – o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo *de cujus* até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão do legado ou da meação;

III – o espólio, pelos tributos devidos pelo *de cujus* até a data da abertura da sucessão.

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva

<sup>15</sup> Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.”

Novamente, voltemos ao cerne deste estudo, qual seja: poderá haver algum tipo de negócio privado que acarrete a exclusão da responsabilidade do espólio ou do sucessor? A resposta é negativa.

Ainda que em testamento ou mesmo na transmissão decorrente exclusivamente da lei, não terá oponibilidade contra o fisco eventual cláusula contratual que o testador exima o herdeiro testamentário de pagar tributos relativos ao bem herdado, como, por exemplo, uma dívida de IPTU ou ITR do imóvel objeto da disposição de última vontade.

Também não poderá o magistrado, caso o inventário seja judicial ou o notário, caso o inventário tramite no Cartório de Notas, admitir um acordo entre os herdeiros onde se estabeleça que algum deles assuma responsabilidade tributária exclusiva, eximindo os demais ou mesmo que se possibilite o término do inventário pelo simples fato de algum dos herdeiros ter-se declarado responsável pelo inadimplemento.

Como sabemos, a responsabilidade tributária decorre da lei e, conforme o já cansativamente mencionado artigo 123 do Código Tributário Nacional, convenções particulares como as expostas no parágrafo anterior não terão qualquer eficácia perante a Fazenda Pública, podendo esta, por lógico, cobrar de qualquer dos sucessores ou do espólio dívidas tributárias devidas à época que o sucedido ainda vivia.

9 – Outro exemplo de que um pacto particular não terá efeitos perante o fisco, ocorre na transmissão da propriedade imobiliária, quer em área rural quer urbana, passíveis portanto de responsabilidade tributária pelo pagamento de ITR ou IPTU, respectivamente.

Como sabemos e comentado no item 1 supra, o sujeito passivo do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR) e do Imposto sobre a Propriedade Territorial e Predial Urbana (IPTU) não é apenas e tão somente o proprietário de um imóvel, mas, também e em solidariedade o possuidor.

Não obstante, as dívidas tributárias que recaiam sobre um imóvel, por possuírem certas características inerentes às obrigações *propter rem*, ou seja, em “razão da coisa”, geram o poder de seqüela, permitindo que a obrigação tributária persiga a coisa, seja lá quem for o seu proprietário. Desta forma, o adquirente de um imóvel, quer comprador, donatário, ou a qualquer outro título, receberá a propriedade e responderá por eventuais dívidas fiscais, ainda que com fato gerador anterior à transmissão.

Por corolário do acima descrito e do artigo 123 do CTN, em nada adiantará constar de um documento particular ou da escritura pública que originou a transmissão qualquer menção que intente isentar de responsabilidade o adquirente, como, por exemplo, o pacto que estabelece que o transmitente arcará com exclusividade por débitos anteriores à venda.

Tal dispositivo, como dito, não obstará que o fisco intente a ação de cobrança contra o atual proprietário, ainda que a dívida tenha sido gerada por inadimplemento anterior à sua aquisição.

Nesse diapasão é que se recomenda veementemente que o adquirente de um imóvel exija certidão negativa de tributos em nome do transmitente, na intenção de não vir a sofrer prejuízo na medida que arcará com débitos a que não deu causa.

## Conclusão

Em vista de tudo o que foi acima exposto, é inegável que o princípio da relatividade dos contratos deve ser revisto, no sentido de adaptá-lo ao atual contexto. Conseqüentemente, não há como negar a possibilidade de o contrato produzir efeitos que alcancem (ou não) também terceiros, estranhos à relação estabelecida.

Essa eficácia externa, em consonância com o princípio da função social dos contratos, sobretudo em sua perspectiva extrínseca, é a que mais se adequa à sociedade atual, caracterizada pela contratação em massa e pela abrangente repercussão que muitos contratos podem assumir do ponto de vista prático.

Com isso, atribui-se a possibilidade de terceiros, estranhos à relação contratual, agirem no sentido de invalidar determinada cláusula, ou o contrato em sua totalidade, quando descumprida sua função social, obviamente na perspectiva externa, causando danos que ultrapassem as partes contratantes.

Do mesmo modo, o Ministério Público, como representante dos interesses sociais, passa a assumir função extremamente relevante, podendo atuar toda vez que determinada relação contratual puder acarretar prejuízos para interesses difusos ou coletivos, o que, sem dúvida alguma, representa importante inovação. Mesmo porque, em virtude do predomínio do princípio tradicional, que reputa relativos os efeitos contratuais, este importante órgão institucional normalmente se mantém alheio a toda a discussão mantida no âmbito das relações contratuais.

Por outro lado, sempre que terceiro intervir indevidamente em uma relação contratual, como ocorreu no caso envolvendo o cantor Zeca Pagodinho e a Schincariol, torna-se cabível ao contratante pleitear medidas judiciais de proteção da avença, podendo, inclusive, pretender a invalidade de outra relação contratual que se estabeleceu em prejuízo daquela que já estava em vigor.

Na mesma linha de raciocínio, demonstramos que os contratantes sempre que vislumbrarem o uso do instrumento contratual com objetivo de prejudicar a Fazenda Pública, a eficácia pretendida será inexistente, portanto ineficaz.

## Referências bibliográficas

- BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no Novo Código Civil*. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2007.
- BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*. Malheiros: São Paulo, 2002.
- BRASIL. *Código Civil* (2002).
- BRASIL. *Código Tributário Nacional* (1966).
- BRASIL. *Constituição* (1988).
- BRASIL. *Lei das Sociedades Anônimas* (1976).
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Contratos*. Saraiva: São Paulo, v. V.

- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. III.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984, v. 1.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato. Novos paradigmas*. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Contratos*. 12. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2006, vol. III.
- REZENDE, Elcio Nacur. (coordenador) et alii. *Temas atuais de direito sob a ótica dos advogados públicos*. Belo Horizonte: Mosaico, 2010.
- REZENDE, Elcio Nacur. DE SOUZA, Cimon Hendrigo Burmann. FIUZA, César (coord.) et alii. *Direito e negócios empresariais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 5. ed. Método: São Paulo, 2010.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria geral das obrigações e dos contratos*. 10 ed. Atlas: São Paulo, 2010.
- ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Direito contratual contemporâneo. A liberdade contratual e sua fragmentação*. Método: São Paulo, 2008, vol. V.





# La Presidencia en la Argentina a través de los discursos de apertura de la Asamblea Legislativa, 1983-2011

Jorge O. Bercholc <sup>1</sup>  
Diego J. Bercholc <sup>2</sup>

## Sumario

Introducción. Veinte tesis que caracterizan a los discursos presidenciales. ¿De qué hablaron los presidentes argentinos entre 1983 y 2011? Análisis por presidencia.

## Introducción

Los estudios presidenciales, entendidos como área específica de estudio e investigación, no presentan demasiados antecedentes en la Argentina ni en la región, como en general ocurre con el conocimiento sobre la performance y producción de las instituciones políticas y jurídicas. Este artículo es parte de una investigación mayor que analiza el funcionamiento de la institución presidencial en uno de sus aspectos más visibles pero menos estudiados, la actividad discursiva de los presidentes.

Se ha estudiado a la denominada “*presidencia retórica*”, a través del análisis de contenido de los discursos de apertura de las sesiones anuales ordinarias de la Asamblea Legislativa en el período 1983-2011. Se trata del discurso que da cuenta del estado de la Nación ante el Parlamento.

Hemos abordado los discursos referidos a través de una metodología mixta, empírica-cuantitativa, con análisis cualitativos agregados, que ha permitido el estudio de las piezas discursivas más cuidadas y elaboradas que emite el Presidente año tras año.

Los discursos presidenciales de apertura de sesiones resultan ser una pieza lingüística que exterioriza la visión que de la realidad tiene y/o pretende construir el Poder Ejecutivo. Esa inteligencia de la realidad es tanto retrospectiva como prospectiva. Por ello, más allá de lo que el Presidente pueda efectivamente hacer en su gestión de gobierno, lo que nos permite el análisis de los discursos es auscultar la comprensión que el Presidente tiene de las circunstancias y situaciones políticas, sociales y económicas que lo rodean y que debe afrontar, y cómo intentará gobernarlas.

<sup>1</sup> Doctor en Derecho Político, Universidad de Buenos Aires. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Universidad de Buenos Aires. Profesor de Teoría del Estado, Postgrado y Doctorado, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Sociología Jurídica y de Metodología de la Investigación Jurídica, Universidad Abierta Interamericana.

<sup>2</sup> Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Integrante del equipo de investigación del proyecto acreditado en el marco de la programación científica de la Universidad de Buenos Aires 2004-2007, Código D013, sede de trabajo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. A partir del año 2007 el proyecto fue financiado por la Secretaría de Investigación y Desarrollo de la Universidad Abierta Interamericana.

Como ha dicho el profesor de la Universidad de Texas Roderick Hart: “Un presidente es ante todo un hablador”. A partir del análisis de su actividad verbal podremos tener una aproximación certera y objetiva a su construcción simbólica de la realidad y a sus estrategias de acción política.

Además, los discursos, son importantes por su peso institucional, en tanto tienen el poder simbólico y la legitimidad de la institución estatal.: “...El discurso presidencial concebido como eje central de la producción de significaciones desde el Estado...”<sup>3</sup>

Debe también tenerse en consideración, que estas piezas discursivas están prescriptas por el artículo 99, inciso 8 de la Constitución Nacional Argentina, por ello constituyen las verbalizaciones más importantes, en términos jurídicos e institucionales, de la Presidencia.

En el presente artículo enumeramos 20 tesis generales que caracterizan a los discursos presidenciales de inauguración de la Asamblea Legislativa en la Argentina. Además presentamos las principales líneas discursivas de cada presidente durante sus períodos de gobierno, entre los años 1983-2011, desde la restauración del sistema democrático en la Argentina. Las conclusiones que se presentan en este artículo han sido corroboradas suficientemente, a través de pasos metodológicos rigurosos que son largamente explicados en el libro con el trabajo completo, cuya publicación es de próxima aparición.

El lector debe tener en consideración que los períodos presidenciales analizados no han sido, por distintas circunstancias, simétricos. Alfonsín gobernó 6 años; Menem gobernó 6 y 4 años respectivamente en sus dos períodos, reforma constitucional de 1994 mediante; De la Rúa renunció durante su segundo año de mandato; Duhalde tuvo un período irregular en el que ni siquiera pudo completar el período que le hubiera correspondido al presidente anterior; Kirchner gobernó 4 años y Cristina 4 años.

Para que el lector tenga claramente delimitados los períodos de mandato de cada presidente se puede ver el siguiente cuadro.

### Período presidencial y cantidad total de palabras por presidente

<u>Período presidencial</u>	<u>Cantidad de palabras</u>	<u>Años</u>	
Alfonsín	-6 años-	77.252	1983-1989
Menem 1º mandato	-6 años-	41.202	1989-1995
Menem 2º mandato	-4 años-	21.503	1995-1999
De la Rúa	-2 años-	13.041	1999-2001
Duhalde	-2 años-	9.045	2002-2003
Kirchner	-4 años-	66.813	2003-2007
Cristina	-4 años-	38.369	2007-2011

A fin de un reflejo certero de la densidad de las repeticiones de palabras o frecuencias léxicas, se ha trabajado con dos modos de medición cuantitativa de cada discurso presidencial. El de repeticiones nominales de palabras y otro instrumento obtenido de un coeficiente de repetición, construido en relación a la cantidad nominal de repeticiones y

<sup>3</sup> Armony, Víctor, Aportes teórico-metodológicos para el estudio de la producción social de sentido a través del análisis del discurso presidencial, Revista Argentina de Sociología Año 3 N° 4, pp. 37 y 38.

la extensión de cada discurso, considerando la cantidad de palabras enunciadas en cada uno. Ello a fin de homogeneizar el objeto de estudio, dada la disparidad de extensión entre los discursos relevados, pues hay presidentes más habladores que otros. Ambos modos de medición resultan de interés a efectos del análisis cualitativo y no se debe descartar la utilidad de ninguna de las dos variables de frecuencia propuestas.

Además de contabilizar las palabras o frecuencias léxicas se ha trabajado con grupos de palabras que conforman lo que denominamos campos semánticos, que están compuestos por palabras (significantes simples y compuestos) que se relacionan por su significado y/o su área temática común. Se formaron 23 campos semánticos, en este artículo se hace referencia a aquellos más relevantes a efectos de las conclusiones y análisis que se presentan.

Esperamos que estas conclusiones sobre la actividad discursiva y de producción de sentido por parte de la institución presidencial en la Argentina, despierte el interés de los lectores brasileros, académicos y pesquisadores, y ello permita la realización de trabajos comparados entre ambos países.

## **Veinte tesis que caracterizan a los discursos presidenciales**

***1. Los discursos presidenciales muestran una progresiva disminución del contenido político pero, también se observa un progresivo uso de nuevos conceptos políticos, más sofisticados, desagregados y específicos.***

Las palabras más enunciadas muestran una tendencia discursiva orientada a lo institucional, político y social. Sin embargo, se observa una progresiva disminución del contenido político y un incremento correlativo del contenido económico en los discursos.

Si bien las palabras de contenido político siguen siendo muy usadas considerando todo el período, en términos relativos comparados, la tendencia nos indica que se ha ido progresivamente hablando menos de política. Esta corroboración cuantitativa muy sustentable y sólida puede ser explicada por la consolidación del sistema y la legitimación e internalización social de los conceptos básicos y principales del campo político. Ello ha exigido cambios discursivos que den cuenta de los nuevos desafíos más complejos que se fueron presentando y que requieren enunciados más sofisticados, desagregados y específicos a fin de responder a las demandas fragmentadas del sistema. Así, aparecen nuevos conceptos y categorías que intentan satisfacer a esa demanda más sofisticada (*derechos humanos, calidad institucional, división de poderes, consenso*), en el marco de coyunturas específicas que requieren respuestas concretas.

En general se ha observado un salto cualitativo en el desarrollo del sistema político e institucional que se refleja en los discursos. No se trata ya de enunciar categorías básicas del sistema, sino de conceptos más sofisticados, adecuados a un sistema institucional en vías de consolidación, luego de casi tres décadas de continuidad.

A medida que se fue consolidando el régimen político democrático, se comenzaron a discutir cuestiones tales como mecanismos de democracia semidirecta (referéndum, revocatoria, consulta popular, iniciativa popular, modificaciones al sistema electoral y al sistema de partidos políticos (listas sábana, financiamiento de los partidos, elecciones primarias, etc.), entre otras.

**2. Consolidados los procedimientos formales democráticos, los discursos presidenciales proponen “democratizar” espacios de la sociedad aún poco “democratizados”.**

En el sentido expuesto en el punto anterior, existe una continuidad en torno al discurso de la democratización, en el sentido de su profundización, más allá del funcionamiento de los aspectos formales del sistema. Se trata de una progresiva enunciación de discursos proclives a la democratización de espacios políticos, sociales y económicos que exigen más que los aspectos procedimentales del régimen político democrático. Se utilizan dos palabras derivadas: democratizar y democratización. Se ha propuesto discursivamente, una vez consolidada la democracia política, “democratizar” espacios de la sociedad que aun funcionan con lógicas poco democráticas, o, en otros términos, poco transparentes o poco igualitarias.

**3. En épocas de crisis se incrementa, fuertemente, el uso de categorías de sentido identitario y de pertenencia, como la invocación de la nación y de lo nacional.**

Los discursos en épocas de crisis presentan algunas particularidades salientes. Se incrementa fuertemente el uso de categorías de sentido identitario y de pertenencia como la invocación de la nación y de lo nacional. Esta acepción ha sido utilizada con más frecuencia en contextos de crisis, y ante la necesidad de los presidentes enunciadores de afianzar la cohesión social. También la utilización de la acepción del trabajo, en su sentido filosófico, de conceptualización de la persona a partir de las tareas laborales, en contradicción con la especulación o el mero interés por el lucro, ha sido más utilizada en contextos de crisis.

**4. El mayor uso de la palabra política, en la acepción de políticas específicas o sectoriales, abona interesantes hipótesis relacionadas a la fragmentación en el modo de participación y de la representación política-corporativa.**

El mayor uso de la palabra política en la acepción de política específica o sectorial, abona interesantes hipótesis relacionadas a la existencia de una fragmentación en el tipo de demandas sociales y, por ende, en el modo de participación y de la representación política-corporativa, tanto institucional como no institucionalizada, de esas demandas. Ello obliga a un tipo de respuestas, desde el gobierno, también más fragmentadas, específicas y sectoriales. Esa utilización discursiva de la palabra *política*, más cercana a una concepción técnica de la actividad, que requiere del enunciador, ante demandas complejas respuestas acordes, obra en desmedro de la idea de la política como gran relato épico, movilizador y abarcativo de ideales democráticos y republicanos.

**5. La fragmentación en el tipo de demandas sociales, producto de la expansión de la ciudadanía, obliga a respuestas específicas desde el gobierno.**

El proceso de descuidadización que implica el dualismo *incluidos/excluidos* es paralelo, paradójicamente, a un proceso de expansión de la ciudadanía a partir de la consagración de nuevos derechos – llamados por los constitucionalistas de tercera y cuarta generación –, garantizados por los textos constitucionales en particular en Argentina luego de la reforma constitucional de 1994. Los nuevos derechos de los incluidos y las carencias de los excluidos, generan una proliferación y fragmentación de demandas y reivindicaciones puntuales vinculadas a cuestiones económicas, sociales y culturales diversas; por ejemplo de carácter ambiental, social, de género, de orientación sexual, antidiscriminatorias, en defensa del multiculturalismo, de derechos indigenistas, de las condiciones de consumo, etc.

Este fenómeno se percibe en el discurso por dos vías: el tratamiento por los presidentes de temáticas cada vez más específicas y diversificadas; y la apelación discursiva de los presidentes a sujetos colectivos de nuevo cuño y de mayor nivel de desagregación respecto a las categorías clásicas (pueblo, trabajadores, etc.), a saber: ciudadanos, consumidores, usuarios, familias, mujeres o pueblos originarios, entre otros.

**6. El discurso presidencial ha evolucionado hacia una idea profesionalizada y técnica – tecnocrática – de gestión estatal, implementada a través de políticas públicas específicas y sectoriales ejecutadas desde el gobierno, disminuyendo las referencias a debates y definiciones ideológicas.**

En el mismo sentido del punto anterior se observa en el campo semántico Estado, un alto coeficiente y repetición nominal de las palabras *gestión, plan y programa*.

La política específica o sectorial implica gestión y respuestas desagregadas por tipo de demanda, para ello se anunciaron una gran cantidad de planes y programas específicos. Ello remite a una idea profesionalizada y técnica –tecnocrática– de gestión estatal.

En ese sentido, los indicadores respecto al incremento de la enunciación de planes específicos de acción de gobierno con una tendencia fuerte a referirse a la gestión, sustentan la hipótesis de que el discurso presidencial se ha ido transformando en un discurso cada vez más profesionalizado, tecnocrático y focalizado en la gestión del gobierno, en desmedro de los debates y las definiciones ideológicas.

**7. Los problemas laborales, la educación y capacitación, y las nuevas cuestiones que la estratificación social dual incluidos/excluidos generan, son tratados articuladamente por los presidentes en sus discursos.**

Los problemas coyunturales – hiperinflación, crisis locales e internacionales – y estructurales -cambios en el mercado laboral, procesos de exclusión social, exigencias de capacitación crecientes, nuevas tecnologías y robotización de plantas industriales con la consiguiente pérdida de puestos de trabajo- han puesto al trabajo, en su acepción económica, *referida a lo laboral, al desempleo, a la obtención de empleo y a los trabajadores como sujeto colectivo*, dramáticamente en la agenda de los discursos presidenciales. La inclusión social y la posibilidad de mantenerse en el mercado laboral se relacionan directamente con la capacitación que el proceso educativo puede brindar. Por ello, los problemas laborales, la educación y capacitación y las nuevas cuestiones que la estratificación social dual incluidos/excluidos generan, son tratados articuladamente por los presidentes. La educación es vista como clave para superar el binomio inclusión-exclusión; la tecnología, la ciencia, y el conocimiento, son condiciones para una educación de mayor calidad a fin de emerger de la exclusión y la desigualdad.

**8. Los discursos muestran la aparición de nuevas categorías de representación de sujetos colectivos sociales, que reflejan nuevas heterogeneidades ocupacionales y culturales y la tendencia decreciente del uso de categorías de representación tradicionales.**

Esos nuevos sujetos colectivos sociales son más desagregados, producto de una participación creciente en demandas polifacéticas y fragmentadas. Los datos fortalecen hipótesis fuertes, en torno al debilitamiento de ciertos colectivos sociales que encierran en su significante intereses y particularidades de difícil articulación y

complementación, por ejemplo la tendencia decreciente del uso de la palabra Pueblo. En lo laboral y profesional, la fragmentación de las demandas se relaciona con los procesos de precarización y exclusión social, con las demandas de capacitación, y con los nuevos empleos del sector servicios que generan una muy compleja heterogeneidad ocupacional. A su vez la consagración de derechos de tercera y cuarta generación, y las nuevas pautas culturales que ponen en crisis a tradicionales modos de relacionamiento socio-cultural, hacen aún más sofisticada y desagregada una densa red social cruzada por múltiples facetas que reclaman representación.

**9. Los discursos reflejan una Política de Estado permanente en relación a los procesos de integración.**

La constante mención de los conceptos integración, exportaciones y otros que integran el campo semántico *Integración/ globalización/ comercio exterior*, reflejan una política de Estado permanente en relación a los procesos de integración. La apertura económica para el aumento de las exportaciones y el comercio exterior, el desarrollo de la industria agroalimentaria como sector que posee ventajas comparativas a tal fin, la integración regional y continental, y el objetivo de una mayor integración superadora de un área de libre comercio o de una unión aduanera, son tópicos que han permanecido en todo el período como objetivos de políticas de estado. Además, imponiendo a los países miembros, la condición indispensable de la democracia como sistema de gobierno.

**10. A mayor estabilidad económica y política, mayor diversificación en los contenidos discursivos.**

La mayor diversificación temática se ha observado en los dos períodos de mayor estabilidad. A partir de la mitad del primer período menemista incluyendo su segunda presidencia y durante la presidencia de Cristina. Ambas etapas coinciden en la estabilidad y la mayor diversificación de los contenidos, considerando los campos semánticos relevados.

La mayor diversificación también puede relacionarse con la variedad, multiplicidad y fragmentación de las demandas, propias de la época y que surgen en contextos de estabilidad y satisfacción de necesidades básicas.

**11. El contenido económico se ha ido imponiendo, progresivamente, sobre el contenido político.**

Todos los presidentes han aumentado el contenido económico de sus discursos medido por las dos variables de frecuencia utilizadas en la investigación.

Aun considerando todos los campos articulables con los campos semánticos Economía y Sistema político, la tendencia persiste. Decrece el contenido político y crece el contenido económico de los discursos.

Esta corroboración, efectuada de diversos modos y con distintos pasos metodológicos e instrumentos de medición, permite afirmar con suficiente evidencia y sustentabilidad que *el contenido económico se ha ido imponiendo sobre el contenido político*. La lectura de los datos nos sugieren varias líneas de hipótesis explicativas del fenómeno, por ejemplo: i) la consolidación del sistema institucional y, entonces, el abandono de algunas categorías discursivas declamativas tendientes, justamente, a consolidar el sistema; ii) la diversificación y fragmentación de las demandas que obliga a respuestas sectorizadas, específicas y consistentes técnicamente; iii) el debilitamiento

de los grandes relatos epopéyicos y la consolidación de un discurso tecnocratizado; iv) la tendencia creciente a la conformación de un discurso dirigido a un sujeto con características de *ciudadano-usuario-consumidor-electoral*, más que a un sujeto colectivo social identificado con grandes gestas fundacionales o a un sujeto colectivo de carácter e intereses clasistas.

**12. Paralelamente al crecimiento del contenido económico de los discursos se observa una evolución, desde enunciados poco sofisticados, a la articulación y enunciación de temas económicos más complejos y desagregados.**

El aumento cuantitativo del uso de palabras del campo económico coincide con un contenido económico más técnico y específico de los discursos.

El discurso económico fue haciéndose más técnico y menos voluntarista, enfocándose en definiciones específicas propias de la materia y con enunciados que relacionaron conceptos del campo económico entre sí, con mayor consistencia técnica, diferenciándose del enfoque político de la economía

**13. Muchos de los paradigmas económicos impuestos en la década de los '90, se mantienen en los discursos, están consolidados y fuera de la agenda de discusión política.**

Luego de la crisis hiperinflacionaria de 1989/1990, que abrió el camino para la aceptación política de decisiones antes impensadas, muchos de los paradigmas económicos del país cambiaron y aún hoy, a pesar de los distintos gobiernos que se sucedieron, se mantienen, están consolidados y fuera de la agenda de discusión política.

En efecto, la lógica de muchos de los cambios económicos no fue revertida, y tampoco dependen, absolutamente, de decisiones soberanas de un Estado nacional. A lo sumo pueden, esos cambios, ser atemperados con algún tipo de intervención estatal que mitigue algunos durísimos efectos sociales vía planes asistencialistas y, en su caso, lo que sí se ha transformado, vía intervención estatal, es el modo de gerenciamiento de esos cambios – lo que, en muchos casos, no es poco –, pero no su lógica económica.

Resulta notable observar en gobiernos de distinta tendencia ideológica y pertenencia partidaria la asunción de categorías económicas que, históricamente, han estado en boca de los sectores ortodoxos del liberalismo económico del país. Por ejemplo, se ha puesto énfasis en destacar los beneficios de “la *sabia regla de no gastar más de lo que entra*”; del “*equilibrio fiscal*” y de una “*mejor recaudación y eficiencia y cuidado en el gasto.*” (Discursos de Kirchner)

Se habla de inversión y producción, de apertura de mercados para las exportaciones, de competitividad y productividad, de superávit gemelos (fiscal y comercial), de nivel consistente de reservas. Este compendio de conceptos económicos, responden a criterios tradicionales de la disciplina con los que podrían concordar expertos de los sectores más conservadores.

Resulta interesante apuntar tal cuestión, pues demuestra que, como ya se ha dicho, los otrora existentes ejes dicotómicos de legitimidad en el discurso económico enunciado por las fuerzas políticas del país, ya no existen, al menos en aquellas fuerzas que tienen chances ciertas de asumir el poder de administración del Estado. Se observan continuidades discursivas superadoras de recetas pendulares que se adoptaron en el

pasado, y que trajeron como consecuencia sucesivas crisis y fracasos. A veces por falta de comprensión de las tendencias insoslayables, gusten o no, que se imponen en el mundo. En ocasiones, por falta de poder o decisión política para adoptarlas. Asimismo, los pasos progresivos que se fueron dando en materia económica, luego de los primeros años de consolidación del sistema político e institucional democrático, fueron complementándose y supliendo carencias que, por ignorancia, impericia, falta de consenso o de poder y legitimidad política, no pudieron aplicarse contemporáneamente. Todo ello debe contextualizarse y comprenderse en el marco de los procesos de globalización y supranacionalidad, que no permiten decisiones extremas, so pena del aislamiento político y económico.

***14. Las palabras más utilizadas en el campo de la economía se relacionan con la producción, el crecimiento y el desarrollo.***

La lógica de las repeticiones de las palabras en el campo económico, nos lleva a observar que la creciente preocupación discursiva por la economía muestra una lógica de ponderación del desarrollo y el crecimiento, para lo cual se requiere de mejora en la producción y, a dicho fin, necesidad de inversión en el marco de reglas del mercado. Esta enunciación es correlato articulado del proceso de repetición y significación de conceptos observados en los discursos.

***15. Ante la necesidad de implementación de planes de estabilización, antiinflacionarios, o de ajuste, se abandonan los discursos con propuestas productivistas.***

Parece plausible y hay buenos indicios y presunciones para sostener la hipótesis de que, ante la necesidad de implementación de planes de estabilización, antiinflacionarios, o de ajuste, se abandonan los discursos con propuestas productivistas. Por el contrario, ante el estancamiento y la recesión, se reaviva el uso del término, alentando la producción y la productividad del país. Parecen resultar excluyentes, en el discurso político y económico, los conceptos de producción y sus derivados con los requerimientos antiinflacionarios.

***16. El creciente contenido económico en los discursos presidenciales presenta un sesgo desarrollista e industrialista, adoptando algunas reglas del capitalismo, que parecen ya no estar sujetas a discusión.***

Una consistente síntesis conclusiva arroja que el creciente protagonismo del contenido económico en los discursos presidenciales, presenta un sesgo desarrollista e industrialista adoptando algunas reglas del capitalismo que ya parecen no estar sujetas a discusión, a saber, la necesidad de inversiones para las que habrá que establecer reglas atractivas, la existencia y el respeto por el mercado en el marco de exigencias eficientistas cada vez mayores. Ello, por sí, genera dificultades para la articulación de políticas expansivas de inclusión social, a través de acciones proclives al desarrollo y crecimiento, con las exigencias de reglas de competencia y eficiencia propias del mercado.

Los principios económicos impuestos en los discursos presidenciales son los siguientes: i) equilibrio de las cuentas públicas, ii) superávit fiscal y comercial, iii) exportaciones y desarrollo del comercio y relacionamiento con el mundo, iv) tipo de cambio competitivo a efectos de la eficiencia de ese relacionamiento, v) acumulación de reservas, vi) crecimiento, vii) desarrollo de infraestructura y viii) preocupación por



la recaudación. Se trata de pilares económicos que ya no están en discusión, más allá de declamaciones ideológicas a izquierda y derecha. Esto reafirma lo ya expuesto en relación a la desaparición de ejes dicotómicos de legitimidad en términos de política económica, en donde la lógica de la economía globalizada impone conductas más allá de las referidas declamaciones ideológicas y que, otrora, eran desatendidas por los gobiernos.

***17. Los discursos están impregnados en su contenido por aquellos ejes en los que el presidente emisor presenta mejores performances.***

Como ejemplo se observa que la evolución de la palabra crecimiento es similar a la del PBI, lo cual refleja que su utilización fue mayor por los presidentes que tuvieron crecimiento económico durante sus mandatos (Menem, sobre todo durante su segundo gobierno, Kirchner y Cristina). Por el contrario, las presidencias caracterizadas por crisis económicas y períodos recesivos, son los que menos la invocan (Alfonsín, De la Rúa y Duhalde). Los discursos están impregnados en su contenido por aquellos ejes en los que el presidente emisor presenta mejores performances.

***18. Los discursos han evolucionado, tanto en lo político como en lo económico, a un contenido más complejo, sofisticado y desagregado. Ello refleja el estado de construcción y desarrollo del sistema político y económico.***

Los discursos han evolucionado, tanto en lo político como en lo económico, a un contenido más complejo, sofisticado y desagregado, presentando una perspectiva más técnica y profesional de los agentes -los presidentes- enunciadores y los actores que desempeñan roles de administración estatal. Se observa una mayor diferenciación en los discursos de esferas particulares (la económica, la política, la social, la de salud, la educativa, la cultural) y la utilización de un vocabulario específico para cada una de ellas, que limita su aplicación a tales ámbitos y no invade con su significado áreas que no son de su competencia. Ello implica a su vez un salto cualitativo de los enunciados y la superación de categorías básicas. La complejización y mayor sofisticación de los contenidos discursivos refleja el estado de construcción y desarrollo del sistema político y económico.

***19. Los discursos son piezas anticipatorias que reflejan la inteligencia que el presidente tiene sobre el estado de la nación en retrospectiva, y la prospectiva que está pergeñando.***

Se deben revalorizar estas piezas discursivas y prestarles debida atención pues presentan una aproximación bastante certera y fiel de lo que el gobierno intentará hacer en los años venideros. Los discursos reflejan la inteligencia que el presidente tiene sobre el estado de la nación en retrospectiva y la prospectiva que está pergeñando. En este sentido, los discursos son piezas anticipatorias que vienen a reemplazar a las desaparecidas plataformas electorales que ya casi nadie enuncia ni, tampoco, nadie reclama.

Hubieron enunciaciones en los discursos que fueron realmente premonitorias y que con claridad avizoraron los problemas o cuestiones que se avecinaban. Esa certeza prospectiva del diagnóstico ha resultado muy interesante, pues le agrega valor agregado a los discursos como anuncio de lo que vendrá en materia de conflictos y problemas sociales, económicos y políticos que deberán ser afrontados, sin perjuicio del éxito o del

fracaso de las políticas que se apliquen a fin de enfrentar esos problemas. Esa resulta ser otra dimensión que no mensuramos aquí.

**20. El desarrollo de esta investigación no deja dudas sobre la plausibilidad epistémica de los discursos como objeto de estudio.**

Como corolario de lo dicho en el punto anterior se corrobora la plausibilidad epistémica de los discursos como objeto de estudio que, si bien lo sospechábamos y por ello el desarrollo de esta investigación, no nos deja dudas luego de producido el trabajo.

Veamos algunos ejemplos, entre muchos, que demuestran lo premonitorio de las enunciaciones de los discursos.

Primer ejemplo: Alfonsín anunciaba, en términos políticamente potables claro, los cambios dramáticos que en el mundo del trabajo se avecinaban merced a los adelantos tecnológicos y la apertura económica en el marco de la lógica de los procesos de integración y de la globalización. Ello sumado, a la debacle económica y financiera del Estado, presagiaba un horizonte de deterioro social que, fatalmente, se cumplió diez años después.

Otro ejemplo: las motivaciones ideológicas y estructurales con las que se argumentaba para llevar adelante el proyecto de traslado de la capital a Viedma en los primeros años del gobierno de Alfonsín, resultan aún hoy de una increíble actualidad. Casi tres décadas después, aquello que se podía haber rediseñado a partir de esa decisión geopolítica, sigue pendiente, y los problemas existentes que se enunciaban para justificar la decisión, han empeorado.

Ejemplo final: Las políticas económicas de los '90 fueron las que se presagiaban, pero ocurrieron descarnadamente, sin un consenso producto de un debate razonado y sin redes de contención. Veinte años después no se discuten mayormente varias de esas premisas económicas que ha impuesto la lógica del mundo globalizado, pero sí se trata ahora de gestionarlas desde la política y desde el Estado, en pos de esas redes de consenso y contención que, con dramatismo, impotencia y voluntarismo se reclamaban a fines de los '80 y que se ejecutaron mucho tiempo después, para muchos, ya, extemporáneamente.

## **¿De qué hablaron los presidentes argentinos entre 1983 y 2011? Análisis por presidencia.**

Enumeramos a continuación las características salientes de los discursos de cada presidente durante sus mandatos.

### **Presidencia de Alfonsín**

#### **La Política**

1. Alfonsín ha sido el único presidente, dentro del período investigado, cuyos discursos han tenido mayor contenido político que económico.

2. Sus discursos tuvieron una marcada densidad conceptual, principalmente insistiendo con conceptos y categorías duras del lenguaje politológico y sociológico. Sin embargo, esa densidad, adoleció de agudeza, suficiente desagregación y adecuada

delimitación conceptual, produciendo una superficial mixtura caótica de categorías no debidamente interrelacionadas y desarrolladas.

3. Alfonsín utilizó los conceptos de *democracia*, *participación*, *gobierno*, *descentralización*, *modernización*, *governabilidad*, casi como intercambiables entre sí, presentados unos y otros en forma superpuesta y articulada o compuesta, realimentándose unos con otros y a la postre, generando una severa confusión conceptual. En su descargo, la necesidad de la hora para reinstaurar en la cultura política los valores democráticos y republicanos.

4. Sólo en la presidencia de Alfonsín se enunciaron el 40% del total de las repeticiones nominales de todas palabras del campo Sistema político/ régimen político, para todo el período investigado, 1983-2011.

5. El discurso de contenido político de Alfonsín, ha girado en torno a establecer los pilares básicos del Estado de derecho y del sistema democrático, y para ello ha machacado en los conceptos más generales y abarcativos del campo. Un indicador que refleja lo dicho es que las palabras *democracia*, *gobierno*, *política* (en su acepción de actividad), *libertad*, *instituciones* y *constitución*, concentran el 82% del contenido político de los discursos de Alfonsín.

### **El Estado**

6. Se observa un fuerte cambio en las enunciaciones sobre el Estado. En 1983 definió que el Estado debía ser independiente de poderes políticos y económicos extranjeros, ético, y equilibrado entre el liberalismo y el intervencionismo económico. En 1988 sólo se refirió al Estado, insistentemente, por su ineficiencia y a efectos de su reforma y de la privatización de las empresas públicas.

### **La Economía**

7. Alfonsín anticipaba en relación al trabajo y a la economía, la llegada de un proceso fatal de cambios en los modos de producción vinculados a los desarrollos tecnológicos a los que denominaba, o se refería, bajo el “significante vacío” de *modernización*.

8. El discurso económico de Alfonsín careció de contenido técnico y tuvo, por el contrario, una fuerte carga *política* en su enunciado y en los significados otorgados a las palabras del campo, ello demuestra una perspectiva económica no muy elaborada ni desagregada.

## **Primera presidencia de Menem**

### **La Economía**

1. A partir de la primera presidencia de Menem, en especial al promediar el mandato, comienza a imponerse la tendencia economicista en el contenido de los discursos, por sobre el contenido político.

2. Hay también algunas significativas diferencias entre los discursos económicos de Menem y Alfonsín que dan pautas notorias sobre el nuevo rumbo que tomó la economía en la década del '90. Del discurso de Menem casi desaparecieron las palabras *industria* y *obras públicas*. También las palabras insignia, en el discurso económico de la campaña electoral de Menem, *revolución productiva*, *salario*, *cultura del trabajo*, prácticamente desaparecieron de sus discursos presidenciales.

3. Las diferencias son reflejo de la opción por el retraimiento del Estado en su rol económico y por la apertura de la economía, sin resguardo de políticas industriales y de protección de las manufactureras locales. Ello se corrobora, además, con la aparición de palabras clásicas del ideario económico liberal, y nuevas del “aperturismo” y “neoliberalismo” de los ’90. Entre ellas se destacan *impuestos-tributario, estabilidad, inflación, capital, crédito, empresas*, y la aparición de palabras novedosas, inexistentes o casi inexistentes en el período anterior, a saber: *competitividad, ajuste, sector privado, especulación, privatización, economía popular de mercado*.

4. El discurso económico de Menem presenta algunas ambigüedades en su contenido, producto de una relación de conceptos a priori positivos, en términos de efectos sociales, pero que, en una lectura atenta, permiten percibir los peligros de efectos negativos en el tejido social. Lo que debe reconocerse en sus discursos es que no se ocultaron los lineamientos económicos hacia los que se dirigía el gobierno, si bien fueron expuestos como promisorios pues nadie anunciaría medidas, superada la crisis, notificando que traerán nefastas consecuencias, el contenido del discurso permitía inferir el mapa económico que se dibujaba.

5. Luego de los dos períodos de gobierno de Menem, muchos de los paradigmas económicos del país cambiaron y aún hoy, a pesar de los distintos gobiernos que le sucedieron, se mantienen, están consolidados y fuera de la agenda de discusión política.

6. El discurso económico fue, respecto al de Alfonsín, más enfocado a definiciones técnicas propias de la economía, más desagregado y diversificado, y con enunciados que relacionaron conceptos del campo económico entre sí, con mayor consistencia técnica, diferenciándose del enfoque político de la economía que, se observó en Alfonsín, especialmente en sus primeros años.

### La Política

7. Menem hizo reiteradas invocaciones, en sus discursos de 1989 y 1990 a la “*unidad nacional*” y a la “*mística nacional*” ante el “*deterioro*”, “*tragedia*”, “*disolución*”, “*emergencia nacional*” que se enfrentaba. Ese recurso es luego abandonado, al superar la crisis, en sus discursos posteriores, seguramente relacionado ello a su política aperturista y liberal en lo económico.

8. Menem le imprimió a sus discursos fuertes rasgos carismáticos, utilizando estímulos emocionales caracterizados por elementos sentimentales, los que mezcló con los anuncios más rigurosos de las políticas de emergencia que llevó a cabo al asumir. Esas invocaciones intentaron soslayar el giro hacia las recetas “neoliberales” o “económicamente ortodoxas”, históricamente refractarias a la tradición peronista.

9. Menem exaltó la capacidad de decisión del gobierno. La característica “decisionista” de su gobierno ha sido analizada por varios autores.

10. Menem reiteró el enunciado de la palabra gobierno anteponiendo el pronombre posesivo *mi*, de modo que se refirió reiteradamente a “*mi gobierno*”. Se trata de un gesto discursivo de personalismo, que debe entenderse como intención de reafirmación de su liderazgo político y de imposición de autoridad.

## **El Estado**

12. Menem enunció reiterados juicios críticos respecto a la situación del Estado, tildándolo de burocrático, ineficiente y corrupto, entre otros males que se le endilgaron. Con ese escenario crítico respecto al Estado, encaró enunciados que planteaban la necesidad de una refundación estatal. Los principios de esa refundación giraban en torno a: i) la descentralización de funciones; ii) la venta de las empresas de servicios públicos; iii) la eliminación de regulaciones y de burocracia; iv) la apertura a los mercados mundiales de la economía; v) concentración de funciones estatales en educación, justicia, salud, gobierno y seguridad.

## **Segunda Presidencia de Menem**

### **La Economía**

1. Se consolida en el segundo mandato de Menem la preeminencia del contenido económico por sobre el político. Además, los discursos de este mandato han sido de los más breves del período investigado. Menem pareció navegar sobre las aguas tranquilas que le depararon su cómoda reelección, y la estabilidad política y económica alcanzada, luego de largo tiempo de turbulencias.

2. La merma en el uso de la palabra producción y sus derivados y la escasa cantidad de menciones de la palabra industria, es fiel reflejo de la recesión acontecida hacia el final de los '90 y de los efectos de la convertibilidad y el aperturismo económico que generaron serias dificultades para la producción de bienes en el país.

3. Tal cual Menem sostenía premonitoriamente en su discurso de 1999, los paradigmas económicos impuestos en sus presidencias en buena medida han perdurado, la lógica de muchos de los cambios económicos no fue revertida, y esto, a su vez, tampoco depende, absolutamente, de decisiones soberanas de un Estado nacional.

### **El Desempleo**

4. El problema de la generación de empleo fue apareciendo cada vez más sujeto a cuestiones estructurales como los procesos de apertura económica, globalización e integración y las necesidades de competitividad de las economías integradas. Esa competitividad exige, a su vez, el desarrollo tecnológico que, fatalmente, azuza los problemas de desocupación e impone el desafío de la educación y la capacitación laboral para evitar la exclusión social y la marginalidad. Todas estas cuestiones eran percibidas y diagnosticadas certeramente por Menem en sus discursos. Se refería a la situación con articulaciones lúcidas de los problemas que se interrelacionaban y que producían los desequilibrios referidos. Sin embargo, sus propuestas para encarar los serios inconvenientes generados por sus políticas eran en parte voluntaristas, en parte superficiales, pues pretendían buscar soluciones dentro de la lógica de los mismos procesos que las habían generado.

5. En el marco de estabilidad alcanzado, sin embargo, ya desde el discurso de 1997 se expresan con agudeza los problemas de la desocupación, de la desigualdad y de la exclusión social que los cambios producidos en la economía estaban generando. Hay varios párrafos en los discursos que relacionan a los derechos humanos, en una nueva dimensión, con las relaciones económicas. En ese contexto, también se quiere

relacionar y poner en perspectiva “humanista” a los logros y desarrollos tecnológicos que se alientan y resaltan, pero que también provocan nuevos problemas sociales.

6. La reformulación de los derechos humanos en clave económica no fue casual, sin duda respondió a un intento de desplazamiento del eje temático, desde los enunciados vinculados a las violaciones y la represión durante el proceso militar, a criterios vinculados a la justicia social y económica en medio de los desequilibrios generados por las privatizaciones, la reforma del Estado y la recesión. Además, fue un intento de sacar del foco principal a la política de amnistía e indultos llevada a cabo por Menem.

### **La Política**

7. En la segunda presidencia de Menem se percibe un salto de calidad en el discurso presidencial cuando se hace referencia a la democracia. Se destacan algunas aristas netamente procedimentales que reflejan una insoslayable mejora del sistema, aunque sea en su nivel de régimen político. La consolidación del sistema, su continuidad, suponen la superación de algunos desafíos básicos e iniciáticos, pero de inmediato someten a la democracia a nuevos y aún más exigentes y sofisticados desafíos. Se trata ahora de *democratizar la democracia* o, en las palabras de Bobbio, textualmente citadas por Menem, de que “*los males de la democracia se corrigen solamente con más democracia*”. Menem exhortaba claramente a mejorar los instrumentos y mecanismos procedimentales, del nivel del régimen político

### **El Estado**

8. Menem durante su segunda presidencia fue delineando su modelo estatal post-privatizaciones y post-reforma constitucional de 1994. Entre sus definiciones más significativas destacaba que el redimensionamiento del Estado le permitiría contar con una estructura ágil y dinámica propensa a la eficiencia y a la solidaridad. Esta idea de un Estado solidario es polémica, pues parece más adecuada a una política basada en la acción de entidades caritativas que al diseño de un Estado de derecho y a la expansión de la ciudadanía.

9. Sus enunciados presentaban respecto al modelo de Estado, ideas oscuras o difusas, ambiguas y, en algunos casos, forzadas, extrapolando conceptos y categorías de manera poco consistente para la construcción de un supuesto diseño modernizado de Estado. Así, el amontonamiento de conceptos como *solidaridad, eficacia, nación e integración* resulta autocontradictorio y teóricamente inconsistente. Las ideas de rediseño estatal en torno al eje de la modernización, parecen encubrir la limitación del Estado a sus clásicas funciones mínimas del *laissez-faire*.

## **Presidencia de De la Rúa**

### **La Economía**

1. El discurso económico de De la Rúa no ofreció cambios sustanciales respecto del paradigma menemista. En lo que sí se procuró hacer hincapié, fue en diferenciarse de prácticas relativas a la corrupción y a los ilícitos en el Estado.

2. De la Rúa sostenía una prédica esquemática que perseguía generar condiciones competitivas para los productos exportables y, así, lograr el crecimiento de la economía y la solución al problema del desempleo. Se trataba de enunciados voluntaristas que chocaban con las condiciones objetivas de posibilidad que la economía ofrecía, en el contexto normativo en la que se desenvolvía, bajo la vigencia de la ley de convertibilidad.

### **La Política**

3. El gobierno tuvo una actitud autista y cerrada. Un indicador de ello, es la constante enunciación de *“mi gobierno”* que hacía De la Rúa, ignorando lo básico, que se trataba de una alianza con extrapartidarios y con un partido propio, la Unión Cívica Radical, que también lo observaba como a un extraño. Ese personalismo, como si se tratara de un gobierno *“fuerte”*, no ayudaba a generar lealtades. Esas continuas expresiones constituían un ejercicio discursivo de autoafirmación de poder para evidenciar la existencia de un gobierno sustentable que, en los hechos duros de la política, se mostraba endeble y sin poder de decisión.

### **El Estado**

4. De la Rúa propuso como nueva reforma estatal aumentar los impuestos, combatir la corrupción, lograr eficiencia. Sus enunciados se presentaban voluntaristas y sin ideas claras que explicaran cómo lograr esos propósitos, que además tenían similitud con los que había propuesto Menem en sus 10 años de gobierno. Incluso se anunciaba con firmeza que la convertibilidad estaba sólida y se mantendría.

### **Voluntarismo y realidad política**

5. En el campo de la educación De la Rúa hizo una articulación certera y consistente entre educación, nuevas tecnologías de la información e inclusión/exclusión social. Sin embargo, en la misma pieza discursiva en la que se exponían las dramáticas condiciones económicas y políticas en las que el gobierno se encontraba, se enunciaban las propuestas de un programa de reconversión tecnológica, educativa y social que no parecían oportunas observando el contexto. Además debe recordarse que, meses antes de la crisis que derivó en su renuncia, se intentó un ajuste del presupuesto educativo de las universidades estatales que produjo el rápido cese de funciones del ministro de economía que lo propuso. Una muestra más de la irrealidad que padecía el Presidente.

6. De la Rúa estableció una enorme diferencia respecto a todos los demás presidentes en la utilización de palabras del campo semántico Ilícitos vinculados al Estado. Se trata sin dudas de uno de los ejes de su discurso. Hizo especial hincapié en temas del campo, por ejemplo, el narcotráfico y la corrupción, como modo de diferenciar su presidencia de las que lo antecedieron. Sin embargo, su gestión, al poco tiempo de iniciada, estuvo envuelta en un severo escándalo por denuncias de corrupción en el Senado.

7. De la Rúa, planteó ideas y planes culturales muy ambiciosos que, en el contexto adecuado, resultarían plausibles, pero que, en medio de la severa crisis económica que debió afrontar, quedan reflejados como una prueba más de una conducta autista y alejada de las condiciones objetivas de posibilidad económica y política que debió afrontar, casi un ejercicio amateur de la política.

## **Presidencia de Duhalde**

### **La Economía**

1. Fue durante la presidencia de Duhalde cuando el campo semántico economía reflejó el coeficiente más alto, consolidando definitivamente la tendencia progresivamente economicista de los discursos presidenciales. El ranking de las 30 palabras más mencionadas presenta en los primeros lugares mayor presencia de conceptos económicos. Se destacan claramente las menciones a *producción e industria*, conceptos, que implican un cambio de paradigma económico que continuó vigente en los gobiernos posteriores.

2. Sin embargo, ese cambio no implicó trastocar absolutamente las reformas estructurales que dejó como herencia la década menemista. El gran vuelco fue deshacerse del ancla de la convertibilidad, lo que resultaba sumamente complejo, dada la estructura normativa que la sustentaba. La producción, el comercio exterior y las exportaciones, la integración, la superación del déficit fiscal como condición necesaria, la competitividad, son conceptos que pasan a formar parte de un discurso presidencial permanente desde la crisis de 2001/2002.

### **La Política**

3. En sus dos discursos, Duhalde fue quien menos palabras del campo *Sistema político/ régimen político* utilizó.

4. Duhalde se refirió en el contenido político de sus discursos a recomponer el poder político e institucional. Se preguntó por el sistema electoral y por el sistema presidencialista o parlamentarista. Mientras tanto, los discursos reflejan que se operó para limitar las campañas electorales y para acotar las listas sabana posibilitando la apertura de la participación en los procesos electorales y presentando como positiva la participación de candidatos independientes. Paradójicamente, diez años después, las reformas políticas apuntan a lo contrario: fortalecer el sistema de partidos, imponer pisos porcentuales que impidan la fragmentación y la “individualización” o “privatización” de la política.

5. Las referencias en los discursos a programas, plan y políticas específicas, especialmente de tipo asistenciales, fueron las más enunciadas del campo Estado/ administración pública/ políticas públicas (38 menciones nominales en total), representando el 70% del campo. La severidad de la crisis no permitía otra cosa que auxiliar las necesidades más acuciantes e intentar controlar los conflictos más severos.

## **Presidencia de Kirchner**

### **La Economía**

1. Kirchner debió enfrentar una variedad de conflictos y difíciles condiciones políticas y económicas que derivaron en un discurso que presentó varias novedades en relación a las presidencias anteriores. Se profundizó el sesgo economicista de los discursos, el contenido se tornó más técnico y sofisticado, las variadas y múltiples demandas de la ciudadanía al sistema político requerían enunciados que no fueran solo consignas o invocaciones emotivas.



2. Los discursos de Kirchner presentan la aparición de las palabras *deuda, obras públicas, derecho, tecnología, gestión y derechos humanos*, que demuestran la atención a demandas nuevas y variadas. Los altos coeficientes de las palabras *Estado, plan y programa* denotan la intención de una gestión estatal más técnica y profesionalizada, con políticas específicas y sectoriales que se instrumentaron a través de una variedad de planes y programas que pretendían responder a esa multiplicidad y fragmentación de las demandas.

3. El discurso presenta matices muy técnicos y sofisticados, con cita de categorías y articulaciones complejas de la jerga económica. Fue muy crítico de la convertibilidad y del modelo imperante en los '90 y se insistió con el desempeño activo y regulador que el Estado debe tener en la economía. El consumo interno y la inclusión social fueron también citas recurrentes.

4. Las principales líneas económicas estuvieron enfocadas a desarrollar políticas de inclusión social, expansión del consumo y del mercado interno. Se retoma la enunciación de conceptos como *política económica*, que remite a una intervención estatal y política en las decisiones del área, las que ya no quedarán sólo sujetas a los mercados, los organismos multilaterales de crédito y a los sectores económicamente concentrados.

5. Notable resulta observar la asunción de categorías económicas que, históricamente, han estado en boca de los sectores ortodoxos del liberalismo económico del país. Por ejemplo, se pone énfasis en destacar los beneficios de “la *sabia regla de no gastar más de lo que entra*”; del “*equilibrio fiscal*” y de una “*mejor recaudación y eficiencia y cuidado en el gasto*.” Se habla de inversión y producción, de apertura de mercados para las exportaciones, de competitividad y productividad, de superávit gemelos (fiscal y comercial), de nivel consistente de reservas. Este compendio de conceptos económicos, responden a criterios tradicionales de la disciplina con los que podrían concordar expertos de los sectores más conservadores.

### **El Estado**

6. El rol del Estado como *sujeto económico activo* en la realización de obras públicas que permitan reactivación económica, generación de empleos, mejoras salariales y aumento del consumo y del mercado interno, fue claramente reivindicado por Kirchner. El énfasis discursivo en la importancia de la intervención estatal a través de la obra pública, busca diferenciar el discurso respecto a la etapa menemista que estigmatizó las intervenciones del Estado en la economía. Hace también hincapié en la gestión y solvencia técnica de las agencias estatales para la toma de decisiones eficaces y el desarrollo de planes y programas, especialmente, en las áreas de salud, vivienda y educación.

7. Kirchner anunció en sus discursos la aplicación de más de 50 planes y programas especiales. Casi duplica la cantidad de planes y programas anunciados en los discursos por Alfonsín, Menem y Cristina. Ello también resulta demostrativo del rol activo que desde el gobierno se le impuso al Estado a través de una gestión planificada, activa e intervencionista.

## La Política

8. Las palabras del campo semántico *Sistema político/ régimen político* han tenido un uso especialmente relacionado a la función de *gobierno* de la administración estatal, y la *política* ha sido enunciada, principalmente, como actividad de gestión y desarrollo de políticas públicas (policy), enunciando innumerables planes y programas activos de aplicación específica y sectorial. Kirchner hace hincapié con énfasis en desideologizar los conceptos, posiblemente a fin de combatir creencias y prejuicios de excesiva ideologización de su gobierno.

9. Kirchner plantea desde el inicio de su presidencia, un cambio de paradigmas. Sin embargo, tanto o más que cambio de paradigmas, se puede sostener que hubo un redireccionamiento en el proceso de toma de decisiones políticas que recoge muchos de los paradigmas ya esgrimidos por los gobiernos anteriores y los reformula, corrigiendo decisiones y sesgos de políticas que se tomaron en el pasado, pero operando, en muchos casos, sobre los mismos conflictos. El Estado de derecho; el bien común; la efectividad (eficacia) de la democracia; transparencia y cumplimiento de las reglas; la capacidad reguladora del Estado; son ideas que integran ese nuevo “viejo” paradigma.

10. Kirchner ha reivindicado el rol de la clase política y de la actividad política en general (*politics*), contra el desprestigio que había acumulado hasta alcanzar la apoteosis con la crisis de 2001/2002 y la consigna “que se vayan todos”. Pretende reivindicar el rol de la política y de los políticos en base a la recuperación del poder y la capacidad de decisión del Estado.

11. Uno de los ejes del discurso de Kirchner acerca de la democracia es la asociación del término con los derechos humanos. La idea básica es que no puede haber democracia sin aquéllos, un piso mínimo de un Estado de derecho en el cual se goce de garantías civiles y políticas como condición indispensable para el régimen político democrático. También Kirchner utiliza el concepto de democratización en sus discursos. Ese enfoque considera a la democracia como en constante construcción y que debe expandirse a todos los espacios políticos, sociales y económicos.

## La Educación

12.- Kirchner ha enunciado un discurso sobre educación diversificado, sofisticado, desagregado y específico, refiriéndose a una variedad de conceptos. Ello refleja un tratamiento del campo con cierto grado de complejidad. La línea argumental central de Kirchner refiere a la educación como clave para superar el binomio inclusión-exclusión; la tecnología, la ciencia, y el conocimiento, como condiciones para una educación de mayor calidad; y ésta como condición para emerger de la exclusión y la desigualdad.

## Presidencia de Cristina

### La Economía

1. Se profundiza en los discursos de Cristina el peso del contenido del campo económico por sobre el político, reforzándose aún más la tendencia que se observa en todo el período. Se trata de un discurso más economicista y técnico respecto, no sólo al discurso de Kirchner, sino al de todos los presidentes. Su discurso económico es el más diversificado de todo el período. Utiliza una notable cantidad de palabras inéditas hasta su presidencia y articuladas con resaltable grado de complejidad técnica.

2. El discurso económico de Cristina refrenda el modelo de Kirchner, pero muestra aún una mayor diversificación, versatilidad y especificidad y, a su vez, pretende diferenciarse y establecer un estilo propio en el enunciado del campo.

### **La Política**

3. Los discursos de la Presidente son fuertemente reivindicativos de la política como actividad. La política no es, según Cristina, mera administración gerencial de los recursos del Estado, sino que debe ser entendida como compromiso de transformación social.

4. El discurso de Cristina, finalmente, reivindica para la política y los políticos la legitimidad del debate, la representación y la toma de decisiones, pero no explica cómo canalizar eficazmente a través de esos canales representativos tradicionales de la política a la participación, naturalmente fragmentada en los tiempos que corren, por la aparición y recepción de nuevos intereses y demandas y el desarrollo y consagración jurídica de ellos, transformándolos en nuevos derechos.

5. Existe una continuidad en torno al discurso de la democratización, en el sentido de su profundización, más allá del funcionamiento de los aspectos formales del sistema político democrático. Ahora se le agrega una nueva dimensión: la democratización del sector privado. De acuerdo al discurso de Cristina, no solamente hay que mirar al sector público cuando se habla de transparencia y democracia, sino que es necesario también democratizar y hacer más transparente al sector privado, o al menos a ciertos sectores económicos concentrados. Para ello, el Estado debe tomar nuevamente un rol activo en su intervención económica.

### **El Estado**

6. La presidente define el rol del Estado, que debe ser activo y claro garantizando condiciones para el desarrollo del modelo económico ya referido. Ese rol activo del Estado remite a: una gestión prolija y una correcta asignación de recursos; el mantenimiento del equilibrio fiscal, sosteniendo el superávit y la idea de “no gastar más de lo que ingresa”; la política de desendeudamiento; la acumulación de reservas; la competitividad o el objetivo del crecimiento económico; entre otras. También enuncia Cristina las características del rol activo del Estado en la intervención social, a través de la generación y el sostenimiento del empleo, los aumentos de salarios y jubilaciones y la implementación de la asignación universal por hijo.

### **La Educación**

7. Cristina acredita el discurso más diversificado sobre educación. Como datos distintivos para agregar, presenta el mayor coeficiente en palabras que hacen referencia a *ciencia y científicos* dentro de un marco de ausencias notorias en algunos períodos presidenciales de referencias al área. Este dato ha sido refrendado en la praxis política con la creación del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación productiva en el año 2007, además de las políticas de fomento de la investigación y repatriación de científicos. También Cristina presenta coeficientes por sobre la media en *docentes, universidad, conocimiento* y, en especial, en *escuela*, término al cual remite repetidas veces en relación a la construcción de las mismas, lo que llama infraestructura educativa a fin de mejorar la calidad educativa.



# Direitos da personalidade

Cleyson M. Mello<sup>1</sup>

## Resumo

O presente artigo pretende analisar o conceito dos direitos da personalidade na visão kantiana, bem como o seu desenvolvimento histórico.

**Palavras-chave:** Direito. Filosofia. Personalidade. Kant.

## Abstract

This article analyzes the concept of personal rights in the Kantian view, as well as its historical development.

**Keywords:** Rights. Philosophy. Kant.

## Introdução

Os *direitos da personalidade* são aqueles constituídos pela estrutura-base dos direitos do homem, ou seja, aqueles inerentes aos seus caracteres essenciais: físicos, psíquicos e morais, incluindo suas projeções sociais.

Nos direitos da personalidade incluem-se os direitos à vida, à integridade psicofísica, à honra, à intimidade, ao nome, à reputação, bem como ao repouso, ao descanso, ao sono, ao sossego, a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado, à sexualidade, ao direito fundamental à qualidade de vida, dentre outros. São direitos extrapatrimoniais que ao colidirem com os de índole patrimonial ou com valorização econômica, em regra, logram prevalência.

O vocábulo pessoa, do latim *persona*, significa cada ser humano considerado na sua individualidade física ou espiritual, portador de qualidades que se atribuem exclusivamente à espécie humana, quais sejam, a racionalidade, a consciência de si, a capacidade de agir conforme fins determinados e o discernimento de valores.<sup>2</sup>

## A filosofia prática kantiana. A ideia do sujeito moderno

Em Kant, *o homem se reencontra*. Em 1785, Immanuel Kant publicou a *Fundamentação da metafísica dos costumes*, que serviu de base à sua *Crítica da razão prática* (1788). Kant procura mostrar que o interesse especulativo da razão somente poderá ser satisfeito em termos práticos, ou seja, as ideias da razão devem ser efetivadas nas ações

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela UGF/RJ; Mestre em Direito pela UNESA; Professor de Direito Civil, Hermenêutica e Introdução ao Estudo do Direito (Pós-graduação e Graduação) UNESA, UNIPAC, FAA-FDV, UNISUAM; Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNIPAC – Juiz de Fora/MG; Diretor Adjunto da FDV; Advogado; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB); Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica - Porto Alegre/RS; Membro da Academia Valenciana de Letras; Membro do Instituto Cultural Visconde do Rio Preto; Vice-Presidente da Academia de Ciências Jurídicas de Valença/RJ; Autor e coordenador de diversas obras jurídicas.

<sup>2</sup> Dicionário Eletrônico Aurélio Século XXI.

humanas no mundo real de modo que possuam um sentido moral. Melhor dizendo: as ideias da razão respondem a uma intenção prática e se justificam por meio das ações humanas. É o reencontro do homem consigo mesmo, com sua própria natureza.

Kant procura novos caminhos para se atingir os objetos da metafísica: a consciência moral ou razão prática. É a partir do conjunto de princípios que constituem a consciência moral que o pensamento kantiano encontra as raízes nas quais o homem pode ser conduzido à apreensão dos objetos metafísicos. A mudança de pensamento filosófico perpassa não somente o mundo do conhecimento, mas também o da ação; a consciência moral atua na razão. Não relacionada àquela razão especulativa (razão enquanto se aplica ao conhecimento, encaminhada a determinar a essência das coisas), mas sim a razão aplicada à ação, à prática, à moral. Outrora, a posição privilegiada que no conhecimento é atribuída à ciência convém na ação à moral ou moralidade, isto é, no âmbito do prático, a moralidade reivindica validade universal e objetiva. Assim, para Kant, só há uma razão, que é exercida de forma prática ou teórica. Esta, relacionada ao uso teórico, aquela, ao uso prático da razão.<sup>3</sup>

Uma análise dos princípios da consciência moral conduz Kant aos qualificativos morais, como por exemplo: bom, mau; moral, imoral; meritório, pecaminoso, etc.<sup>4</sup> Estes qualificativos morais não estão em harmonia com as coisas, já que, quando dizemos que uma coisa é boa ou má, estamos diante de uma relação de mérito/demérito. Somente o homem, a pessoa humana, é digno de predicar-se a bondade e a maldade. Os predicados morais não correspondem àquilo que o homem faz efetivamente, mas sim àquilo que ele quer fazer.

É neste querer-fazer que conseguimos notar os predicados morais, ou seja, a única coisa que pode ser verdadeiramente boa ou má é a vontade humana. Daí, o surgimento do imperativo hipotético e imperativo categórico kantiano, uma vez que todo ato voluntário do homem se apresenta à razão, à reflexão, na forma de um imperativo.<sup>5</sup> O imperativo hipotético é aquele que apresenta, em sua forma lógica, uma estrutura no sentido de sujeitar o mandamento, ou imperativo mesmo, a uma condição. De forma contrária, o imperativo categórico, o mandamento, não se apresenta sob condição alguma, ou seja, o mandamento é absoluto e sem limitações.<sup>6</sup> Este como imperativo é um dever-ser; ele exorta-nos a agir de determinada maneira; e esta exortação é a única que é válida sem limitação. Por isso, a fórmula do imperativo categórico inicia-se com um “age...!”. Somente *a posteriori* o imperativo categórico diz em que consiste a ação moral, a saber, em máximas universalizáveis.<sup>7</sup> Para Kant, uma vontade é plena e realmente pura, moral, valiosa, quando suas ações estão regidas por imperativos autenticamente categóricos.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p. 245-246.

<sup>4</sup> MORENTE, Manuel García. *Fundamentos de filosofia: lições preliminares*. Tradução Guilherme de la Cruz Coronado. 8. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980, p. 255.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 255.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 256.

<sup>7</sup> HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Tradução Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 198.

<sup>8</sup> Morente adverte que “os atos em que não há a pureza moral exigida, os atos em que a lei foi cumprida por temor do castigo ou por esperança de recompensa, são atos nos quais, na interioridade do sujeito,

Desse modo, “em toda ação há uma matéria, que é aquilo que se faz ou aquilo que se omite, e há uma forma, que é o porque-se-faz ou o porque-se-omite”.<sup>9</sup> No pensamento kantiano, uma ação representa uma vontade pura e moral quando é realizada por respeito ao dever (e não por consideração ao seu conteúdo empírico), ou seja, como imperativo categórico (o mandamento não está colocado sob condição alguma) e não como imperativo hipotético (um sujeitar-se a um mandamento). Daí, a fórmula conhecida do imperativo categórico kantiano que representa a lei fundamental da razão prática pura expressa na *Crítica da razão prática*: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal”.<sup>10</sup>

O imperativo categórico nomeia o conceito e a lei sob os quais a autonomia da vontade se encontra; a autonomia possibilita cumprir as exigências do imperativo categórico.<sup>11</sup> A vontade moral pura é vontade autônoma dissociada do mundo dos fenômenos, fora do mundo dos objetos a conhecer e, portanto, livre. Daí, da mesma forma que dos fatos da ciência extraímos as condições da possibilidade do conhecimento, de igual forma, do fato da consciência moral é possível a extração das condições da possibilidade da consciência moral. E é a vontade livre, a liberdade volitiva, uma primeira condição da possibilidade da consciência moral.<sup>12</sup>

É, pois, a liberdade o primeiro postulado kantiano acerca da metafísica.<sup>13</sup> A partir da liberdade ingressamos no mundo inteligível de coisas “em si” que está além

---

o imperativo categórico tornou-se habilmente, imperativo hipotético. Em lugar de escutar a voz da consciência moral, que diz ‘obedece a teus pais’, ‘não mates teu próximo’, este imperativo categórico converte-se neste outro hipotético: ‘Se queres que não te aconteça nenhuma coisa, desagradável, se queres não ir ao cárcere, não mates teu próximo’. Então o determinante aqui foi o temor; e esta determinação de temor tornou o imperativo que na consciência moral é categórico, um imperativo hipotético; e o tornou hipotético ao colocá-lo sob essa condição e transformar a ação num meio para evitar tal ou qual castigo ou para obter tal ou qual recompensa”. MORENTE, Op. Cit., p. 256-257.

<sup>9</sup> Ibid., p. 257.

<sup>10</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 51.

<sup>11</sup> HÖFFE, Op. Cit., p. 216.

<sup>12</sup> Immanuel Kant, na obra *Crítica da razão prática*, assim se manifesta com relação a essa liberdade: “Já que a simples forma da lei pode ser representada exclusivamente pela razão e, por conseguinte, não é nenhum objeto dos sentidos, conseqüentemente tampouco faz parte dos fenômenos, assim a representação dessa forma como fundamento determinante da vontade é diversa de todos os fundamentos determinantes dos eventos da natureza segundo a lei da causalidade, porque nestes os próprios fundamentos determinantes têm que ser fenômenos. Mas, se nenhum outro fundamento determinante da vontade, a não ser meramente aquela forma legislativa universal, pode servir a esta como lei, então uma tal vontade tem que ser pensada como totalmente independente da lei natural dos fenômenos, a saber, da lei da causalidade em suas relações sucessivas. Uma tal independência, porém, chama-se liberdade no sentido mais estrito, isto é transcendental. Logo, uma vontade, à qual unicamente a simples forma legislativa da máxima pode servir de lei, é uma vontade livre”. KANT, Op. Cit., 2002, p. 48.

<sup>13</sup> Segundo Kant, a liberdade é um dos três objetos da metafísica. Vejamos a definição kantiana: “a liberdade, pela qual há que começar, visto que deste suprassensível dos seres mundanos só conhecemos as leis, sob o nome de leis morais, e *a priori*, portanto, dogmaticamente, e apenas com um propósito prático, segundo o qual unicamente é possível o fim último; segundo essas [leis], portanto, a *autonomia* da razão pura prática reconhece-se ao mesmo tempo como *autocracia*, isto é, como poder de atingir ainda aqui na vida terrestre o que concerne à condição formal do mesmo [poder], a moralidade, apesar de todos os impedimentos que sobre nós, enquanto seres sensíveis e, no entanto, também simultaneamente seres inteligíveis, possam exercer as influências da natureza, isto é, a *fé na virtude*, como princípio *em nós* de alcançar o soberano bem. KANT, Op. Cit., 1995, p. 67.

do mundo sensível, num plano superior ao mundo sensível dos fenômenos, ou seja, a vontade humana no mundo inteligível não está sujeita às formas de espaço, tempo e categorias.

Os caminhos trilhados na *Crítica da razão prática*, que não são os caminhos do conhecimento científico, mas que apresentam vias que têm sua gênese na consciência moral, na atividade da consciência moral (frise-se: não na consciência cognoscente) atinge Kant os objetos metafísicos no mundo suprassensível (mundo puramente inteligível) de dimensões não cognoscitivas, mas valorativas e morais que, outrora, na *Crítica da razão pura* tinha afirmado inacessíveis para o conhecimento teórico-especulativo, para o qual o conhecimento físico, científico, é o conhecimento de fenômenos, de objetos a conhecer, mas não de coisas em si mesmas.<sup>14</sup>

Kant, no final do século XVIII, findou seu sistema filosófico com a proclamação da primazia da razão prática sobre a razão pura.

Em síntese, a filosofia prática kantiana converge para a ideia do sujeito moderno, já que a noção da livre vontade humana, tanto do ponto de vista de um sujeito universal, do sujeito racional, quanto do ponto de vista do indivíduo, está ligada à ideia de uma intenção. Somente o próprio indivíduo poderá avaliar se sua ação foi livre, moral, ou não.

## A relação jurídica fundamental

O personalismo ético de Kant influenciou o mundo ideológico dos criadores do Código Civil Alemão, bem como a doutrina do direito natural do século XVIII influenciou os autores do Código Geral Prussiano e do Código Civil Austríaco. Larenz afirma que a ética e a filosofia jurídica de Kant, bem como a tradição do direito natural, que perdurava à época, foram transmitidas por Savigny à ciência do direito na Alemanha durante o século XIX.<sup>15</sup>

O *personalismo ético* atribui ao homem, precisamente porque é “pessoa” um sentido ético, um valor em si mesmo, uma *dignidade*. Nas lições de Larenz, isto representa que todo “ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado por él como persona, a no ser perjudicado en su existencia (la vida, el cuerpo, la salud) y en un ámbito propio del mismo y que cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo. La relación de respeto mútuo que cada uno debe a cualquier otro y puede exigir de éste es la ‘*relación jurídica fundamental*’, la cual, según esta concepción, es la base de toda convivencia en una comunidad jurídica y de toda relación jurídica en

<sup>14</sup> Segundo Morente, a nossa personalidade total “é a confluência de dois focos, por assim dizer: um, nosso eu como sujeito cognoscente, que se expande amplamente sobre a natureza, na sua classificação em objetos, na reunião e concatenação de causas e efeitos e seu desenvolvimento na ciência, no conhecimento científico, matemático, químico, biológico, histórico, etc. Mas, ao mesmo tempo, esse mesmo eu, que quando conhece se põe a si mesmo como sujeito cognoscente, esse mesmo eu é também consciência moral, e sobrepõe a todo esse espetáculo da natureza, sujeita às leis naturais de causalidade, uma atitude estimativa, valorizadora, que se refere a si mesmo, não como sujeito cognoscente, mas como ativo, como agente; e que se refere aos outros homens na mesma relação”. MORENTE, Op. Cit., p. 259.

<sup>15</sup> LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 44-45.



particular. Los elementos esenciales de esta relación jurídica fundamental son el derecho (la pretensión justificada) y el deber, así como la reciprocidad de los derechos y deberes en las relaciones de las personas entre sí.

La relación designada aquí como '*relación jurídica fundamental*' es caracterizada por Kant de la siguiente forma: 'Toda persona tiene legítimo derecho al respeto por sus semejantes y, reciprocamente, está también obligada a ello frente a cualquiera otra'. Más brevemente y en forma más recordable afirma Hegel: 'Por ello el imperativo jurídico es: Sé persona y respeta a los otros como personas'.<sup>16</sup>

Dessa forma, a pessoa como sujeito de direitos ou como destinatária de deveres jurídicos está atrelada a um sentido que corresponde ao personalismo ético de Kant.

## O desenvolvimento dos direitos da personalidade

A Magna Carta (1215), a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) são documentos que, de certa forma, procuravam valorizar a tutela da personalidade e a defesa dos direitos individuais.

A Magna Carta (*Magna Charta Libertatum*), outorgada por João sem Terra em 15 de junho de 1215, e confirmada, seis vezes por Henrique III; três vezes por Eduardo I; 14 vezes por Eduardo III; seis vezes por Ricardo II; seis vezes por Henrique IV; uma vez por Henrique V, e uma vez por Henrique VI. afirmava que "Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país".

A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 16 de junho de 1776, declarava que "todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança".

E a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, determinava que "Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. Em razão disto, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão: Art. 1º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum".

<sup>16</sup> Ibid., p. 45-46.

Por outro lado, não obstante as lições de Larenz, que relacionam o *personalismo ético de Kant*, a *relação jurídica fundamental*, o Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB), o Código Civil Francês, o Código Civil Italiano e o Código Civil Brasileiro de 1916 não faziam menção expressa ou traziam um capítulo específico sobre os direitos da personalidade.

Após a II Grande Guerra Mundial e as atrocidades praticadas pelo nazismo, os direitos da personalidade ganham proeminência na medida de uma maior valorização da pessoa humana.

Em 23 de maio de 1949, em Bonn, é aprovada a Lei Fundamental Alemã, concedendo especial atenção aos direitos fundamentais, compreendidos como direitos imanentes a todo e qualquer ser humano.

O ordenamento constitucional alemão no artigo 1º, 1, afirma que “A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de respeitá-la e proteger”. A seguir, o artigo 2º, 1, da Lei Fundamental Alemã preceitua que “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”.

Com a implantação de uma Corte Constitucional, na Alemanha, em 12 de março de 1951 (art. 92 da Lei Fundamental Alemã), ganha destaque a *jurisdição constitucional*, provocando a irradiação da interpretação constitucional a todo o ordenamento jurídico, inclusive, no direito privado.

A partir da Lei Fundamental Alemã, o conceito de pessoa de cunho jusnaturalístico ganha novas cores e passa a ser conformado por um “mínimo ético” que não pode ser violado pelo Estado nem pelos membros da sociedade.

Dessa maneira, a Alemanha, através da jurisdição constitucional, foi o primeiro país de tradição continental a ser guardião dos direitos fundamentais dos indivíduos contra agressões provenientes tanto do Poder Público como de particulares. Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes cita o *leading case* chamado “caso Lüth”, ocorrido em 1950, “quando um proeminente cineasta já “desnazificado” iria estreitar um novo filme. Erich Lüth, então presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, pressionou distribuidores e donos de cinemas para que não o incluíssem em sua programação. Sustentava Lüth que caso o filme entrasse em cartaz, seria dever dos “alemães decentes” não assistir a ele. O produtor e o distribuidor da obra, então, processaram-no por perdas e danos perante o juízo cível, o qual, aceitando as ponderações feitas, considerou aquelas declarações como uma incitação ao boicote e contrárias à moral e aos bons costumes. O réu foi proibido, como base no § 826 do BGB, de manifestar-se a respeito do filme. Lüth apresentou uma reclamação constitucional, valendo-se do direito fundamental à liberdade de expressão (art. 5º da Lei Fundamental). A decisão do Tribunal Constitucional reformou, em favor de Lüth, a sentença do juízo cível e considerou ter havido, no caso, violação do seu direito à liberdade de expressão”.<sup>17</sup>

Mais recentemente, na jurisprudência francesa, temos o caso do “*arremesso do anão*” anotado por Gustavo Tepedino:<sup>18</sup> “o Prefeito de *Morsang-sur-Orge*, valendo-

<sup>17</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 4.

<sup>18</sup> TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar: 1999, p. 58-59

se do seu poder de polícia, interditou o espetáculo, em cartaz numa certa discoteca, constituído pelo arremesso de um homem de pequena estatura – um anão – pelos clientes, de um lado a outro do recinto, em certame com objetivos de entretenimento.

A decisão da Prefeitura, que pretendia debelar a visível humilhação a que era submetido o anão, teve fundamento no art. 3º da Convenção Europeia de Salvaguardas dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, cujo texto consagra o princípio da dignidade da pessoa humana. O problema é que o próprio anão, litisconsorciado com a empresa interessada, recorreu ao Tribunal Administrativo, obtendo êxito em primeira instância, ao argumento de que aquela atividade não perturbava “a boa ordem, a tranquilidade ou a salubridade públicas”, aspectos em que se circunscreve o poder de polícia municipal. Em outras palavras, a tutela da dignidade humana, só por si, segundo a jurisprudência francesa até então vigente, não integrava o conceito de ordem pública. O pedido fundamentava-se, ainda, no fato de que a atividade econômica privada e o direito ao trabalho representam garantias fundamentais do ordenamento jurídico francês. O caso acabou sendo submetido, em grau de recurso, ao Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa que, alterando o entendimento dominante, reformou a decisão do Tribunal de Versalhes, assentando que “o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da (noção de) ordem pública; (e que) a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais específicas, interditar um espetáculo atentatório à dignidade da pessoa humana”.

Observou-se, ainda no exame da mesma hipótese, que o Conselho de Estado, ao se valer de princípio insculpido na Convenção Europeia, adotou orientação em sentido análogo à tendência do Conselho Constitucional da França, o qual, na ausência de norma expressa, decidiu, em 1994, ao examinar a arguição de inconstitucionalidade de uma lei versando sobre doação e utilização de elementos e partes do corpo humano, “elevant” o princípio da dignidade da pessoa humana ao *status* de “*Principe à valeur constitutionnelle*”. E o fez utilizando-se não de uma disposição da constituição em vigor (de 1958) mas de uma declaração de princípios inserida na constituição do pós-guerra (1946).

No Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não contém uma previsão expressa do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, como o faz o ordenamento constitucional alemão. Entretanto, existe o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, expresso no artigo 1º, III, da CRFB/88, que conforma todo o processo exegético. Dessa maneira, é possível afirmar que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade encontra-se amparado por este dispositivo constitucional.

Com a preocupação maior em assegurar a plenitude dos direitos do homem e do cidadão além da ampla cidadania e a dignidade da pessoa humana, previstos no artigo 1º, incisos II e III, da CRFB88, os direitos da personalidade estão resguardados pelo diploma constitucional através do artigo, 5º, ao afirmar que “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”. O rol exemplificativo apresentado nos incisos do citado artigo 5º procuram assegurar os direitos e garantias fundamentais, lastreados na dignidade da pessoa humana:

- “a) Inciso IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
- b) Inciso V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
- c) Inciso X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
- d) Inciso XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
- e) Inciso XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;
- f) Inciso LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;
- g) Inciso LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;
- h) Inciso LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;
- i) Inciso LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Ademais, de acordo com a regra estabelecida no artigo 34 de nossa Constituição, “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: b) *direitos da pessoa humana*;”.

Também, o texto do caput do artigo 170 da CRFB/88 faz menção ao desenvolvimento da personalidade ao dizer que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:”.

Da mesma forma, o artigo 182 preceitua que “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

O livre desenvolvimento da personalidade aparece também nas normas relacionadas à família, tais como os artigos 226 e 230 da CRFB/88: “Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º – Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

“Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Outrossim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, em 10/12/1948) afirma em seu Artigo 2. I, que “Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”.

E o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, em seu artigo 6º, nº 1, estabelece que “o direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pelas Leis. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> MELLO, Cleyson de Moraes, e FRAGA, Thelma Araújo Esteves (Orgs.) *Direitos humanos: coletânea de legislação*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2003, p. 80.



# Uma licitação sustentável

Antonio Carlos Flores de Moraes<sup>1</sup>

## Resumo

O presente artigo pretende analisar o instituto jurídico da licitação como fenômeno de desenvolvimento nacional sustentável.

**Palavras-chave:** Direito. Licitação. Administração pública.

## Resumen

En este artículo se analiza la institución jurídica de la licitación como un fenómeno de desarrollo nacional sostenible.

**Palabras-clave:** Derecho, la licitación e la administración

A desconfiança nas instituições brasileiras somada à falta de crença na probidade moral das pessoas teve como consequência a aprovação de uma lei de licitações, em 1993, sem qualquer comprometimento com a qualidade dos serviços públicos, caracterizando-se por uma visão economicista, descompromissada com o resultado da aplicação dos recursos governamentais, que deveria estar sempre direcionado para a melhoria de vida do povo brasileiro.

O texto da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, reflete o período histórico em que estávamos vivendo, traumatizados ainda pelo processo de *impeachment* de um Presidente da República, que não solucionou o problema de corrupção entre nós. Nesta mesma ocasião, estourou o chamado esquema dos “Anões do Orçamento”<sup>2</sup>, abalando mais ainda a confiança no homem público brasileiro.

Este citado dispositivo legal faz uma separação completa entre o sujeito de direito e suas obrigações, preocupando-se apenas com o custo da obra ou do serviço, esquecendo-se do velho ditado popular: “O barato sai caro”. Inexiste qualquer obrigação legal do vencedor da licitação em praticar atos em prol da sociedade brasileira, fazendo com que

<sup>1</sup> Conselheiro do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro; Professor do Departamento de Direito da PUC-RIO; Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca.

<sup>2</sup> Os “Anões do Orçamento” foram descobertos em outubro de 1993, a partir das denúncias do economista *José Carlos Alves dos Santos*, integrante da quadrilha e chefe da assessoria técnica da Comissão do Orçamento do Congresso. As revelações levaram à realização de uma CPI no Congresso Nacional, que, durante três meses, esmiuçou o esquema de propinas montado por deputados que atuavam na Comissão. Foram 18 acusados. Seis foram cassados, oito absolvidos e quatro preferiram renunciar para fugir da punição e da inelegibilidade. O rastreamento das contas bancárias acabou derrubando o presidente da Câmara, *Ibsen Pinheiro* (PMDB), o líder do PMDB, deputado *Genebaldo Corrêa* (BA) e o deputado baiano *João Alves de Almeida* (falecido em 2004), suposto chefe do esquema. *Alves* lavava o dinheiro comprando cartões de loteria premiados. Havia dois esquemas fraudulentos. No primeiro, parlamentares faziam emendas remetendo dinheiro para entidades filantrópicas ligadas a parentes e laranjas. Mas o principal eram os acordos com grandes empreiteiras para a inclusão de verbas orçamentárias para grandes obras, em troca de polpudas comissões.

os recursos recebidos sirvam para resguardar o meio ambiente, como também garantir o emprego das pessoas, permitindo, assim, um real desenvolvimento socioeconômico com melhor distribuição de renda e qualidade de vida de nossa população.

A primeira mudança desta concepção da administração pública veio com a Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, quando deu nova redação ao art. 3º da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, prevendo que a licitação “destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

Assim, a licitação visa garantir também o desenvolvimento nacional sustentável, prevendo ainda a nova lei de dezembro de 2010 que “nos processos de licitação previstos no *caput*, poderá ser estabelecido margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras” (§ 5º, do art. 3º da Lei nº. 8.666, de 1993).

Esta margem de preferência será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo na superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração, entre outras coisas, a geração de emprego e renda e o desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país (§ 6º, do art. 3º da Lei 8.666, de 1993).

Uma consequência, que salta aos olhos decorrente das novidades trazidas pela Lei nº 12.349, de 2010, foi permitir que o Tribunal de Contas deixe de ser uma instituição meramente policialesca, preocupada apenas no eventual sobre preço da obra ou do serviço pactuado, o que o fazia concentrar toda a sua ação em pesquisar esses valores, deixando assim de focar sua atenção nos resultados objetivados pelo contrato administrativo. Essa atividade de controle de preços deveria ser exercida exclusivamente pelo controle interno, cabendo ao controle externo verificar se os recursos públicos estão sendo gastos com o objetivo de construir uma sociedade sustentável.

Esta é uma preocupação que deve ser adotada de forma imediata, inclusive em respeito ao próprio texto aprovado pela Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), realizada entre 3 e 14 de junho de 1992 no Rio de Janeiro. O objetivo principal dessa reunião de cúpula mundial era buscar meios de conciliar o desenvolvimento socioeconômico com a conservação e proteção dos ecossistemas da Terra e logo em seu preâmbulo inicia afirmando:

“A humanidade se encontra em um momento de definição histórica. Defrontamo-nos com a perpetuação das disparidades existentes entre as nações e no interior delas, o agravamento da pobreza, da fome, das doenças e do analfabetismo, e com a deterioração contínua dos ecossistemas de que depende nosso bem-estar. Não obstante, caso se integrem as preocupações relativas ao meio ambiente e desenvolvimento e a elas se dedique mais atenção, será possível satisfazer às necessidades básicas, elevar o nível da vida de todos, obter ecossistemas melhor protegidos e gerenciados e construir um futuro mais próspero e seguro. São metas que nação alguma pode atingir sozinha; juntos, porém, podemos - em uma associação mundial em prol do desenvolvimento sustentável.”



Assim, “também o combate à pobreza e às desigualdades têm grande importância para o alcance de uma sociedade sustentável. É essencial que se atinja um patamar mínimo global de difusão de informações capazes de inserir todos os países e populações num contexto de esforços em prol do meio ambiente. Para isso, devem ser criadas formas de financiamento capazes de erradicar a miséria, garantindo que os países em desenvolvimento, em muitos casos detentores de largas fontes naturais, possam prosseguir com respeito ao meio ambiente”.<sup>3</sup>

## Uma nova visão de desenvolvimento

Entender os dias atuais da história da humanidade significa redefinir conceitos, palavras e mesmo o método de análise dos índices econômicos, antes voltados apenas para medir a produção de um país, sem levar em conta a qualidade de vida e a própria felicidade das pessoas. Analisar o século XXI com os mesmos critérios adotados na segunda metade do século passado faz com que o comentarista se baseie em dados falaciosos que somente serviram, no passado, como propaganda política.

Crescer a um índice de 9% (nove por cento) ao ano, que nos anos 50 do século XX seria a glória de um governante, não traduz nada nos dias de hoje, porque em si mesmo não significa qualidade de vida. Tal expressão seria chamada no final do século XIX por Eduardo Prado como ilusão gráfica, porque parece dizer muita coisa, mas em si mesma nada significa. Assim, para concluir se tal crescimento melhora de fato a qualidade de vida, torna-se necessário perguntar: 1) Qual é o grau de liberdade das pessoas nesse tipo de sociedade? 2) Como o meio ambiente tem sido respeitado nesse processo de crescimento econômico? 3) Qual é o nível da qualidade de vida das pessoas que compõem essa sociedade?

Estas três perguntas explicam as razões da Organização das Nações Unidas (ONU) basear as suas análises não só levando em consideração os índices do Produto Interno Bruto (PIB), mas também os números do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Nesta segunda fase, a ONU examina também o grau de educação e expectativa de vida de uma população para medir o real desenvolvimento de uma determinada sociedade.

Não precisamos ir longe para comprovar a exatidão da decisão da ONU, bastando nos deter na realidade nacional brasileira. Torna-se, então necessário responder às seguintes perguntas: 1) Quantos momentos de grande crescimento econômico tiveram em nossa história? 2) Esses momentos significaram uma melhora na qualidade de vida para a nossa população? 3) Por que esses momentos não se sustentaram? 4) Por que, ao contrário, esses momentos de crescimento econômico geraram crises maiores em nosso país, criando uma instabilidade social e política?

<sup>3</sup> COSTA, Marcelo Ladeira Moreira da, O Protocolo de Quioto – Perspectivas e implicações jurídicas in *Direito e meio ambiente – reflexões atuais*, organizadores Gracielle Carrijo Vilela e Marina Rievers. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 303.

Para iniciar uma análise, é aconselhável recordarmos os nossos três grandes autores clássicos que propiciaram uma nova forma de examinar a nossa formação social brasileira. Refiro-me, a Gilberto Freyre <sup>4</sup>, Sérgio Buarque de Holanda <sup>5</sup> e Raymundo Faoro<sup>6</sup>, que ao romper com o historicismo oficial passaram a utilizar as técnicas sociológicas, que levavam em consideração o comportamento das pessoas em determinado contexto social.

Assim, após escrever o seu livro *Casa grande e senzala*, quando examina a formação rural brasileira, Gilberto Freyre passa a estudar a formação de nossas cidades, utilizando a metáfora *da casa e da rua* para concluir que o *sobrado*, a casa do senhor rural na cidade, é uma espécie de prolongamento material da personalidade do senhor. Sua relação com a rua, essa espécie arquetípica e primitiva de espaço público, é de desprezo, a rua é o lixo da casa, representa o perigo, o escuro, era simplesmente a não casa, uma ausência.

Comentando a obra de Freyre, Jessé Souza<sup>7</sup> afirma que:

“O ‘sodomasoquismo’ socialmente condicionado pela inexistência de instituições intermediária e pela ausência de códigos morais consensuais, típico do complexo rural casa-grande e Senzala, muda inicialmente, apenas de ‘habitação’. Seu conteúdo, no entanto, aquilo que o determina como conceito para Gilberto Freyre, ou seja, o seu visceral não reconhecimento da alteridade permanece. A passagem do sistema ‘casa-grande e senzala’ para o sistema ‘sobrado e mocambo’ fragmenta, estilhaça em mil pedaços uma unidade antes orgânica. Esses fragmentos espalham-se agora por toda a parte, completando-se mal e acentuando conflitos e oposições. Da casa-grande e senzala, depois sobrados e mocambos, e, talvez, hoje em dia, bairros burgueses e favelas, as acomodações e complementaridades ficam cada vez mais raras.”

Sérgio Buarque de Holanda, cujo livro *Raízes do Brasil* está a completar 70 anos da primeira edição, retrata a falta de limites na formação das cidades brasileiras, qualificando o português como semeador, diferentemente do espanhol que chamava de ladrilheiro. Este tentou trazer para as Américas a forma de vida europeia, desrespeitando, muitas vezes, à culturas locais. O português, por seu turno, preferia se adaptar à natureza, semeando-a sem procurar fazer grandes alterações.

Surgindo o *homem cordial brasileiro*, aquele que vive em grupos e age apenas com o coração sem grandes racionalidades, passa-se a analisar se “*vale a pena*” elaborar algumas regras de conduta, criando os limites necessários para o convívio social. E o pior surge, porque, sem limites, as regras são ditadas pelos mais fortes sociais, passando a vigorar o tradicional princípio: *Aos amigos tudo, aos inimigos no mínimo os rigores da lei*.

Raymundo Faoro, em *Donos do poder*, aplica com perfeição a metodologia weberiana e explica como os estamentos sociais são distanciados entre nós, formando-se grupos que impedem a democratização da sociedade e maior participação de diversos

<sup>4</sup> FREYRE, Gilberto. *Sobrados e mocambos*. Rio: Record, 1990.

<sup>5</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio: Cia da Letras, 2002.

<sup>6</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Rio: Ed. Globo, 7. ed, 1987.

<sup>7</sup> SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*. Belo Horizonte: UFMG. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

setores no poder nacional. Caracteriza-se neste momento a exclusão social e a formação de uma elite que volta seus olhos apenas para Europa, ficando de costas para a realidade nacional. Há, portanto, uma completa insensibilidade com os problemas de nossa sociedade.

Esses três clássicos possibilitam a explicação do porquê o Brasil passou no século XX por diversos momentos de crescimento econômico e nenhum deles se sustentou, ou pelo menos possibilitou uma maior inclusão social de todos os segmentos. Ao contrário, os problemas se acumularam e a grande exclusão social criou um clima propício ao crescimento da criminalidade.

Assim, nos primeiros 50 anos do século passado, o Brasil manteve a sua estrutura agrária, baseada no latifúndio, cuja produção destinava-se à exportação. O primeiro grande abalo da economia nacional ocorre no final dos anos 20, quando ocorre o grande *crack* da Bolsa de Valores Americana e o comércio internacional sofre uma grande redução, prejudicando basicamente os exportadores de matéria-prima, como era o caso brasileiro.

O modelo econômico da República Velha não se sustenta e eclode a Revolução de 1930. A esperança de melhora ganha corpo na sociedade brasileira e os primeiros passos da industrialização brasileira começam a ser dados. A radicalização ideológica na Europa somada ao desagrado que as medidas governamentais criaram à elite cafeeira paulista levou a queda do governo de Getúlio Vargas em 1945 e a tentativa de retornar com Dutra ao modelo agro exportador, ou seja, a economia como um todo baseada no café.

O retorno de Getúlio, em 1951, significa o início do processo de substituição das exportações, seguindo o modelo elaborado pela *CEPAL* – Comissão Econômica para a América Latina, organismo integrante da ONU. Dos anos 50 até o final da década de 70 do século XX, o Brasil atravessa uma época de graves crises políticas, mas de grande crescimento econômico, chegando a alcançar o grau de oitava economia do mundo industrializado.<sup>8</sup>

Esse processo ocorrido sem um planejamento estratégico, que poderia possibilitar a sua sustentabilidade, criou um êxodo rural imensurável e, em consequência, um crescimento das cidades sem qualquer controle. Surgem as favelas e a desigualdade social fica visível a olho nu, exatamente porque está localizada numa única concentração urbana. Antes as propriedades rurais esparsas em todo o território nacional escondiam a pobreza da visão da maioria das pessoas.

O crescimento econômico de então, além de excluir uma grande quantidade de pessoas dos ganhos obtidos, concentrou a renda em mãos de poucos segmentos sociais. A diferença entre o *sobrado e mocambos* como apresentado por Gilberto Freyre fica flagrante, tornando mais marcante ainda a contradição existente entre a *casa e a rua*. A democracia social somente era conhecida no carnaval e no futebol, quando as regras da *rua* imperavam.

<sup>8</sup> Segundo a *Economist Intelligence Unit* (EIU), empresa de consultoria e pesquisa ligada à revista *The Economist*, o Brasil já se tornou, no ano de 2011, a sexta maior economia do mundo, ou seja, o sexto maior produto interno bruto medido em dólares à taxa de câmbio corrente.

Politicamente organizado em forma de uma ditadura militar, de março de 1964 a março de 1985, o modelo econômico novamente não se sustenta, principalmente porque o mercado financeiro internacional se fecha por dois motivos básicos: a inflação americana (aumento da taxa de juros) e por causa do aumento do preço do petróleo (crise no Oriente Médio). Estes dois eventos elevam os juros internacionais a patamares jamais conhecidos e as economias, como a brasileira, baseadas em empréstimos externos falem literalmente.

Falidos economicamente, as ditaduras não se sustentam e os ventos democráticos começam a soprar na América Latina, que seguiu o exemplo europeu com a queda do autoritarismo na Grécia, Portugal e Espanha. Mais uma vez, constata-se que o modelo econômico adotado em nosso país não se sustentou. São restabelecidas as liberdades democráticas no Brasil com a promulgação da Constituição em 5 de outubro de 1988, chamada por Ulysses Guimarães como a Constituição Cidadã.

Mas, ela por si só não foi capaz de trazer um novo modelo econômico sustentável. Óbvio que não teve sucesso imediato! Ao chegar-se à última década do século passado as graves crises ocorridas na economia mundial geraram um enfraquecimento do chamado *Estado do Bem-Estar Social*, pois os governos não possuíam mais recursos próprios para sozinhos melhorar a qualidade de vida dos cidadãos.

Esse novo modelo é abraçado em nosso país por um grande número de economistas como a grande solução de todos os problemas nacionais. Palavras novas surgiram no jargão da administração pública, tais como: globalização, privatização, eficiência, agências reguladoras, etc. Procurava-se trazer para a administração pública expressões vitoriosas na área privada.

Dois grandes dramas surgiram entre nós de forma imediata: 1) o primeiro foi o fato do Estado brasileiro jamais ter sido um modelo de *bem-estar social* como conhecido na Europa. Lá a Previdência Social ganhou contornos jamais conhecidos entre nós, possibilitando que a crise de desemprego naquele continente não fosse tão desesperadora como entre nós; 2) A educação universal e a medicina socializada europeia permitiram que a renda das pessoas fosse destinada mais para o consumo, impedindo a recessão econômica; 3) Os modelos de eficiência e de agências reguladoras se basearam mais no modelo anglo-saxão, onde a estrutura democrática não só política como social ganharam contornos tais que o controle do governo por parte da sociedade é muito grande. Assim, a eficiência não é resultado da privatização, mas sim do controle social das empresas antes administradas pelo Estado.

Depois de tantas experiências fracassadas, a sociedade brasileira não pode se dar ao luxo de ter um novo modelo econômico que não se sustenta, principalmente por procurar importar soluções que exigem antes de tudo a construção de um alicerce democrático sólido capaz de suportar todos os abalos criados por eventuais crises no futuro. É necessário, portanto, solidificar-se entre nós uma verdadeira democracia substantiva baseada na realidade nacional.

Assim, o primeiro passo a ser adotado é colocar em prática o texto constitucional brasileiro, dando vida aos princípios ali estabelecidos. Cabe lembrar, como o fez Jorge Miranda,<sup>9</sup> homenageado Professor Catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa, que “os princípios não se colocam além ou acima do direito (ou do próprio direito positivo); também eles - numa visão ampla superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais - fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em ‘normas-princípios’ e ‘normas-disposições’ [...] Eles (os princípios) exercem uma ação imediata enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais. E exercem também uma ação mediata tanto num plano integrativo e construtivo como num plano essencialmente prospectivo. Por certo, os princípios, muito mais que os preceitos, admitem ou postulam concretizações, densificações, realizações variáveis. Nem por isso, o operador jurídico pode deixar de os ter em conta, de os tomar como pontos firmes de referência, de os interpretar segundo os critérios próprios da hermenêutica e de, em consequência, lhes dar o devido cumprimento”.

No caso da Constituição de 1988, além dos princípios próprios para a administração pública, estabelecidos no seu art. 37,<sup>10</sup> o art. 225 cria um novo capaz de tutelar os valores ambientais, que, sem dúvida, devem servir de alicerce para o desenvolvimento sustentado brasileiro. Assim, o art. 225 estabelece *in verbis*:

“Art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Na simples leitura deste artigo, pode-se compreender porque deve ser considerado como alicerce do futuro: é criado um direito público subjetivo de se ter direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ora, se há direito subjetivo de alguém, ocorre como reflexo a obrigação objetiva do Poder Público: defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Passa a surgir a constitucionalização da proteção ao meio ambiente, passando a sociedade a exigir que o “Estado construísse mecanismos que garantissem melhores condições de vida a todos os indivíduos, cobrando do Poder Público o desenvolvimento de instrumentos que facilitassem a resolução de conflitos dos mais variados cunhos: comunitário, étnico, sexual ou nacional”.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

<sup>10</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ...

<sup>11</sup> PEDRO, Antônio Fernando Pinheiro. *Aspectos ideológicos do meio ambiente In Direito ambiental: enfoques variados*, Bruno Campos Silva – organizador. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004, p. 20.

Surge assim uma nova geração de direitos fundamentais decorrente da conscientização “de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento”, que propiciou a busca de “uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasak.”<sup>12 13</sup>

Bonavides comenta ainda que “a teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração<sup>14</sup>: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”.<sup>15</sup>

Essa expressão de fraternidade para caracterizar a terceira geração dos direitos fundamentais não é usada por Etienne-Richard Mbaya, jusfilósofo de Colômbia, formulador do chamado “direito ao desenvolvimento” que prefere utilizar “solidariedade”. Em sua Aula Inaugural dos Cursos dos Direitos do Homem, em 1972, Mbaya utilizou como tema o direito ao desenvolvimento, que foi reconhecido pela Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em 1977. Este mesmo órgão da ONU, durante a 3ª reunião em 1980, incluiu na sua Resolução Final.<sup>16</sup>

## O direito ao desenvolvimento

A Constituição Brasileira de 1988 tem entre seus fundamentos “a dignidade da pessoa humana” e “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, III e IV). Os objetivos fundamentais de nossa República claramente reconhecem a terceira geração dos direitos fundamentais, considerando-os constituídos por:

- “Construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- Garantir o desenvolvimento nacional;
- Eradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

<sup>12</sup> Vasak é um Checo-Francês, oficial internacional e professor universitário. Vasak nasceu na Tchecoslováquia e, mais tarde mudou-se para França para estudar direito. Ele decidiu permanecer lá após a invasão soviética a seu país em 1968. Ele adquiriu cidadania francesa e trabalhou para diversos departamentos do Conselho da Europa. Em 1969, tornou-se o primeiro Secretário-Geral do Instituto Internacional de Direitos Humanos em Estrasburgo, cargo que ocupou até 1980. Ele atuou como Diretor da Divisão de Direitos Humanos e Paz e depois como Assessor Jurídico UNESCO e Organização Mundial do Turismo. Vasak editou um livro de 1982 denominado *As dimensões internacional dos direitos humanos* (ISBN 0-313-23394-2).

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional (13ª edição, revista e atualizada, 2ª tiragem)*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p. 569.

<sup>14</sup> De acordo com a Aula Inaugural de Vasak, em 1979, dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, nos deparamos hoje com direitos da primeira, da segunda e da terceira geração, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade.

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. ob. cit., p. 569.

<sup>16</sup> IDEM, p. 570.

Nas relações internacionais, inclusive, o Brasil adota também o princípio da solidariedade defendido por Mbaya,<sup>17</sup> determinando a regência dos seguintes:

“Independência nacional;  
Prevalência dos direitos humanos;  
Autodeterminação dos povos;  
Não intervenção;  
Igualdade entre os Estados;  
Defesa da paz;  
Solução pacífica dos conflitos;  
Repúdio ao terrorismo e ao racismo;  
Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;  
Concessão de asilo político.”

Além de diversas garantias estabelecidas no art. 5º, cabe destacar a definição dada de direitos sociais pelo art. 6º da CF/88:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Esses artigos devem ser interpretados de acordo com o método “*hermenêutico-concretizante*”, que deu a postura para a elaboração de um catálogo dos *princípios tópicos da interpretação constitucional*. Canotilho explica que “a elaboração (indutiva) de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional está relacionada com a necessidade sentida pela doutrina e *práxis* jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa: (1) relevantes para a decisão (= resolução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativos no campo do direito constitucional, articulando direito constitucional formal e material, princípios jurídicos-funcionais (ex.: princípio da interpretação conforme a constituição) e princípios jurídicos-materiais (ex.: princípio da unidade da constituição, princípio da efetividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimidos na discussão de problemas constitucionais dentro da “base de compromisso” cristalizada nas normas constitucionais (princípio da praticabilidade)”.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> No atual estágio de desenvolvimento, o princípio da solidariedade, segundo Mbaya, exprime-se de três maneiras:

O dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos);

Ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza, para a superação das dificuldades econômicas (inclusive de auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar *deficits*);

Uma coordenação sistemática de política econômica.

<sup>18</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1096.

O primeiro princípio do catálogo é justamente o “*da unidade da constituição*”, que “obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar [...] daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”.<sup>19</sup>

Assim sendo, a norma contida no art. 22, XXVII<sup>20</sup> deve ser interpretada em conjunto com os antes citados, acrescidos também dos princípios esposados nos arts. 170<sup>21</sup>, 193<sup>22</sup> e 225<sup>23</sup>. Por tais razões, não se pode, nem se deve, fazer uma interpretação economicista do inciso XXI, do art. 37,<sup>24</sup> quando o texto estabelece que o processo de licitação “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Como é imposto ao Poder Público e à coletividade, nos termos do art. 225 da CF/88, o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações, por ser um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, o processo de licitação também deve respeitar os princípios relativos à boa qualidade de vida.

Além do mais, o § 2º do art. 5º da CF/88 estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos **tratados internacionais** em que a República Federativa do Brasil **seja parte**”. (negrito nosso) Esses “tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. (art. 5º, § 3º)

<sup>19</sup> IDEM, p. 1097.

<sup>20</sup> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

.....

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecidos o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

<sup>21</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ...

<sup>22</sup> Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

<sup>23</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

<sup>24</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

.....

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento)



Consequentemente, o texto da **Agenda 21** deve ser integralmente respeitado,<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Os temas fundamentais da Agenda 21 estão tratados em 40 capítulos organizados em um preâmbulo e quatro seções:

1. Preâmbulo

Seção I. Dimensões sociais e econômicas

2. Cooperação internacional para acelerar o desenvolvimento sustentável dos países em desenvolvimento das políticas internas conexas
3. Luta contra a pobreza
4. Evolução das modalidades de consumo
5. Dinâmica demográfica e sustentabilidade
6. Proteção e fomento da saúde humana
7. Fomento do desenvolvimento sustentável dos recursos humanos
8. Integração do meio ambiente e o desenvolvimento na tomada de decisões

Seção II Conservação e gestão dos recursos para o desenvolvimento

9. Proteção da atmosfera
10. Enfoque integrado do planejamento e da ordenação dos recursos das terras
11. Luta contra o desmatamento
12. Ordenação dos ecossistemas frágeis: luta contra a desertificação e a seca
13. Ordenação dos ecossistemas frágeis: desenvolvimento sustentável das zonas montanhosas
14. Fomento da agricultura e do desenvolvimento rural sustentável
15. Conservação da diversidade biológica
16. Gestão ecologicamente racional da biotecnologia
17. Proteção dos oceanos e dos mares de todo tipo, incluídos os mares fechados e semi fechados e as zonas costeiras, e o uso racional e o desenvolvimento de seus recursos vivos
18. Proteção da qualidade dos recursos de água doce: aplicação de critérios integrados para o aproveitamento, ordenação e uso dos recursos de água doce
19. Gestão ecologicamente racional dos produtos químicos tóxicos, incluída a prevenção do tráfico internacional ilícito de produtos tóxicos e perigosos
20. Gestão ecologicamente racional dos rejeitos perigosos, incluída a prevenção do tráfico internacional ilícito de rejeitos perigosos
21. Gestão ecologicamente racional dos rejeitos sólidos e questões relacionadas com as matérias fecais
22. Gestão inócua e ecologicamente racional dos rejeitos radioativos

Seção III. Fortalecimento do papel dos grupos principais

23. Preâmbulo

24. Medidas mundiais em favor da mulher para atingir um desenvolvimento sustentável e equitativo
25. A infância e a juventude no desenvolvimento sustentável
26. Reconhecimento e fortalecimento do papel das populações indígenas e suas comunidades
27. Fortalecimento do papel das organizações não governamentais associadas na busca de um desenvolvimento sustentável

28. Iniciativas das autoridades locais em apoio ao Programa 21

29. Fortalecimento do papel dos trabalhadores e seus sindicatos

30. Fortalecimento do papel do comércio e da indústria

31. A comunidade científica e tecnológica

32. Fortalecimento do papel dos agricultores

Seção IV. Meios de execução

33. Recursos e mecanismos de financiamento

34. Transferência de tecnologia ecologicamente racional, cooperação e aumento da capacidade

35. A ciência para o desenvolvimento sustentável

36. Fomento da educação, a capacitação e a conscientização

37. Mecanismos nacionais e cooperação internacional para aumentar a capacidade nacional nos países em desenvolvimento

38. Acordos institucionais internacionais

39. Instrumentos e mecanismos jurídicos internacionais

40. Informação para a adoção de decisões

principalmente por ter sido um dos principais resultados da Conferência Eco-92 ou Rio-92, ocorrida exatamente entre nós na cidade do Rio de Janeiro, em 1992. Neste documento está estabelecida a importância da reflexão de todos, governos e sociedades, sobre a forma de cooperação no estudo de soluções para os problemas socioambientais.

Cada país deve desenvolver a sua própria Agenda 21 e, no Brasil, as discussões são coordenadas pela *Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 Nacional (CPDS)*. As ações prioritárias da Agenda 21 brasileira são os programas de inclusão social (com o acesso de toda a população educação, saúde e distribuição de renda), a sustentabilidade urbana e rural, a preservação dos recursos naturais e minerais e a ética política para o planejamento rumo ao desenvolvimento sustentável.<sup>26</sup>

Cabe ressaltar que após a reunião ocorrida na cidade do Rio de Janeiro, de 3 a 14 de junho de 1992, a Conferência das Nações Unidas para Meio Ambiente e Desenvolvimento apresentou a declaração final, proclamando 27 princípios,<sup>27</sup>

<sup>26</sup> De acordo com o Ministério do Meio Ambiente as atividades da Agenda 21 brasileira estão sendo desenvolvidas de forma descentralizada, buscando o fortalecimento da sociedade e do poder local e reforçando que a Agenda 21 só se realiza quando há participação das pessoas, avançando, dessa forma, na construção de uma democracia participativa no Brasil. Em 2004, através do Decreto Presidencial de 3 de fevereiro de 2004, houve uma ampliação da CPDS. Foi criada no âmbito da Câmara de Políticas dos Recursos Naturais, do Conselho de Governo, a nova constituição da CPDS se deu por meio de Decreto Presidencial de 03 de fevereiro de 2004. Os novos membros que incluem 15 ministérios, a ANAMMA e a ABEMA e 17 da sociedade civil tomaram posse no dia 1º de junho de 2004. A primeira reunião da nova composição aconteceu no dia 1º de julho, e a segunda em 15 de setembro de 2004. Nestes últimos cinco anos, foram efetivadas parcerias e convênios com o Ministério da Educação, Ministério da Saúde, Ministério das Cidades, Ministério da Cultura, Ministério do Desenvolvimento Agrário, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Ministério da Integração Nacional, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e Ministério de Minas e Energia; Fórum Brasileiro das ONGs para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento; CONFEA/CREA, Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil, Banco do Nordeste e prefeituras brasileiras.

<sup>27</sup> Declaração do Rio de Janeiro sobre meio ambiente e desenvolvimento  
A Conferência das Nações Unidas para Meio Ambiente e Desenvolvimento  
Tendo-se reunido no Rio de Janeiro de 03 a 14 de junho de 1992,  
Reafirmando a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Humano, aprovada em Estocolmo em 16 de junho de 1972, e tratando de basear-se nela,  
Com o objetivo de estabelecer uma aliança mundial nova e equitativa mediante a criação de novos níveis de cooperação entre os Estados, os setores chave das sociedades e as pessoas,  
Procurando alcançar acordos internacionais em que se respeitem os interesses de todos e se proteja a integridade do sistema ambiental e de desenvolvimento mundial,  
Reconhecendo a natureza integral e interdependente da Terra, nosso lugar,  
Proclama que:

#### PRINCÍPIO 1

Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a Natureza.

#### PRINCÍPIO 2

Os Estados, de conformidade com a Carta das Nações Unidas e os princípios da Lei Internacional, possuem o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas ambientais e de desenvolvimento, e a responsabilidade de velar para que as atividades realizadas dentro

---

de sua jurisdição ou sob seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de zonas que estejam fora dos limites da jurisdição nacional.

**PRINCÍPIO 3**

O direito ao desenvolvimento deve exercer-se de forma tal que responda equitativamente às necessidades de desenvolvimento e ambientais das gerações presentes e futuras.

**PRINCÍPIO 4**

A fim de alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção do meio ambiente deverá constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não poderá considerar-se de forma isolada.

**PRINCÍPIO 5**

Todos os Estados e todas as pessoas deverão cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza como requisito indispensável do desenvolvimento sustentável, a fim de reduzir as disparidades nos níveis de vida e responder melhor às necessidades da maioria dos povos do mundo.

**PRINCÍPIO 6**

A situação e as necessidades especiais dos países em desenvolvimento, em particular os países menos adiantados e os mais vulneráveis do ponto de vista ambiental, deverão receber prioridade especial. Nas medidas internacionais que se adotem com respeito ao meio ambiente e ao desenvolvimento também se deveriam ter em conta os interesses e as necessidades de todos os países.

**PRINCÍPIO 7**

Os Estados deverão cooperar com o espírito de solidariedade mundial para conservar, proteger e restabelecer a saúde e a integridade do ecossistema da Terra. Tendo em vista que tenham contribuído notadamente para a degradação do meio ambiente mundial, os Estados têm responsabilidades comuns, mas diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, em vista das pressões que suas sociedades exercem no meio ambiente mundial e das tecnologias e dos recursos financeiros de que dispõem.

**PRINCÍPIO 8**

Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma melhor qualidade de vida para todas as pessoas, os Estados deveriam reduzir e eliminar os sistemas de produção e consumo não sustentados e fomentar políticas demográficas apropriadas.

**PRINCÍPIO 9**

Os Estados deveriam cooperar para reforçar a criação de capacidades endógenas para obter um desenvolvimento sustentável, aumentando o saber científico mediante o intercâmbio de conhecimentos científicos e tecnológicos, intensificando o desenvolvimento, a adaptação, a difusão e a transferência de tecnologias, entre estas, tecnologias novas e inovadoras.

**PRINCÍPIO 10**

O melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, em vários níveis. No plano nacional, toda pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o ambiente de que dispõem as autoridades públicas, incluída a informação sobre os materiais e as atividades que oferecem perigo em suas comunidades, assim como a oportunidade de participar dos processos de adoção de decisões. Os Estados deverão facilitar e fomentar a sensibilização e a participação do público, colocando a informação à disposição de todos. Deverá ser proporcionado acesso efetivo aos procedimentos judiciais e administrativos, entre os quais o ressarcimento de danos e os recursos pertinentes.

**PRINCÍPIO 11**

Os Estados deverão promulgar leis eficazes sobre o meio ambiente. As normas ambientais, e os objetivos e prioridades em matérias de regulamentação do meio ambiente, deveriam refletir o contexto ambiental e de desenvolvimento às quais se aplicam. As normas por alguns países podem resultar inadequadas e representar um custo social e econômico injustificado para outros países em particular os países em desenvolvimento.

**PRINCÍPIO 12**

Os Estados deveriam cooperar para promover um sistema econômico internacional favorável e aberto que levará ao crescimento econômico e ao desenvolvimento sustentável de todos os países, a fim de abordar de forma melhor os problemas de degradação ambiental. As medidas de política comercial para fins ambientais não deveriam constituir um meio de discriminação arbitrária ou injustificável nem uma restrição velada do comércio internacional. Deveriam ser evitadas medidas unilaterais

para solucionar os problemas ambientais que se produzem fora da jurisdição do país importador. As medidas destinadas a tratar os problemas ambientais transfronteiriços ou mundiais deveriam, à medida do possível, basear-se em um consenso internacional.

**PRINCÍPIO 13**

Os Estados deverão desenvolver a legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização referente às vítimas da contaminação e outros danos ambientais. Os Estados deverão cooperar de maneira inteligente e mais decidida no preparo de novas leis internacionais sobre responsabilidade e indenização pelos efeitos adversos dos danos ambientais causados pelas atividades realizadas dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, em zonas situadas fora de sua jurisdição.

**PRINCÍPIO 14**

Os Estados deveriam cooperar efetivamente para desestimular ou evitar o deslocamento e a transferência a outros Estados de quaisquer atividades e substâncias que causem degradação ambiental grave ou se considerem nocivas à saúde humana.

**PRINCÍPIO 15**

Com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação do meio ambiente.

**PRINCÍPIO 16**

As autoridades nacionais deveriam procurar fomentar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em conta o critério de que o que contamina deveria, em princípio, arcar com os custos da contaminação, tendo devidamente em conta o interesse público e sem distorcer o comércio nem as inversões internacionais.

**PRINCÍPIO 17**

Deverá empreender-se uma avaliação do impacto ambiental, em termos de instrumento nacional, a despeito de qualquer atividade proposta que provavelmente produza um impacto negativo considerável no meio ambiente e que esteja sujeito à decisão de uma autoridade nacional competente.

**PRINCÍPIO 18**

Os Estados deverão notificar imediatamente os outros Estados sobre os desastres naturais e outras situações de emergência que possam produzir efeitos nocivos súbitos no meio ambiente desses Estados. A comunidade internacional deverá fazer todo o possível para ajudar os Estados que sejam afetados.

**PRINCÍPIO 19**

Os Estados deverão proporcionar a informação pertinente e notificar previamente e de forma oportuna os Estados que possam se ver afetados por atividades passíveis de ter consideráveis efeitos ambientais nocivos transfronteiriços, e deverão celebrar consultas com estes Estados em data antecipada.

**PRINCÍPIO 20**

As mulheres desempenham um papel fundamental na ordenação do meio ambiente e no desenvolvimento. É, portanto, imprescindível contar com sua plena participação para chegar ao desenvolvimento sustentável.

**PRINCÍPIO 21**

Devem ser mobilizados a criatividade, os ideais e o valor dos jovens do mundo para forjar uma aliança mundial orientada para obter o desenvolvimento sustentável e assegurar um futuro melhor para todos.

**PRINCÍPIO 22**

Os povos indígenas e suas comunidades, assim como outras comunidades locais, desempenham um papel fundamental na ordenação do meio ambiente e no desenvolvimento devido a seus conhecimentos e práticas tradicionais. Os Estados deveriam reconhecer e prestar o apoio devido a sua identidade, cultura e interesses e velar pelos que participarão efetivamente na obtenção do desenvolvimento sustentável.

**PRINCÍPIO 23**

Devem proteger-se o meio ambiente e os recursos naturais dos povos submetidos à opressão, dominação e ocupação.

destacando-se logo o primeiro quando ficou estabelecido que “os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza”.

## Vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza

O capítulo 3 da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento considera a pobreza como “um problema complexo e multidimensional, com origem ao mesmo tempo na área nacional e na área internacional. Não é possível encontrar uma solução uniforme, com aplicação universal para o combate à pobreza. Antes, é fundamental para a solução desse problema que se desenvolvam programas específicos para cada país, com atividades internacionais de apoio às nacionais e com um processo paralelo de criação de um ambiente internacional de apoio. A erradicação da pobreza e da fome, maior equidade na distribuição da renda e desenvolvimento de recursos humanos: esses desafios continuam sendo consideráveis em toda parte. O combate à pobreza é uma responsabilidade conjunta de todos os países”.

Entre nós, a erradicação da pobreza, além dos programas governamentais, como o Bolsa Família, devem ser conseguidos evitando que uma excessiva e rápida rotatividade da mão de obra, bem como respeitando o direito ao trabalho. Este direito, como direito fundamental da pessoa humana, significa a faculdade que possui cada homem de poder exercer uma atividade útil, a si, à sua família e à sociedade, mediante justa remuneração. Sendo o trabalho um prolongamento da própria personalidade, que se projeta no grupo em que vive o indivíduo, vinculando-o, pela própria divisão do trabalho social, aos demais que a compõem, representa esse direito, por si só, a raiz da própria existência do homem, pelo que lhe proporciona ou lhe pode proporcionar de subsistência, de liberdade, de autoafirmação e de dignidade. O direito ao trabalho é a possibilidade de vir a participar cada um da produção de todos, recebendo, em troca, a remuneração que lhe é devida.

O direito ao trabalho, como direito público subjetivo, positivo, do tipo social, é um instituto inteiramente moderno, melhor dizendo, atual. Na segunda metade do século passado, esse direito já estava consagrado, tendo a ONU, inclusive, aprovado este tema

---

### PRINCÍPIO 24

A guerra é, por definição, inimiga do desenvolvimento sustentável. Em consequência, os Estados deverão respeitar o direito internacional proporcionando proteção ao meio ambiente em épocas de conflito armado, e cooperar para seu posterior melhoramento, conforme for necessário.

### PRINCÍPIO 25

A paz, o desenvolvimento e a proteção do meio ambiente são interdependentes e inseparáveis.

### PRINCÍPIO 26

Os Estados deverão resolver todas as suas controvérsias sobre o meio ambiente por meios pacíficos e com a coordenação da Carta das Nações Unidas.

### PRINCÍPIO 27

Os Estados e os povos deveriam cooperar de boa-fé e com espírito de solidariedade na aplicação dos princípios consagrados nesta declaração e no posterior desenvolvimento do direito internacional na esfera do desenvolvimento sustentável.

nos Pactos de Direitos Políticos e Cíveis e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 16 de dezembro de 1966. Em 11 de dezembro de 1969, a Assembleia da ONU aprovou a Resolução nº 2.542, estabelecendo, em seu art. 6º, que “o desenvolvimento social exige a cada um seja assegurado o direito ao trabalho e à livre escolha de seu trabalho”.

Assim, exatamente por receber dinheiro público, o licitante deve respeitar, como condição para a sua qualificação técnica, o princípio do direito ao trabalho, demonstrando que participa do esforço social de erradicação da pobreza no país. Receber dinheiro público, originado dos impostos arrecadados da população, não pode ser possível se o licitante for ao mesmo tempo réu nas ações trabalhistas, exatamente por gerar despesas para o Estado que lhe proporciona ganhos e lucros cada vez maiores.

Na maioria dos países que influenciaram a nossa forma de vida e a nossa formação jurídica, como a Itália, Espanha, Portugal e Alemanha, não há tanta facilidade para despedir um empregado e pagar uma indenização tarifária (40% sobre os depósitos na conta vinculada do FGTS), como é o caso brasileiro. Na França, por exemplo, caso o empregador não aceite a reintegração no emprego proposta pelo juiz, arcará com pesada indenização. Na Espanha, a Lei nº 8, de 10 de março de 1980, determina que a despedida seja feita por causas objetivas. Há necessidade do empregador efetuar a comunicação prévia dos motivos da dispensa, bem como do aviso aos representantes sindicais. Em Portugal, por sua vez, o art. 53 da Constituição de 1976 estabelece ser “garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibido os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos”. Na Alemanha, a proteção do emprego é estabelecida de forma singela e objetiva, estando previsto legalmente que “só é lícita a despedida socialmente justificada”.

No Brasil, afora as chamadas estabilidades provisórias ou temporárias, como o caso da gestante, do líder sindical, do integrante da CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidente, do acidentado, basta o empregador depositar mais quarenta por cento na conta vinculada do empregado para despedí-lo. É muito fácil e muito barato. É necessário que se coloque em prática o disposto na Convenção da OIT nº 158 que impede a despedida arbitrária.

A definição do que venha a ser despedida arbitrária prevista no inciso I, do art. 7º da CF/88,<sup>28</sup> está feita no art. 165 da CLT, ao estabelecer que “os titulares da representação dos empregados nas CIPAs não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que **não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro**”.

(negrito nosso)

Assim, não existe fundamento na afirmação de que a ratificação da Convenção nº 158 significará um retorno às regras da estabilidade prevista na velha CLT e canceladas pela Lei nº. 8.036, de 11 de maio de 1990, que regula o FGTS. Em primeiro lugar, esse documento internacional estabelece garantias de emprego, dificultando a despedida, embora não a impeça em qualquer hipótese: pode se basear em justa causa ou em motivo técnico, econômico ou financeiro.

<sup>28</sup> **Art. 7º.** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Nestes casos, sendo a denúncia contratual motivada, quem recebe dinheiro público deve considerar em vigor as normas implícitas na Constituição Federal, como é o caso do inciso I do art. 7º, já citado, e o XXI, que trata do aviso prévio.<sup>29</sup> Este último inciso prevê um aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo agora fixado um limite de 90 (noventa) dias.

Em segundo lugar, deve oferecer ao empregado a participação em curso ou programa de qualificação profissional, de dois a cinco meses, conforme estabelece o art. 476-A, da CLT. Durante esse período o empregador poderá conceder ajuda compensatória mensal, sem natureza salarial, tendo o empregado direito também aos benefícios voluntariamente concedidos pelo empregador.

Além das citadas hipóteses de despedimento (por motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro), a própria Convenção da OIT nº 158 autoriza a exclusão de suas disposições das seguintes categorias das pessoas empregadas:

Os trabalhadores de um contrato de duração determinada ou para realizar uma determinada tarefa;

Os trabalhadores que estejam num período de experiência ou que não tenham o tempo de serviço exigido, sempre que em qualquer um dos casos, a duração tenha sido fixada previamente e for razoável;

Os trabalhadores contratados em caráter ocasional durante um período de curta duração.

Constata-se assim que a presente proposta não visa transformar a natureza jurídica do contrato de trabalho, transformando-o em uma espécie de direito real, equiparando o emprego a uma propriedade do empregado. Visa apenas impedir que o trabalhador seja tratado como coisa, numa visão puramente economicista do tema.

Essa questão foi analisada já a longo tempo por Evaristo de Moraes Filho, em conferência realizada no Seminário de Direito do Trabalho, promovido pela Comissão de Legislação Social, da Câmara de Deputados, Brasília, em novembro de 1972, quando comentou que não se deve cercear as forças da produção econômica, neste momento de intensa e incoercível mudança tecnológica, mas exija-se um mínimo de boa-fé na execução dos contratos, princípio este que vem desde o Direito Romano em sua conceituação teórica. Vencido certo prazo, efetivado o empregado, devem cessar as dispensas imotivadas, arbitrárias ou caprichosas.<sup>30</sup>

Proseguindo, o Catedrático em Direito do Trabalho da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil e Membro da Academia Brasileira de Letras comenta que andam certos os que advogam um plano geral de valorização dos trabalhadores, no sentido de lhes elevar o nível técnico e profissional, tornando-os qualificados ou especializados, tirando-os da vala comum da ignorância e do despreparo. Quanto mais baixa a qualificação profissional mais elevado o índice de flutuação profissional e de desemprego. Por um que vai, numerosos outros se apresentam, todos na faixa do salário mínimo. Por isso, não pode mais o Direito do Trabalho atual manter-se numa

<sup>29</sup> A Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011, aumentou o período do aviso prévio em 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

<sup>30</sup> FILHO, Evaristo Moraes. *Temas atuais de trabalho e previdência*. São Paulo: LTr, 1976, p. 79.

redoma de romantismo e de *slogans* demagógicos, deve partir para a valorização do homem, salvando-o e dignificando-o dentro desta civilização tecnológica na qual fomos condenados a viver e da qual não há recuos possíveis, sob pena de permanecermos no subdesenvolvimento e na miséria.

## Meio ambiente preservado para a futura geração

O art. 225 da CF/88 estabelece que a nossa obrigação de defender e preservar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é em relação a presente e futuras gerações. Logo após, o texto constitucional preocupa-se em assegurar a efetividade desse direito e impõe ao Poder Público a incumbência de preservar, definir, exigir, controlar, promover e proteger uma série de questões (incisos I a VII do § 1º, art. 225).

A forma em que texto constitucional foi elaborado, prevendo várias obrigações para o Poder Público, bem como para outras entidades que explorem recursos minerais e usinas nucleares, além da proteção da Floresta Amazônica, faz-nos lembrar da análise comparativa entre as normas sobre proteção do meio ambiente no Brasil e na Alemanha feita por Andreas Joachim Krell, quando comenta que o sistema germânico exige a “exequibilidade das normas jurídicas – inclusive as constitucionais – e, por isso, recusa normas de conteúdo utópico que ultrapassam, por muito, a realidade administrativa e econômica”.<sup>31</sup>

Trennepohl comenta que “nossa Carta Política Fundamental, em sua base principiológica, estabelece alguns preceitos que estão longe da realidade, muito mais por questões de vontade política que por falta de exequibilidade, principalmente no que respeita à obrigação de recuperar os danos causados ao meio ambiente, preconizada pelo art. 225, § 3º, em que é muito deficiente a atuação do Poder Público”.<sup>32</sup>

Sobre a efetividade das normas constitucionais, Luís Roberto Barroso opina que para a sua concretização é necessário que existam pressupostos assim resumidos:

A Constituição, sem prejuízo de sua vocação prospectiva e transformadora, deve conter-se em limites de razoabilidade no regramento das relações de que cuida, para não comprometer o seu caráter de instrumento normativo da realidade social;

As normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa;

As normas constitucionais devem estruturar-se e ordenar-se de tal forma que possibilitem a pronta identificação da posição jurídica em que investem os jurisdicionados;

*Tais posições devem ser reguardadas por instrumentos de tutela adequados, aptos à sua realização prática.*<sup>33</sup>

<sup>31</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Ordem jurídica e meio ambiente na Alemanha e no Brasil* in *Revista de Direito Ambiental*, vol. 31. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 180 apud Curt Trennepohl, *Infrações contra o Meio Ambiente – Multas, Sanções e Processo Administrativo*. (2. ed.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 28.

<sup>32</sup> TRENNEPOHL, Curt. *Infrações contra o meio ambiente – Multas, sanções e processo administrativo* (2. ed.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 28-29.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 86.



Assim, para a aplicação das normas constitucionais de forma correta deve-se levar em conta especialmente que “el desarrollo social es el *objetivo* de la actividad humana. La actividad económica es un *instrumento* para el desarrollo social. Y la protección del medio ambiente, para garantizar los parámetros biosféricos que nos permitan vivir dignamente a nosotros y a las futuras generaciones, es un *requisito* de base científica y aplicación ética”.<sup>34</sup>

Como o Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito, a sua Constituição deve resguardar sempre o desenvolvimento social, respeitando o valor do trabalho, bem como defendendo a qualidade de vida da atual e das futuras gerações. Sacrificar o meio ambiente, prossegue Loperena Rota, “para lograr un mayor desarrollo económico es decisión propia de quien no conoce la problemática ambiental. No hay, seamos serios, contradicción entre ecología y economía. Van de la mano. Consumir recursos no renovables, contaminar los rios y los mares, sacrificar la biodiversidad o la atmósfera son préstamos que tomamos de nuestros nietos sin su consentimiento. Pero que habrán de pagar, con mucha austeridad personal en sus vidas, si quieren recuperar las condiciones de habitabilidad de su país o de la Tierra, em general. Sacrificar el medio ambiente podría tener lógica si nos comprometemos a devolverlo al estado que se necesita en un plazo razonable. Pongamos que devolvemos la deuda a los veinte años, como la hipotecarias actuales, la contabilidad de nuestros parámetros económicos cambiaría sustancialmente”.<sup>35</sup>

Além do mais, como já escrevi antes, “restrito a debates entre os sindicatos, advogados trabalhistas e empregadores, o ambiente de trabalho passou a ser matéria de preocupação de toda comunidade mundial, simplesmente porque a poluição causada pela produção industrial não mais se restringe aos locais de trabalho, iniciando-se aí, isto sim, uma destruição de longo alcance”.<sup>36</sup>

Assim, de uma relação privatista, entre empregado e empregador, o desrespeito as normas trabalhistas pode atingir toda a sociedade prejudicando o meio ambiente externo da empresa, como consequência do descumprimento dos preceitos protetores da higiene do trabalho. Assim, uma licitante de obras ou serviços públicos deve demonstrar o seu fiel cumprimento do estabelecido entre os arts. 154 a 201 da CLT, que protege o trabalhador contra os agentes nocivos à sua saúde (insalubridade) ou atividades com explosivos e inflamáveis (periculosidade).

A higiene e segurança do trabalho atinge todas as pessoas componentes da sociedade direta ou indiretamente, porque, em primeiro lugar, pode a própria pessoa individualmente ser vítima de um acidente ou doença decorrente do trabalho e, em segundo lugar, o ambiente insalubre ou perigoso gera também graves consequências para a Seguridade Social, onerando-a em excesso.

Estas preocupações decorrem do surgimento de uma nova ideologia global: um formidável humanismo, “cujo determinismo histórico não é apenas intuído como

<sup>34</sup> ROTA, Demetrio Loperena. El derecho al desarrollo sostenible. In: *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Antonio Embid Irujo (Director). Madrid: IUSTEL, 2008, p. 73.

<sup>35</sup> IBIDEM.

<sup>36</sup> FLORES, Antonio Carlos de Moraes. Higiene do trabalho: uma questão ecológica. In: *Direito, estado e sociedade*, Revista do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro nº 2, janeiro/julho 1993, p. 5.

os demais credos filosóficos, mas é principalmente sentido, visualizado e palpável. Enquanto as ideologias precedentes seduziram o homem pela razão, pela fé ou pela emoção, o credo subjuga-o pelos sentidos: pela visão dos rios assoreados e pela desertificação das florestas; pela audição dos decibéis ensurdecedores; pelo olfato do monóxido de carbono e dos odores nauseantes dos centros urbanos e industriais; pelo sabor acre da água clorificada, das verduras com agrotóxicos e dos alimentos enlatados e conservados à custa da química cancerígena; pela sensação do calor insuportável e das mudanças climáticas, não raro catastróficas, que provocam o esquentamento do planeta e do degelo das calotas polares. E isto para não falar do pânico total diante do epílogo da existência, por força da guerra química e da hecatombe nuclear, turbinada factível após a chacina de Nagasaki e Hiroshima”.<sup>37</sup>

Essa nova ideologia arregimenta os esforços e preocupações permanentes de cada ser e de cada célula social, arrebatando, “a um só tempo e num mesmo feixe de responsabilidades, todas as perspectivas da expressão individual e coletiva, desde o indivíduo à família, das vilas às megalópoles, do Estado nacional aos blocos políticos-econômicos, dos continentes a todos os confins do planeta. Em verdade, nada escapa à abrangência ecológica que perpassa todos os matizes do comportamento social e a inteireza da paisagem terrestre, projetando-se desde as profundezas do solo e dos mares ao desconhecido das galáxias”.<sup>38</sup>

Entre nós, o primeiro texto legal, que admitiu essa nova ideologia, foi a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, trazendo uma visão basicamente ambiental e dispendo sobre os mecanismos de formulação e aplicação de uma Política Nacional do Meio Ambiente, os quais teriam como objetivo a preservação e a melhoria da qualidade de vida, visando assegurar “condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, declarando o meio ambiente patrimônio público de uso coletivo e estabelecendo a obrigação governamental de manter o equilíbrio ecológico”.<sup>39</sup>

É necessário ressaltar que as leis anteriores, como as de números 4.771, de 1965, 6.453, de 1977 e 6.803, de 1980, ainda tinham visões basicamente economicistas, mais preocupadas em regular a utilização dos recursos naturais “para que não faltassem para o consumo imediato ou como insumos na produção de bens de consumo”.<sup>40</sup> A lei de 1981 consagrou os princípios do novo humanismo ao impor o concurso da sociedade civil na preservação do meio ambiente, que somente será considerado equilibrado com a solução da “*poluição social*”, o que envolve a promoção de políticas públicas voltadas para uma melhor distribuição de renda entre a população.

Como comenta Siqueira Castro,<sup>41</sup> “a proposta de desenvolvimento integrado e distributivo da riqueza nacional, ao lado da perseguição das igualdades tanto internas

<sup>37</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O direito ambiental e o novo humanismo ecológico. In *Direito, estado e sociedade*, Revista do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro nº 2, janeiro/julho 1993, p. 13-14.

<sup>38</sup> IDEM, p. 13.

<sup>39</sup> TRENNEPOHL, Curt. ob. cit., p. 31.

<sup>40</sup> IBIDEM.

<sup>41</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. ob. cit., p. 22.

quanto externas, erige-se em questão metafísica para a organização social e política, eis que, aí, a proteção ambiental significa melhor qualidade de vida, o que vale dizer, melhor salário, melhor habitação, melhor escola e melhor saúde e, em consequência, menos criminalidade, menos orfandade social e menos desilusão diante do mundo, o que não deixa de ser sinônimo de mais esperanças, de mais fraternidade e, (por que não?) de paz”.

## Conclusão: Cuidar bem da casa

A palavra Ecologia é originária no grego “*oikos*”, que significa casa, e “*logos*”, estudo. Então quando o cientista alemão Ernst Haeckel utilizou, em 1869, pela primeira vez este termo, o fez no sentido de estudar a casa, ou melhor, o lugar onde se vive, para designar a pesquisa das relações entre os seres vivos e o ambiente em que habitam, além da distribuição e abundância dos seres vivos no planeta Terra.

Neste um século e meio que nos separa entre o lançamento da ideia ecológica feita por Ernst Haeckel <sup>42</sup> e hoje houve uma crescente preocupação com o tema, mas apenas no último quarto do século XX foi que a consciência do problema do aquecimento terrestre motivou a realização de diversas conferências internacionais, a partir de 1979. Nesta ocasião com a realização da Conferência Mundial sobre o Clima em Genebra, começou a consagração do princípio de ser necessário administrar a poluição atmosférica, sem dificultar o crescimento econômico.

Diversos encontros internacionais ocorreram até que o Comitê Intergovernamental de Negociação (CIN), criado em 1990, reuniu-se pela primeira vez, em 1991, na cidade de Washington. Afinal, em 1992, foi adotada a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, após a assinatura por chefes de Estado de 154 países (incluindo a União Europeia), por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, ocorrida no Rio de Janeiro, em junho de 1992.

Assim, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima entrou em vigor em 21 de março de 1994, estabelecendo “objetivos a alcançar de forma relativamente genérica, não determinando qualquer tipo de coercibilidade por incumprimento de condutas, enquadrando-se no designado *soft law*”. <sup>43</sup> Essa convenção caracteriza-se como fruto da evolução do Direito Ambiental Internacional e traz “consigo todos os princípios fundadores desse ramo da ciência jurídica. Entende-se ser esse instrumento político melhor capacitado para reverter os efeitos danosos do aquecimento do planeta...”. <sup>44</sup>

<sup>42</sup> Ernst Heinrich Philipp August Haeckel (Potsdam, 16 de Fevereiro de 1834 - Jena, 9 de Agosto de 1919), foi um naturalista alemão que ajudou a popularizar o trabalho de Charles Darwin e um dos grandes expoentes do cientismo positivista.

<sup>43</sup> NEVES, Helena Telino, O Protocolo de Quioto: histórico e recentes desenvolvimentos. In: *Direito e meio ambiente – reflexões atuais*. Organizadores: Gracielle Carrijo Vilela, Marina Rievers. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 53.

<sup>44</sup> COSTA, Marcelo Ladeira Moreira da. ob. cit., p. 309.

Quanto a eventuais críticas às posições norte-americanas e chinesas, parece que o clima de esperança decorrente do encontro de Copenhague, a Conferência sobre Mudanças Climáticas das Nações Unidas (COP 15), iniciado na manhã do dia 7 de dezembro de 2009, transformar-se-á em realidade, com novos compromissos dessas nações, os quais foram assumidos após a apresentação das metas brasileiras.<sup>45</sup>

Nesta reunião de Copenhague, a ONU vincula discussão sobre clima aos direitos humanos. Segundo matéria jornalística,<sup>46</sup> o aquecimento global pode colocar em risco integridade dos mais pobres, porque o acesso à comida, água potável, saneamento e saúde estaria em risco. Vinte relatores especiais das Nações Unidas afirmaram que em Copenhague serão discutidos também “os direitos humanos”.

“Um resultado frágil nas negociações sobre a mudança climática seria uma séria ameaça aos direitos humanos”, diz o texto dos relatores diante da reunião de

<sup>45</sup> Este clima de esperança é demonstrado na reportagem publicada pelo site G1, pesquisada no dia 7-12-2009, disponível em <http://g1.globo.com/Sites/Especiais/Noticias/0,,MUL1404914-17816,00-REPRESENTANTE+DA+ONU+ESPERA+QUE+COP+SEJA+PONTO+DE+VIRADA.html>:

#### **Representante da ONU espera que COP 15 seja ‘ponto de virada’**

Momento de compromisso é sem precedentes, disse Yvo de Boer. Conferência internacional sobre mudança climática começa na segunda (7).

**Dennis Barbosa** Do G1, em Copenhague A conferência internacional sobre mudanças climáticas (COP 15) precisa ser um ponto de “virada”, defendeu neste domingo (6) o secretário-executivo da Convenção das Nações Unidas sobre Mudança Climática, Yvo de Boer. “Nunca em 17 anos de negociações climáticas tantas nações assumiram compromissos firmes juntos. É sem precedentes”, disse. A reunião começa nesta segunda-feira (7) em Copenhague. Segundo o secretário, as partes envolvidas nas negociações devem “focar num resultado que possa levar a ações imediatas”. “É urgente fazer o planejamento andar e as ações andarem”.

De Boer destacou que o novo acordo internacional sobre mudanças climáticas deve representar um avanço em relação ao Protocolo de Kyoto, “que inclua os EUA e que engaje os países em desenvolvimento”. Pelo acordo climático vigente – ao qual os EUA não aderiram – os países em desenvolvimento não têm metas de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa. De Boer se mostrou animado com a decisão do presidente americano Barack Obama em vir a Copenhague somente na próxima semana, e não nesta quarta-feira, como havia sido anunciado. A expectativa é de que Obama esteja na Dinamarca para o encerramento da conferência, num momento em que as decisões mais importantes devem ser tomadas. “Obama disse desde o início que, se tiver a impressão de que as pessoas estão negociando aqui com boa-fé, ele quer ser parte das negociações”, apontou De Boer. O secretário-executivo não espera que as discordâncias entre as 193 delegações de países levem a que alguma parte abandone as negociações. “O que faz este processo complexo e satisfatório é que no fim do dia precisamos sair com um acordo com que todos concordem”, apontou:

Vazamento de e-mails

Perguntado sobre se acredita que o vazamento de e-mails trocados por pesquisadores da Universidade de East Anglia, na Grã-Bretanha, e de outras instituições, afeta a credibilidade do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas da ONU (IPCC, sigla em inglês), o secretário-executivo apontou que ele se baseia em informações científicas produzidas por milhares de cientistas e que as checam entre si.

“Não acredito que haja qualquer processo que não seja sério e transparente [no IPCC]”, disse. O assunto ainda será abordado pelo IPCC quando a COP 15 começar, concluiu.

<sup>46</sup> Acesso em 7 de dezembro de 2009 e disponível em <http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL1403336-5603,00-ONU+VINCULA+DISCUSSAO+SOBRE+CLIMA+EM+COPENHAGUE+AOS+DIREITOS+HUMANOS.html>

Copenhague. “O aumento do nível do mar, o aumento da temperatura do oceano e os eventos meteorológicos extremos têm e seguirão tendo envolvimento direto e indireto nos direitos humanos”, acrescenta o documento.

Comprova-se assim que “o combate à pobreza e às desigualdades tem grande importância para o alcance de uma sociedade sustentável”.<sup>47</sup> Esta desigualdade é sentida em minha cidade do Rio de Janeiro, onde a favela é o melhor exemplo da falta de planejamento urbanístico e estratégico entre nós, comprovando-se, assim, o grau do descaso como o meio ambiente é tratado e o descompromisso de parte da sociedade com o problema da exclusão social. A existência da favela também explica o por quê de todos os modelos econômicos adotados pelo Brasil não se sustentaram. Não se sustentaram exatamente porque tais modelos não consideraram o ser humano como o centro de sua preocupação, tendo como resultado imediato a exclusão de um grande número de pessoas dos bens materiais produzidos.

O desenvolvimento sustentado, ao contrário de todas as políticas até então praticadas entre nós, visa transformar o ser humano como o fim de todas as ações públicas, incluindo-o em todo o processo de seu planejamento e execução. Os meios para obtenção desse fim exigirão atitudes eficientes para que a administração pública seja eficaz. E, para a consecução desse objetivo – desenvolvimento sustentado – será necessário, entre outras coisas, que a licitação de obras e serviços observe também tais princípios, exigindo como condição essencial para uma empresa participar que cumpra com suas obrigações sociais, respeitando o meio ambiente, nele incluído também o seu empregado como membro integrante da sociedade.

Este deverá ser o novo lema do século XXI: o dinheiro público não pode ser gasto com empresa descompromissada em suas obrigações sociais, agredindo o meio ambiente e não preservando o emprego das pessoas trabalhadoras. Assim, a visão e a interpretação da Lei nº 8.666 de 1993 deve ser feita em consonância e harmonizada com os princípios constitucionais.

---

<sup>47</sup> COSTA, Marcelo Ladeira Moreira da. *ob. cit.*, p. 303.



# O judiciário contra si mesmo e contra o espoliado: a absurda matemática da multa diária e a permissividade dos tribunais em favor dos maus fornecedores

William Douglas  
Marcus Fábio Segurasse Resinente

## Resumo

Este artigo visa demonstrar, de modo fundamentado, como o Judiciário vem aplicando de forma distorcida os princípios de enriquecimento sem causa e ilícito para justificar a redução das multas diárias, beneficiando maus fornecedores em detrimento de pessoas que, após sofrerem um primeiro dano por vício ou defeito (fato) do produto ou da prestação do serviço, sofrem um novo dano pelas mãos dos tribunais. Elogio à posição da Ministra Nancy Andrighi de que a redução do valor da multa indicará às partes e aos jurisdicionados em geral que, *in verbis*, “as multas fixadas para cumprimento de obrigações não são sérias”. Uma proposta alternativa de solução.

**Palavras-chave:** Multa. Enriquecimento ilícito. Favorecimento. Judiciário.

## Abstract

The present article demonstrates how the judiciary system applies, in a twisted way, the principles of unjust and illicit enrichment to justify the dimming of diary fines in order to benefit bad suppliers instead of the ones who primary suffered the product or service's damage. Compliment to the Minister Nancy Andrighi's opinion, that dimming the penalty cost will indicate the established fees are not serious. An alternative proposer.

**Keywords:** Fine. Illicit enrichment. Favoritism. Judiciary system.

## Introdução

A quem o Judiciário deve proteger? Qual o objetivo da multa diária? Não seria evitar que fornecedores, de maneira geral, deixassem de cometer ilícitos contra os consumidores? O que o Judiciário tem feito na prática? O que tem feito para que esses fornecedores, principalmente os contumazes, modifiquem seu padrão de comportamento? Como garantir o efeito didático e dissuasório das penas civis?

## **As astreintes no sistema processual brasileiro: punição ou desestímulo?**

Antes de tratarmos das *astreintes*, será de bom tom fazermos uma pequena abordagem a respeito das indenizações em nosso país.

Como se sabe, a reparação por danos está prevista na Carta Constitucional de 1988, mais precisamente no art. 5º, V. Com base nessa premissa, outras normas estabeleceram situações em que a reparação por danos será devida. O diploma consumerista é um exemplo e merecerá maior destaque neste artigo, vez que seja na responsabilidade por fato do produto ou serviço, seja na responsabilidade por vício, a reparação por danos está devidamente consolidada na Lei nº. 8.078/90.

O objetivo, em princípio, parece ser claro: reparar os danos sofridos. Todavia, será que ele é tão simples assim? Quando falamos de reparação por danos materiais, esse objetivo se revela óbvio. Seja dano emergente ou lucro cessante, a intenção é fazer com que a vítima da lesão retorne ao *status quo ante*.

Mas e no caso do dano moral? Como repará-lo? Em casos como esse, o julgador busca encontrar um valor que compense ou atenuie o sofrimento da vítima, ao mesmo tempo em que... o ofensor.

As reticências no período anterior não se tratam de erro gráfico, foram propositalmente colocadas, posto ser, justamente nesse momento, que as teorias e correntes entram em conflito.

O espaço deve ser completado com um entre dois termos ou com a soma de ambos, sendo eles “punir” ou “desestimular”? Seria mais adequado afirmar que o valor da indenização visa à punição e, concomitantemente, o desestímulo ao erro?

Vale anotar que “desestímulo” não será apenas para o ofensor, de modo que não repita a mesma conduta dali por diante, mas para toda a sociedade. Nesse passo, não custa lembrar a expressão “repercussão geral”. Cada decisão do Judiciário tem um condão de notícia à população em geral sobre como agir.

É bastante comum em nosso sistema processual vermos nas sentenças a expressão “caráter punitivo-pedagógico da pena”. Mas de onde surgiu esta expressão?

O *punitive damages* é oriundo do direito norte-americano e tem como objetivo não apenas compensar a vítima de uma lesão, mas efetivamente punir o ofensor causando-lhe um verdadeiro prejuízo financeiro. Está mais próximo da *vendeta*, um conceito bem relevante na cultura dos EUA.

Já no Brasil, apesar da discussão que envolve o tema, a indenização visa o desestímulo ao danoso, muito mais do que uma possível punição, embora os conceitos andem, salvo melhor juízo, intimamente ligados. Ninguém discute o efeito da impunidade no comportamento da coletividade. Isso se expressa no direito criminal, no cível e no trabalhista.

Longe de ser um tema pacífico, não pretendemos esgotá-lo aqui, mas apenas pontuar a questão e deixar nossa posição no sentido de que a reparação moral está mais próxima do desestímulo do que da punição. A punição tem efeito individual, assim como a reparação do ofendido, mas o grande efeito social é desestimular o ofensor e, em especial, aqueles que tomam conhecimento do funcionamento a contento do Poder Judiciário a ter condutas semelhantes. Um processo exemplar no tempo de tramitação e



na solução final é o melhor antídoto para evitar novos processos, ao passo que processos demorados e com resultados pífios para o ofendido são os maiores estimulantes para que os ofensores não mudem de padrão de comportamento. A percepção, especialmente dos comerciantes e empresas, é simples: eles farão aquilo que der mais retorno financeiro, mais lucro.

Uma das maiores responsabilidades do Poder Judiciário é passar para as empresas e empreendedores a notícia de que errar não dá lucro. Mas não é o que tem sido feito até aqui, ao menos não em dose suficiente.

Recomenda-se a leitura do elucidativo artigo *O caráter punitivo das indenizações por danos morais* (2002) do nobre magistrado Osny Claro de Oliveira Junior.

Nessa hora, o leitor pode estar se indagando qual a relação dessa discussão com as *astreintes* ou a popular multa por descumprimento de obrigação. As *astreintes*, assim como as indenizações por danos morais (englobando no conceito os danos estético e de imagem), devem ter por objetivo desestimular o ofensor e não necessariamente puni-lo. E mais que isso, desestimular o mercado a reproduzir o comportamento punido. Em suma, a punição é secundária diante do efeito didático e dissuasório.

Está previsto no art. 84<sup>1</sup> do Código de Defesa do Consumidor que nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação, o juiz poderá conceder tutela específica para seu atendimento, esclarecendo no parágrafo 4º que o magistrado poderá impor multa diária para garantir a eficácia da determinação.

Evidente que a intenção do legislador foi criar algo que gerasse um desestímulo ao ofensor. O descumprimento implicaria no pagamento de um determinado valor multiplicado pelo período da afronta. O legislador teve a percepção do óbvio para quem lida com o capitalismo e o mercado: empresas e comerciantes fazem, ou deixam de fazer, movidos pelo lucro.

Ainda que existam empreendedores, empresas e comerciantes movidos pelo sonho, pelo ideal, e de comportamento exemplar, apenas inocência próxima da dos querubins pode imaginar que outra coisa que não a punição “no bolso” irá fazer com que capitalistas, de maior ou menor porte, façam ou deixem de fazer algo. O legislador não foi ingênuo, apenas isso.

---

<sup>1</sup> Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Nas palavras do professor Guilherme Couto de Castro (2009: 101-102), as *astreintes* são “a pena pecuniária imposta pelo magistrado à parte recalcitrante em cumprir certa ordem judicial”.

Embora utilize o termo “pena”, é evidente que o mesmo não pode ser interpretado como punição mera e simples, como vindita e nada mais. A real intenção do legislador foi fazer com que a parte recalcitrante desejasse deixar de ser. O objetivo é fazer com que o fornecedor se sinta desestimulado em permanecer na prática ilícita. E da repetição dessas punições didáticas, e da sua observação pela comunidade, que se estabeleça uma nova cultura.

Nesse passo, o estímulo ao comportamento probo tem relevância extraordinária, pois ninguém discute que a miséria e a corrupção de nosso país têm grande relação com a cultura do “jeitinho” e da malfadada “Lei de Gerson”.

Este artigo foi escrito porque o Judiciário tem, ao invés de praticar o desestímulo ao erro, dado um literal “jeitinho” de tornar menos dura a pena para os recalcitrantes e sua recalcitrância, estimulando o erro e não o conserto.

## **O estímulo à ilicitude: necessidade de o Judiciário levar a sério suas próprias decisões**

O Judiciário tem a facilidade de complicar questões que seriam, aparentemente, fáceis de serem tratadas. É o caso.

O legislador criou, de forma bastante objetiva, a possibilidade de fixação de multa diária em caso de descumprimento de obrigação. Se o fornecedor, intimado para o cumprimento de obrigação, deixa de atender ao comando judicial, ele arcará com sua inércia. Simples assim, correto? Não, infelizmente não, pois o Judiciário, sob as justificativas mais absurdas, vem diariamente distorcendo o conceito e a função da multa.

Enriquecimento sem causa e enriquecimento ilícito são os argumentos mais utilizados para justificar a redução ou até mesmo a exclusão das multas impostas.

Tal entendimento, além de flagrantemente equivocada, conduz a uma situação danosa em vários aspectos: o ofensor não se sente desestimulado, já que tem a convicção de que a multa não irá prosperar. O consumidor se sente desprotegido e o Judiciário, que não sustenta suas próprias determinações, passa uma imagem de descrédito.

Cada vez que um tribunal reduz uma multa, a mensagem que passa é clara: “não nos levem tão a sério”. É o Judiciário contra si mesmo.

Curioso que essas reduções premiadas (prêmio para quem intencionalmente errou) são dadas pelos mesmos magistrados que reclamam maior respeito dos demais poderes. Como querer respeito quem, de sua própria lavra, premia aqueles que não levam a sério as determinações do próprio Judiciário?

Mais estranho ainda é que, em geral, o Judiciário ignora que o desrespeito generalizado aos consumidores, praticado por muitos, enriquece-os ilicitamente. Ignora que a punição didática evitará tal tipo de cultura. No final, para não “enriquecer” um consumidor lesado, protege exageradamente o economicamente mais forte. Age, portanto, com graves erros:

- a) não resolve a tempo o problema de fundo, a violação do mérito;
- b) não resolve a recalcitrância, premiando-a (a demora é um segundo dano ao consumidor);
- c) não desestimula o ofensor, nem na questão de fundo;
- d) não desestimula o ofensor a levar a sério as determinações do Poder Judiciário;
- e) estimula outros a não levarem a sério as determinações do Poder Judiciário, aí incluídos os demais poderes que também não são regulares em atender tais determinações (em boa parte por culpa do Judiciário mesmo);
- f) não oferece à coletividade notícia de firmeza mas, ao contrário, de postura tibia;
- g) não dá contribuição alguma à formação de uma nova cultura, de honestidade e probidade, ao contrário, reforça a cultura da malandragem.

Se fossemos resumir o efeito geral, poderíamos dizer que ao reduzir ou eliminar tais multas, o Judiciário age como Robin Hood às avessas, tomando dos espoliados para dar aos espoliadores.

De toda sorte, para que possamos compreender melhor o equívoco na utilização dos princípios de enriquecimento sem causa e ilícito, será necessário, antes, abordarmos a questão do “enriquecimento” propriamente dito.

## Da incorreta utilização do termo “enriquecimento”

### Enriquecimento sem causa ou ilícito: equívoco na utilização dos conceitos

A utilização dos termos “sem causa” e “ilícito” para justificar a redução ou exclusão de multa diária já é pavorosa por si só. Acrescidos do substantivo “enriquecimento” torna a expressão uma aberração jurídica.

A aberração primeira é considerar “sem causa” um valor cuja causa é uma decisão judicial válida. Ou chamar de “ilícito” um valor decorrente de previsão legal expressa, no código consumerista, e de sua aplicação através das leis processuais em vigor.

Indo além, uma simples consulta ao dicionário<sup>2</sup> nos permite visualizar que a definição de enriquecimento é “tornar-se rico”. Este, por sua vez, é todo aquele que “possui muitos bens de fortuna; que tem riquezas”.

Sobre os termos “sem causa” e “ilícito”, vale registrar o que diz Assis Neto, em seu *Curso básico de direito civil*, Niterói: v. II, p. 115-116 2009, quando informa que o enriquecimento sem causa será assim considerado “toda vez que não tiver como origem uma causa que seja amparada pela norma jurídica” e cita como exemplos o furto, os negócios nulos, anuláveis e ilícitos.

Ora, se uma determinação judicial impõe o cumprimento de obrigação sob pena de multa diária e o responsável pelo adimplemento desta permanece inerte, em que lugar a execução da multa pode ser considerada sem causa?

<sup>2</sup> Fonte: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=enriquecimento>

Havendo afronta ao comando judicial, excluir ou reduzir a multa como se ela fosse “enriquecimento ilícito” nos leva à inacreditável conclusão de que o Judiciário considera suas próprias determinações ilícitas, o que aproxima o caso da esquizofrenia e o distancia da seriedade.

É comum o Judiciário considerar determinada prática de um fornecedor ilícita e, por conseguinte, determinar que dela se abstenha sob pena de multa diária. Passam-se meses e até anos, e o fornecedor insiste no ilícito. Fica a indagação: em que momento a conduta de fundo deixou de ser ilícita para que, sendo lícita, a multa oriunda dessa inércia é que se torne ilícita do ponto de vista jurídico?

Ou o inverso: o juiz determina que algo seja praticado, é ignorado por meses ou até anos. Em que momento a decisão judicial, até então regular, se torna ilícita e, por via de consequência, maculando de ilicitude a punição pelo descumprimento?

O pior dano é que os fornecedores, devidamente orientados por seus advogados, que cumprem o dever de informar como se comportam os juízes, geralmente não se sentem desestimulados a deixar de praticar o ilícito. Por qual razão o fariam, já que podem contar com a complacência e, por que não dizer, com a cumplicidade do Judiciário?

É comum ouvir de empresários a indagação: “Isso dá problema?” ou “Eu tenho mesmo que fazer isso?” ou “Qual o custo de não cumprir essa ordem?”, ou “Qual mesmo a pressa de atender esse juizinho?”. Seus advogados, cumprindo o dever de informar os fatos, atualmente podem dizer: “Pressa alguma, pois o Tribunal não vai dar multa grande, é a jurisprudência”. Então, acobertados por essa cruel senhora, a tal jurisprudência, continuam a enriquecer ilicitamente não só nas costas do ofendido que ousou ajuizar ação, mas também de todos os outros. Outros que, talvez cientes de como é caro e frustrante postular, sequer procuraram o nosso Judiciário que, ao menos nesse particular, tem sido tímido diante da injustiça.

## **A credibilidade do Poder Judiciário**

Evidente que tal frouxidão afeta a credibilidade do Poder Judiciário no cenário das instituições do país. Pesquisa publicada no site *O Jornal*<sup>3</sup> indica que “O Poder Judiciário ocupa a penúltima posição no quesito ‘confiança total’ de uma pesquisa realizada pela Toledo & Associados e divulgada em Brasília pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Entre as sete instituições pesquisadas, o Judiciário perde apenas para o Congresso Nacional, o último colocado em matéria de credibilidade popular”.

Entre os motivos para a baixa credibilidade destacam-se 35% das menções: envolvimento de juízes em escândalos, lavagem de dinheiro e tráfico de drogas; 17% das menções: acusação de que o Judiciário privilegia os ricos; e 9% das menções: morosidade do Judiciário.

Em suma, privilegiar os ricos é, para a população, ainda pior do que a morosidade. Ao proteger grandes empresas, bancos e capitalistas das multas que eles mesmos fizeram por merecer, os tribunais estão reforçando a informação à população que, de fato, privilegia os ricos. Eles podem errar, pois serão perdoados.

<sup>3</sup> Fonte: [www.aggio.jor.br/jornal14/credibilidade14.htm](http://www.aggio.jor.br/jornal14/credibilidade14.htm)

Não custa observar que uma multa de R\$ 1.000,00, em geral, não é reduzida. Mas para o pequeno comerciante que a recebeu, o valor relativo desse montante é exponencialmente maior do que uma multa de R\$ 50.000,00 para uma operadora de telefonia ou instituição bancária que não cumpra determinação judicial. Em resumo, na prática, os pobres são mais prejudicados e os ricos mais protegidos quando se aplica redução de multas. Isso, claro, além do dano à imagem do Poder Judiciário.

Apenas para ilustrar, outra pesquisa revelou que, pela ordem, as instituições brasileiras com maior credibilidade junto à população são: Forças Armadas, Igreja Católica, Polícia Federal, Ministério Público, Imprensa e Judiciário. A pesquisa foi feita pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e noticiada pelo *Jornal do Brasil* em 2008.

O Judiciário está em último lugar! E em boa parte por merecimento próprio. Se nem os tribunais acreditam nas decisões do Poder, vez que reduzem multas estabelecidas pelos magistrados, por que deveria fazê-lo a população?

## As recentes decisões do STJ: uma luz no fim do túnel?

Embora ainda esteja longe de ser uma unanimidade, o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado, através de decisões corajosas da lavra da Ministra Nancy Andrighi, no sentido de manter as multas estabelecidas ou reduzi-las de forma mais branda.

Merece referência o fato de, em um tribunal historicamente ocupado por homens, ter partido de uma mulher a corajosa decisão que resgata a dignidade do Poder Judiciário. Da mesma forma, uma mulher na Presidência da República tem mostrado mais firmeza no combate à corrupção do que tantos que antes ocuparam o cargo.

Em dois casos emblemáticos, a Bunge Fertilizantes S/A (Superior Tribunal de Justiça, 2010 – REsp 1185260) e o Unibanco (Superior Tribunal de Justiça, 2010 – Resp 1135824) foram condenados a pagar multas elevadas, superiores à própria condenação, justamente em razão da injustificada inércia no atendimento do comando judicial.

No caso da instituição financeira, a ministra afirmou que o **“recurso especial é rico em argumentos para demonstrar o exagero da multa, mas é pobre em justificativas quanto aos motivos da resistência do banco em cumprir a ordem judicial”**.

Declarou ainda a ilustre julgadora que **“a redução do valor da multa produziria um efeito perigoso. Indicaria às partes e aos jurisdicionados em geral que as multas fixadas para cumprimento de obrigações não são sérias”**.

Por fim, concluiu que essa prática (a de reduzir o valor das multas) levaria a inadimplente “a crer que poderá contar com a complacência do Poder Judiciário no futuro, caso a multa se torne alta”.

Ao não reduzir, temos a coragem que tanto falta ao Poder Judiciário. Ao se reduzir de forma branda, temos a sinalização de uma modificação de percepção, mas aplicada de forma ainda tímida. A expectativa é que as multas sejam sempre mantidas para que não se indique às partes e aos jurisdicionados em geral que aquilo que o Judiciário fixa **“não é sério”**.

A corajosa posição da ministra nos traz duas esperanças e duas constatações. Esperanças: a de que o Judiciário comece a levar a sério suas próprias decisões e fornecedores e jurisdicionados em geral saibam que é melhor cumprir efetivamente as

determinações judiciais. Constatções: a de que as mulheres são a esperança de posturas firmes, em que firmeza é demandada não só no Judiciário, mas nos Três Poderes; e que em decisões como essas, o STJ efetivamente se estabelece como Tribunal da Cidadania.

Vale destacar que pouco antes deste artigo ser finalizado, o segundo articulista esteve no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, mais precisamente na 6ª Câmara Cível, acompanhando o julgamento de Agravo de Instrumento<sup>4</sup> interposto pela concessionária Telemar Norte Leste.

O caso: após permanecer 730 dias sem cumprir determinação judicial, a Telemar impugnou a execução realizada pela consumidora. Em brilhante decisão da lavra da Doutora Isabelle da Silva Scisínio Dias, da 1ª Vara Cível, em São Gonçalo (novamente uma mulher prestigiando o Judiciário e o jurisdicionado), a multa foi integralmente mantida.

Em grau de recurso, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acompanhou o voto do Relator, Desembargador Benedicto Abicair, e, por unanimidade, negou provimento ao Agravo, mantendo integralmente a decisão monocrática.

Ainda cabe recurso dessa decisão, todavia já podemos afirmar, sem dúvida, que há uma luz no fim do túnel.

## Uma proposta alternativa

Essa questão, inclusive, não é novidade para o primeiro articulista, pois, no exercício da função de Juiz Federal Titular da 4ª Vara Federal de Niterói, já teve a oportunidade de lidar com o problema. A Caixa Econômica Federal, instituição cujo viço financeiro é notório, ignorou solenemente, meses e meses a fio, determinação judicial. De nada adiantou existir uma multa fixada, talvez por conhecerem seus advogados o estímulo moralmente torto que as reduções de multa proporcionam. O fato é que, quando finalmente cumpriram a decisão, a multa já era astronômica.

Uma digressão: na maior parte das vezes não é. Talvez fruto dos vencimentos reduzidos, os magistrados costumam se assustar com multas de dezenas de milhares de reais ou até de umas poucas centenas. Não percebem que para as empresas, multas com menos de cinco dígitos, no mais das vezes, são ínfimas, sem qualquer poder punitivo ou dissuasório.

Não era o caso. A multa ultrapassava algumas centenas de milhares de reais. Não por não achar que o caso era emblemático e seria exemplar, mas por conhecer a jurisprudência reinante e ora criticada, foi buscada uma que parecesse atender ao desígnio de evitar multas altas em mãos do ofendido.

Como se sabe na ausência de norma específica, o juiz recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito conforme disposto no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro)<sup>5</sup> e no artigo 126 do Código de Processo Civil<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Agravo de Instrumento nº 0036358-76.2011.8.19.0000.

<sup>5</sup> Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (Decreto-Lei nº. 4.657/1942, com as alterações dadas pela Lei nº. 12.376/2010).

<sup>6</sup> Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Com base nessa premissa o primeiro articulista buscou inspiração na Lei Penal (artigo 43, I do Código Penal, combinado com o artigo 45, §1º do mesmo diploma) e, assim como se faz com prestações pecuniárias criminais, dirigidas a orfanatos e asilos, foi determinado que 20% da multa fossem entregues ao ofendido, o que já era um valor bem razoável, e 80% fossem depositados para instituição de caridade de idoneidade notória e reconhecida.

A decisão foi clara para indicar que o valor integral, embora pudesse ser visto como exagerado para a parte ofendida, era mais do que necessário para exercer o caráter punitivo e educativo em face da envergadura econômica da instituição bancária.

Infelizmente, o tribunal reformou a decisão, reduziu a multa a valores ridículos para uma instituição bancária e, assim, premiou a Caixa pela inércia e disse a todos – à Caixa, aos demais Poderes, aos bancos, a quem mais pudesse interessar – que as decisões judiciais não devem ser levadas a sério. Não o tivesse feito, ou seja, tivesse o tribunal levado a sério as decisões dele mesmo emanadas, e com base na lei material e processual, os efeitos seriam os seguintes:

1. A Caixa Econômica Federal sentiria forte desestímulo a não cumprir as decisões judiciais, o que também influenciaria outras instituições financeiras.
2. A diretoria da Caixa, para proteger a instituição, certamente iria determinar, por instrução interna, que houvesse mais presteza diante de ordens judiciais.
3. A chefia imediata do advogado que tratou a ordem com menoscabo tomaria providências, provavelmente repreendendo-o pelo prejuízo causado ao banco, medida que funcionaria como estímulo para que nem ele, nem os demais advogados da instituição renovassem a conduta.
4. A publicação da decisão no *Diário Oficial* levaria os advogados de todo o país a começar a alertar seus clientes a respeito do risco de ignorar determinações judiciais.
5. O ofendido teria uma compensação maior pelo desgosto de ser lesado no mérito da causa, tanto que obteve ordem em seu favor, e depois foi lesado na demora da Caixa em cumprir a determinação. Entenderia que tem um Poder Judiciário firme na proteção dos cidadãos e sairia mais satisfeito.
6. A instituição de caridade teria numerário que serviria para ajudar necessitados, recebendo verba lícita, decorrente de multa por conduta ilícita da Caixa.
7. A imprensa daria conta de, ao noticiar a punição exemplar, fazendo com que empresários, comerciantes, empreendedores e a população em geral soubessem que há juízes no país, que suas decisões devem ser respeitadas, contribuindo não só para aumentar a admiração do povo pelo Poder, que tem, por sinal, se saído bastante mal nas pesquisas de credibilidade, como anotado supra.
8. O Judiciário teria dado uma contribuição para que a cultura do “jeitinho” e do “mau fornecedor” fosse combatida, prestigiando uma cultura de respeito, probidade e cumprimento das obrigações.

O caso citado pelo segundo articulista buscou essa mesma direção. Ao invés de o valor da execução permanecer 100% com a consumidora, foi proposto que, mantida a condenação, 30% seriam revertidos para instituições de caridade.

Nem a sentença e nem o acórdão fizeram menção à proposta de doação, o que reforça que a medida judicial deve ser cumprida independentemente do que o consumidor fará com o valor da multa. De toda sorte, o compromisso da consumidora será mantido.

## Conclusão

Verificar que por erro conceitual e inadmissível pusilanidade, o Judiciário tem sido complacente com àqueles que insistem no descumprimento das determinações impostas.

Existe urgente necessidade de que as decisões sejam mantidas, sob pena de desprestigiar o Poder e remeter aos jurisdicionados, conforme bem ressaltou a Ministra Nancy Andrighi, mensagem de falta de seriedade e, conforme pesquisas, de que o Judiciário privilegia os ricos.

Reduzir as multas premia a má conduta e incentiva o menoscabo às determinações do Poder Judiciário. Mantê-las estimula os melhores valores da correção e da Justiça, razão pela qual registramos elogios e, em nome de todos, o agradecimento aos magistrados que se recusam a diminuí-las.

## Referências bibliográficas

AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros. *Forças Armadas, Igreja e PF, as mais confiáveis*. Disponível em: <[www.amb.com.br/index.asp?secao=mostranoticia&mat\\_id=13854](http://www.amb.com.br/index.asp?secao=mostranoticia&mat_id=13854)>. Acesso em: ago. 2011.

ASSIS NETO, S. J. *Curso básico de direito civil* (Obrigações e contratos). Niterói: Impetus, 2009, v. II. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Banco deve R\$ 150 mil por descumprir ordem para retirar inscrição em cadastro por protesto indevido de R\$ 1.600*. Disponível em: <[www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99811](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99811)>. Acesso em Agosto de 2011.

\_\_\_\_\_. *Multa por descumprimento de decisão pode ser aumentada contra devedor de grande capacidade econômica. Decisão*. Disponível em: <[www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99539&tmp.area\\_anterior=44](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99539&tmp.area_anterior=44)>. Acesso em Agosto de 2011.

CASTRO, G. C. *Direito civil lições: parte geral, obrigações, responsabilidade civil, reais, família e sucessões*. 3. ed., rev. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

JORNAL, O. *Pesquisa da OAB deixa Judiciário no penúltimo lugar em confiança*. Disponível em: <[www.aggio.jor.br/jornal14/credibilidade14.htm](http://www.aggio.jor.br/jornal14/credibilidade14.htm)>. Acesso em Agosto de 2011.

OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. *O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3547>>. Acesso em Agosto de 2011.

<http://michaelis.uol.com.br>. (s.d.). Acesso em 26 de agosto de 2011, disponível em Michaelis:<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=enriquecimento> (Endnotes)

1 William Douglas é Juiz Federal/RJ, Mestre em Direito pela UGF, Pós-graduado em Políticas Públicas e Governo pela EPPG/UFRJ, Professor e Palestrante.

2 Marcus Fábio Segurasse Resinente é advogado e especialista em Direito do Consumidor e em Direito dos Contratos pela Fundação Getúlio Vargas - FGV.



# Direito fundamental à felicidade

Maria Berenice Dias<sup>1</sup>

## A felicidade existe?

Ao se colocar a palavra felicidade no Google aparecem nada menos do que 8 milhões e 260 mil referências. Assim, não dá para duvidar que, ao menos por constar de modo tão reiterado neste imenso banco de dados, a felicidade existe mesmo.

E, se há unanimidade em algum sonho, certamente é o sonho da felicidade. Não há qualquer pessoa no mundo que não almeje, procure e sonhe com ela. O estrondoso sucesso do Prozac – a chamada pílula da felicidade – que garantiu a felicidade da indústria farmacêutica, evidencia que todos anseiam alcançá-la.

Ainda assim, é difícil conceituar o que seja a felicidade. O Dicionário Houaiss define como *a qualidade ou estado de feliz; estado de uma consciência plenamente satisfeita; satisfação, contentamento, bem-estar.*

O interesse em conseguir apreender o seu significado acompanha a própria história do homem. Aristóteles dizia que felicidade é a finalidade da natureza humana, um bem supremo que todos desejam e perseguem. Mas acrescentava que a felicidade também requer bens exteriores...

Há 23 séculos, Epicuro já afirmava que o propósito da filosofia é propiciar uma vida feliz. Dizia ele que, dentre os desejos, há os que são naturais e os que são inúteis. Dentre os naturais, há uns que são necessários e outros, apenas naturais. Dos necessários, há alguns que são fundamentais para a felicidade. E conclui: não existe vida feliz sem prudência, beleza e justiça e não existe prudência, beleza e justiça sem felicidade.

São Tomás de Aquino sustentava que toda a pessoa age por um fim que é um bem: a felicidade. Foi este pensamento que influenciou Hobbes, Locke e Rousseau a criarem a figura do pacto social para assegurar os direitos naturais e manter a paz.

## Onde se encontra?

A esta pergunta responde Rui Barbosa: “A felicidade está na doçura do bem, distribuído sem ideia de remuneração. Ou, por outra, sob uma fórmula mais precisa, a nossa felicidade consiste no sentimento da felicidade alheia, generosamente criada por um ato nosso.”

O direito à felicidade consta no preâmbulo da Declaração de Independência dos Estados Unidos do ano de 1776, que traz as palavras de Thomas Jefferson: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade.”

<sup>1</sup> Advogada; Ex-Desembargadora do Tribunal de Justiça-RS; Vice-Presidenta Nacional do IBDFAM. [www.mbdias.com.br](http://www.mbdias.com.br), [www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br), [www.direitohomoafetivo.com.br](http://www.direitohomoafetivo.com.br)

Também se encontra na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão do ano de 1789: “princípios simples e incontestáveis, que resultem sempre na manutenção da constituição e na felicidade de todos.” E diz a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão admitida pela Convenção Nacional Francesa de 1793: “O fim da sociedade é a felicidade comum. O governo é instituído para garantir ao homem o gozo destes direitos naturais e imprescritíveis.”

A criação da Organização das Nações Unidas, no ano de 1945, depois das atrocidades de duas guerras mundiais, buscou encontrar mecanismos internacionais de defesa global dos direitos humanos, os quais vêm sendo desdobrados em gerações com o fim de assegurar a todos nada mais do que o acesso a uma vida feliz.

Apesar de ter havido a constitucionalização dos direitos fundamentais, poucas são as constituições que formalmente preveem o direito fundamental à felicidade.

A Constituição do Brasil traz um extenso leque de direitos fundamentais. Consagra como o mais fundamental dos direitos a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III); o direito a uma sociedade justa (artigo 3º, I) e assegura o bem de todos (artigo 3º, IV). Também garante um punhado de direitos ao indivíduo (5º): à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. São consagrados como direitos sociais (6º): a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social. Mas a enumeração não é taxativa (5º II): “Os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.”

Sob a justificativa de que é preciso humanizar a Constituição, o Senador Cristovam Buarque apresentou a PEC 19/10 – a chamada PEC da Felicidade. Sustenta que os direitos deixaram de transmitir os sentimentos que deveriam representar, sendo necessário criar um novo paradigma na elaboração e na execução de políticas públicas. Afirma que o direito de ser feliz está atrelado aos direitos sociais e não ao subjetivismo de cada qual. Acredita o autor, que a ideia vai gerar amplo debate na sociedade, bem como atrair o interesse dos movimentos sociais. A proposta visa inserir a expressão “essenciais à busca da felicidade” no art. 6º da Constituição Federal: São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Diz o autor que explicitar o direito à busca da felicidade na Constituição dará conteúdo objetivo e resgatar a garantia dos direitos sociais.

O direito à felicidade não está consagrado constitucionalmente e nem é referido na legislação infraconstitucional. Mas ninguém duvida que é um direito fundamental, materialmente constitucional. Talvez se possa dizer que a felicidade decorre do dever do Estado de promover o bem de todos e de garantir o respeito à dignidade.

Apesar do silêncio do legislador, tal não inibe a justiça de invocar o direito à felicidade para colmatar as lacunas da lei. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar demanda buscando a declaração da inconstitucionalidade da legislação que não previa reconhecimento das uniões homoafetivas como união estável, decidiu:

“cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os

da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do direito e na esfera das relações sociais.” (ADI 3300/DF, de 03/02/20069, Rel. Min. Celso de Mello).

É indispensável lembrar que a própria finalidade do Estado é assegurar a todos o direito à felicidade, não só como um sonho individual, mas como meta social. E não dá para ser feliz quem não tem os mínimos direitos garantidos, como o direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, ao trabalho e à moradia. A Organização Mundial da Saúde (OMS), define saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social. O conceito é muito criticado, mas quem sabe serve para definir felicidade. Afinal, quem vive em completo bem-estar é porque tem tudo e não tem como deixar de se sentir feliz.

## **Felicidade interna bruta?**

Em contrapartida ao Produto Interno Bruto (PIB), surgiu um novo indicador para medir o desenvolvimento social: a Felicidade Interna Bruta (FIB), ou Gross National Happiness (GNH).

Trata-se de um indicador sistêmico desenvolvido no Butão, pequeno país do Himalaia, a partir de 1972, pelo rei butanês Jigme Singya Wangchuck. Em resposta às críticas do pouco desenvolvimento econômico do país, o rei assumiu o compromisso de construir uma economia adaptada à cultura do seu povo.

O conceito de Felicidade Interna Bruta baseia-se no princípio de que o verdadeiro desenvolvimento de uma sociedade humana surge quando o desenvolvimento espiritual e o material são simultâneos, se complementando e reforçando mutuamente. Os quatro pilares da FIB são: a promoção de um desenvolvimento socioeconômico sustentável e igualitário; a preservação e a promoção dos valores culturais; a conservação do meio ambiente natural; e o estabelecimento de uma boa governança.

Trata-se de uma nova fórmula para medir o progresso de uma comunidade ou de uma nação. Parte da premissa de que não se deve atentar somente ao crescimento econômico, mas à integração do desenvolvimento material com o psicológico, o cultural e o espiritual. O cálculo da “riqueza” deve considerar outros aspectos além do desenvolvimento econômico, como a conservação do meio ambiente e a qualidade de vida das pessoas.

Existe uma organização que tem realizado uma série de conferências internacionais, e o tema vem atraindo a atenção do mundo, que começou a colocar tais conceitos em prática. O segundo país a adotá-lo foi o Canadá e agora vários seguem o mesmo exemplo. Inclusive na Dinamarca, ao invés de um impostômetro existe um placar que marcam o avanço do novo parâmetro.

Após receber o apoio do Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento, o FIB tornou-se uma das metas do Projeto do Milênio, cujo Plano Global propõe soluções diretas para que os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio sejam alcançados até 2015.

## **Quem se preocupa com ela?**

Apesar de o direito à felicidade ser um direito individual, sempre esteve muito ligado à indispensabilidade de se ter um par. É como diz a música do Djavan: “É improvável, é impossível ser feliz sem ter alguém para amar.”

Até parece que a plenitude de alguém está condicionada ao encontro do outro. Principalmente com relação à mulher, o casamento gera um sentido de pertencimento. Ela torna-se propriedade do marido. Enfim, um homem para chamar de seu!

Ou seja, uma pessoa é somente meia pessoa. A complementariedade do eu depende do nós. A identificação passa a ser da dupla, como se os dois se fundissem em um só. Não é por outro motivo que ainda se costuma chamar o outro de “cara metade”.

Ainda que seja somente facultativo, de forma ainda muito reiterada, ao casar, a mulher abandona a própria identidade que adquiriu ao nascer. Assume a identidade do homem. Adota o nome do parceiro, passando a ser identificada como pertencente a ele. O casal passa a ser nominado pelo sobrenome do varão. E assim, como em um passo de mágica, a mulher some, desaparece, torna-se invisível. Quase um objeto de propriedade do seu homem.

Daí a sacralização da família, cantada e decantada por todos os credos e crenças. Todas as religiões solenizam o casamento, amarrando um no outro, de forma tão definitiva, que é invocada a chancela divina para lacrar a união. Ou seja, as pessoas se unem para sempre: o que Deus une o homem não separa, seja o deus que for.

Nenhum ministro, padre ou pastor exalta aos noivos que fiquem juntos enquanto a união de ambos for boa, pelo tempo em que eles forem felizes. Não, as pessoas são condenadas a ficarem unidas até que a morte os separe. Mais do que uma benção, tal imposição é quase uma condenação!

A permanência das pessoas dentro do casamento sempre foi uma imposição do estado. Primeiro, o casamento era indissolúvel. Depois, mesmo com a edição da Lei do Divórcio, havia uma injustificável resistência para aceitar a sua dissolução. Eram impostos prazos e havia a necessidade de apontar culpados. A não ser que o casal estivesse separado há mais de dois anos, era indispensável um duplo procedimento: a separação e sua posterior conversão em divórcio. Mesmo após a Emenda Constitucional 66/10, setores conservadores ainda resistem em aceitar que a separação acabou, e que não existe mais nenhum requisito para a concessão do divórcio, o qual pode ser buscado a qualquer tempo.

No entanto, o interesse na manutenção da família não é mera tentativa de assegurar a organização social, premissa que não pode ser mais falsa. Na tentativa do Estado de se desonerar do cumprimento de tudo o que a constituição promete aos cidadãos, criam-se mecanismos para que estes encargos sejam mutuamente satisfeitos no âmbito

familiar. Aproveitando-se do envolvimento afetivo dos vínculos familiares, é imposta a solidariedade familiar e o poder familiar. Asseguram-se os deveres de mútua assistência e direitos sucessórios. Nada mais do que mecanismos que ensejam a desoneração do Estado dos seus encargos sociais.

Por isso é que a Constituição Federal concede especial proteção à família, como base da sociedade (226), assegurando-lhe assistência (226, § 8º). A assistência social tem como prioridade primeira a proteção da família (203, I). Também todos os deveres para com crianças, adolescentes, jovens (227) e para com os idosos (230), são atribuídos, em primeiro lugar, à família. É tornada impenhorável a pequena propriedade rural, desde que trabalhada pela família (5º, XXVI). É instituído o salário-família (7º, XII), e, com grande estardalhaço, foi criada a bolsa-família. A Constituição faz 21 referências à família e 12 vezes ao cidadão, a quem é garantido um punhado de direitos, mas não é deferida a ele a especial proteção do Estado, a evidenciar que a maior preocupação é com a família e não com os seus integrantes.

O direito à felicidade corresponde ao anseio de toda a sociedade, por isso deve ser o norte dos princípios constitucionais e das normas que compõe o sistema jurídico. Daí ser um compromisso que precisa ser assumido por todos. Não só pelo Estado, mas por cada um, que além de buscar a própria felicidade, precisa tomar consciência que este é um direito coletivo e não individual. A felicidade não é só um direito fundamental do cidadão, é um direito que precisa ser garantido a todos.



# Amor: desencontro e solidão, em *Dias perdidos*, de Lúcio Cardoso

Regina Pentagna Petrillo<sup>1</sup>

## Resumo:

Este artigo aborda na obra *Dias perdidos*, de Lúcio Cardoso, a relação amorosa, vivida pela personagem central do romance. A fundamentação teórica da leitura encontra-se pautada na crítica psicanalítica freudiana.

**Palavras-chave:** Amor. Crítica psicanalítica. Lúcio Cardoso.

## Sommario:

Questo articolo discute *nella obra Dias Perdidos*, di Lúcio Cardoso, un rapporto d'amore, sperimentato dal personaggio centrale del romanzo. La base teorica della lettura si basa sulla critica psicoanalitica freudiana.

**Parole chiave:** amore, crítica psicoanalítica, Lúcio Cardoso

*Ah, o amor que não sabe ter calma e não conhece nenhuma espécie de repouso – antes é uma espécie de febre constante e lúcida. Com o correr do tempo, transforma-se em obsessão sem fundo, um estado agudo, delirante – e que é próprio daqueles que conhecem o nada em que se esfumam todos os sentimentos.*

Lúcio Cardoso<sup>2</sup>

Em *Dias perdidos*, uma tela de amores, anseios e solidões é urdida, unindo, no mesmo cenário ficcional, a província de Vila Velha, no interior de Minas Gerais, o drama das personagens centrais. O romance, dividido em três partes<sup>3</sup>, apresenta as histórias das personagens ligadas entre si e determinantes uma das outras, sendo impossível separar o drama de um do drama dos demais. Tem-se, nesse sentido, uma estrutura romanesca entrelaçada em que um determinado ato produz consequências que, por sua vez, têm resultados similares aos dos ações iniciais.

Ao pai ausente na primeira parte do romance cabem certos atos que produzem consequências importantes que deflagram grande parte da narrativa.

O romancista tematiza o desejo de realização amorosa enlaçado à fragmentação familiar. Esta mesma miragem persegue a todos, mas cada ser é um universo estanque.

<sup>1</sup> Doutora em Teoria Literária pela Universidade Federal do Rio de Janeiro; Professora de Teoria Literária, Literatura Comparada e Literatura Brasileira do CESVA.

<sup>2</sup> CARDOSO, Lúcio. *Diário completo*. Ob. cit., p. 9.

<sup>3</sup> Na primeira parte, relativa ao período de nascimento e infância da personagem Sílvio, tem-se a partida de Jaques, marcando com sua ausência a vida de Clara e do filho e o início de seu amor por Diana. Na segunda, período da adolescência da personagem, tem-se a aproximação entre mãe e filho, o retorno e a morte do pai. Na última parte, fase adulta da vida de Sílvio, o casamento com Diana e a separação, a morte da mãe e fechando o romance a ida de Sílvio para o Rio de Janeiro.

Os inevitáveis interesses e diferenciações pessoais inviabilizam o encontro e, assim, há sempre um que ama e outro que é amado. Sobre o primeiro recaem a renúncia de si e a angústia do desamor e, sobre o segundo, o desinteresse e o cansaço.

Em seu romance, Lúcio sugere que o amor nunca é um sentimento sereno que conduz à felicidade; ao contrário, é uma tentação, que participa da loucura e que leva à ruína da personalidade. Ora conduz aos extremos da paixão desenfreada, ora às águas gélidas da apatia. Entretanto, nada pode aproximar uma criatura da outra a não ser a sensação passageira do desejo ou do interesse amoroso. Mas aplacado o desejo, liquidado o interesse, cada qual se fecha novamente dentro de seu mundo. Em suma, há, no amor, momentos de abdição e de posse, passados os quais uns se revoltam e outros se desiludem. O que resta são as cobranças, a culpa e o eterno vazio da solidão humana.

Com propriedade, Sérgio Millet<sup>4</sup> diz que se uma tese devesse se desprender de *Dias perdidos* seria a da insolubilidade de um ser em outro e do irremediável isolamento do homem.

A primeira parte da obra tem como drama central a vida de Clara após a partida de Jaques: suas frustrações amorosas, sua insatisfação e solidão.

Moça simples do interior, casara-se com Jaques por amor. Também fora por paixão que ele se ligara a ela.

Maria Rita Kehl afirma que, na relação amorosa, a primeira fantasia que surge é a de restaurar a totalidade ao encontrar este ser que me completa e cujos desejos são os meus desejos e vice-versa. Nesse momento, o eu se identifica com o outro, mas que é um outro eu-mesmo. Ao mesmo tempo, ele me resgata da condição de ser fragmentado em que me encontro (que é a própria condição humana) para me elevar à condição dos deuses: a recuperação da onipotência.

A falta freudiana<sup>5</sup> ou o anseio andrógino<sup>6</sup> manifesta-se, no amor, na busca e na permanência do amado. Diz José A. Pessanha:

<sup>4</sup> MILLET, Sérgio. *Diário crítico* (1940 – 1943). São Paulo: Editora Brasiliense, 1944, p. 288.

<sup>5</sup> De acordo com Maria Rita Kehl, na vida intrauterina a criança vive a fusão perfeita com o corpo materno. Este estado narcísico da vida intrauterina, que a criança conserva na fantasia nos primeiros meses de vida, tende a desaparecer quando alguma experiência de separação venha desiludi-la. A esta impossibilidade de manutenção do estado narcísico do qual fomos expulsos com o nascimento, a psicanálise chama de castração. Freud começou a utilizar este conceito a partir da observação de fantasias angustiantes de seus pacientes, que expressavam literalmente o medo da perda do pênis, e este foi o primeiro sentido do complexo de castração. As associações pênis-falo/falo-significante da falta nos levam a entender a castração como outro corte: o corte que nos separou da mãe e nos expôs nossa incompletude diante do universo. KEHL, Maria Rita. 'A psicanálise e o domínio das paixões'. In: *Os sentidos da paixão*. 11. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1999, pp. 475, 477.

<sup>6</sup> Junito Brandão escreve que Platão, no *Banquete*, 189e, 193d, pelos lábios do criativo poeta cômico Aristófanes, faz ampla dissertação a cerca do *andrógynos*. Consoante o filósofo ateniense, outrora nossa natureza era diferente da que vemos hoje. De início havia três sexos humanos, e não apenas dois. O andrógino era um gênero distinto que, pela forma e pelo nome, participava dos dois outros, simultaneamente do masculino e do feminino. (...). Este ser especial formava uma só peça. Esféricos em sua forma e em sua movimentação tornaram-se robustos e audaciosos, chegando até mesmo a ameaçar os deuses com a tentativa de escalar o Olímpo. Face ao perigo iminente, Zeus resolveu castigar o andrógino, cortando-o em duas partes. Desse modo, o senhor dos imortais não só enfraqueceu o ser humano, mas também o fez carente, porque cada uma das metades pôs-se a buscar a outra contrária, numa ânsia e num desejo de se "re-unir" para sempre. Eis aí, consoante Platão, a origem do amor, que as criaturas sentem uma pelas outras: o amor tenta recompor a natureza primitiva, fazendo de dois um só, e, desse modo, restaurar a antiga completude. BRANDÃO, Junito. *Dicionário mítico-etimológico*. 3. ed., Petrópolis: Vozes, 1997, p.p. 64-65, v. I.



“O amor é, assim, fundamentalmente, não busca do semelhante, mas busca da unidade quebrada. Por isso, o amor nasce desse sabor que o ser humano experimenta de falta, de mutilação, de incompletude. O desejo de unir-se ao amado provém dessa sensação de ser apenas parte, metade de um todo.”<sup>7</sup>

Ao encontrar o amor, Clara sente como se houvesse reencontrado a unidade original perdida. No entanto, logo após o casamento, as fantasias amorosas da união completa e perfeita começam a ruir. A personagem vive os primeiros momentos de angústia e de incerteza. Os interesses do marido começam a divergir dos seus.

Por sua vez, também Jaques vive a insatisfação. O amor que sentira por Clara havia se transformado numa prisão odiosa. Encarcerado num relacionamento no qual não possuía mais interesse, anseia por partir, por retornar à sua vida agreste e livre pelo sertão.

Para se completar, com frequência, o ser busca no amor a realização absoluta. O amor não é considerado simplesmente como uma conciliação de opostos ou, ainda, como pura e simples união sexual. Ele é visto como um resgate da plenitude caso se considere que:

“o amor é fundamentalmente um querer ser amado, querer situar-se além de todo o sistema de valores postos pelos outros, como condição de toda valorização e como fundamento objetivo de todos os valores. É a vontade de valer para o outro como o próprio infinito. É preciso que o outro seja livre para querer amar-se e para ver em mim o próprio infinito”.<sup>8</sup>

À medida que o gozo do sujeito enamorado, inclusive por si, aumenta com a posse do objeto amado, ele recupera a plenitude.

Entretanto, para o amor se realizar, é necessário que o outro deixe de ser só para si e saiba equilibrar-se entre o amor por si mesmo e pelo outro. O centramento em si é um obstáculo para que o amor possa estabelecer o sujeito no objeto de seu desejo.

No romance, Jaques é ser impulsivo, um coração viajante em busca de liberdade e de aventura<sup>9</sup>. Como Clara mesmo reconhecia, uma dessas naturezas que só vibram tocadas pelas forças extremas, para as quais não há meio termo: só conhecia o desinteresse completo ou a paixão<sup>10</sup>. Tão logo arrefecia o interesse, nada mais lhe importava.

O seu desejo do personagem, exigindo as emoções extremas, a liberdade, o espaço aberto e a perspectiva de aventura, opunha-se ao casamento. Ou melhor, a sua individualidade não viabilizava quaisquer estados duradouros<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> PESSANHA, José Américo Motta. Platão: as várias faces do amor. In: *Os sentidos da paixão*. 11. ed., São Paulo: Companhia das Letras, p. 94.

<sup>8</sup> KRISTEVA, J. *Histórias de amor*. Trad. Leda Tenório de Motta. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 307.

<sup>9</sup> CARDOSO, Lúcio. *Dias perdidos*. Ob. cit., pp. 15 e 22.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>11</sup> Ainda que amor e casamento sejam coisas diferentes e ainda que uma coisa não exclua a outra, há que se ressaltar: era o casamento que Jaques odiava, uma vez que, para ele, significava aprisionamento, impossibilidade de aventura e de liberdade. Tudo a que se opunha a sua individualidade, que amava o intenso e o efêmero. CARDOSO, Lúcio. Ob. cit., pp. 9, 10.

Também é verdade que as fantasias do início de uma relação apaixonada, pautadas na idealização e na identificação, não concedem existência própria aos amantes. Eles se tornam depositários das fantasias mais arcaicas, representantes da possibilidade de restauração da totalidade ou do narcisismo<sup>12</sup> ferido.

No amor, por momentos, o ser vive a própria morte. Entretanto, escreve Kristeva, “o amor é a morte que me faz ser”, pois:

“o sujeito não existe senão por identificar-se com um outro ideal que é o outro (...). Fantasma, formação simbólica para além do espelho, este outro, que é efetivamente do porte de um Senhor, é um pólo de identificação porque não é um objeto de necessidade nem de desejo. Ideal do ego que engloba o Ego pelo amor que esse Ego lhe tem, ele o unifica, freia suas pulsões e faz dele um sujeito. Ego – corpo para a morte, ou ao menos para se postergar, por amor do Outro, e para que Eu seja.”<sup>13</sup>

Também sobre a questão, diz Heráclito:

“O que se opõe a si mesmo ou, mais literalmente, o que se afasta de si próprio, em si se reúne, harmonia de tensões contrárias como o arco e a lira.”<sup>14</sup>

O amor é um polo de paradoxos, de empate entre tensões contrárias: vida e morte, encontro e desencontro, eu e o outro. É um momento de felicidade plena e também de intensa angústia, já que os amantes vivem, ao mesmo tempo, a certeza e a insegurança do sentir o outro próximo e distante, do “saber” que o outro pode escapar-lhe, pode não estar “sempre” e não lhe pode dar “tudo”.

Passado o momento de plenitude, quando a paixão, mergulhada em suas fantasias, sofre as primeiras decepções, a realidade se instala entre os “dois-que-tentavam-ser-um” e revela o que estava sendo negado: a incompletude.

Maria Rita Kehl afirma que dessa decepção “revivida” na paixão amorosa – uma reedição das primeiras frustrações infantis - o outro pode voltar a se mover, pode ganhar vida própria, independência, existência para além do desejo onipotente e o amor pode se instalar ou morrer<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Segundo Maria Rita Kehl, o estado narcísico é aquele em que, na vida intrauterina, a criança vive a fusão perfeita com o corpo da mãe e que ela conserva na fantasia nos primeiros meses de vida até que alguma experiência de separação venha desiludi-la. KEHL, M. R. A psicanálise e o domínio das paixões. In: *Os sentidos da paixão*. 11. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 475.

<sup>13</sup> KRISTEVA, J. *Histórias de amor*. Ob. cit., p. 57.

<sup>14</sup> CHÂTELET, F. (org). *História da filosofia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981, p. 38.

<sup>15</sup> Maria Rita Kehl diz que: “o estado narcísico é um estado em que o amor ainda não tem lugar. Para o pequeno ser narcísista, tudo aquilo que é recebido como sendo bom e prazeroso, ele sente como sendo parte de si mesmo. ‘O bom sou eu; o mal é o não-eu’. O primeiro sentimento de

No encontro de Clara e Jaques, após o momento de plenitude, a realidade se impõe. As fantasias amorosas da união completa e perfeita, do início, sofrem as primeiras decepções, apontando para a fragmentação e para a incompletude. A distinção entre os parceiros é então estabelecida. O verdadeiro Jaques surge aos olhos da personagem, assim como ela mesma. Ressurgindo para si, Clara vê-se enquanto ser solitário e quanto a vida do marido independe da sua.

Clara, contudo, havia se ligado ao marido como um satélite ao redor de um astro maior. Sem força e sem vontade própria, a sua existência dependia do desejo dele. No marido, ela se idealizara e se apagara. A esse respeito diz o narrador:

“que do seu passado (de Clara), do que tinha sido antes de conhecer o marido nada mais a importava. Ele dera-lhe um novo nascimento. Tudo o que conservava do seu tempo de solteira era porque servia a ele e tudo o que não lhe servia, ela rejeitava”.<sup>16</sup>

Clara é a subjetividade dependente que, desejando o absoluto, não aceita a falta.

O amor quer a totalidade. Esse absoluto que foi, no mito, antes da queda do homem, ou que foi a vida intrauterina. Aquilo que, definitivamente perdido, sobrevive e renasce sempre nas fantasias amorosas. Se pudesse, o amor conduziria os amantes de volta à fusão, mas não pode. A realidade do amor é inimiga do absoluto. Clara e Jaques como representantes do amor romântico, ainda que de forma diferente, querem o absoluto.

Jaques só é capaz de viver a paixão, o que é “forte e efêmero”, e, portanto, recusa o morno e conformado amor burguês enlaçado pelo casamento.

O protagonista é um homem de aventuras, de amores fortes e rápidos. Nesse aspecto, pode ser aproximado a D. Juan, símbolo dos amores intensos que fazem parte do tempo breve e da compulsão à mudança.

Olgária Matos, em *Reflexões sobre amor e a mercadoria*, comentando os amores curtos, diz que:

“Dom Juan seria entendido como a outra face de Tristão e Isolda em sua inversão porque há nele uma ‘sede de absoluto’. Porque em cada amor se

---

diferenciação criança-mundo é o ódio. Ela só vem a sentir amor por um objeto fora de si mesmo depois de ter sido frustrada algumas vezes pela mãe. Só depois de algumas frustrações é que a criança consegue perceber que o objeto gratificante que ela pensa ser parte dela mesma não é. O objeto que satisfaz é o mesmo que frustra. O amado e o odiado são um só – ambivalência que nos acompanha pela vida toda. Ambivalência que é da essência de toda relação amorosa, pois o objeto que satisfaz também frustra, e o absoluto não se recupera mais... (...) Acrescenta Kehl: Todas as situações vividas pela criança em seus primeiros contatos com suas demandas pulsionais e com as formas apaixonadas que essas pulsões vão adquirindo são revividas na paixão amorosa. A primeira fantasia que surge nas relações apaixonadas da vida adulta é a da restauração de nosso narcisismo primário é a de encontrar no ser amado sua total completude. (...) Da decepção revivida na paixão amorosa – uma reedição das primeiras frustrações infantis – o outro pode ganhar vida própria e o amor pode nascer. Ou não”. KEHL, M. Rita. Ob. cit., pp. 475-479.

<sup>16</sup> CARDOSO, Lúcio. *Dias perdidos*. Ob. cit., p. 16.

procura a perfeição e porque esta não pode ser encontrada em sua plenitude em nenhum objeto de amor, dada a fragmentação do eu e do outro – Dom Juan vive de passagem.”<sup>17</sup>

Reiterando, Camus afirma que D. Juan é a culminância lógica de uma vida inteiramente penetrada pelo absurdo e o desenlace de uma existência voltada para alegrias sem dia seguinte<sup>18</sup>.

O amor curto não é, no caso do protagonista cardosiano, o amor breve, descartável e superficial das relações amorosas da sociedade de consumo moderna. O amor é breve, pois só é entendido enquanto sentimento intenso e total. Neste aspecto, para Jaques, o sentimento morre após as primeiras desilusões, já que não é capaz de atender aos desejos de sua individualidade auto centrada em busca do absoluto.

Em Clara, o que se tem é a individualidade dependente que não aceitou a evidência da incompletude e do fim do amor. Desse modo, ainda que, no íntimo, soubesse que mais cedo ou mais tarde estaria tudo consumado, luta para manter o marido a qualquer preço.

A personagem diz para si mesma que:

“não cederia, não permitiria que ele a abandonasse, que fizesse com ela o mesmo que já fizera com tantas outras...”<sup>19</sup>

E, numa última tentativa de retê-lo, engravida. O filho nasce. Sílvio, ao contrário, ajuda a concretizar o desejo de liberdade do pai. Com o nascimento do menino, Jaques acredita ter cumprido o seu papel: “nada mais poderia conceder à mulher” e “nada mais ela poderia desejar, além de uma criança”. Com esse pensamento, conclui que “a mulher iria se resignar cuidando do filho que se tornaria o alvo de sua atenção”. Guiado por este pensamento, sente-se desobrigado e livre para partir: “ir onde quisesse ganhar o sertão”<sup>20</sup>.

Clara revolta-se com a descoberta de que nada mais era na vida do amado senão um nome do passado e aquele que, a princípio, era visto como o elo que o manteria junto a si, transforma-se em elemento deflagrador da sua partida. Tornando-se o elemento causador da perda do amado, a criança recebe da mãe o ódio e o desprezo que caberiam ao marido e, por fim, indiferença.

Freud afirma que uma das experiências dolorosas do homem, talvez a mais dolorosa, é a separação definitiva daqueles a quem se ama<sup>21</sup>. Maria Rita Kehl completa que, apesar da dor, o mundo da desolação pela perda ou afastamento do ser amado pode ganhar vida desde que o apaixonado conseguia suportar a desilusão fundamental de não formar um todo indissociável com o objeto de seu amor, sendo capaz, deste modo, de elaborar o luto.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> MATOS, Olgária. Reflexões sobre o amor e a mercadoria (1978). In: *História viajante – notas filosóficas de Olgária Matos*. São Paulo: Studio Nobel, 1997, p. 115.

<sup>18</sup> CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Trad. Urbano T. Rodrigues e Ana de Freitas. Lisboa: Livros do Brasil, 1987, p. 10.

<sup>19</sup> CARDOSO, Lúcio. *Dias perdidos*. Ob. cit., p. 11.

<sup>20</sup> *Ibidem*. p. 10.

<sup>21</sup> MATOS, Olgária. Ob. cit., p. 115.

<sup>22</sup> KEHL, Maria Rita. Ob. cit., p. 480.

No ensaio *Luto e melancolia*, Freud assinala que o luto é, em geral, a reação diante da perda de um ser amado ou de algo equivalente. Acrescenta que, no luto, existe uma causa determinada, a perda concreta de alguma coisa<sup>23</sup>. O que significa dizer que, para que o luto seja efetivado, tem de haver a noção real, concreta e irreversível da perda do objeto amado.

Quanto à Clara, o luto se mostrou impossível. O marido não sofreu a morte física e nem foi dado ao relacionamento de ambos um fim determinado. Nenhuma palavra ou ato consolidou o rompimento do matrimônio. Jaques apenas partiu, deixando Clara na incerteza quanto ao seu retorno. Além do que, nessa dolorosa instabilidade, a personagem passa da inicial identificação com o *objeto de desejo* para a incorporação do objeto e por fim à identificação com o *desejo do objeto*. Ou seja, Jaques acaba se tornando para Clara uma abstração: a representação do sentimento que nela foi despertado por ele e com o qual ela o identifica.

Olgária Matos observa a existência de um *objeto de desejo* e de um *desejo do objeto*. Segundo a filósofa, a angústia em se ignorar quem se é e o que se é leva à perturbação da identidade e das identificações, que só adquirem pertinência em relação de reciprocidade<sup>24</sup>. Mas, nessa relação de reciprocidade, a identificação do sujeito não pode ser estabelecida através do sentimento que o outro faz surgir. Pois, desta forma, o que se tem é a dissolução do ser na abstração. Aquele que ama não é capaz de separar o objeto do desejo do sentimento despertado por ele. Assim, o que se verifica é um luto irrealizado e irrealizável. E, em seu lugar, instala-se definitiva a melancolia.

Sem o amor de Jaques, a existência de Clara adquire o aspecto de uma travessia para desolação. A vida da personagem deixa de ter significado e, ela mesma, sentindo-se indigna da existência, imerge num “estado melancólico”<sup>25</sup>, entregando à indiferença, ao abandono e ao autoenvilecimento:

“Já não arrumava a casa como nos primeiros tempos, descuidava-se dos objetos que tanto lhe tinham custado, deixava as plantas morrerem à

<sup>23</sup> FREUD, Sigmund. *Sigmund Freud*. Edição Standart Brasileira das Obras Psicológicas Completas de S. Freud (1914 – 1916), 1. ed., Rio de Janeiro: Imago, 1974, p. 275, v. XIV.

<sup>24</sup> MATOS, Olgária. Amor e cidade, amor na cidade: Walter Benjamin (1995). In: *História viajante: notas filosóficas de Olgária Matos*. Ob. cit., p.129.

<sup>25</sup> No ensaio já citado, *Luto e melancolia*, Freud assinala que a melancolia é um estado de ânimo profundamente doloroso. É uma cessação de interesse pelo mundo externo, a perda da capacidade de amar, a inibição de toda e qualquer atividade, e uma diminuição da autoestima a ponto de encontrar expressão em autorrecriminação e autoenvilecimento, culminando numa expectativa delirante de punição. A seguir, Freud acrescenta pontos de diferença entre a melancolia e o luto. Diz que a melancolia tem características semelhantes ao luto, mas, neste caso, existe uma causa determinada, a perda concreta de alguma coisa. Já a melancolia prende-se à perda de uma coisa de natureza mais ideal. O objeto talvez não tenha realmente morrido, mas tenha sido perdido enquanto objeto de amor. O melancólico exhibe ainda outra coisa que está ausente no luto – uma diminuição de sua autoestima, um empobrecimento de seu ego. No luto, é o mundo que se torna vazio; na melancolia, é o próprio ego. O ego do paciente é desprovido de valor. E, assim, sentindo-se incapaz de qualquer realização e moralmente desprezível, ele se repreende e se enviltece. A autorrecriminação do melancólico, segundo Freud, não se aplica primordialmente ao próprio paciente, e sim ao objeto amado que foi perdido. Talvez por isso, o melancólico não se mostre submisso e humilde; ao contrário, apresente uma postura de injustiçado e de revoltado, em virtude de ter sido destruída a relação objetiva. FREUD, S. Luto e melancolia. In: *Sigmund Freud*. Edição Standart Brasileira das Obras Psicológicas Completas de S. Freud (1914 – 1916). 1. ed., Rio de Janeiro: Imago, 1974, pp.275, 276, 277 e 281, v. XIV.

míngua, passava dias inteiros sem abrir as janelas. (...) A si mesma, agora que Jaques não estava mais presente, indagava para que os vestidos novos, para que cuidar da casa, se nenhum interesse encontrava naquilo? (...) E a cada dia que passava, mostrava-se mais relaxada, com os vestidos sujos, os cabelos despenteados, numa indiferença que atingia os limites da aberração. (...) E o filho (...). (...) cuidava da sua alimentação, fervia o leite, penteava-lhe os cabelos crespos. Mas tudo sem calor, sem entusiasmo, com a minúcia e a apatia de quem cumpre trabalhos forçados.”<sup>26</sup>

[...]

“Tudo cessava de existir em torno dela desde que Jaques não existia mais. Todas aquelas coisas, roupas, móveis, a janela que o vento fazia bater, os seus desejos, o futuro de seu filho – tudo existia porque Jaques respirava (...).”<sup>27</sup>

Em outros momentos, sentindo-se injustiçada, Clara revolta-se:

“Nada justificava a partida de Jaques, nenhum gesto, nenhuma incompreensão, nenhuma disputa. E agora ela estava sozinha naquela casa, com um filho pequeno, sem ouvir voz humana durante dias seguidos. Era isso que a revoltava. Porque é que devia permanecer fiel e aguardar, quando ela também podia possuir as suas inclinações e os seus desejos? Vinha-lhe uma revolta imprecisa, adivinhando que o papel da mulher era inferior ao do homem. Ele não precisava de todo aquele artifício para reter uma criatura junto de si, ele não tinha essa necessidade sufocante de sentir um ser aprisionado à sua vida, como era a sua própria necessidade, como era a necessidade vital de tantas que tinham criado um lar e isolado esse lar do resto do mundo (...) e a sua revolta já não permanecia apenas na superfície da consciência, criava formas, patenteava-se no seu modo de viver e nos hábitos que ia adquirindo.”<sup>28</sup>

Ainda que Clara se mostre consciente de ser uma criatura condenada a uma vida partida, antiteticamente, ela aspira a compensar a queda melancólica, “re-ascendendo” à totalidade que o amor lhe possibilitou vislumbrar. E, assim, diante da carência, mesmo sabendo que tudo é pura ilusão, que certos laços quando rompidos não podem ser reatados, imagina a cada instante recomeçar e reatar os elos quebrados.

Cerca de um ano havia passado desde que o marido se fora e, ainda que a personagem houvesse recebido como notícia apenas uma carta e dois bilhetes lacônicos: “estava bem, mandava lembranças”<sup>29</sup>, decide ir à sua procura.

Ao reencontrar Jaques, se, por momentos, a personagem acredita que pode dar vida nova à chama extinta, logo vê ruírem todas as suas ilusões. Pela segunda vez, é abandonada. Sem consciência nítida do que estava fazendo, inconformada, segue em seu encaicho. Deparando-se com o marido em uma pequena praça da cidade vizinha,

<sup>26</sup> CARDOSO, Lúcio. *Dias perdidos*. Ob. cit., pp. 15, 16.

<sup>27</sup> *Ibidem*. p. 22.

<sup>28</sup> *Ibidem*. p. 15.

<sup>29</sup> *Ibidem*. p. 25.

mas falta-lhe coragem para se aproximar. Observando-o à distância, sente a inutilidade de tentar insistir, percebe, também, a profundidade do amor e da admiração que ainda tinha por ele. Nesse instante, olhar e fantasia se completam.

Diante da incapacidade de dominar a realidade e de conviver com os seus fracassos, a personagem transforma o amado em abstração divinizada. Nesse processo, a identificação do objeto é prejudicada. Clara busca rememorar cenas antigas tentando estabelecer uma relação entre a imagem que vê no coreto e a do homem que a havia amado, porém a figura diante de si não se encaixava à do passado. Eram

“dois Jaques diferentes, o que lhe pertencera e o que ela jamais alcançaria. As duas imagens não se reajustavam e entre elas, a cada momento, um desajustamento parecia crescer como um abismo.”<sup>30</sup>

Acrescenta o narrador:

“Sem dúvida o seu amor ainda existia, mas era um amor que não cabia nos limites humanos, que o extravasava com uma força de adoração. Mais tarde, muito mais tarde, quando Jaques regressasse ao lar, velho e doente, compreenderia que mais uma vez as duas imagens não se reajustavam. Fiel ao que estava gravado no fundo da sua consciência, ela odiaria então o companheiro arruinado pela idade, sem conseguir dominar a sensação de estranheza que a sua presença lhe causava.”<sup>31</sup>

215

Constata-se que, para a personagem, o que existe não é mais o objeto e sim a representação do “desejo do objeto”. Essa representação, como antecipa o narrador, irá perdurar, gerando outras abstrações e desencontros, e sobreviverá, anos depois, quando o marido volta ao lar. Antes que isto ocorra, Clara, certa de que só pecados terríveis contra Deus poderiam ter causado um sofrimento como o seu, lança-se em uma vertiginosa entrega à religião como meio de apaziguamento de sua dor e para a expiação da culpa por haver perdido Jaques.

Clara nunca esquecerá completamente o marido. Apenas com o passar dos anos, no mesmo passo em que a sua dor ia atenuando, a sua fé e sentimento de culpa iam arrefecendo. Concluindo, ela interroga-se:

“Afim! a sua história tinha sido bem simples, não valia a pena sobrecarregar a consciência com faltas imaginárias. Qual fora realmente a sua culpa, de que terrível pecado poderia se acusar?”<sup>32</sup>

Por fim, o narrador, referindo-se à entrega da personagem à religião, acrescenta:

“Finalmente, ela própria se cansou daquela comédia.”<sup>33</sup>

<sup>30</sup> *Ibidem.* p. 27.

<sup>31</sup> *Ibidem.* p. 27.

<sup>32</sup> *Ibidem.* p. 34.

<sup>33</sup> *Ibidem.* p. 33.

O investimento religioso da personagem jamais significou fé verdadeira. É o que confirma Áurea, anos depois, ao rever os sentimentos da amiga:

“Incansável, ela repassava o que tinha sido a vida religiosa de Clara nestes últimos tempos. Lembrava de uma época em que a companheira parecera mais inclinada aos mistérios da religião, quando Sílvio mal abria os olhos para a vida. Naquele tempo distante ela se vestia com roupas escuras, quase não falava e vivia na capela, desafiando intermináveis terços. Áurea percebera que não existia nenhuma realidade naquele sentimento (...). E, de fato, todo aquele fervor fora desaparecendo (...). Agora era aquele completo descaso (...), aquela indiferença frente às coisas da Igreja.”<sup>34</sup>

Em *Dias perdidos*, os protagonistas não têm acesso à Graça Divina. Deus, silencioso e inatingível, abandonou os seres às dores terrenas. Em um de seus momentos de desespero, Clara demonstra como se sentem estes órfãos do amor divino:

“(…) apaziguado o tumulto do seu coração, ousava enfim fitar as coisas em torno com olhar menos hostil, sentindo-se no meio delas uma pobre coisa desamparada da graça de Deus.”<sup>35</sup>

Sem a Graça, a fé foi para Clara uma abstração sem consistência com que tentou apaziguar a ausência do marido. Também não houve aceitação real da perda do amor, o que levou Clara a abstrair o objeto amado. Em suma, não houve a elaboração do luto e o sofrimento da personagem não foi solucionado. E, assim, dias de abatimento mortal continuaram ocorrendo em sua vida. O vazio que se instala na personagem abre espaço para sentimentos opostos. Ela oscila entre o desânimo mortal e o desejo intenso de vida, que, no entanto, não encontrava caminho para a realização.

Em alguns momentos, Clara desesperava-se com o nada em que havia se transformado a sua existência. Em outros, medindo o tempo perdido, mergulhava na abstração de amores imaginários. Desejava viver e sentir o que estava além do seu alcance e o seu destino atual tinha afastado e inutilizado para sempre.

Perdida em abstrações, em desejos irrealizáveis, revoltada com os desencontros de sua existência, a personagem odiava cada vez mais “a miséria em que se tinha cristalizado a sua vida”<sup>36</sup>.

É Maria Rita Kehl quem diz que tanto *Eros* quanto *Thanatos*, no limite, buscam a mesma coisa – o retorno a um estado anterior prazeroso -, que não é um, nem outro que move a vida, mas a tensão constante, dialética entre os dois. O que mantém ligada a trama das pulsões é que eles todos são conservadores: e enquanto *Thanatos* busca o repouso, *Eros* busca o estado de fusão narcísica com o outro, que nos promete a abolição da confrontação cansativa e ameaçadora.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> *Ibidem.* p. 225.

<sup>35</sup> *Ibidem.* p. 86.

<sup>36</sup> *Ibidem.* p. 85.

<sup>37</sup> Segundo Maria Rita Kehl, *Thanatos* quer a abolição de todas as tensões, o grau zero de energia, já que a vida é tensão, excitação, irritação da matéria. Já que o desejo não encontra satisfação definitiva e não para de renascer de suas satisfações efêmeras, *Thanatos* deseja a abolição do desejo; o retorno



Na personagem, a ânsia pela totalidade jamais se apagou, apenas, com o tempo, os seus desejos foram sendo substituídos pelo hábito de sofrer e por uma resignação obrigatória determinada pela incapacidade de reverter o que estava perdido.

Quando tudo se encontrava nesse estado de latência, Jaques retorna. Velho e doente, ele não despertou na esposa o antigo amor. Antes, causou-lhe estranheza e piedade, que logo se transformaram em ódio e repulsa. Aquela criatura que, agora, sem licença, estava diante dela, agravando os problemas da sua vida, nada tinha em comum com a representação do ideal de seu amor. A imagem decrépita e doente apenas confirmava a irreversibilidade em resgatar o passado. Culmando o marido por tudo que havia perdido, abandona-o à própria solidão e agonia que chega após longo sofrimento.

Com a morte de Jaques, Clara voltou à vida habitual envolta na amargura e na solidão. Os anos passam e, por fim, resignada, aceitou a velhice e a doença incurável que a levou à morte pouco tempo depois.

Através da vida da personagem, o autor tece a história de uma mulher que não aceitou a perda do objeto amado e viveu e morreu dominada por ilusões.

Maria Rita Kehl mostra que ao seduzido e abandonado só resta o difícil caminho de recuperar o conhecimento de si mesmo que o sedutor lhe roubou e para encontrar novamente o amor é necessário que aceite as perdas e abra mão das idealizações.<sup>38</sup>

O desejo de completude persiste sempre enquanto a vida não cessa. Não existe objeto que satisfaça plenamente o desejo. É justamente por isso que o desejo não para de renascer de cada pequena satisfação, de cada pequeno repouso. É também por isso que a vida é tensão permanente, movimento permanente: o que não se encontra aqui, se vai buscar noutro lugar; se não se encontra o absoluto, segue-se perseguindo tudo o que se aproxima das representações da perfeição. No entanto, nesta busca só aquele que bem elabora suas fantasias consegue transitar entre o real e o ideal. Às vezes, toma um pelo outro para se equilibrar entre os dois níveis em que se processa o estado amoroso. Mas, somente quando o indivíduo consegue se equilibrar entre o amor por si mesmo e pelo outro e entre o real e a fantasia é que não corre o risco de ser engolfado pela vertigem da paixão e da carência. Só desta forma será capaz de, em caso de perda, seguir em frente.

Em *Dias perdidos*, a impossibilidade da plenitude no encontro amoroso insinua-se pela inquietação de um “desejo-outro” acenando para além do objeto. A protagonista, mantendo-se presa em seus fantasmas, não é capaz de se reconciliar com eles e, deste modo, e de tecer o encontro consigo mesma e com a possibilidade de outro recomeço.

---

à matéria inanimada da qual um dia, por acaso extremo, a vida se gerou da coesão improvável, e até hoje misteriosa, entre algumas moléculas. A vida é uma espécie de vitória sobre alguma coisa – sobre a força conservadora do inorgânico. Somos todos sobreviventes de nossa vontade de morrer, porque o organismo, uma vez jogado à vida, quer se conservar assim quer a acomodação suave a esse repouso que, na realidade, não conhecemos, mas que está representado no inconsciente. Mas a representação mais próxima do repouso absoluto que temos marcada pela experiência no nosso inconsciente não é a morte – já que ainda não morremos – e sim a vida intrauterina: a fusão perfeita com o corpo materno, quando não há desejo porque todas as necessidades estão suprimidas continuamente. É desse período que o ser tira a “memória” do repouso; e é por isso que, enquanto busca o repouso que pode ser a morte, está buscando o repouso do contato, da fusão com o outro. KEHL, Maria Rita. A psicanálise e o domínio das paixões. In: *Os sentidos da paixão*. Ob. cit., pp. 474, 475, 477.

<sup>38</sup> KEHL, Maria Rita. Masculino/feminino: o olhar da sedução. Ob. cit., p. 421.

No sombrio e desagregado universo cardosiano, a felicidade, a harmonia e o encontro são vislumbres reservados ao plano inacessível das abstrações. A essência que se depura dos laços entre os seres é o desencontro e a solidão.

## Referências bibliográficas

- BRANDÃO, Junito. *Dicionário mítico-etimológico*. 3.ed., Petrópolis: Vozes, 1997, v.I.
- CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Trad. Urbano T. Rodrigues e Ana de Freitas. Lisboa: Livros do Brasil, 1987.
- CARDOSO, Lúcio. *Dias perdidos*. Civilização Brasileira, 2006.
- CHÂTELET, F. (org). *História da filosofia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- FREUD, Sigmund. *Sigmund Freud*. Edição Standart Brasileira das Obras Psicológicas Completas de S. Freud (1914 – 1916). 1. ed., Rio de Janeiro: Imago, 1974, v. XIV.
- KEHL, Maria Rita. *Os sentidos da paixão*. 11. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- KRISTEVA, J. *Histórias de amor*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- MATOS, Olgária. Reflexões sobre o amor e a mercadoria (1978). In: \_\_\_\_\_. *História viajante – notas filosóficas de Olgária Matos*. São Paulo: Studio Nobel, 1997.
- MILLET, Sérgio. *Diário crítico* (1940 – 1943). São Paulo: Editora Brasiliense, 1944.
- PESSANHA, José Américo Motta. Platão: as várias faces do amor. In: *Os sentidos da paixão*. 11 ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

# Tributação e meio ambiente: uma breve reflexão

Renata de Carvalho Salles<sup>1</sup>

## Resumo

Este artigo compreende uma reflexão sobre o modelo de tributação voltada à proteção do meio ambiente, como instrumento de planejamento e execução de políticas públicas ambientais. No intuito de garantir o direito consagrado internacionalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, em seu artigo 225, impôs ao Poder Público e a coletividade o dever de assegurar a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, defendendo-o e preservando-o. Neste sentido, fez-se uma análise de como o direito tributário, por sua genuína capacidade de intervir no domínio econômico, pode desempenhar função exponencial na produção legislativa que culmine incremento de uma tributação ambiental garantidora dos meios de defesa e preservação dos bens ambientais e promotora do desenvolvimento econômico sustentável, compatíveis com o comando constitucional. Realizou-se uma análise dos princípios norteadores da tributação ambiental e avaliou-se os limites e algumas vantagens da tributação ambiental orientada à proteção do meio ambiente, quer seja pela via da tributação ambiental fiscal e extrafiscal (ativa), ou pela via de uma tributação isentiva, ou de incentivos fiscais (passiva).

219

**Palavras-chave:** Tributação. Meio ambiente.

## Abstract

This article includes a reflexion on the model of taxation aimed at protecting the environment as a tool for planning and implementing environmental policies. In order to guarantee the rights enshrined internationally, the Constitution of the Federative Republic of Brazil, promulgated in 1988, in Article 225, imposed upon the State and collective duty to ensure everyone's right to an ecologically balanced and common use the people and essential to a healthy quality of life, defending and preserving it. In this sense, it was an analysis of how the Tax Law, for his genuine ability to intervene in the economic domain, may play a role in the legislative process exponential increase culminating in a tax guarantor of environmental protection measures and preservation of environmental goods and promoter sustainable economic development, consistent with the constitutional command. We conducted an analysis of the guiding principles of environmental taxation and assessed the limits and the advantages of environmental taxes of protection of the environment, whether by way of tax and environmental taxes special taxes (active), or by means of a tax exempt or tax incentives (passive)

**Keyword:** Taxation. The environment.

<sup>1</sup> Mestre em Direito Público (UNESA); graduada em Direito (PUC-Rio) e especializada em Direito Ambiental (PUC-Rio) e em Direito Tributário e Legislação de Impostos (UNESA); Atualmente é sócia-gerente da empresa De Carvalho Salles Advogados Associados Ltda e docente da Fundação Dom André Arcoverde.

## **Introdução**

O presente artigo tem como objetivo central refletir se o direito brasileiro admite um modelo de tributação voltado à proteção do meio ambiente. Portanto, a preocupação central deste estudo se relaciona à necessidade primeira de entender o tributo ambiental como instrumento de implementação de políticas ambientais. Não obstante, ele se dedicará, também, a uma breve análise dos princípios da tributação ambiental, extrafiscalidade e fiscalidade, lembrando que as conclusões traçadas neste campo, assim como o embasamento teórico acerca da análise da função das normas delimitadoras da tributação ambiental e tributos em espécie, serão sugestivas de objeto de novas publicações e estudo em momento futuro.

Este artigo também comentará o relacionamento do meio ambiente com a economia, para melhor situar e eleger o direito tributário como ferramenta de auxílio à preservação ambiental e ao desenvolvimento econômico.

## **Importância do tema: meio ambiente**

O meio ambiente, tema muito discutido na atualidade, tem sido objeto de inúmeros estudos científicos e avaliações técnicas a cargo dos diversos ramos do conhecimento humano, haja vista que sua preservação é de suma importância à vida humana.

A proteção ao meio ambiente apresenta-se como condição fundamental à manutenção da vida na Terra. Os índices de degradação do ecossistema a que pertencemos têm provocado impactos consideráveis, sem que se possa prever, com razoável precisão, as consequências a médio ou a longo prazos.

A ocorrência de tragédias ambientais denota uma réplica da natureza em face da incúria do homem para com o meio ambiente. As previsões sobre o futuro da vida na Terra não raro são as mais desastrosas e desanimadoras possíveis.

É um exemplo desta reação da natureza à ação humana o aumento da temperatura média do globo, que tem ocasionado, dentre outras consequências, o derretimento das geleiras nos polos, determinando significativas mudanças metabólicas em animais de diversas espécies, podendo levá-los à extinção, além de ocasionar mudanças climáticas que surpreendem cada vez mais os cidadãos de todo o mundo, afetando suas economias e sobrevivência.

Sabe-se que esta variação da temperatura decorre do chamado “efeito estufa”, fenômeno causado pela concentração de gases com elementos de carbono em sua composição, tais como os óxidos de carbono (CO e CO<sup>2</sup>) oriundos da queima de combustíveis de origem orgânica (fósseis). Ou seja, a atividade econômica humana produz efeitos físicos e químicos capazes de inviabilizar o futuro da humanidade.

Ainda diante deste cenário pouco alentador, a preocupação com a preservação ambiental teve pouca relevância até a década de 1960, isto porque os movimentos econômicos mundiais de até então propugnavam a ideologia e a adoção de práticas produtivas focadas na exploração irrestrita dos recursos naturais, no seu uso e desperdício sem limites e responsabilidade. Em todos os países, sem exceção, prevalecia

a tese do desenvolvimento econômico acompanhado de depredação<sup>2</sup> ambiental e poluição, inexistindo reflexões ou cuidados com a conservação e a renovação dos recursos naturais utilizados.

Inobstante, o conhecimento científico acumulado até o século XX trouxe à lume as sutis e complexas relações estabelecidas no ecossistema, proporcionando, em nível mundial, a gênese de sistemas normativos do meio ambiente, o que se deu a partir da década de 1960, atingindo notoriedade e maturidade em 1972, com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, Suécia.

Nesta mesma Conferência, foi proclamada a Declaração de Estocolmo, cujos Princípios 1<sup>3</sup> e 2<sup>4</sup> implicavam no reconhecimento internacional do direito do ambiente<sup>5</sup> como um direito humano fundamental, o que despertou o interesse e promoveu atitudes necessárias à tomada de consciência por parte das comunidades em prol da defesa da causa ambiental.

Em 1983, o então Presidente da Comissão Especial das Nações Unidas, o Sr. Gro Harlem Brundtland, quando da elaboração de uma agenda global para mudanças em favor da conservação do meio ambiente, assim proclamou:

“O meio ambiente não existe como uma esfera desvinculada das ações, ambições e necessidades humanas, e mais: (...) tentar defendê-lo sem levar em conta os problemas humanos, pela própria expressão, meio ambiente, é uma conotação de ingenuidade em certos círculos políticos” (BRUNDTLAND, 1983).<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Tragédias de Tchernobil, Bhopal, Cidade do México, Rio Reno, sem falar dos constantes incêndios das florestas tropicais brasileiras, entre outros.

<sup>3</sup> O homem é criatura e criador do seu ambiente, que lhe assegura a subsistência física e lhe dá a possibilidade de desenvolvimento intelectual, moral, social e espiritual. No decurso da longa e laboriosa evolução da raça humana na Terra, chegou o momento em que, graças ao progresso cada vez mais rápido da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar o seu ambiente de inúmeras maneiras e em escala sem precedentes. Os dois elementos do seu ambiente, o elemento natural e o que ele próprio criou, são indispensáveis ao seu bem-estar e à plena fruição dos seus direitos fundamentais – inclusive o direito à própria vida.

<sup>4</sup> A proteção e a melhoria do ambiente são questões da maior importância, que afetam o bem-estar das populações e o desenvolvimento econômico do globo; correspondem aos votos ardentes dos povos do mundo inteiro e constituem o dever de todos os governos.

<sup>5</sup> Entendo que o DA pode ser definido como um direito que tem por finalidade regular a apropriação econômica dos bens ambientais, de forma que ela se faça levando em consideração a sustentabilidade dos recursos, o desenvolvimento econômico e social, assegurando aos interessados a participação nas diretrizes a serem adotadas, bem como padrões adequados de saúde e renda. Ele se desdobra em três vertentes fundamentais, que são constituídas pelos: (i) direito ao meio ambiente; (ii) direito sobre o meio ambiente; e (iii) direito do meio ambiente. Tais vertentes existem, na medida em que o direito ao meio ambiente é um direito humano fundamental que cumpre a função de integrar os direitos à saudável qualidade de vida, ao desenvolvimento econômico e à proteção dos recursos naturais. Mais do que um ramo autônomo do direito, o DA é uma concepção de aplicação da ordem jurídica, que penetra transversalmente, em todos os ramos do direito. O DA tem uma dimensão humana, ecológica e econômica que devem ser compreendidas harmonicamente. Evidentemente que, a cada nova intervenção humana sobre o ambiente, o aplicador do DA deve ter a capacidade de captar os diferentes pontos de tensão entre as três dimensões e verificar, no caso concreto, qual delas é a que está mais precisava de tutela em um dado momento (ANTUNES, 2000, p. 9).

<sup>6</sup> Ver Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento “Nosso Futuro Comum”. Op. cit. pág. 13.

Em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento (CNUMAD), conhecida por Rio 92, ou Eco 92, evento que colocou o Brasil no epicentro de um expressivo movimento sociopolítico com foco na proclamada “questão ambiental”, cidadãos e governantes convergiram ideias em busca de medidas que assegurem um futuro melhor para os cidadãos de todo o mundo. Nesta ocasião, a CNUMAD, na chamada “Declaração do Rio” reiterou publicamente os princípios proclamados em Estocolmo e conclamou aos Estados a legislar sobre meio ambiente, em 1972<sup>7</sup>.

No Brasil, a definição da Política Nacional do Meio Ambiente, em 1981 (Lei 6.938), definitivamente inseriu o meio ambiente no mundo jurídico, consagrado no nível constitucional com a promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988.

A despeito dessa tomada de consciência, na prática das atividades econômicas até hoje empreendidas, frequentemente constata-se a despreocupação com a exploração predadora e indiscriminada dos recursos naturais não renováveis, comportamento notadamente caracterizado pela socialização das perdas ambientais e pela concentração e monopolização do resultado financeiro obtido com a exploração. Há que se reconhecer que este comportamento econômico prejudica, sobremaneira, governos e cidadãos.

Oscilos do desenvolvimento econômico brasileiro são exemplos desse relacionamento primitivo entre agentes econômicos e natureza, visto que os procedimentos adotados para o desenvolvimento sustentavam-se, essencialmente, na exploração indiscriminada dos recursos naturais. Exemplificando, pode-se relacionar: 1) o ciclo de exploração do pau-brasil; 2) o ciclo da cana-de-açúcar; 3) o ciclo da mineração do ouro e diamante; 4) ciclos de produção e criação do tabaco, do algodão e da pecuária; 5) o ciclo da extração da borracha.

Estes ciclos econômicos foram capazes, de simultaneamente ou sucessivamente, provocar a destruição quase total de ecossistemas ricos a sofisticados, como, por exemplo, a Mata Atlântica. Atualmente, estudiosos apontam a expansão do cultivo da soja como um novo ciclo econômico que, paulatinamente, ameaça de devastação grandes áreas de Cerrado e Floresta Amazônica.

Já o processo de industrialização, iniciado a partir da década de 30, vem produzindo um rastro pernicioso de poluição que deteriora a qualidade da água e do ar, ameaçando a conservação de mananciais e afetando, sobretudo, a saúde dos cidadãos brasileiros.

Apesar de toda a exploração perpetrada por esses processos econômicos primitivos e pela ausência de uma visão ecológica avançada e positiva, o Brasil, felizmente, ainda possui recursos naturais à sua disposição, alguns inexplorados até o momento, tais como imensas fontes de água doce e grande faixa de litoral, de Floresta Amazônica, Cerrado e reservas minerais.

De outro lado, a insistência em uma forma inconsequente de exploração econômica<sup>8</sup> e a frequente ocorrência de sérios acidentes ambientais<sup>9</sup> propõem o desafio de se refletir

<sup>7</sup> Princípio 11 – As políticas nacionais do ambiente devem reforçar o potencial do progresso presente e futuro dos países em desenvolvimento e não enfraquecer ou dificultar a instauração de melhores condições de vida para todos. Os Estados e as organizações internacionais devem dar os passos apropriados com o fim de obter acordo sobre a maneira de enfrentar as possíveis consequências econômicas, nos níveis nacional e internacional, resultantes da aplicação das medidas de proteção do ambiente.

<sup>8</sup> Lembrando as queimadas e a extração clandestina e criminosa de madeira.

<sup>9</sup> Lembrando os constantes derramamentos de óleo na Baía de Guanabara e os incêndios de Unidade de Conservação.

acerca dos métodos capazes de desativar as suas causas mediatas e imediatas e de promover a reparação dos danos eventualmente provocados, de modo a preservar o meio ambiente e a assegurar condições de vida mais dignas e proveitosas aos cidadãos brasileiros. Para tal, importa conciliar o desenvolvimento econômico e prevenção dos recursos ambientais, iniciando uma jornada de estudos, de discussão acerca da questão ecológica, de forma a estabelecer princípios e amadurecer práticas sustentáveis de desenvolvimento.

Nessa perspectiva, considerando a dinâmica perversa imposta pela sociedade industrial e pelos processos de desenvolvimento econômico, o caminho para a proteção do meio ambiente parece ser o da compatibilização do desenvolvimento econômico ao uso inteligente e equitativo dos recursos naturais. O desenvolvimento econômico deve atender a uma ótica de sustentabilidade e a exploração dos recursos naturais deve se dar de forma equilibrada, conservando o meio ambiente.

Neste ponto, o Estado se apresenta como um agente facilitador e negociador entre os interesses dos setores produtivos e econômicos e os interesses coletivos e difusos das presentes e futuras gerações, por meio do implemento de políticas públicas especialmente concebidas para este fim.

Desta forma, a formulação e a utilização das políticas públicas estatais devem ser frequentemente aprimoradas. Os instrumentos de autorização ou proibição de determinadas condutas podem conter virtudes, mas, se não levarem em consideração a garantia da eficiência econômica, correrão o risco de se traduzirem em medidas de baixa eficácia. Por sua vez, os mecanismos econômicos, passíveis de serem adotados pelo Estado na implementação de políticas públicas ambientais, podem igualmente apresentar vantagens e limitações. Por conseguinte, qualquer iniciativa estatal neste campo deve ser criteriosa e meticulosamente avaliada antes de implementada.

O direito, como elemento que funda, legitima e auxilia o Estado Democrático de Direito, deve dedicar esforços à criação e ao aperfeiçoamento de instrumentos que se prestem a apoiar, estruturar e induzir condutas que harmonizem e racionalizem o relacionamento entre o homem e a natureza, assegurando o direito humano fundamental do homem à um meio ambiente saudável.

Um dos instrumentos legais, de cunho econômico, posto à disposição do Estado para a defesa e a preservação do meio ambiente é a intitulada tributação ambiental. Mas, como a instituição de tributos pode contribuir para a manutenção de um meio ambiente adequado à saúde e bem-estar de todos os homens e das futuras gerações? Esta é uma questão a ser discutida neste trabalho.

## **Oportunidade e relevância do entrelaçamento entre direito ambiental e tributário**

É de suma importância o estudo do entrelaçamento teórico e prático do sistema normativo tributário constitucional com o conjunto de normas voltadas à proteção ambiental no Brasil.

Igualmente importante é a avaliação do desempenho dos instrumentos de tributação como mecanismos de Estado destinados à implementação de uma política pública de proteção ambiental mais consistente e eficaz.

Ressalta-se que os temas ambientais, quando presentes em outros “ramos” do direito, que não o ambiental, podem desempenhar um papel importantíssimo na

proteção do meio ambiente e na melhoria da qualidade de vida da coletividade. Daí que uma reflexão mais aprofundada acerca da atividade tributária como instrumento de defesa do meio ambiente pode ensejar o uso inovador dos tributos postos à disposição do Estado.

O tema da tributação ambiental exsurge da convergência entre direito tributário e direito ambiental. Essa aproximação pode destinar ao direito tributário um papel inovador, a ponto de provocar uma mutação de comportamentos por intermédio da intervenção racional e pertinente do Estado no tocante às atividades econômicas e seus meios de produção.

Assim, ao propor a presente pesquisa, objetiva-se contribuir com os profissionais do direito, em especial com aqueles que se debruçam diuturnamente sobre as questões atuais relacionadas ao direito tributário, visando encontrar caminhos que possibilitem maior compreensão dos meios de proteção ao meio ambiente.

A Constituição Federal lança aos brasileiros, especialmente aos juristas, o desafio de compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente antrópico e biótico, garantindo a todos um ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, e essencial à sadia qualidade de vida, preservando-o para as presentes e futuras gerações.

A Constituição da República de 1988 consagrou como direito fundamental o aproveitamento de um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado<sup>10</sup>, nos termos do Artigo 225, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (CF/88).

É de ressaltar, por evidente, que a norma constitucional, avançou de forma esplêndida no sentido da formulação de um sistema de salvaguardas da qualidade de vida dos cidadãos. A par disso, o Estado brasileiro assumiu inúmeras responsabilidades no tocante a conservação do meio ambiente, tais como aquelas enumeradas nos incisos 1 a 7, § 1º, do Art. 225, da CF.

Ocorre que a Carta Magna não regrou com transparência a respeito da origem dos recursos financeiros necessários ao financiamento das iniciativas protetoras do meio ambiente, que deem conta das responsabilidades a cargo do Poder Público<sup>11</sup>, a

<sup>10</sup> No quadro da evolução dos direitos, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado como de terceira geração. De primeira geração, incluem-se os direitos civis e políticos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Incluem-se nos direitos de tal geração: a vida, a liberdade e a segurança. Posteriormente, fundados em valores socialistas, os teóricos vislumbram outro grupo de direitos universais, mas voltados ao assistencialismo estatal, excluindo-se um pouco a visão individualista iniciada desde a Revolução Francesa quanto aos direitos do homem. Trata-se dos direitos de segunda geração, caracterizados pelos direitos ao trabalho, à assistência social e à igualdade social e outros. A geração de direitos seguinte, com semelhantes propósitos socializantes que inspiraram os de segunda, qual seja, a preocupação dos direitos das coletividades, visando seu desenvolvimento socioeconômico, deu esteio à consagração de direitos como à paz, ao meio ambiente, à copropriedade do patrimônio comum ao gênero humano, os chamados direitos de terceira geração.

<sup>11</sup> Os recursos orçamentários são insuficientes em face das demandas de investimentos na preservação do meio ambiente. Assim, no Brasil, a maior parte dos investimentos dirigidos às políticas públicas ambientais têm origem em financiadores internacionais, tais como: o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), Banco Mundial, Grupo dos 7 (G7) e ONGs internacionais, dentre outros.



despeito do inegável avanço das normas constitucionais no que tange à tutela do meio ambiente<sup>12</sup>.

Fica evidente que, para atender a tais responsabilidades com a excelência esperada, o Estado brasileiro necessita contar com instrumentos legais eficazes e passíveis de concretizá-las, dentre os quais, pode-se destacar: a) serviços públicos de fiscalização e monitoramento; b) estudo e planejamento e execução de políticas públicas; c) promoção de obras e serviços técnicos de recuperação de ecossistemas; d) estudos técnicos para desenvolvimento de tecnologias mitigadoras dos efeitos da poluição; e) estudos para a identificação e desenvolvimento de fontes de energias alternativas.

Entretanto, todas essas medidas provocam despesas e exigem disponibilidade de recursos que as custeiem. Ademais, deve-se considerar que a cada nova obrigação atribuída ao Estado impõe-se avaliar, rigorosamente, a sua capacidade de gerar receitas que assegurem a plena execução desses encargos, de forma a garantir e destinar recursos orçamentários da Federação à promoção do equilíbrio ecológico pretendido. Então, como custear investimentos necessários à tutela do direito ambiental<sup>13</sup>?

Nesse particular, por sua genuína capacidade de interferir no campo econômico, o direito tributário pode desempenhar função exponencial na produção legislativa que culmine incremento da arrecadação de recursos que municiem o orçamento público de recursos garantidores dos meios de defesa dos bens ambientais, compatíveis com o comando constitucional de referência<sup>14</sup>.

A adoção de uma política de incentivos fiscais pode estimular práticas econômicas mais condizentes com as expectativas constitucionais e, ainda, a gênese de uma tributação proibitiva pode inibir condutas lesivas ao meio ambiente, tal como, por exemplo, o esgotamento de certas matérias-primas e de recursos naturais não renováveis. Desta maneira, o Estado toma para si o dever de induzir condutas ambientalmente sadias, intervindo através da instituição de tributos, de sorte a estimular o uso equilibrado dos recursos naturais necessários à sobrevivência humana, promovendo o desenvolvimento econômico sustentável<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> A Carta Constitucional de 1967, em redação dada pela Emenda n.º 1 de 7 de outubro de 1969, pouco se referia a defesa do meio ambiente. A única menção neste sentido encontra-se no Art. 180, § único, mantendo sob proteção especial do Estado público os documentos, as obras e os locais de valor histórico artístico, os monumentos e as paisagens notáveis bem como as jazidas arqueológicas.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Aspectos financeiros e tributários da proteção ambiental no Brasil e nos Estados Unidos*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, n.º 44, Rio de Janeiro: Publicação do Centro de Estudos Jurídicos, 1992, p. 126.

<sup>14</sup> A Constituição Federal dá clara e inequívoca autorização ao legislador para instituir tributos que fortaleçam políticas públicas destinadas à proteção do meio ambiente. Entretanto, os legisladores ainda carecem de maior sistematização e conhecimento acerca dos princípios e institutos tributários passíveis de serem aproveitados no campo do direito ambiental. Há muito para pesquisar e conhecer.

<sup>15</sup> O desenvolvimento sustentável tem em vista a tentativa de conciliar a preservação dos recursos ambientais e o desenvolvimento econômico. Pretende-se que, sem o esgotamento desnecessário dos recursos ambientais, haja a possibilidade de garantir uma condição de vida mais digna e humana para milhões de pessoas, cujas atuais condições de vida são absolutamente inaceitáveis. (Antunes, 2006, p.14).

Neste sentido, vale citar a fala proficiente de OLIVEIRA(1999)<sup>16</sup> “A tributação ambiental pode prestar inestimável serviço a essa causa”. Este entendimento é corroborado pela Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>17</sup>, ao considerar que os tributos ambientais (*écotaxes*), desde que adequadamente concebidos e postos em prática, podem ter real eficácia em matéria de proteção do meio ambiente.

A legislação brasileira, entretanto, ainda não atingiu a maturidade no tocante ao desenvolvimento de normas de tributação ambiental, mesmo considerando a inequívoca evolução da legislação ambiental.

Outrossim, a doutrina pátria dispõe de poucas pesquisas e a respeito da tributação ambiental, especialmente no tocante à possibilidade de uso das diversas espécies tributárias, carecendo de sistematização e enfoque jurídico que apontem as vantagens que possam justificar sua pertinência, à luz dos princípios fundamentais da tributação.

Cabe aduzir que a lei fundamental reafirma a relevância das questões atinentes ao meio ambiente para todos os cidadãos brasileiros, ao declarar que a defesa do meio ambiente é um princípio que fundamenta a atividade econômica, no seu Artigo 170, § 4º, *in verbis*:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VI – defesa do meio ambiente.”

Todavia, esta disposição constitucional vem encontrando obstáculos decorrentes de conflitos conceituais, científicos e metodológicos entre economia e ecologia, oriundos de posicionamentos aparentemente contraditórios.

Curiosamente, sem embargo do citado conflito, as palavras “economia” e “ecologia” derivam de um único radical grego “*oikos*”, que designa “casa”. Ecologia<sup>18</sup> compõe-se do radical “*oikos*” adicionado ao sufixo “*logia*” (logia), que designa estudo, resultando na expressão que designaria o “estudo da casa”. Economia compõe-se do mesmo radical: “*oikos*” adicionado de “*nomia*”, que designa gerenciamento, ordenamento, organização, resultando na expressão que designaria a “organização da casa”. Registra-se, assim, que os objetivos de ambas não parecem ser tão antagonônicos, muito ao contrário. Como poderíamos organizar a casa sem estudá-la ou vice-versa?

<sup>16</sup> OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito tributário em meio ambiente proporcionalidade e tipicidade aberta e afetação da receita*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>17</sup> *Écotaxes at Reforme Fiscale Verte*, Op. Cit, p. 13.

<sup>18</sup> Tem-se que o primeiro estudioso a formalizar uma definição de ecologia foi o alemão Ernest Haeckel, em 1866: “É o conhecimento da economia da natureza, a investigação de todas as relações de um animal ao mesmo tempo com seu meio inorgânico e orgânico, incluindo além disso todas as suas relações amigáveis e hostis com as dos animais e plantas com as quais entre diretamente em contato. Numa palavra, ecologia é o estudo de todas as inter-relações complexas consideradas por Darwin como as condições da luta pela vida. Esta ciência da ecologia constituiu-se há muito tempo no principal elemento daquilo que habitualmente se denomina história natural.” (PELLEGRINI FILHO, 1997, p. 18-19).

Bem, a origem deste conflito entre as posições teóricas e práticas defendidas por muitos dos economistas e ecologistas baseia-se no fato da economia ter considerado, até a pouco tempo, o sistema econômico como um sistema aberto e ilimitado, quando, na verdade, esse sistema, encontra limite nos próprios recursos naturais e na maneira como esses se mantêm em um equilíbrio dinâmico.<sup>19</sup>

A tomada de consciência de que o sistema econômico está inexoravelmente limitado pela disponibilidade e pelo aproveitamento dos recursos naturais afasta e elimina o conflito acima referido (ecologia x economia), fortalecendo sobremaneira as pretensões constitucionais erigidas pelo Artigo 170. Em decorrência, torna-se impositivo o reconhecimento e o estudo de instrumentos destinados à promoção de um modelo de desenvolvimento econômico que pressuponha, fundamental e obrigatoriamente, a defesa do meio ambiente.

Neste caminho, pode a tributação exercer um papel crucial. O tributo vem sendo o meio de atuação estatal mais influente na atividade econômica e com consequências significativas no mercado. O Estado moderno, nos sistemas capitalistas, não funciona com relativa eficiência na ausência de um sistema tributário dinâmico e funcional, que propicie a manutenção da atuação estatal plena, seja através da manutenção da estrutura de governo, seja pela promoção do desenvolvimento econômico, ou, ainda pela promoção do bem-estar social. Portanto, é o instrumento de intervenção do domínio econômico mais frequente e cotidiano.

O sistema tributário pode determinar a feição econômica de um Estado. Os tributos elegem como hipóteses de incidência tributária fatos inerentes à atividade econômica. A aplicação da norma tributária tem como esteio fático, um fato apreciável economicamente. É de notar que a lógica da regra-matriz de incidência tributária volta-se à uma perspectiva econômica do fato, definindo a base de cálculo e a alíquota do tributo. O sistema tributário, desta forma, junte-se à gênese do sistema econômico.

O sistema tributário nacional está estruturalmente vinculado ao sistema econômico. O regime de tributos está inexoravelmente atrelado à economia, de modo que legislar sobre eles implica, não exclusivamente, em planejar a atividade econômica. Portanto, adotar normas tributárias que colaborem com o implemento de um sistema de proteção ambiental requer a convergência fática e axiológica entre sistema econômico e tributação.

O Estado arrecada recursos oriundos da produção econômica através da cobrança de tributos e distribui esses recursos em bens e serviços públicos, além de promover o desenvolvimento econômico. Nota-se que a produção econômica de bens que pretenda o bem-estar da sociedade é, em verdade, uma reprodução da natureza. Portanto, o incremento do desenvolvimento da atividade econômica pressupõe a intensificação da exploração de recursos naturais. A natureza, a tributação e a economia são três dimensões de uma mesma realidade; por isso, a incidência de tributos sobre o fato econômico, prejudicial ao meio ambiente, poderá controlar a prática da atividade econômica sem inviabilizá-la.

<sup>19</sup> BINSWANGER descreve de forma muito interessante a evolução da teoria econômica demonstrando a forma incorreta de apreciação da realidade, que, por muito tempo, ignorou o limite imposto pelo sistema ecológico (BINSWANGER apud CAVALCANTI, 1999, p. 41-55).

A atividade econômica entrelaça o direito tributário ao direito ambiental. Os efeitos da atividade econômica na ordem jurídica e no seio da sociedade permitirão a abertura de perspectiva do Estado em utilizar o tributo como instrumento de preservação do meio ambiente. Assim, a exigência ou a dispensa de tributos pode ser instrumento a auxiliar, decisivamente, o alcance efetivo do desenvolvimento sustentável.

## **Princípios norteadores da tributação ambiental**

Indubitavelmente, os tributos são passíveis de serem utilizados como instrumentos de política pública estatal defensora da causa ambiental, mas este uso está necessariamente limitado pela necessidade de adequar os tipos tributários instituídos e vigentes, independentemente da espécie tributária eleita, às regras e aos princípios que norteiam a política tributária e ambiental.

Importa considerar que os tributos instituídos com finalidade extrafiscal ou fiscal não estão dispensados de observar os princípios estruturantes do sistema tributário nacional. A regra matriz de incidência dos tributos, por conseguinte, deverá considerar em sua formulação os princípios e as limitações constitucionais de competência aplicáveis à matéria.

Assim, conhecer os princípios orientadores do direito ambiental e do direito tributário é, certamente, a melhor forma de produzir normas eficientes e compatíveis com o desejo de manter um meio ambiente equilibrado e garantir a qualidade de vida das presentes e futuras gerações, assim como determina o art. 225, caput, da Constituição Federal.

Convém esclarecer que os princípios jurídicos<sup>20</sup> encerram conteúdo axiológico capaz de alicerçar todo sistema jurídico, induzindo-o e orientando-o na produção de regras que assegurem a rigorosa observância de seu conteúdo valorativo. São, portanto, os mandamentos nucleares de um sistema jurídico, em torno dos quais gravitam as regras de comportamento<sup>21</sup>.

Na gênese e no âmago do direito tributário e do direito ambiental, a doutrina pátria constata a presença de um conjunto de princípios que orientam o ordenamento jurídico em vigor. A convergência e a compaginação de tais princípios são essenciais para a criação e o aperfeiçoamento dos instrumentos de política de tributação ambiental, porquanto que esses dois ramos do direito objetivam a promoção do bem-estar social, da dignidade humana, da cidadania, além de outros propósitos legitimadores do Estado.

Lembramos que se destacam os princípios da tributação ambiental e suas classificações contidas nas doutrinas de ANTUNES(2002)<sup>22</sup>, LOBO TORRES(2005)<sup>23</sup> e MACHADO(1999)<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> (...) normas são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemático dos textos normativos, pode-se considerar que os princípios jurídicos são detentores de inegáveis traços normativos, pois encerram verdades que fundamentam entendimentos jurídicos decisivos, suscetíveis de aplicação sistemática e válida à solução de conflitos de interesses (ÁVILA, 2003, p. 25).

<sup>21</sup> (...) princípios revestem-se de um grau de abstração superior ao das regras, sendo, por consequência, menor a determinabilidade do seu raio de aplicação. Ademais, os princípios possuem um matiz axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam. SARMENTO *apud* LOBO TORRES, 2001).

<sup>22</sup> ANTUNES, Op. Cit, p. 23-43.

<sup>23</sup> TÔRRES TAVEIRA, Heleno (org). *Direito Tributário Ambiental in: Valores e princípios no direito ambiental*. LOBO TORRES, Ricardo. Rio de Janeiro: Malheiros, 2005, p. 21-54.

<sup>24</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

Para ANTUNES(2002), os princípios orientadores da tributação ambiental são o da dignidade da pessoa humana, do desenvolvimento, da legalidade tributária, o democrático, do equilíbrio, da prevenção, da precaução, da responsabilização, do poluidor pagador e do limite.

Para LOBO TORRES(2002), que examina os princípios à luz dos valores da liberdade, da justiça, da segurança e da solidariedade, além dos princípios identificados por ANTUNES(2002), são também princípios orientadores da tributação o da imunidade do mínimo ecológico, do usuário pagador, da capacidade contributiva, do custo/benefício, da tipicidade tributária, da capacidade contributiva solidária e da solidariedade do grupo.

Na visão de MACHADO(1999), encontram-se expressos ou implícitos em normas de direito interno ou mesmo em declarações internacionais, os seguintes princípios<sup>25</sup>: do acesso equitativo aos recursos naturais, do usuário pagador e poluidor pagador, da precaução, da prevenção, da reparação, da informação, da participação.

## Tributação ambiental: fiscalidade e extrafiscalidade

Ao estudar os meios disponíveis ao Estado Democrático de Direito, no pleno exercício de sua soberania, para intervir no meio ambiente<sup>26</sup> por intermédio de normas tributárias, ingressa-se em um interessante campo de estudos denominado “Tributação Ambiental”.

Trata-se de um viés da ciência jurídica que parte do princípio de que o direito ambiental e o direito tributário podem exercer suas finalidades em conjunto.

A adoção da denominação “tributação ambiental” revela a importância que vem alcançando a conexão entre a tributação e a preservação do meio ambiente, de modo que os instrumentos peculiares à primeira possam ser empenhados na efetivação do objeto da segunda.

COSTA *apud* TAVEIRA TORRES(2005) conceitua a tributação ambiental: “(...) como o emprego de instrumentos tributários para gerar os recursos necessários à prestação de serviços de natureza ambiental (aspecto fiscal ou arrecadatário), bem como para orientar o comportamento dos contribuintes à proteção do meio ambiente, (aspecto extrafiscal ou regulatório).”<sup>27</sup>

A tributação ambiental, portanto, volta-se à adoção de uma tributação “ativa”<sup>28</sup>, que pretende a aquisição de novos tributos, ou a utilização dos já existentes, para a

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 43-77.

<sup>26</sup> A expressão “meio ambiente” recebe da doutrina especializada algumas críticas. Para alguns, ela é tida como redundante, isto porque “ambiente” traz como noção do “meio” em que vive, porém, por se tratar de uma expressão que já é bastante utilizada não só no texto constitucional de 1988, como também na rotina diária e no sendo comum, é que ele será utilizada ao longo deste trabalho ( SILVA, 2003, p. 19).

<sup>27</sup> Costa *apud* TAVEIRA TORRES, p. 313.

<sup>28</sup> A ação tributária ativa é o incremento e cobrança de tributos que visem inibir os avanços da produção sobre o meio ambiente sem controle adequado, os quais têm gerado um quadro desolador de destruição e desigualdade social, já que os ganhos da produção não conseguem ser repartidos de modo justo dentro das regras inerentes ao mercado. As perdas sociais com um meio ambiente poluído, por sua vez, são repartidas entre todos.

promoção do desenvolvimento sustentável do meio ambiente, e mais, objetiva a destinação da arrecadação proveniente de tributos para a preservação ambiental, quer pelo uso de tributos voltados a este fim, quer pela distribuição de receitas tributárias.

Volta-se, também, à adoção de uma tributação “passiva”, que pressupõe a abstenção do Estado de exigir os tributos que já existem, ou diminuir o montante dos atuais, diminuindo o peso da tributação sobre as atividades econômicas ou demais bens tributáveis.

Ademais, com a tributação ambiental, o Estado intervém na atividade econômica com vistas a realizar sua missão de prestar serviços públicos e de assegurar a defesa dos direitos fundamentais.<sup>29</sup>

O tributo, por meio de uma tributação ativa, surge como instrumento eficiente para proporcionar ao Estado recursos para agir (tributação fiscal), bem como para estimular condutas não poluidoras e desestimular as poluidoras (tributação extrafiscal).

A chamada tributação ambiental pode ser compreendida por um viés impositivo, ou seja, jungido ao dever estatal de tributar o poluidor, fazendo-o assumir o custo dos serviços públicos necessários a preservação e a recuperação ambiental (tributação fiscal), e por um viés seletivo, jungido a tese de que o Estado deve graduar a tributação, desestimulando atividades, práticas produtivas ou consumos “ecologicamente incorretos” (tributação extrafiscal).<sup>30</sup>

A fiscalidade expressa o poder dos entes federados (União, Estado e Municípios) de criar tributos necessários ao custeio de serviços públicos. A cobrança desses tributos, enquanto elemento exclusivo de receita pública, caracteriza sua função fiscal, assim entendida, como aquela voltada apenas à arrecadação dos recursos necessários ao desenvolvimento das atribuições legais do Estado. Neste particular, a cobrança de tributos ambientais pode ser justificada pela necessidade de promover diversos investimentos ambientais e revigorar o poder de polícia ambiental.

De outro modo, a extrafiscalidade está para além da mera arrecadação de recursos para o erário público. Através dela, o Estado pode induzir e monitorar a dinâmica da economia, de modo a incentivar ações benéficas e impedir ações maléficas à preservação ambiental. Com efeito, fiscal ou extrafiscal, entre os meios de combate à poluição, o tributo surge como um eficaz instrumento de estímulo às condutas não poluidoras e de desestímulo às poluidoras. Desta maneira, o Estado reconhece o esforço do cidadão em cumprir a lei, onerando o poluidor e premiando quem nada polui ou polui pouco.

Internacionalmente, tributos, ou “*Ecotaxes*”, são tributos introduzidos por razões ambientais ou por possuírem efeitos desta ordem.<sup>31</sup> Em países como Portugal, Estados Unidos, Alemanha, Bélgica, França, entre outros, a tributação ambiental já vem sendo utilizada com resultados expressivamente positivos. A análise dos resultados revela que este tipo de tributação estimula mudanças espontâneas de comportamento, evitando tributação mais gravosa e menos eficaz como a que refer-se ao exercício do poder de polícia ou de caráter fiscal.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> LOBO TORRES, Op. Cit., p. 6.

<sup>30</sup> OLIVEIRA, Op. Cit., p. 42.

<sup>31</sup> *Internacional Fiscal Association*. Ato do Congresso de Florença. 06/10/1993. Seminário C. Tributos e Encargos Ambientais. *apud* Editore 1996. Costa *apud* TAVEIRA, p. 313.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente (CNUMDA) - Rio 92 manifestou-se acerca da tributação ambiental, chegando a estabelecer que um tributo ambiental eficiente, “*Ecotax*”, deve atender a quatro critérios: a) eficiência ambiental, ou seja, que haja uma positiva relação de custo e benefício entre a imposição tributária e os resultados ambientais alcançados; b) eficiência econômica, ou seja, que seja um tributo de baixo impacto econômico; c) administração barata e simples, ou seja, que sua cobrança não onere significativamente a administração pública; d) ausência de efeitos nocivos ao comércio e à competitividade internacionais, ou seja, que não prejudique a dinâmica da economia e do consumo.<sup>33</sup>

A atual Constituição Brasileira, todavia, não é explícita quanto à tributação ambiental, embora determine que a coletividade e o poder público tenham o dever de defender e preservar o meio ambiente. Sendo da competência comum da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, proteger o meio ambiente, combater a poluição em qualquer de suas formas, no termos do Artigo 23, IV. Mesmo assim, pode-se afirmar que todas as espécies tributárias podem ser utilizadas pelos entes da Federação como instrumento para defesa do meio ambiente.

## Conclusões

Reconhece-se que a ação humana frente ao meio ambiente nem sempre foi marcada pelos necessários cuidados com a sua proteção e preservação. Esse comportamento descuidado, contagiado pela procura de lucro e de progresso a qualquer preço, provocou uma ameaça à manutenção de recursos renováveis e não renováveis. Fatos como a poluição do ar e da água, comprometimento dos solos, diminuição da camada de ozônio, destruição de ecossistemas, aumento das doenças provocadas pelo falta de saneamento adequado, entre outros, são alguns dos principais exemplos da falta de zelo com a natureza.

No seu relacionamento com o meio natural, o homem apropria-se dos recursos naturais, considerando-os ilimitados e inteiramente postos à sua disposição. O uso indiscriminado dos recursos naturais ensejou as externalidades negativas que passaram a afetar sua sobrevivência. Oriundo do Relatório Brundtland, de 1987, o desenvolvimento sustentável, cujo fundamento já vinha esboçado desde Estocolmo, em 1972, apresenta-se como uma das ferramentas indispensáveis ao implemento de uma política ambiental ecologicamente correta.

Pautado na tese de que o processo de desenvolvimento deve atender às expectativas do presente, sem comprometer a prerrogativas das gerações futuras em atenderem suas próprias necessidades, consagra-se o desenvolvimento sustentável como um método orientador da postura das nações para o alcance da proteção ambiental.

O Estado deve atuar para a proteção do meio ambiente através de instrumentos normativos e de regulação das atividades econômicas. Nesse sentido, o tributo, que constitui a principal fonte de receita pública derivada utilizada pelo Estado na realização de suas atribuições constitucionais, apresenta-se como um hábil instrumento de indução de comportamentos dos sujeitos passivos e de arrecadação de fundos destinados a investimentos ambientais, cumprindo assim suas funções extrafiscal e fiscal.

<sup>33</sup> COSTA *apud* TAVEIRA TORRES, Op. Cit., p. 313.

A integração entre direito ambiental e direito tributário encontra na tributação ambiental um instrumento de Estado capaz de viabilizar o desenvolvimento econômico sustentável, resultado da conscientização coletiva de que é necessária a participação de todos para que se assegure a qualidade de vida no presente e no futuro.

A par disso, o presente artigo buscou demonstrar que o direito brasileiro admite inequivocamente um modelo de tributação ambiental orientada à proteção do meio ambiente. Esse modelo possui duas vertentes, à saber: o exercício da tributação ambiental fiscal e extrafiscal (ativa) e o exercício de uma tributação extrafiscal isentiva ou de incentivos fiscais (passiva). A primeira trata da instituição de novos tributos, ou uso dos que estão em vigor, para a promoção do desenvolvimento sustentável do meio ambiente. A segunda, da abstenção do estado de exigir os tributos que já instituídos, ou da redução do volume dos já vigentes. Nessa situação, o Estado, almejando uma exploração equilibrada e racional do meio ambiente, reduz a carga tributária sobre as atividades econômicas ou demais bens tributáveis.

Fica claro que o direito tributário ambiental se deixa imantar pelos valores e princípios jurídicos, mormente pelos princípios jurídicos vinculados aos valores da liberdade, justiça, segurança e solidariedade. Da interação entre direito tributário e direito ambiental emanam princípios estruturantes da tributação ambiental. Deles tratou-se neste estudo; provou-se encerrarem valor capital na fundamentação e na legitimação das múltiplas possibilidades de tributação ambiental apreciadas.

Os princípios de vocação tributária ambiental formam-se enquanto concepções básicas, elementos de orientação das ações políticas que têm como objetivo o bem-estar e a sadia qualidade de vida. Dentre eles destacaram-se os princípios da precaução e da prevenção, determinando, dentro de cada especificidade que lhes é própria, uma posição pró-ativa tendente à inocorrência do evento danoso ao meio ambiente.

Dentre os princípios abordados anteriormente, destaca-se, também, o princípio do poluidor pagador que visa à internalização dos custos relativos externos de deterioração ambiental, e como consequência, a um maior cuidado na busca de uma satisfatória qualidade do meio ambiente. Pela aplicação deste princípio, impõe-se ao agente econômico que causar um problema ambiental o ônus do custeio da diminuição ou afastamento do dano.

Demonstra-se que, em princípio, o aspecto crucial para a compreensão da tributação ambiental encerra-se no fato de que o princípio do poluidor pagador e a reparação por danos causados ao meio ambiente são coisas distintas, ou melhor, que o princípio do poluidor, embora possa ser enunciado como um princípio que impõe ao causador de um dano ambiental a sua reparação, a isso não se restringe.

O princípio do poluidor-pagador assume natureza tributária quando autoriza o Estado a cobrar do poluidor valores em razão de sua atividade poluidora, fazendo-o assumir com os custos relativos à preservação e à recuperação ambiental, dos serviços públicos envolvidos, e da fiscalização que se fizer necessária a este fim.

Ressalta-se, ainda, que a mistura dos sentidos impositivos (fiscal) e seletivo (extrafiscal) com o princípio do poluidor-pagador, permite à legislação tributária discriminar, identificar e graduar a tributação pertinente, consolidando regras que garantam a preservação e o equilíbrio ecológico, nos termos do Artigo 225, da Constituição Federal.



Reconhece-se que a extrafiscalidade é importante fundamento da exigência de tributos que não se destinam exclusivamente a manutenção da máquina pública e a burocracia estatal. Como informado, a extrafiscalidade nos reporta a fins outros que, não a mera captação de recursos para o erário público. Assim, a tributação deve, através da extrafiscalidade, influir na dinâmica da economia na conduta coletiva, de modo a incentivar ações positivas e rechaçar as negativas ao equilíbrio ambiental. Por meio da extrafiscalidade dos tributos, os impostos surgem como um eficaz instrumento de estímulo às condutas não poluidoras e de desestímulo às poluidoras.

Neste campo, verifica-se que os incentivos fiscais (tributação passiva) podem estimular os contribuintes a adotar condutas condizentes com os propósitos ambientais. Estes incentivos podem surgir sob a forma de isenções e imunidades fiscais, representando a diminuição ou supressão de carga tributária, impulsionando uma conduta social esperada ou a adoção de práticas pessoais e tecnológicas mais adequadas à causa ambiental.

De outro modo, constata-se que a fiscalidade (tributação ativa) poderá atuar no implemento e na efetividade do desenvolvimento sustentável; caso em que se mostra viável a instituição de taxas e contribuições social, de intervenção no domínio econômico e de contribuição de melhoria, focadas na promoção de medidas preservativas do patrimônio ambiental, bem como dirigidas a recuperação do meio degradado.

Depreende-se que a tributação ambiental diferencia-se do caráter sancionatório por não se aplicar as atividades ilícitas, e tão-somente a atividades lícitas, assim consideradas pelo legislador porque necessárias, em que pese o impacto causado no meio ambiente. A tributação ambiental diferencia-se ainda do caráter sancionatório por se aplicar antes da ocorrência do fato danoso ao meio ambiente, ou de modo que o potencial danoso tenha sido reduzido. Ao contrário, a sanção se aplica, sempre, após a ocorrência do fato ilícito. Outro aspecto diferenciador relevante refere-se a não confiscatoriedade do tributo, o que não se pode admitir na sanção, sob pena de se permitir que o “crime” compense.

Com efeito, a implementação da tributação ambiental encontra limites nos princípios da legalidade e da capacidade contributiva, não se admitindo, portanto, que sejam instituídos tributos de caráter discricionário ou confiscatório.

Considera-se que a criação de tributos com o fito de potencializar a preservação do meio ambiente parece ser uma tarefa política possível e razoável. Paradoxalmente, nota-se que ao criar novos tributos, de cunho ambiental, estes podem determinar o aumento do custo de produção, deste modo, ter-se-á, naturalmente, o repasse desses custos para os preços dos produtos ao consumidor. Isto não é recomendável. A consequência cabal e imediata de tal iniciativa será o aumento da desigualdade social e econômica, bem como uma forte retração nos índices de crescimento econômico.

Para evitar tal malogro, poderia a tributação ambiental ficar reservada à abstenção da atividade tributária (isenções e incentivos fiscais – tributação ambiental passiva), ou ao uso extrafiscal dos impostos incidentes sobre a propriedade que não se adequar à regra da preservação ambiental. Mas, com vistas à intervenção dos tributos sobre a economia, a utilização da tributação ambiental nestes termos é acanhada e não responde as expectativas de desenvolvimento sustentável, já que o consumo de bens industrializados, produzidos a partir da exploração de recursos naturais, permaneceria intocável, inviabilizando os intentos da atividade tributária ambiental.

É nítido que, a industrialização de bens é a que mais tem se beneficiado da apropriação dos recursos naturais e, por sua vez tem determinado mais desequilíbrio ecológico. Portanto, se se querem efetivas as normas tributárias ambientais, impõe-se conceber tributos capazes de influir nos setores que dependem da exploração de recursos naturais para transformá-los em bens de consumo. Daí a necessidade de se enfrentar o paradoxo expresso em parágrafo anterior; há que se conciliar o trato adequado da natureza ao desenvolvimento dos modos de produção econômica.

Para o Brasil, como um país em desenvolvimento, que não alcançou sua capacidade plena de transformar recursos em riquezas e de distribuí-las equanimente, esta temática torna-se crucial. Qual será a alternativa plausível: continuar poluindo e crescer economicamente de modo a atingir o nível de emprego e renda esperados, ou frear a atividade econômica a fim de degradar menos o meio ambiente?

Em resposta à esta temática, identifica-se algumas alternativas que poderiam, em tese, compatibilizar a exploração econômica da natureza e a sua preservação, quais sejam: a) é necessário que a internalização dos custos das externalidades negativas produzidas sobre o meio ambiente seja de tal modo expressiva que não compense ao poluidor continuar produzindo às expensas da degradação do meio; b) precisam ser adotadas medidas tributárias de incentivo a métodos e técnicas menos poluidoras, diminuindo-se a carga tributária sobre produtos resultantes de tecnologias alternativas, não poluidoras, cujo resultado será a oferta desses produtos no mercado consumidor a preços certamente mais acessíveis do que os produtos de outra lavra, estimulando os consumidores a adquirirem os produtos menos lesivos ao meio ambiente; c) o Estado deve adotar um sistema que gradue a tributação envolvida como forma de incentivar iniciativas produtivas, orientado o consumo para produtos adequados a critérios ecológicos, além de ensejar o emprego de tecnologias adequadas a novos paradigmas de produção, voltadas à construção de uma consciência empresarial acerca do desenvolvimento sustentável.

Demonstra-se que alguns países vêm adotando modelos de tributação voltados à preservação do meio ambiente. Estas experiências foram apresentados neste trabalho, revelando como a tributação ambiental pode efetivamente viabilizar a preservação e proteção do meio ambiente.

No Brasil, constata-se que a tributação ambiental está em fase de implantação. Resta inequívoca a autorização constitucional para tal e, pela análise do sistema tributário nacional vigente, a aplicação do tributo ambiental é perfeitamente viável, sobretudo através das espécies tributárias que guardam uma maior relação com a extrafiscalidade.

Pode-se verificar o quão difícil é a instituição de impostos ambientais, ou “impostos verdes”, em face do consagra o Artigo 154, I, da Constituição Brasileira, considerando-se, também, o conteúdo dos princípios da capacidade contributiva e da não afetação da receita de impostos, bem como o conceito de imposto contido no Artigo 16, do Código Tributário Nacional.

Não obstante, identificada-se experiências interessantes de uso extrafiscal dos impostos sobre a propriedade urbana e rural, sobre a renda, a propriedade industrial e sobre a circulação de mercadorias, principalmente pela fiação da abstenção de receita (tributação passiva).

Também, revela-se a experiência do ICMS Ecológico nos Estados de São Paulo e Paraná que se estende, até o presente momento, à outras dezesseis unidades da federação brasileira, nas quais a legislação já existente ou em fase de discussão revela novos matizes para sua aplicação.

Conclui-se que não há espaço para a cobrança de novos impostos com finalidade ambientalmente orientada no sistema constitucional brasileiro. Tais exigências somente poderão ocorrer sob a forma específica das contribuições e taxas.

Mais, a fiscalidade das taxas se presta perfeitamente à tarefa de proteção ambiental, de sorte que poderão ser exigidas em função da atividade de fiscalização ambiental como pela prestação obrigatória de serviços dessa mesma natureza. Com exemplos, foram comentadas a Taxa de Fiscalização Ambiental (TFA), criada pela Lei n.º. 9.960, de 28/01/2000, que deu nova redação à Lei n.º. 6938, de 31/08/8, instituída em favor do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e a Taxa de Proteção Ambiental de Fernando de Noronha (TPA).

Ainda, as contribuições podem, de um modo geral, inspiradas nos princípios da solidariedade do grupo e do poluidor-pagador, aplicar-se à tributação ambiental, como a exemplo da Contribuição ao Seguro de Acidente de Trabalho (SAT). Assim, compreendeu-se que a finalidade fiscal dos tributos ambientais encerra especial força através das contribuições sociais, de melhoria e de intervenção no domínio econômico. Tais iniciativas não pretendem induzir comportamentos, mas pretendem amealhar recursos com destinação específica.

Quanto às contribuições, registra-se que somente a União Federal poderá empreendê-las, já que lhe é de competência exclusiva.

Demonstra-se que a contribuição de intervenção no domínio econômico, a CIDE, caracteriza-se por incidir somente sobre o grupo econômico que ensejou sua cobrança. Sua adoção não ofende, deste modo, aos princípios da igualdade e da capacidade contributiva, o que a torna particularmente adequada à tributação ambientalmente orientada, especialmente àquela com finalidade modificadora de condutas através da “internalização” de custos ambientais.

Argumenta-se que a intervenção do Estado no domínio econômico é necessária uma vez que o ideal proposto pelo liberalismo econômico não se mostrou possível. A intervenção do Estado, tão necessária para o desenvolvimento econômico, também mostra-se indelegável no gerenciamento dos recursos naturais, garantindo equidade entre os interesses individuais e coletivos concernentes as presentes e futuras gerações.

O direito tributário, por meio da tributação ambiental, pode ser um instrumento transformador da sociedade, daí seu papel inovador dentro das disciplinas jurídicas. Tributar a atividade econômica com o propósito de minimizar-se os danos que esta pode causar ao meio ambiente, deixa de ser uma mera especulação para firmar-se como uma opção política concreta.

O Estado precisa arrecadar para a promoção de suas finalidades precípuas, exercendo uma atividade financeira aguda; um dos componentes dessa atividade é gerado pela exação tributária. No caso dos tributos com finalidade ambiental a prioridade não é arrecadar, mas sim o “por que” e o “para que” de sua incidência. Sua criação cinge-se com o futuro, ou melhor, alinhava as pretensões das presentes gerações ao direito de sobreviver com dignidade e bem-estar das futuras gerações. Quer-se atemporalmente justo.

O Estado brasileiro não pode descuidar da questão ambiental, sobretudo porque é detentor de um patrimônio natural invejável. O Brasil é considerado um país “mega-diverso” por abrigar um acervo variado e riquíssimo de ecossistemas. Portanto, especialmente para nós, brasileiros, o desenvolvimento sustentável deve ser a principal inspiração para as tomadas de decisão em torno das questões econômicas. Importa, portanto, estimular a aproximação e a harmonização entre economia e ecologia de sorte a garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Para tal a tributação ambiental pode traduzir-se em meio eficiente para a compleição das ambições constitucionais neste tópico.

# A fenomenologia heideggeriana<sup>1</sup>

Rogério Tabet de Almeida<sup>2</sup>

## Resumo

O presente trabalho se dispõe a apresentar sucintamente a noção de fenomenologia que, segundo Heidegger, a ontologia só é possível como fenomenologia e assim, como ontologia é uma hermenêutica, exatamente porque a analítica fenomenológica atinge o trabalho de interpretação aplicado ao *Dasein*.

**Palavras-chave:** Heidegger. Fenomenologia. Dasein.

## Abstract

This paper sets out to present briefly the notion of phenomenology, according to Heidegger, ontology is only possible as phenomenology and so, as a hermeneutic ontology is precisely because the phenomenological reaches the analytical work of interpretation applied to *Dasein*.

**Keywords:** Heidegger. Phenomenology. Dasein

## Introdução

Martin Heidegger, filósofo alemão, nasceu em Messkirch (Grão-ducado de Baden), em 1889 e morreu em maio de 1976, em Freiburg-im-Breisgau. Sua formação filosófica foi adquirida na Universidade de Freiburg-im-Breisgau, onde estudou com Edmund Husserl (1859-1938), criador do método fenomenológico, e com Heinrich Rickert (1863-1936), culturalista neokantiano que se preocupava com a fundamentação metodológica da História.

Doutorou-se em 1914 e dois anos depois habilitou-se para o magistério na Universidade de Freiburg, vindo a assumir uma das cátedras de filosofia, em 1923, na Universidade de Marburg.

Em 1927, publicou seu maior e mais conhecido trabalho (embora inacabado), intitulado *Ser e Tempo*. Esta obra o projetou como o mais famoso filósofo existencialista, qualificação que ele repudiava.

Já em 1928 retornou à Universidade de Freiburg, sucedendo seu antigo mestre Husserl na cátedra.

Indiscutivelmente foi um dos pensadores mais importantes do século XX, não só pela sua contribuição para a filosofia contrapondo-se, de certa forma, a tradição da filosofia (metafísica), quanto pelo esclarecimento e re colocação do problema do sentido do *Ser* bem como pela volta a questão ontológica.

<sup>1</sup> Artigo apresentado para a aferição na disciplina Fundamentos Filosóficos da Interpretação do Direito, ministrada pelo Prof. Cleyson de Moraes Mello – Mestrado em Direito da UNIPAC – 2010.

<sup>2</sup> Aluno do Mestrado em Direito – Hermenêutica e Direitos Fundamentais – UNIPAC – rogeriotabet@hotmail.com

O fundamental pensamento filosófico heideggeriano inicia-se, efetivamente, em sua obra *Ser e Tempo* onde expõe o problema do *Ser*, seu sentido, sua verdade. A forma como aborda o problema do *Ser*, não é exposta por Heidegger do mesmo modo como sempre o fora pela metafísica tradicional. Conforme Heidegger expõe, a metafísica grega, expôs corretamente a temática do *Ser* e alinhou algumas respostas, apresentando as bases para a solução do problema, no entanto, o significado autêntico e as verdadeiras conquistas dessas primeiras análises foram alterados com o passar do tempo por uma série de razões. Heidegger atribui aos teólogos escolásticos a responsabilidade pela degeneração da problemática essencial da filosofia, os quais teriam simplificado a ontologia, passando a trabalhar com um conceito de *Ser* vazio e abstrato, dentro dos quadros de abordagem sobre a lógica formal.

Em sua consagrada obra *Ser e Tempo*, Heidegger aborda o problema do *Ser*, empregando o método fenomenológico, formulado por seu mestre Edmund Husserl. A Fenomenologia se propõe a abordar os objetos do conhecimento tais como aparecem, isto é, tais como se apresentam imediatamente à consciência. Isso implicaria, portanto, deixar de lado, toda e qualquer pressuposição sobre a natureza desses objetos. Heidegger entende que as pressuposições, formadas por séculos de metafísica, distanciaram a filosofia do verdadeiro conhecimento do *Ser*.

Nas palavras do Prof. Cleyson de Moraes Mello temos que “A tradição da metafísica ocidental foi permeada pela entificação do *Ser*, ou seja, a história do encobrimento do *Ser*”<sup>3</sup>.

O ponto inicial da investigação de Heidegger é o problema do sentido do *Ser*. O importante está em alcançar a colocação correta pelo sentido do *Ser*. Assim, Heidegger expõe que a investigação da tradição metafísica sempre se ateve a uma compreensão ôntica, dominada pelo *Ente* (entificando o *Ser*), ao invés de uma compreensão a cerca do sentido do *Ser*, onde este não mais é tido como fundamento.

Isso indicar-nos que não apenas o *Ser* é. O *Ser* não mais é fundamento, o *Ser* não-é, mas dá-se *Ser*.

Heidegger foi, sobretudo, um fenomenólogo, considerava o seu método fenomenológico/hermenêutico. Ambos os conceitos fazem referência a uma intenção de direcionar a atenção para dar visibilidade aquilo que se oculta naquilo que se mostra, mas que é precisamente o que se manifesta nisso que se mostra.<sup>4</sup> Assim, o todo o trabalho hermenêutico elaborado por Heidegger visa interpretar o que se mostra, o que se manifesta *aí*, mas que, de plano e na maioria das vezes, não se deixa ver.

A questão fundamental da filosofia heideggeriana não é o homem, mas sim o *Ser*, o sentido do *Ser*.

O ponto de partida necessário de toda tentativa em “determinar” o sentido do *Ser* do *Ente* em regra, era o homem como *ser-aí* – *Dasein*<sup>5</sup> – expressão principal da filosofia heideggeriana. Pois, de todos os *Entes*, o homem é o único ao qual é, de fato, exigida

<sup>3</sup> MELLO, 2006, p. 2

<sup>4</sup> O ser manifesta-se no ente.

<sup>5</sup> Entende-se por *Dasein* a manifestação do ser-no-mundo (o ente no mundo). O que se equivale ao lugar de compreensão. Em suma, *Dasein* quer dizer o *aí* do ser, o *ser-aí*, ele designa o lugar onde emerge a questão do ser, por assim dizer, o lugar de sua manifestação.

uma solução para o problema do existir. Assim, criando toda uma terminologia própria, Heidegger denomina o modo de *Ser* do homem, nossa existência, com a palavra *Dasein*, cujo sentido é *ser-aí*, estar aí. Assim, o *Dasein* é o único que pergunta, é o único capaz de se questionar sobre o sentido do *Ser*. A essa ontologia, Heidegger irá chamar de hermenêutica.

O método fenomenológico (utilizado por Heidegger) aplicado ao problema do *Ser*, leva-o a marcar como ponto de partida de sua reflexão aquele *Ser* que dá a conhecer imediatamente, qual seja, o próprio homem.

O pensamento heideggeriano é guiado pela fenomenologia hermenêutica e procura investigar o sentido do *Ser*, através das estruturas do *ser-aí* pautado nos teoremas da diferenciação ontológica (análise existencial) e do círculo hermenêutico. A análise das estruturas do *ser-aí* é um existencial.<sup>6</sup>

O caminho que leva ao *Ser* – pensa Heidegger – passa pelo homem, na medida em que este está sozinho para questionar-se sobre si mesmo e refletir sobre seu próprio *Ser*. O filósofo deve, portanto, partir da existência humana, que na linguagem heideggeriana, denomina-se *Dasein ser-aí*, tal como se dá imediatamente à consciência, a fim de elevar-se até o desvendamento (*Alétheia*) do *Ser* em si mesmo, último objetivo de toda reflexão filosófica.

Neste sentido, Heidegger distingue-se dos pensadores existencialistas, para os quais a reflexão filosófica restringe-se aos limites do próprio homem e exaure-se dentro de suas fronteiras.

A análise da existência humana, concebida apenas como via de acesso para a descoberta do *Ser*, constitui o conteúdo da primeira parte (a única publicada) de *Ser e Tempo*.

## A fenomenologia

### Considerações gerais

A palavra fenomenologia deriva do grego (fenômeno) *phainesthai*, aquilo que se apresenta ou que se mostra, e (logia) logos, explicação. Assim temos que seu estudo afirma a importância dos fenômenos da consciência os quais devem ser estudados em si mesmos – tudo que podemos saber do mundo resume-se a esses fenômenos, a esses objetos ideais que existem na mente, cada um designado por uma palavra que representa a sua essência, sua “significação”.

Os objetos da Fenomenologia são dados absolutos apreendidos em intuição pura, com o propósito de descobrir estruturas essenciais dos atos (*noesis*) e as entidades objetivas que correspondem a elas (*noema*). A Fenomenologia representou uma reação à pretensão dos cientistas de eliminar a metafísica.

De Aristóteles até o final da Idade Média, o caminho em busca do conhecimento foi o da análise dialética, ou seja, o raciocínio por dedução lógica, na busca de novos conhecimentos. As respostas alcançadas por esse método eram tão satisfatórias e

<sup>6</sup> MELLO, 2006, p. 2

convincentes que não havia preocupação em testá-las no mundo real, mediante a observação. Ciência e Filosofia era a mesma coisa, e o método dedutivo lógico dominou o ensino e o estudo da natureza a partir de conceitos teológicos sobre Deus e o universo.

Por exemplo: se Deus existe, Ele é um *Ser* perfeito e se é um *Ser* perfeito, sua criação das coisas haveria de refletir a sua perfeição. Consequentemente, a órbita dos planetas não podia ser qualquer uma, mas devia ser a mais perfeita possível, que é a forma circular e não a elíptica, porque esta última contém desigualdades. Logo, as estrelas e os planetas situavam-se em esferas perfeitas ao redor da Terra<sup>7</sup>.

## Edmund Husserl e a fenomenologia

Edmund Husserl (1859-1938), filósofo, matemático e lógico, foi professor em Göttingen e Freiburg im Breisgau, e dentre tantas outras obras foi autor de *Die Idee der Phänomenologie* (A idéia da Fenomenologia – 1906) fundando a Fenomenologia.

Contrariamente a todas as tendências no mundo intelectual de sua época, Husserl buscou que a filosofia tivesse bases e condições de ciência rigorosa, entretanto, como dar um rigor ao raciocínio filosófico, em relação a coisas essencialmente variáveis como as coisas do mundo real?

O sucesso do método científico está em que ele pode estabelecer uma “verdade provisória” útil, que será verdade até que um fato novo mostre uma outra realidade.

A solução que Husserl adotou para se evitar que a verdade filosófica também fosse provisória foi a de que ela deveria referir-se às coisas como se apresentam na experiência de consciência, estudadas em suas essências, em seus verdadeiros significados, de um modo livre de teorias e pressuposições, despidas de seus acidentes próprios do mundo real, do mundo empírico objeto da ciência. Buscando restaurar a “lógica pura” e dar rigor à filosofia, argumenta a respeito do princípio da contradição na Lógica<sup>8</sup>.

A fenomenologia é o estudo da consciência e dos objetos da consciência. A redução fenomenológica (ou “epoché” no jargão fenomenológico), é o processo pelo qual tudo que é informado pelos sentidos é mudado em uma experiência de consciência, em um fenômeno que consiste em se estar consciente de algo. Coisas, imagens, fantasias, atos, relações, pensamentos eventos, memórias, sentimentos, etc. constituem nossas experiências de consciência.

Husserl propôs então que, no estudo das nossas vivências, dos nossos estados de consciência, dos objetos ideais, desse fenômeno que é estar consciente de algo, não devemos nos preocupar se ele corresponde ou não a objetos do mundo externo à nossa mente. O interesse para a Fenomenologia não é o mundo que existe, mas sim o modo como o conhecimento do mundo se dá, tem lugar, se realiza para cada pessoa. A redução fenomenológica requer a suspensão das atitudes, crenças, teorias, e colocar em suspenso o conhecimento das coisas do mundo exterior a fim de concentrar-se a pessoa exclusivamente na experiência em foco, porque esta é a realidade para ela.

<sup>7</sup> COBRA, Rubem Q. *Fenomenologia*. Filotemas, Disponível em: <www.cobra.pages.nom.br>.

Acesso em 19 de novembro de 2010.

<sup>8</sup> HUSSERL, Edmund. *A idéia da fenomenologia*. Ed. 70, 2008.



Não importa para a Fenomenologia como o mundo real afeta os sentidos. Husserl distingue entre percepção e intuição. Alguém pode perceber e estar consciente de algo, porém sem intuir o seu significado. A intuição *eidética*<sup>9</sup> é essencial para a redução *eidética*. Ela é o dar-se conta da essência, do significado do que foi percebido. O modo de apreender a essência é, no jargão dos fenomenólogos, o *Wesensschau*, a intuição das essências e das estruturas essenciais. De comum, o homem forma uma multiplicidade de variações do que é dado. Porém, enquanto mantendo a multiplicidade, o homem pode focalizar sua atenção naquilo que permanece imutável na multiplicidade, isto é, a essência, esse algo idêntico que continuamente se mantém durante o processo de variação, e que Husserl chamou “o Invariante”.

Não podemos acreditar cegamente naquilo que o mundo nos oferece. No mundo, as essências estão acrescidas de acidentes enganosos. Por isso, é preciso fazer variar imaginariamente os pontos de vista sobre a essência para fazer aparecer o invariante.

Como dito, não é a coisa existir ou não, ou como ela existe no mundo, o que importa, mas, sim, a maneira pela qual o conhecimento do mundo acontece como intuição, o ato pelo qual a pessoa apreende imediatamente o conhecimento de alguma coisa com que se depara. Também que é um ato primordialmente dado sobre o qual todo o resto é para ser fundado. Husserl definiu a Fenomenologia em termos de um retorno à intuição (*Anschauung*) e a percepção da essência. Além do mais, a ênfase de Husserl sobre a intuição precisa ser entendida como uma refutação de qualquer abordagem meramente especulativa da filosofia. Sua abordagem é concreta, trata do fenômeno dos vários modos de consciência.

No entanto, a Fenomenologia não restringe seus dados à faixa das experiências sensíveis, mas admite, em igualdade de termos, dados não sensíveis (categoriais) como as relações de valor, desde que se apresentem intuitivamente.

Resumindo, “*epoche*” é colocar entre parênteses a atitude natural de modo que a pessoa possa abordar o fenômeno do modo como ele se apresenta. Uma vez que a atitude natural é colocada entre parênteses à pessoa pode abordar o que, de acordo com Husserl, são os dois polos da experiência: *noema* e *noesis*. *Noesis* é o ato de perceber enquanto *noema* é aquilo que é percebido. Através desse método, para Husserl, a pessoa pode perfazer uma “redução *eidética*”, ou seja, os *noema* podem ser reduzidos à sua forma essencial ou “essência”, que será sua garantia de verdade.

<sup>9</sup> A redução eidética. Reconhecido o objeto ideal, o noema, o objeto da percepção, o passo seguinte é sua “redução eidética”, redução à ideia (do grego *eidos*, que significa ideia ou essência). Consiste na sua análise para encontrar o seu verdadeiro significado. Isto porque não podemos nos livrar da subjetividade e ver as coisas “como são” – o que é o real, uma vez que em toda experiência de consciência está envolvido o que é informado pelos sentidos e também o modo como a mente enfoca, trata, aquilo que é informado. Portanto, dar-se conta dos objetos ideais, uma realidade criada na consciência, não é suficiente – ao contrário: os vários atos da consciência precisam ser conhecidos nas suas essências, aquelas essências que a experiência de consciência de um indivíduo deverá ter em comum com experiências semelhantes nos outros.

## A fenomenologia heideggeriana

Heidegger fora contemporâneo de Husserl e a ele dedicou sua obra fundamental, *Sein und Zeit* (Ser e Tempo), sendo seu discípulo por muitos anos, mas ao longo dos anos também foram surgindo diferenças entre o seu pensamento e o de seu mestre Husserl.

Discutir e absorver os trabalhos de importantes filósofos na história da Metafísica era, para Heidegger, uma tarefa indispensável, enquanto Husserl repetidamente enfatizou a importância de um começo radicalmente novo para a filosofia e, com poucas exceções (entre elas Descartes, Locke, Hume, e Kant), queria excluir, colocar “entre parênteses”, a história do pensamento filosófico.

Heidegger tomou seu caminho próprio, preocupado que a fenomenologia se dedicasse ao que está escondido na experiência do dia a dia. Ele tentou em *Ser e Tempo* (1927) descrever o que chamou de estrutura do cotidiano, ou “o estar no mundo”, com tudo que isto implica quanto a projetos pessoais, relacionamento e papéis sociais (pois que tudo isto também são objetos ideais). Em sua crítica, Heidegger salientou que ser lançado no mundo entre coisas e na contingência de realizar projetos é um tipo de intencionalidade muito mais fundamental que a intencionalidade de meramente contemplar ou pensar objetos, e é aquela intencionalidade mais fundamental a causa e a razão desta última, da qual se ocupava Husserl.

Para tratar da fenomenologia é necessário penetrar nesta como possibilidade de pensar o *Ser*.

Em Heidegger, a fenomenologia irá tratar do velamento e do desvelamento, na abertura do ser-aí. A fenomenologia tem o significado de fazer ver a partir de si mesmo, as coisas em si mesmas, deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra. A fenomenologia dá acesso ao que deve tornar-se o tema da ontologia, permite determinar o objeto da ontologia. “*A ontologia somente é possível como fenomenologia. O conceito fenomenológico de fenômeno visa o ser do ente, enquanto aquilo que se manifesta, seu sentido, suas modificações e derivações*”.<sup>10</sup> A fenomenologia é a via e o modo de investigação para se determinar o que deve compor tema da ontologia. A fenomenologia, numa visão heideggeriana, é um esforço de revelar aquilo que está oculto.

Chama-se fenomenológico tudo o que pertence à forma de explicação e demonstração e nesse sentido, fenômeno é, exatamente, o que constitui o *Ser*. Sendo a fenomenologia a ciência dos *Entes*, ela é ontologia.

A filosofia é ontologia fenomenológica universal, que parte da hermenêutica do ser-aí; esta, enquanto analítica existencial, dá o fio condutor de toda a problemática filosófica, fundamentando-a sobre a existência de onde brota toda a problemática e sobre a qual ela repercute.<sup>11</sup>

A partir da fenomenologia hermenêutica que há uma abertura no ser-aí que permite que haja o questionamento pelo sentido do *Ser*. O *Ser* mostra-se se ocultando, mostra aquilo que em seu próprio ato de manifestação se vela. O *Ser* se manifesta quando, a partir de si é mostrado assim como em si se mostra.

A essência humana (o ser-aí) se concerne em mostrar no *Ente* o *Ser* que em si se desvela.

<sup>10</sup> STEIN, 2001, p. 170

<sup>11</sup> STEIN, 2001, p. 173

A noção de fenomenologia em Heidegger está compilada à sua idéia de *alétheia*, pois como é sabido, a fenomenologia anseia desvelar aquilo que a partir de si mesmo sempre se oculta e se vela nos entes. A *alétheia* inspira a fenomenologia e esta é a via de acesso ao ser, como velamento e desvelamento.

A compreensão que o ser-aí tem do *Ser*, implica uma certa compreensão a cerca de uma idéia prévia do *Ser*. Como visto acima, a compreensão é modo de ser-aí enquanto existência é o próprio poder-ser do ser-aí. Com isso, o ser-aí é por si mesmo hermenêutico, enquanto se movimenta por uma compreensão de seu próprio *Ser*.<sup>12</sup> Essa pré-compreensão é chamada por Heidegger de pré-ontologia.

A ontologia e fenomenologia não são duas disciplinas diferentes da filosofia... ambas caracterizam a própria filosofia em seu objeto e seu modo de tratar. A filosofia é uma ontologia fenomenológica e universal que parte da hermenêutica da pre-sença, a qual, enquanto analítica da existência, amarra o fio de todo questionamento filosófico no lugar de onde ele brota e para onde retorna.<sup>13</sup>

O indispensável para a fenomenologia não se concentra em realizar-se como movimento filosófico, “*acima da atualidade está à possibilidade. Compreender a fenomenologia quer unicamente dizer: captá-la como possibilidade.*”<sup>14</sup>

## Considerações finais

Heidegger ao superar a metafísica ocidental, o fez ao penetrar em seus mais nobres fundamentos, afastando-se desta metafísica que historicamente esqueceu o *Ser*.

Por isso o pensamento originário heideggeriano retoma o fundamento da metafísica e supera o objetivismo da metafísica ocidental que confundia o Ser com o Ente. Trata-se da transcendentalidade do ser-aí.<sup>15</sup>

Heidegger dirá: “Da própria investigação resulta que o sentido metódico da descrição fenomenológica é interpretação”<sup>16</sup>.

Para Heidegger a compreensão hermenêutica parte do *dasein* e o *dasein* é o próprio sujeito que busca a compreensão realizando, assim, uma fenomenologia.

Como cada investigador detém sua própria historicidade – sua própria existência de *Ser* ao longo do tempo – pode-se observar que o sujeito – enquanto investigador – desenha e progride na sua própria e peculiar fenomenologia. Por essa razão é que Heidegger indica o *dasein* como ponto de partida de toda fenomenologia. Diz que essa é a ontologia fundamental e a única forma de se colocar diante do problema central da questão do *Ser*. E a fenomenologia é, antes de tudo, um estudo do *Ser*.

<sup>12</sup> O ser-aí é por si interpretação, assim hermenêutico.

<sup>13</sup> STEIN, 2001, p. 206.

<sup>14</sup> HEIDEGGER, 1979, 302.

<sup>15</sup> MELLO, 2006, p. 174.

<sup>16</sup> HEIDEGGER, 2002, p. 68.

Do exposto temos que hermenêutica deve levar em conta o aspecto construtivista da história.

Como a fenomenologia se desenvolve em uma busca da compreensão, Heidegger irá dizer que a própria filosofia é uma fenomenologia ontológica e universal que parte da hermenêutica do *dasein* – o *Ser* que habita o sujeito.

Enfim, não há, numa analítica fenomenológica, a possibilidade de não o próprio sujeito como ponto de partida. E, assim sendo, o próprio sujeito – enquanto *dasein* – fundamenta a hermenêutica da compreensão que guia o método fenomenológico.

## Referências bibliográficas

COBRA, Rubem Q. *Fenomenologia*. Filotemas, Disponível em: <www.cobra.pages.nom.br>. Acesso em 19 de novembro de 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. Trad. Ernildo Stein. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

\_\_\_\_\_. *Ser e tempo*. Trad. Benedito Nunes. Coleção Passo a Passo. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

HUSSERL, Edmund. *A ideia da fenomenologia*. Ed. 70, 2008.

\_\_\_\_\_. *Investigações lógicas: Sexta Investigação*. Coleção Os Pensadores. Abril Cultural. São Paulo, 1980.

\_\_\_\_\_. *Mediações cartesianas – Introdução à fenomenologia*. Madras Editora. São Paulo, 2001.

244

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

\_\_\_\_\_. *Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude? Estrutura e movimento da interpretação heideggeriana*. Rio Grande do Sul: Ed. Unijui, 2001.

\_\_\_\_\_. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

# Direito à inclusão social – Uma análise técnico-jurídica acerca do Decreto nº 5.296 de 2/12/2004, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida

Mário de Castro Reis Neto<sup>1</sup>  
Tauller Augusto de Araújo Matos<sup>2</sup>

245

## Resumo

A Constituição Federal de 1988 determinou em seu art. 23, II e 24, XIV a inclusão social das pessoas portadoras de necessidades especiais, garantindo-lhes direitos básicos de todos os cidadãos, como a informação. Desta forma, no ano 2000, duas leis entraram em vigor, buscando implementar políticas públicas positivamente discriminatórias, no sentido de incluir os portadores de deficiência no conceito da plena cidadania. Entretanto, tais leis careceram de regulamentação até o ano de 2004, quando, em 24 de dezembro, entrou em vigor o Decreto nº 5.296, que trouxe normas eficazes no sentido de equilibrar as desigualdades sociais dos portadores de deficiência ou mobilidade reduzida. No ínterim desse artigo, foram analisadas apenas as medidas administrativas destinadas a proporcionar o acesso às informações aos deficientes visuais, tendo em vista que o Decreto nº 5.296/04 lhes assegura esse direito fundamental. Em sua primeira seção, o artigo analisa a dignidade humana, como valor imanente do ser humano e que, portanto, não pode deixar de ser atendido pelo Estado, sob pena de se furtar de sua principal obrigação. A igualdade, em seu duplo aspecto, também é analisada de forma a entender qual delas realmente privilegia o acesso de todos à informação. Por fim, através de uma pesquisa de campo, são analisados sítios eletrônicos da administração pública de natureza federal, estadual e municipal, a fim de analisar se as regras legislativas foram e veem sendo implementadas pelo executivo.

**Palavras-chave:** Acessibilidade. Dignidade. Internet. Igualdade.

<sup>1</sup> Professor da FAA e Mestrando em Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela Universidade Presidente Antônio Carlos

<sup>2</sup> Professor da FAA e Mestre em Ciência da Computação pela Universidade Federal de Uberlândia

## **Abstract**

The Federal Constitution of 1988 set his art. 23, 24 and II, XIV social inclusion of people with disabilities, providing them basic rights of all citizens, as information. Thus, in 2000, two laws came into force seeking to implement positive discriminatory policies, to include the disabled in the concept of full citizenship. However, these laws lacked regulation by the year 2004 when December 24 came into force Dec. 5296 that brought standards effective in balancing the social inequalities of people with disabilities or reduced mobility. In the meantime this article, we analyzed only the administrative measures to provide access to information for the visually impaired, in view of the Dec. 5.296/04 assures them that fundamental right. In its first section, the article analyzes the human dignity as inherent value of human beings and, therefore, can only be met by the state, under penalty of evading his principal obligation. Equality, in its dual aspect, is also analyzed to understand which of them really highlights the access to information to all. Finally, through a field research sites are analyzed electronic nature of government federal, state and municipal levels in order to examine whether the legislative rules and see were being implemented by the executive.

**Keywords:** Accessibility. Dignity. Internet. Equality.

## **Introdução**

Com o objetivo de promover a igualdade substancial na sociedade brasileira, em 02 de dezembro de 2004 entrou em vigor o Decreto nº 5.296 que regulamenta as Leis nº 10.048/00 e 10.098/00, o qual estabeleceu normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

O objetivo do executivo era, de uma forma geral, atender ao comando constitucional do art. 23, II e do art. 24, XIV garantindo aos portadores de deficiência ou mobilidade reduzida uma inclusão social mais efetiva.

A iniciativa do executivo, contudo, será analisada no presente artigo interdisciplinar de forma a determinar se a intenção jurídica vem sendo efetivamente observada pelas pessoas que o ordenamento jurídico impõe o dever de promover a inclusão social das pessoas portadoras de deficiência ou mobilidade reduzida.

Na obstante a extensão dos direitos proclamados na legislação afeita ao assunto, no presente artigo somente será aferida acessibilidade nos portais e sítios eletrônicos da administração pública na rede mundial de computadores (internet), para o uso pelas pessoas portadoras de deficiência visual, garantindo-lhes o pleno acesso às informações disponíveis.

Assim, na segunda parte do artigo, serão analisados portais da administração pública de natureza Federal, Estadual e Municipal, escolhidos a esmo, a fim de determinar se a legislação federal vem sendo cumprida pelos órgãos públicos.

Antes, no entanto, serão analisados aspectos jurídicos imprescindíveis ao desenvolvimento do tema, de forma a imprimir caráter qualitativo à pesquisa.

## **Do direito fundamental à dignidade**

O princípio da dignidade da pessoa humana, muito propalado pela doutrina jurídica, pode ser considerado o princípio *mater* da Constituição Federal do Brasil de 1988, pois importa no reconhecimento de que o ordenamento jurídico deve voltar-se à efetiva promoção da pessoa em si e individualmente considerada.

Nesse sentido, é necessário frisar que esse princípio, alçado à categoria de princípio fundamental em razão do art. 1º, inciso III, da CRB, é vetor para a identificação material dos demais direitos fundamentais e apenas estará assegurado quando for possível ao homem uma existência que permita a plena fruição de todos os direitos fundamentais.

A conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana é, contudo, tarefa ingrata no direito, havendo inúmeros trabalhos que se debruçam a estudar o seu verdadeiro sentido.

Dentre eles, sobrepõe-se aquele que entende a dignidade da pessoa humana como um valor inerente ao próprio ser humano, que demanda, antes de tudo, um reconhecimento por parte da sociedade e determina, ato contínuo, a obrigação de promovê-lo. Tal noção de dignidade como valor ontológico do ser humano, como ensina Ingo Wolfgang Sarlet, remonta o clássico pensamento cristão. Disse o doutrinador que: “Ao pensamento cristão coube, fundados na fraternidade, provocar a mudança de mentalidade em direção à igualdade dos seres humanos<sup>3</sup>.”

Mas nem sempre ele foi entendido dessa forma. Houve momentos na história da sociedade que esse valor intrínseco ao ser humano não foi observado. Momentos históricos não tão antigos lembram a todos que a sociedade, por vezes, desconhece o caráter ontológico da dignidade da pessoa humana, fazendo com que seja a pessoa considerada apenas instrumento para se alcançar os mais variados fins.

Juridicamente, a primeira vez que o princípio da dignidade da pessoa humana desperta à sociedade o seu reconhecimento é no pós-Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU em 1948. Com efeito, a declaração unionista determina em seu art. 1º que: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência que devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”<sup>4</sup>

A partir desse momento, a dignidade da pessoa humana passa a ser o norte dos ordenamentos jurídicos, que passam a ter a pessoa como seu centro de imputação, determinando que todas as ações jurídicas sejam realizadas com o intuito de promovê-la.

Curiosamente e paradoxalmente, a primeira vez em que a dignidade da pessoa humana passa a receber *status* de princípio constitucional foi com a promulgação da Carta Constitucional Alemã de 1949, que, em seu artigo 1º, determina que: “A dignidade do homem é intocável. Respeitá-la e protegê-la é a obrigação do aparelho estatal<sup>5</sup>.”

Atualmente, praticamente todos os países promoveram à alçada de princípio fundamental a dignidade da pessoa humana. O Brasil não poderia ser diferente. Como mencionado acima, nossa Constituição da República, logo em seu artigo 1º, promove a dignidade da pessoa humana à categoria de fundamento da República, imprimindo a seriedade como o tema foi tratado em 1988. Assim, o direito a uma existência digna passou a ser considerado condição indissociável ao ser humano, como leciona Eugênio Pacelli de Oliveira:

<sup>3</sup> SARLET, Wolfgang Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 24.

<sup>4</sup> *Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU*. Disponível em [http://www.prr3.mpf.gov.br/imagens/boletim\\_info/dudh-onu.pdf](http://www.prr3.mpf.gov.br/imagens/boletim_info/dudh-onu.pdf). Acesso em 09 de abril de 2012.

<sup>5</sup> SARLET, Wolfgang Ingo. Op. Cit. p. 26.

“É a partir da Revolução Francesa (1789) e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no mesmo ano, que os direitos humanos, entendidos como o mínimo ético necessário para a realização do homem, na sua dignidade humana, reassumem posição de destaque nos estados ocidentais, passando também a ocupar o preâmbulo de diversas ordens constitucionais, como é o caso, por exemplo, das Constituições da Alemanha (Arts. 1º e 19), da Áustria (Arts. 9º, que recebe as disposições do Direito Internacional), da Espanha (Art. 1º, e arts. 15 ao 29), da de Portugal (Art. 2º), sem falar na Constituição da França, que incorpora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>6</sup>.”

Entretanto, apesar de ter sido alçado ao patamar de fundamento da República Brasileira, fonte de onde surgem os demais direitos fundamentais, a mera proclamação do respeito à dignidade da pessoa humana pelos textos legislativos não se presta a garantir a igualdade substancial de tratamento das pessoas, de forma que o princípio da dignidade da pessoa humana imprime um dever que recai sobre o Estado de garantir a sua efetividade.

Garantindo a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, o Estado garante a aplicação de diversos outros princípios fundamentais, dentre eles o princípio da igualdade substancial, afeto diretamente a essa pesquisa que busca demonstrar se a inclusão social das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida vem sendo promovida de acordo com o Decreto nº 5.296/04. Nesse sentido, a compreensão do que seja a igualdade substancial é de curial importância.

## O princípio da igualdade

Não há como tratar do tema em questão sem abordar, ainda que de forma sucinta, o conteúdo do princípio da igualdade, pois ao que parece, em última *ratio*, a intenção do Decreto nº 5.296/04 é, também, promover a inclusão social dos portadores de deficiência visual de forma a minimizar as barreiras ao acesso de informação por essas pessoas.

O princípio da igualdade possui duas vertentes que importam análise. A igualdade formal é aquela positivada nas legislações, Constituições e Declarações de Direitos, determinando que todos devam receber o mesmo tratamento da Lei ou do ordenamento jurídico. Tal visão do princípio da igualdade pode ser reparada no *caput* art. 5º da Constituição Brasileira quando diz que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...).”

Essa igualdade é a que mais interessa ao jurista, pois seu conteúdo determina que é proibido ao Estado a elaboração de leis ou atos normativos que concedam direitos categorizados ou de aplicação segmentada, tratando de forma isonômica, pelo menos perante a Lei, todos da sociedade.

De forma apropriada, Willis Santiago Guerra Filho analisa o princípio da igualdade formal, referido pelo autor como princípio da isonomia, dizendo que o mesmo deve ser sempre abstrato e geral na medida em que não disciplina nenhuma situação específica. Afirma o doutrinador que:

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 12.



“no seu sentido estrito, enquanto afirmação da igualdade formal de todos perante a lei, se atribui direitos civis e políticos, enquanto a distribuição dos deveres e ônus correlatos deve se dar obedecendo a igualdade relativa ou proporcionalidade<sup>7</sup>.”

Dessa forma, impede-se que a lei crie discriminações negativas.

Entretanto, a igualdade possui outra vertente, a material ou substancial, que demanda igualmente uma análise detida de sua significação, pois afeta o conteúdo desta pesquisa. Essa vertente do princípio da igualdade mais interessa ao sociólogo.

A igualdade substancial, como ensina Celso Ribeiro Bastos, consiste no “tratamento uniforme de todos os homens. Não se cuida, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.<sup>8</sup>”

Preocupa-se, com a igualdade substancial, garantir que as desigualdades sociais sejam minimizadas pela ação do Estado, que deve empreender ações no sentido de equiparar as pessoas em uma determinada relação.

Desta forma, o ordenamento jurídico não deve apenas ser aplicado a todos de forma isonômica, pois, nesse caso, a aplicação da própria norma conduziria a discriminações negativas, mas deve reconhecer que, no plano da aplicação, nem todos são iguais e favorecer de modo diferenciado aqueles que de forma transitória ou definitiva se encontrem em uma posição de vulnerabilidade social.

Visto de forma absolutamente sucinta o conteúdo normativo do princípio da igualdade, tem-se que, *a priori*, a intenção do decreto nº 5.296/04 foi garantir aos portadores de deficiências ou mobilidade reduzida o efetivo equilíbrio social, minimizando ou neutralizando as diferenças existentes.

249

## **O tratamento diferenciado aos portadores de deficiência visual e o direito fundamental à informação verdadeira**

Visando garantir a execução de políticas públicas positivamente discriminatórias, em dezembro de 2004, o Executivo Federal, através do Decreto nº 5.296 implementou uma série de ações que visam equilibrar a vida social das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida. Dentre essas ações encontram-se aquelas destinadas a permitir o acesso a deficientes visuais às informações constantes da rede mundial de computadores (internet).

O assunto em tela foi tratado pelo Decreto em seu art. 47 e seus parágrafos, que dizem:

“Art. 47. No prazo de até 12 meses a contar da data de publicação deste Decreto, será obrigatória a acessibilidade nos portais e sítios eletrônicos da administração pública na rede mundial de computadores (internet), para o uso das pessoas portadoras de deficiência visual, garantindo-lhes o pleno acesso às informações disponíveis.

<sup>7</sup> FILHO, Willis Santiago Guerra. *Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade*. Revista dos Tribunais: São Paulo. ano 84, v. 719, p. 58/59, set. 1995.

<sup>8</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 5.

§ 1º. Nos portais e sítios de grande porte, desde que seja demonstrada a inviabilidade técnica de se concluir os procedimentos para alcançar integralmente a acessibilidade, o prazo definido no *caput* será estendido por igual período.

§ 2º. Os sítios eletrônicos acessíveis às pessoas portadoras de deficiência conterão símbolo que represente a acessibilidade na rede mundial de computadores (internet), a ser adotado nas respectivas páginas de entrada.

§ 3ª. Os telecentros comunitários instalados ou custeados pelos Governos Federal, Estadual, Municipal ou do Distrito Federal devem possuir instalações plenamente acessíveis e, pelo menos, um computador com sistema de som instalado, para uso preferencial por pessoas portadoras de deficiência visual.

Preconizado da forma como está no Decreto, o direito à informação das pessoas com deficiência visual é preservado, pois também é considerado um direito fundamental. Não é à toa que a Constituição Federal garantiu o *status* de fundamental ao direito à informação em seu art. 5º, incisos XIV e XXXIII.

Mas acontece que o direito fundamental a obter informação é mais denso do que demonstra, pois também revela uma obrigatoriedade ao Estado de informar com transparência, veracidade e imparcialidade.<sup>9</sup>

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, ao analisar esse dever fundamental, disserta no seguinte sentido:

“o progresso tecnológico transformou a informação em um bem jurídico capaz não só de satisfazer a necessidade do saber, como de influir decisivamente no seu uso. Mas não de um saber científico, compartimentalizado ou especializado, mas um saber genérico, simples conhecimento do que está acontecendo ao redor do homem para que ele possa tomar decisões que lhe competem como integrante obrigatório de uma sociedade. Aí reside o interesse jurídico da informação: saber para melhor decidir, para melhor escolher os rumos a dar à sua vida, à vida de sua família, ao seu país, à sua função, à sua sociedade, ao seu partido político, à sua religião etc”<sup>10</sup>.

Assim, os órgãos da administração pública, Federal, Estadual e Municipal, que possuam sítios eletrônicos na internet, a partir de 02 de dezembro de 2005 ficaram obrigados a desenvolver um sistema que garanta o pleno acesso ao conteúdo desses *sites*, permitindo que a deficiência visual não seja óbice para o acesso às informações disponíveis.

O Decreto, contudo, vai mais além, pois determina a obrigatoriedade de fornecimento ao acesso da informação aos deficientes visuais sob pena do órgão da administração pública, direta ou indireta, ficar impossibilitada de obter financiamento especificamente previsto pelo art. 2º, III do mesmo diploma normativo. Para fins didáticos, cita-se abaixo os artigos em questão.

<sup>9</sup> CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193.

<sup>10</sup> *Ibidem*. p. 210.

“Art. 2º. Ficam sujeitos ao cumprimento das disposições deste Decreto, sempre que houver interação com a matéria nele regulamentada:

I – a aprovação de projeto de natureza arquitetônica e urbanística, de comunicação e informação, de transporte coletivo, bem como a execução de qualquer tipo de obra, quando tenham destinação pública ou coletiva;

II – a outorga de concessão, permissão, autorização ou habilitação de qualquer natureza;

III – a aprovação de financiamento de projetos com a utilização de recursos públicos, dentre eles os projetos de natureza arquitetônica e urbanística, os tocantes à comunicação e informação e os referentes ao transporte coletivo, por meio de qualquer instrumento, tais como convênio, acordo, ajuste, contrato ou similar; e

IV – a concessão de aval da União na obtenção de empréstimos e financiamentos internacionais por entes públicos ou privados.

Art. 48. Após doze meses da edição deste Decreto, a acessibilidade nos portais e sítios eletrônicos de interesse público na rede mundial de computadores (internet), deverá ser observada para obtenção do financiamento de que trata o inciso III do art. 2º.”

Conclui-se com essa exposição, que andou bem o Executivo ao regulamentar as Leis nº 10.048/00 e 10.098/00 através do Decreto nº 5.296/04, pois implementou uma política positiva de inclusão social, permitindo que os deficientes visuais tenham acesso a informações constantes de sítios eletrônicos da administração pública. Entretanto, a proclamação desse direito não basta, sendo necessário averiguar se realmente vem sendo a política pública adotada pela administração.

251

## **Análise de sítios eletrônicos do Governo Federal**

Esta seção tem como objetivo verificar se o governo vem cumprindo o Decreto nº 5.296 de 02/12/2004. Ou seja, verificar se portais e sítios eletrônicos da administração pública na rede mundial de computadores contêm a função de acessibilidade para a utilização das pessoas portadoras de deficiência visual. Vale salientar que o objetivo deste artigo é fazer uma análise jurídica do Decreto nº 5.296 e verificar se ele está sendo cumprido efetivamente. Não é abordado, neste momento, a parte técnica de como desenvolver portais e sítios eletrônicos contendo a função de acessibilidade. Caso o leitor se interesse pelo assunto, uma leitura recomendada é o *site* da W3C<sup>11</sup>.

Conforme visto anteriormente, o termo acessibilidade inclui pessoas com deficiência nas atividades desenvolvidas no dia a dia. Na internet, acessibilidade refere-se principalmente às recomendações do W3C, consórcio entre empresas e órgãos governamentais e independentes que desenvolvem novos padrões de navegação e usos para a internet. Essas recomendações vão definir a liberdade de escolha do tamanho da fonte, localização dos espaços clicáveis, facilidade de disponibilização de conteúdo e outras ações relativas até aos códigos das páginas (HTML e CSS, entre outros).

<sup>11</sup> <http://www.w3c.br/Home/WebHome>

Desta forma, a acessibilidade na internet engloba o desenvolvimento de *sites* e aplicações de forma que as pessoas possam navegar e interagir; engloba também navegadores, tocadores de mídias que devem possuir meios de comunicação com tecnologias especialmente criadas para pessoas com deficiência (leitores de tela, para maiores informações o leitor pode acessar: Projeto DOSVOX<sup>12</sup> e Projeto MOTRIX<sup>13</sup>), permitindo assim o acesso à internet; e, por fim, ferramentas de autoria e outras tecnologias: *blogs*, *Twitter*, mensagens instantâneas e outros produtos utilizados para produção de conteúdo na Internet.

Para verificar o cumprimento deste Decreto, foram escolhidos quatro *sites* de todas as esferas (federal, estadual e municipal). Assim, escolhemos o *site* do Planalto Central, do Ministério da Educação, do Governo do Estado do Rio de Janeiro e da Prefeitura Municipal de Valença.

O primeiro *site* consultado foi o do Planalto Central. O canal de comunicação da Presidenta da República com a sociedade. Observe a Figura 1 que demonstra a página principal deste site. Circulamos as informações referentes à acessibilidade deste portal (*menu* superior direito). Neste *menu* existem botões para aumentar e diminuir as fontes. Há também possibilidade de mudar o tom das cores, realçando o conteúdo em detrimento do fundo da tela. Com isso, as pessoas podem ler com mais facilidade e utilizar todo o site de forma mais confortável para a visão. Também são disponíveis muitos arquivos em áudio e vídeo com fácil acesso. Portanto, pode-se observar que o Portal do Planalto vem cumprindo a lei de acessibilidade.

Outro portal pesquisado é do Ministério da Educação e Cultura. A Figura 2 ilustra este *site*. Com destaque as informações referentes à acessibilidade (*menu* superior direito). Conforme verificado neste portal, é possível aumentar e diminuir as fontes e também mudar o tom das cores (alto contraste). Não foram encontrados leitores de tela e tecnologias assistidas para cegos. Portanto, o portal da educação cumpriu em partes o Decreto da Portabilidade.

252



Figura 1 – Site Eletrônico do Planalto Central  
Fonte: <http://www2.planalto.gov.br>

<sup>12</sup> <http://intervox.nce.ufrj.br/dosvox>

<sup>13</sup> <http://intervox.nce.ufrj.br/motrix>



Figura 2 – Sítio Eletrônico do Ministério da Educação  
Fonte: <http://portal.mec.gov.br/index.php>

O mesmo tipo de acessibilidade encontrada no portal do MEC é encontrado no Portal do Governo do Estado do Rio de Janeiro. É possível aumentar e diminuir as fontes e também mudar o tom das cores (alto contraste). Não foram encontrados leitores de tela e tecnologias assistidas para cegos, conforme Figura 3.

253



Figura 3 – Portal Eletrônico do Estado do Rio de Janeiro  
Fonte: <http://www.rj.gov.br>

Por fim, o Portal da Prefeitura Municipal de Valença foi analisado. Neste não há qualquer tipo de acessibilidade, conforme Figura 4. Portanto, o mesmo não cumpre o Decreto n° 5.296.



Figura 4 – Portal Eletrônico da Prefeitura de Valença

Fonte: <http://valenca.rj.gov.br/>

Em uma pesquisa a diversos *sites* observou-se que os portais que apresentam a função de acessibilidade, em sua grande maioria, apresentam a acessibilidade parcial, que é o aumento e diminuição das fontes e também a mudança do tom das cores (alto contraste). Os programas de leitores de tela para deficientes visuais ainda são utilizados em poucos portais.

## Conclusão

O presente artigo teve como objetivo verificar a aplicabilidade do Decreto nº 5.296 que, regulamenta as Leis nº 10.048/00 e 10.098/00, o qual estabeleceu normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Primeiramente, abordou-se o tema dignidade humana para, posteriormente, realizar-se uma pesquisa em sítios eletrônicos da administração pública de natureza Federal, Estadual e Municipal. Notou-se após a pesquisa que a esfera Federal de um modo geral vem cumprindo o Decreto de uma forma mais efetiva. As esferas estadual e municipal cumprem de forma parcial. Mas ainda encontram-se muitos *sites* que não cumprem o Decreto.

Como trabalho futuro pode-se tratar a questão do Decreto obrigar apenas sítios da administração pública a possuírem acessibilidade para uso de pessoas portadoras de deficiência visual. O mesmo não obriga empresas privadas a promoverem acessibilidade.

## Referências bibliográficas

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FILHO, Willis Santiago Guerra. *Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade*. Revista dos Tribunais: São Paulo, ano 84, v. 719, p. 58/59, set. 1995.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SARLET, Wolfgang Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU*. Disponível em [http://www.prr3.mpf.gov.br/imgens/boletim\\_info/dudh-onu.pdf](http://www.prr3.mpf.gov.br/imgens/boletim_info/dudh-onu.pdf). Acesso em 09 de abril de 2012.

# A bioética odontológica contemporânea - Ampliando concepções deontológicas

Antônio Sérgio Netto Valladão<sup>1</sup>

Láís Krejci Graciosa<sup>2</sup>

Monique Ferreira e Silva<sup>3</sup>

Patricia Valeria Bastos Faria Pecoraro<sup>4</sup>

## Resumo

A bioética, desde o seu surgimento, foi reforçada com o intuito de regular a atuação da pesquisa em seres humanos e, evoluindo ao longo dos anos, vem enveredando por conceitos e áreas cada vez mais amplas. A ciência, em geral, mostra-se associada a aspectos culturais, políticos e econômicos. Na ciência odontológica contemporânea não é diferente. Como resultado, problemas éticos podem surgir tanto na graduação, como na pós-graduação e na clínica odontológica. Visivelmente, tais problemas não são indissociáveis, mas podem se entrelaçar e se sobrepor, mostrando a importância da difusão da bioética para a comunidade e a universidade. Os autores mostram uma compilação de informações referentes à bioética e sugerem que ela amplia e revalida concepções deontológicas, favorecendo o exercício mais humano das diversas formas do saber odontológico.

**Palavras-chave:** Bioética. Odontologia. Deontologia. Ética odontológica.

<sup>1</sup> Mestre em Ciências Morfológicas – ICB – UFRJ; Especialista em Prótese Dentária – FOB – USP; Pós-graduado em Implantodontia – ABORJ; Graduado pela Faculdade de Odontologia de Valença – CESVA/FAA; Professor das disciplinas de Odontogeriatría e Biología Celular – FOV/CESVA/FAA; Professor responsável pelos projetos de Extensão Universitária – FOV/CESVA/FAA; Email para contato: valladao@scienceness.com

<sup>2</sup> Graduada pela Faculdade de Odontologia de Valença/CESVA/FAA; Especialista em Radiologia - USP/São Paulo; Especialista em Ortodontia – FOV/CESVA/FAA; Mestranda em Radiologia – São Leopoldo Mandic/Campinas; Professora de Imaginologia Odontológica – FOV/CESVA/FAA; Professora responsável pelos projetos de Extensão Universitária – FOV/CESVA/FAA.

<sup>3</sup> Mestranda em Epidemiologia – IMS/UERJ; Especialista em Odontopediatria – UNIGRANRIO; Graduada pela Faculdade de Odontologia de Valença – CESVA/FAA; Professora das disciplinas de Odontopediatria; Clínica Integrada da Criança e do Adolescente; Clínica Integrada de Pacientes em Necessidades Especiais e Dentística I – FOV/CESVA/FAA; Professora responsável pela extensão universitária no ambulatório de Odontopediatria – FOV/CESVA/FAA.

<sup>4</sup> Graduada pela Faculdade de Odontologia de Valença/CESVA/FAA; Especialista em Odontopediatria – São Leopoldo Mandic/Campinas; Especialista em Pacientes em Necessidades Especiais/CFO; Pós-graduada em Metodologia do Ensino Superior/CESVA/FAA; Mestre em Odontologia – UNITAU/São Paulo; Professora de Clínica Integrada da Criança e do Adolescente; Dentística; Clínica Integrada de Pacientes em Necessidades Especiais; Materiais Dentários – FOV/CESVA/FAA; Diretora da Faculdade de Odontologia de Valença/CESVA/FAA.

## Abstract

Since the inception, the Bioethics has been strengthened with the aim to regulate the activity of research in humans and, evolving over the years, has been embarking on concepts and increasingly large areas. Science in general, is shown associated with the cultural, political and economic. In contemporary dental science is not different. As a result, ethical problems may arise in both the graduate and post-graduate courses and at the dental clinic. Clearly, such problems are not inseparable, but they can interlace and overlap, showing the bioethics dissemination importance to the community and university. The authors show a compilation of information relating to bioethics and suggest that it expands and revalidates ethical concepts, favoring more humane exercise of several dental knowledge ways.

**Keywords:** Bioethics. Dentistry. Deontology. Dental ethics.

## Introdução

Na literatura, existem registros que o termo “Bioética” (grego: *bios*, vida + *ethos*, relativo à ética), foi criado por Fritz Jahr, em 1927, denominando o estudo transdisciplinar entre Biologia, Medicina, Filosofia (Ética) e Direito (Biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e ambiental, propondo uma bioética com bases racionais diferenciadas e enraizadas na tradição clássica e nos filósofos analíticos do século XX (Sass, 2007; Diniz & Guilherme, 2002). Em 1949, com o advento da primeira declaração mundial, denominada Código de Nuremberg, que teceu informações com o intuito de auxiliar no julgamento de profissionais de saúde nazistas, envolvidos nos chamados “crimes contra a humanidade”, cometidos em pesquisas médicas realizadas com prisioneiros de guerra, conduzidas nos campos de concentração, estabeleceu princípios éticos mínimos que deveriam ser seguidos quando de pesquisas com seres humanos. O Código de Nuremberg enfatizava que o consentimento voluntário do homem é absolutamente essencial quando da participação em ensaios clínicos, afirmando a necessidade de estudos prévios em animais, a análise de benefícios e riscos, a liberdade do participante de se retirar no decorrer do experimento e a não indução à participação (Nuremberg Code, 1949; Beauchamp & Childress, 2002; Emanuel et al., 2004; Hosne, 2003; Zoboli, 2003). Simultaneamente, as diretrizes filosóficas da bioética começaram a consolidar-se, criando um controle do progresso técnico, o qual deveria acompanhar a consciência da humanidade a respeito dos seus efeitos no mundo e na sociedade, evitando a exposição de novas descobertas e suas aplicações a interesses obscuros ou maléficos, enfatizando que a ciência não é mais importante que o homem (Kottow, 1995). Alguns anos após, em 1964, a Declaração de Helsínki foi aprovada pela Associação Médica Mundial, visando difundir os princípios básicos para a investigação científica com seres humanos e abordando a necessidade do consentimento dos indivíduos envolvidos, após serem adequadamente informados e esclarecidos, através de um documento denominado “Consentimento pós-informação” (Declaration of Helsínki, 1964).

Na década de 70, o desenvolvimento tecnológico transferiu a discussão, unindo os fatos explicáveis pela ciência e os valores estudáveis pela ética. Desta forma, temas envolvendo a biossegurança, a biotecnologia, a intervenção genética em seres humanos,



aborto e eutanásia, por exemplo, requisitaram novas abordagens e respostas por parte de uma ciência multidisciplinar, dinâmica e em busca da transdisciplinaridade (<http://pt.wikipedia.org/wiki/Bio%C3%A9tica>). A partir de 1978, no Brasil, iniciou-se o interesse a respeito da utilização do “Consentimento Informado”, nas pesquisas envolvendo seres humanos, registrando-se a publicação de uma Resolução Normativa pela Câmara Técnica de Medicamentos do Conselho Nacional de Saúde, referindo-se a aspectos éticos da experimentação terapêutica, postulando que estas deveriam estar de acordo com a Declaração de Helsinki e afirmando que cabia ao pesquisador decidir se o consentimento dos pacientes deveria ser obtido verbalmente ou por escrito (Brasil, 1978). Poucos anos depois, em 1981, a Organização Mundial da Saúde (OMS), em colaboração com o Conselho para Organizações Internacionais de Ciências Médicas, publicaram um documento intitulado “Proposta de Diretrizes Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos” (Emanuel et al., 2004; Hosne, 2003). Em 1988, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) definiu “Consentimento Informado” como uma concordância por escrito, pela qual o sujeito da pesquisa (ou seu representante legal) aceita participar do estudo, totalmente informado sobre os procedimentos e riscos, com total independência para concordar ou não em participar, livre de qualquer forma de coerção (Brasil, 1988). O CNS, após realizar a revisão das normas éticas para a realização de pesquisas envolvendo seres humanos, estabelecidas na Resolução nº 1/88, publicou um documento detalhado e abrangente, a “Resolução 196/96 sobre Pesquisa Envolvendo Seres Humanos” (Brasil, 1996). Em 1999, na reunião da Associação Médica Mundial, representantes de países latino-americanos, Espanha e Portugal assinaram a Declaração de Tel Aviv, um documento no qual se comprometem mutuamente a buscar saídas e alternativas éticas para os problemas semelhantes que enfrentam no campo da saúde (Associação Médica Mundial, 1999).

Em 2005, a UNESCO (United Nations for Educational, Scientific and Cultural Organizations) associou bioética e direitos humanos, publicando uma declaração universal, recomendando a ampliação da bioética a todos os níveis educacionais (Unesco, 2005). Isto motivou a reestruturação curricular no padrão do ensino brasileiro, para que sejam implementadas as propostas apresentadas pela Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, devendo considerar os aspectos filosóficos, científicos, tecnológicos, sociológicos e políticos da atualidade (Brasil. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB. Diário Oficial da União 1996; 23 dez.). Com esta declaração, a bioética confirmou sua inserção no contexto internacional como referência teórica e ampliou seu campo de influência, abrangendo, praticamente, todas as áreas acadêmicas. Atuando de forma diversificada nas atividades relacionadas, leva, ainda, à análise e discussão dos dilemas morais, principalmente daqueles que apresentam o seu espectro com um espalhamento amplo.

Hoje, a bioética pode ser considerada uma associação do saber, da expertise e da deontologia, ou seja, dos aspectos normativos, tratando-se de uma prática racional e específica que propõe uma integração dinâmica entre estas num contexto particular relacionado com o prefixo “bio”. Assim, a bioética constitui-se numa prática de segunda

ordem que atua sobre práticas de primeira ordem, mantendo contato direto com as determinações concretas da ação no âmbito das bases biológicas da existência humana (Ladrière, 2000). Pode ainda ser considerada o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão moral, decisões, conduta e políticas, das ciências da vida e atenção à saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas em um cenário interdisciplinar (Reich, 1995).

Desta forma, percebe-se que a bioética contemporânea, atrelada a um contexto amplo, deve acompanhar a dinâmica evolutiva e das necessidades populacionais e científicas globais, sempre preservando o indivíduo. A bioética na Odontologia deve acompanhar os pressupostos para as ciências médicas, interconectando áreas, apresentando-se também dependente daquele dinamismo e compartilhando características e conceitos tanto bioéticos como deontológicos.

## **A bioética como disciplina**

A rigor, a bioética pode não ser considerada uma disciplina, nem uma ciência, nem uma nova ética, pois sua prática e seu discurso se situam na intersecção entre várias tecnociências. A complexidade da bioética relaciona-se com o fato desta apresentar-se na encruzilhada entre um grande número de disciplinas, em um espaço de encontro, mais ou menos conflitivo, de ideologias morais, religiosas e filosóficas, localizando-se em uma região de importantes embates para uma multidão de grupos de interesses e de poderes constitutivos da sociedade civil (HOTTOIS, 2001). No entanto, um dos marcos referenciais do surgimento desta disciplina remonta à publicação do livro *Bioethics: a bridge to the future* (*Bioética: uma ponte para o futuro*), em 1971, que alertava sobre a fragilidade dos ecossistemas e a precariedade da vida humana (POTTER, 1971). Antes, porém, Henry Beecker havia publicado o artigo *Ethics and Clinical Research*, que foi de fundamental importância para a aproximação da pesquisa clínica com a medicina e com a ética (BEECHER, 1966). Rapidamente, os pesquisadores do Instituto Kennedy passaram a fazer uso da palavra bioética para tratar de reflexões de cunho ético no campo biomédico, quanto aos dilemas que envolvem o nascimento, o transcurso e a morte dos seres humanos, com o refinamento tecnocientífico no campo biomédico e em outras áreas como, por exemplo, a engenharia genética; a biologia molecular, que está relacionada ao mapeamento do genoma humano; a manipulação genética sob as perspectivas e promessas da tecnologia de clonagem; as terapias envolvendo o uso de células-tronco; os transplantes de órgãos e tecidos; a saúde reprodutiva, quanto à justa alocação de recursos (ALEKSANDROWICZ & SCHRAMM, 2007; RIBEIRO & SCHRAMM, 2006). Neste contexto, surgiu a disciplina de bioética caracterizada como o estudo sistemático das dimensões morais, incluindo visão moral, decisões, condutas e políticas relacionadas às ciências da vida e atenção à saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas em um cenário interdisciplinar (COSTA et al., 1998; REICH, 1995).

Na literatura, encontram-se menções ao modelo de ensino vigente como herdeiro do relatório Flexner, proposto em 1910, cujas bases abrigam o biologicismo, o tecnicismo, o individualismo, a fragmentação e a atuação curativa, sem reconhecer e aplicar práticas alternativas, que integrem o processo saúde-doença. Acompanhando tal modelo, sugere-se que o conhecimento resultante é fragmentado e técnico, centrado no atendimento clínico e curativo, privilegiando percepções específicas nas diferentes

áreas do saber médico e desconsiderando a inseparabilidade entre as partes e o todo do ser humano (MOYSÉS, 2003; CAMARGO, 1996; SIQUEIRA, 2000; SIQUEIRA, 2002; PORTILLO, 1998; CREUTZBERG et al., 2005). Esta formação tradicional em saúde, baseada na organização disciplinar e nas especialidades, que conduz ao estudo fragmentado dos problemas de saúde das pessoas e das sociedades, levariam à formação de especialistas, dificultando o trato com as totalidades ou com realidades complexas. Os profissionais formados seriam centrados na assistência individual, realizada com exclusividade por um sujeito individual, o cirurgião-dentista, restrito ao ambiente clínico, que domina diversos tipos de tecnologias, mas torna-se cada vez mais incapaz de lidar com a subjetividade e a diversidade moral, social e cultural das pessoas, influenciando no desenvolvimento da ciência e da tecnologia odontológica (CECCIM, 2004; FRAZÃO, 1998). A formação ética do profissional não possibilita reflexões críticas de suas práticas e é reforçada, também, por aquelas formas fragmentadas de conhecimento, com ênfase no tecnicismo, no aprendizado das técnicas cirúrgico-restauradoras que tomam como objeto os dentes, distanciando-se da compreensão mais ampliada do processo saúde-doença (AMORIM & SOUZA, 2010).

Nos dias atuais, o profissional da área odontológica deve possuir e praticar conhecimentos sobre a ética profissional e a bioética. O enfoque deontológico no ensino da ética, durante a formação profissional, deve suplantar a insuficiência do conhecimento dos deveres e direitos profissionais, ampliando a visão dos problemas existentes. O acesso a estas áreas do conhecimento pode contribuir para a redução do grande número de atitudes contrárias às leis da bioética, tomadas por cirurgiões-dentistas, assim como refletir na diminuição do número de ações judiciais que envolvem estes profissionais. Esse quadro pode estar relacionado ao desinteresse do profissional enquanto graduando e também no papel de egresso, assim como das universidades que não abordam o tema com a devida significância nos cursos dessa área (AMORIM & SOUZA, 2010; GONÇALVES & VERDI, 2007). As Faculdades de Odontologia latino-americanas, incluindo as do Brasil, vêm sendo sistematicamente criticadas pela inadequação de suas estruturas curriculares, desconsiderando, na maioria das vezes, a produção histórica de saberes e práticas de saúde, sendo constatadas deficiências em relação às necessidades epidemiológicas, econômicas e sociais do país, faltando diretrizes consolidadas que exprimem lacunas na formação dos pesquisadores no campo da saúde e desfavorecendo a construção global do conhecimento (PAULA & BEZERRA, 2003; AIRES et al., 2006; GRISARD, 2002; AMORIM, 2002; MORIN, 2002.). O conceito de ética no cotidiano do ensino odontológico precisa também ser ampliado de uma ética profissional, codificada em obrigações e direitos, para uma ética do gênero humano, visando aprender um saber-ser e não somente um saber-fazer (MORIN, 2002). Esta formação ética do profissional de saúde deve ser iniciada no ciclo básico do curso de nível superior, enfatizando a análise dos problemas e casos práticos que poderão acontecer na realidade concreta da vida profissional de futuros dentistas (GOMES, 1996a).

Segundo a Resolução CNE/CES nº 3, de 19 de fevereiro de 2002 (Brasil, 2002), é preciso ver a totalidade e a unicidade da prática odontológica, para que seja formado um profissional generalista, com boa formação técnico-científica, humanística e ética, orientado para a leitura crítica da realidade e estimulado e capaz de fazer promoção de saúde. Este modelo de ensino deve considerar e trabalhar simultânea e igualmente nas atividades cognitivas (teóricas), no domínio das habilidades psicomotoras (práticas) e nas habilidades afetivas (de atitudes) (ESTRELA, 2001).

O mercado, por outro lado, tem influenciado a ênfase em programas que incorporam tecnologias “duras”, ou seja, em modelos de práticas estruturadas a partir de aparato tecnológico de densidade e custo elevados e de difícil acesso para o usuário. Este modelo requer profissionais cada vez mais especializados e pouco qualificados para perceber e atuar em dimensões mais amplas do processo saúde-doença (PINTO, 2000). O cuidado com o ser humano é negligenciado ao invés de ser o centro das ações. A escola, além de educar para a inteligência e a razão, deveria também educar para a cidadania e a emoção. Da mesma forma que o aluno precisa ser preparado para realizar as técnicas, também deve ser preparado para lidar com pessoas, levando em consideração os seus sentimentos (CREUTZBERG et al., 2005).

A incorporação de processos educativos na área da saúde, visando redefinir as práticas profissionais de acordo com as necessidades odontológicas populacionais, considerando a humanização, o cuidado, o exercício da cidadania e a compreensão de que as condições de vida têm papel fundamental na definição do processo saúde-doença das populações, demandando dos dentistas novas habilidades para lidar com a realidade social, visando alcançar a integralidade das ações de saúde bucal (AMORIM & SOUZA, 2010).

A formação tradicional em saúde, que é baseada na organização disciplinar e nas especialidades, é abordada por alguns autores como prejudicial ao exercício da bioética. No entanto, a formação da consciência ética não pode ser vista como algo que ocorra espontaneamente ou seja de responsabilidade exclusiva da universidade. Esta capacidade depende dos estímulos promovidos pela família e pelos instrumentos de inserção social, em particular a escola. Não se podem exigir comportamentos éticos se não forem ofertadas oportunidades para sua construção e realização. Comumente, encontramos estudantes que tiveram construção moral e ética deficitária, e a partir do momento que estes passam para a condição de profissionais formados, vários problemas podem se desenvolver, como a prestação de atendimento odontológico com conduta profissional e valores invertidos, em detrimento da vida e dos direitos humanos. Sendo assim, o ensino da bioética na odontologia destaca-se na formação dos novos profissionais, mostrando-se como um novo conceito de ética aplicada a uma série de situações inovadoras, vivenciadas pela evolução das ciências biomédicas, oferecendo ao aluno a capacidade de analisar questões éticas e de tomar decisões éticas (GARRAFA, 2006; FREIRE, 2003; PRADO & GARRAFA, 2006; FREITAS et al., 2005; RAMOS, 2003; GOMES, 1996; ALMEIDA & SCHRAMM, 1999).

## **A bioética na clínica odontológica**

A ética médica foi desenvolvida a partir dos trabalhos de Hipócrates e a atitude do médico perante o paciente, desde então, baseava-se no modelo da beneficência e cabia unicamente ao médico a decisão, tanto diagnóstica quanto terapêutica, ao passo que a obrigação do doente era acatar passivamente as decisões e prescrições (ALMEIDA, 1999). A autonomia dos indivíduos que compõem a sociedade, o princípio da beneficência, da justiça, da excelência, da virtude, a pluralidade sociocultural, a definição dos conteúdos, tendo como referência a responsabilidade científica e social das áreas de saúde, devem compor o enfoque bioético (GARRAFA, 1995). Tal enfoque favorece o aspecto que envolve o usuário e este passa a ser respeitado no seu direito de ter opiniões próprias,

fazer escolhas e agir de acordo com seus valores e crenças, levando-o, muitas vezes, à discordar das indicações técnicas. Hoje, o usuário não se apresenta, simplesmente, na posição de receptor do benefício, mas como um sujeito que discute opiniões sobre sua saúde, seu tratamento e seu bem-estar (ZOBOLI & MASSAROLLO, 2002). Em todo o mundo, os pacientes estão relativamente mais informados sobre temas de saúde e têm conhecimento dos serviços modernos da odontologia, fazendo com que eles tenham aumentado suas escolhas e direitos. Além disso, eles estão mais aptos a fazer comparações e estão mais engajados nos processos de decisões de tratamento, o que ocorre, com mais frequência, naqueles com maior nível de educação (SCHOUTEN et al., 2002; SCHOUTEN et al., 2003; CHAPPLE et al., 2003). Esta percepção do usuário como um todo, com personalidade específica, problemas e anseios particulares, é fundamental para a boa comunicação e o sucesso do atendimento odontológico (GARBIN et al., 2002).

Desde a graduação em odontologia, o futuro profissional deve utilizar as clínicas odontológicas como um espaço privilegiado, não somente visando ao aprendizado de procedimentos técnicos, mas também para exercitar a reflexão da ética, exercendo ações, assimilando condutas e adquirindo hábitos saudáveis para o exercício da profissão (GONÇALVES & VERDI, 2007).

Nos dias atuais, o cirurgião-dentista deve possuir e praticar conhecimentos além da ética profissional, ou seja, sobre a bioética. São grandes os números de atitudes tomadas por cirurgiões-dentistas que apresentam-se contrárias ao que dizem as leis da bioética, muitas vezes por nunca terem acesso a tais informações. O grande número de ações judiciais envolvendo estes profissionais, reflete e sinaliza um quadro de deficiência na abordagem do tema pelas faculdades de odontologia, assim como o desinteresse de acadêmicos e de egressos. Simultaneamente, o elevado contingente de cirurgiões-dentistas associado à elevada concentração nos grandes centros urbanos gera uma crise na oferta dos serviços odontológicos, levando a uma concorrência desenfreada, promovendo a substituição gradativa do trabalho autônomo pelo assalariado, de forma direta (contratação) e indireta (credenciamento), resultando na desconsideração ética durante a prática profissional (QUELUZ, 2003; VASCONCELLOS, 2003). Diante desta realidade mercadológica, que impõe uma concorrência também no setor odontológico, a busca por uma melhor remuneração tem levado alguns profissionais a realizarem procedimentos para os quais não se encontram devidamente capacitados. Ações deste tipo denotam a ausência do compromisso e da responsabilidade do profissional para com o usuário. Tais ações, geralmente, resultam em um número elevado de iatrogenias, indo contra o princípio do não malefício (FRAZÃO, 1998; AMORIM & SOUZA, 2010). Na clínica odontológica, neste momento de grande desenvolvimento científico e industrial, uma gama enorme de novos materiais, dispositivos, instrumentais e biomateriais, compõem o leque terapêutico do cirurgião-dentista. O expressivo desenvolvimento de biomateriais, por exemplo, para utilização em clínica odontológica, na última década, tem representado um poderoso instrumento para utilização nas atividades cirúrgicas, especialmente nas correções de defeitos ósseos. No entanto, um estudo realizado por Bugarin Júnior e Garrafa, mostrou, em seus resultados, que os profissionais utilizam biomateriais desconhecendo seus riscos e seus efeitos adversos, distanciando-se do princípio da beneficência (GARBIN & GARBIN, 1994; FARINASSI, 2007; BUGARIN JÚNIOR & GARRAFA, 2007; BEAUCHAMP & CHILDRESS, 2001; PORTILLO, 1998; PRADO & GARRAFA, 2006).

É crucial que as práticas de saúde sejam norteadas pela promoção do bem-estar dos usuários e o restabelecimento da sua saúde integral, pautadas na beneficência, conduzindo o odontólogo a agir de acordo com o melhor para o indivíduo. Para isto, o usuário não deve ser visto como uma boca ou como um dente, sendo necessário o reconhecimento, a compreensão e o traquejo para lidar com problemas éticos que surgem durante a prática profissional (FRAZÃO, 1998; AMORIM & SOUZA, 2010). Esse respeito ao paciente e às atitudes éticas deve ser um dos pilares do exercício profissional. As alternativas de tratamento devem ser esclarecidas aos pacientes, juntamente com seus respectivos custos, prós, contras, riscos, possíveis complicações e benefícios. Mais do que obrigação legal, prevista no ordenamento jurídico nacional, esta é uma atitude ética, pautada também em princípios bioéticos, devendo o paciente dar o seu consentimento livre e esclarecido para a realização do tratamento (SERRA, 2007).

## **A bioética na pesquisa clínica odontológica**

As grandes descobertas sobre a natureza da matéria, do tempo e do espaço, realizadas por Einstein, Planck, Bohr e Heisenberg, foram colocadas em debate para o público não especializado que, mesmo não detendo competências técnicas para discussões de cunho teórico, produziu intervenções que versavam a respeito do caráter ético das pesquisas (MORIN, 2002). No campo da pesquisa clínica, a Conferência da Organização Mundial da Saúde (OMS), de 1992, que resultou no livro *Ethics and Research on Human Subjects*, mostrou-se como um marco para a delimitação do conceito de vulnerabilidade nos estudos éticos, envolvendo pesquisas com seres humanos (BANKOWSKI & LEVINE, 1993). A bioética visa resguardar os direitos das pessoas participantes de projetos, sejam como sujeitos, pesquisadores ou trabalhadores, no que se refere à proteção de riscos, desconfortos, privacidade e abusos de qualquer espécie (HOSNE, 2003). Desta forma, quando de pesquisas na área biomédica, em que um ser humano é o sujeito da pesquisa, é preciso atentar para todos os conceitos éticos, implicando no consentimento do sujeito, na manutenção da privacidade das informações do sujeito, na aprovação pelos pares e pela comunidade. A aprovação pelos pares avalia a relevância da questão científica, a relação entre o benefício da informação que será obtida com a pesquisa e o risco do sujeito e a qualidade científica da proposta para responder às questões levantadas. Na Odontologia, há muitas e diferentes questões que fazem parte deste abrangente leque bioético, mas a discussão ainda é incipiente (BRASIL, 1996). No entanto, uma vez que pesquisas com seres humanos são práticas corriqueiras na área odontológica, a adequação destas aos novos paradigmas faz-se urgente. A análise dos riscos e benefícios, a obediência às normas e tratados internacionais sobre o tema são imprescindíveis, assim como a discussão com os pesquisadores sobre os aspectos éticos dos trabalhos científicos (GARRAFA, 1993; SERRA, 2007).

Na pesquisa, o modelo biomédico e a ideia da etiologia específica, juntamente com uma pressão sobre os pesquisadores na produção de resultados que sejam prontamente aplicados, favorecem explicações simplificadas, terapias com drogas ou outras intervenções baseadas em tecnologia. A despeito da inabilidade deste modelo em enfrentar os desafios levantados pela pesquisa moderna sobre a causa, outras direções são relativamente negligenciadas, levando à produção de “mais do mesmo conhecimento” em muitas áreas (PAULI et al., 2000; DEAN, 2004).

Forssén et al., 2010, mostraram um método que cobre todo o processo envolvido nas etapas da pesquisa, dividido em três partes. O início, desenho e planejamento de um estudo são denominados de elementos *upstream* e incluem pré-requisitos, pressupostos e conhecimentos prévios. Todos os elementos que dizem respeito à execução do estudo são denominados de elementos *midstream*. A parte final, que engloba as consequências potenciais do estudo para os indivíduos, cuidados com a saúde e para a sociedade, é denominada de elementos *downstream*. A ideia é eleger elementos, em cada parte da pesquisa, que sejam relevantes nos aspectos éticos, sociais e políticos.

Para se obter a esperada integridade na pesquisa clínica, não há uma fórmula, mas um comportamento ético. A discussão sobre o tema deve ser incentivada e estar presente nos cursos de graduação e pós-graduação. As pesquisas científicas que envolvem seres humanos podem e devem ser executadas dentro de padrões éticos. Para a ciência, a tecnologia não tem limites, mas a bioética deve nortear esses avanços dentro do respeito ao ser humano e à sua individualidade (GALVÃO et al., 2010). O valor social da pesquisa relacionada com a saúde internacional, no mínimo, refere-se aos esforços com o objetivo de assegurar que a pesquisa global em saúde contribua para a melhoria da saúde humana, durante, por exemplo, a geração e a aplicação do conhecimento generalizado e tem, recentemente, se tornado uma preocupação fundamental na ética da pesquisa global, especialmente quando esta pesquisa é realizada num quadro com poucos recursos (EMANUEL EZEKIEL et al., 2004). Várias estratégias têm sido concebidas para promover o valor social da pesquisa, incluindo a solicitação de partilha de benefícios. Isto leva à elucidação se nada é devido aos participantes, suas comunidades e nações anfitriãs que participam de tais pesquisas. Outra estratégia inclui o desenvolvimento de sociedade/participação, para identificar prioridades para a pesquisa e engajamento comunitário para aumentar a proteção dos participantes de pesquisas (EMANUEL & GRADY, 2007; SIMM, 2007). Estes desenvolvimentos têm sido cristalizados através de guias para a ética na pesquisa, que devem prover direção quando for considerada a partilha de benefícios. Entretanto, os debates sobre bioética relacionada à definição de benefícios, beneficiários e o âmbito das obrigações para prover benefícios continuam na literatura acadêmica. O debate sobre quais benefícios são justificáveis eticamente mostra uma divisão de opinião entre aquelas determinações de favorecimento baseadas no tipo de pesquisa e aquelas chamadas para uma abordagem genérica baseada em questões de segundo plano/formação de exploração e opressão que produzem uma saúde ruim em locais com poucos recursos (CHRISTAKIS, 2004; BALLANTYNE, 2008; BHUTTA, 2002; LONDON, 2005).

## **Termo de consentimento livre e esclarecido**

A concretização da autonomia do indivíduo é obtida através da utilização do consentimento livre e esclarecido (ZOBOLI & MASSAROLLO, 2002).

Uma das questões centrais na ética, tanto na pesquisa com seres humanos, como na prática clínica, é o desenvolvimento das condições que permitam ao paciente o fornecimento de um consentimento que esteja baseado em uma decisão, atitude e ações, independentes e autônomas, fundamentadas em informações verdadeiras quanto às implicações presentes e futuras para o paciente e permitindo uma escolha entre as alternativas de consentir ou não consentir. Dispor condições necessárias para que

esse consentimento fosse solicitado e formalizado em documentos apropriados, e esse conjunto de diretrizes passou a ser denominado de obtenção do termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE) (SCHOUTEN et al., 2002; SCHOUTEN et al., 2003). Do ponto de vista ético, a exigência do consentimento informado visa ao respeito à autonomia dos sujeitos, bem como a observação dos princípios de beneficência e justiça (BRENES et al., 1998).

Este “Termo de Consentimento Livre e Esclarecido” (TCLE), que deve ser avaliado por um conselho de ética em pesquisa (CEP), é ainda hoje a razão principal de devolução de protocolos para modificações, o que demonstra que estes documentos ainda não estão completamente adequados para os seus reais objetivos. Desta forma, e de acordo com a Resolução nº 196/96, todas as instituições que desenvolvem pesquisas com seres humanos são obrigadas a constituir um ou mais CEP. Na impossibilidade dessa medida, a Resolução nº 196/96 prevê que os projetos de pesquisa de uma instituição sejam apreciados pelo CEP de outra instituição, de preferência por aquele que seja indicado pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP/MS) (BRASIL, 1996). Sendo assim, a necessidade de obtenção do consentimento livre e esclarecido para a realização de trabalhos odontológicos é inquestionável. Para isso, os profissionais precisam apresentar as alternativas de tratamento existentes e as características de cada uma. Assim, não se concebe um profissional que imponha ao paciente o trabalho que achar melhor (SERRA, 2007).

O pleno exercício do consentimento somente é possível após serem discutidos com o usuário pontos essenciais como o diagnóstico, o plano de tratamento, as consequências dos procedimentos, incluindo possíveis sequelas, caso existam, e os seus custos. A linguagem precisa ser clara e acessível dentro dos padrões de compreensão intelectual, cultural e psicológica do indivíduo. Para informar o usuário é preciso, antes de tudo, ser capaz de comunicar-se com ele. A comunicação é um dos pilares mais importantes para o alcance do relacionamento efetivo entre o profissional e o usuário, e talvez esteja relacionada a uma das grandes barreiras a serem superadas na odontologia. As habilidades técnicas não suplementam a necessidade de se estabelecer uma relação com o usuário que propicie segurança, confiança e comprometimento (CREUTZBERG et al., 2005).

Com respeito ao conteúdo do TCLE, deve-se observar que o futuro é incerto e toda descoberta de cura deve ser considerada, podendo-se ter uma determinada situação revertida por inúmeras e imprevisíveis circunstâncias. O princípio do consentimento proporciona a base para aquilo que poderia ser chamado de autonomia como respeito mútuo. O respeito pela autonomia das pessoas como agentes morais, capazes de decisões informadas e que apresenta-se central no diálogo bioético. O principal desafio durante o processo de consentimento é garantir a compreensão adequada do indivíduo, principalmente em um país como o Brasil, em que a grande maioria dos sujeitos de pesquisa é extremamente vulnerável devido às condições sociais, culturais e econômicas diferenciadas. Em algumas situações pode ocorrer confusão entre Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) e Contrato de Prestação de Serviços. O primeiro traduz manifestação de anuência para o tratamento, tendo sido esclarecidas as opções possíveis e suas características; o segundo é documento jurídico de natureza obrigacional, que estabelece direitos e deveres entre as partes (cirurgião-dentista e paciente). Infelizmente, ainda é pequeno o número de colegas que se valem de ambos. Alguns, por desconhecimento ou ignorância, e outros, por acharem desnecessário (DINIZ & GUILHERME, 2002; ENGELHARDT, 1998; LOLAS, 2001; CLOTET et al., 2000; SERRA, 2007).



Desta forma, o processo de educação ética e moral precisa receber ênfase nas instituições de ensino, principalmente no que diz respeito à necessidade de consentimento dos pacientes para a realização tanto de procedimentos clínicos quanto na prática de pesquisa com seres humanos. Desta forma, o TCLE deve assegurar ao paciente o direito de informação sobre todos os procedimentos que serão realizados, assim como todos os riscos inerentes ao tratamento ou aos procedimentos envolvidos com a pesquisa. Estas informações devem ser passadas de forma clara e detalhada, com uma linguagem que seja acessível ao paciente. Embora o processo de consentimento tome um determinado tempo, ele provê uma oportunidade para o cirurgião-dentista criar um bom relacionamento com o paciente, comunicando os detalhes do tratamento e fornecendo as informações necessárias para o adequado entendimento do paciente. Isto também permite que o paciente imponha a sua opinião e concorde com o tratamento proposto. Com isso, será possível a construção da confiança do paciente no profissional, já que ele vai estar completamente informado e terá controle sobre as suas decisões, sobre o seu tratamento (SALES-PERES et al., 2011; MOHAMED TAHIR, 2002).

## **Considerações finais**

Adotar um modelo pedagógico que contemple processos inter e transdisciplinares é muito importante. Pode-se dizer que a bioética, assim como a ética, necessita de uma difusão, tão mais cedo quanto possível, a todos os indivíduos que compõem a sociedade. Percebe-se, também, que tanto a ética como a bioética estão diretamente ligadas à educação, ao aspecto cultural e, imensamente, a uma questão de sentimento humanitário, provavelmente herdado em âmbito familiar. Certamente, a construção de uma sociedade ética, capaz de pensar, criticar e somar atitudes bioéticas envolve exemplos de caráter e atitudes políticas, particularidades econômicas, regionais, etc. Este aspecto multifatorial da bioética enfatiza ainda que, durante o tempo de graduação universitária, transmitir toda a informação necessária e mudar concepções a respeito do tema torna-se difícil, embora seja indiscutivelmente necessário.

Quanto ao ensino corrente de odontologia, necessidades sociais brasileiras solicitam uma graduação mais generalista e embora a dinâmica já tenha sido fragmentada a grande maioria das escolas de odontologia já apresenta um currículo consistente para a formação do clínico geral. O egresso, por sua vez, busca, ao se especializar, o aumento do conhecimento e melhor qualidade de vida. Provavelmente, uma melhor valorização e melhores condições de trabalho ao cirurgião-dentista por parte do SUS seja a melhor estratégia para motivar um número maior de egressos generalistas. No entanto, a ciência odontológica, assim como todas as outras, evolui, diariamente, a passos largos e cada especialidade apresenta uma característica em particular onde seria utópico e totalmente avesso ao tempo atual o desprezo às especialidades e seus especialistas.

Por fim, chamamos a atenção para a colocação de Beecher, em 1966, tendo dito que não basta o recolhimento do termo de consentimento como uma salvaguarda legal. Tal termo deve representar a compreensão livre do sujeito pesquisado diante do experimento. Atenção também para a Carta de Brasília, remetida à Associação Médica Mundial, em 2000, que reforçou um dos principais tópicos da Declaração de Helsinkí, na qual determina que em qualquer pesquisa clínica seja utilizado “o melhor método terapêutico de eficácia comprovada”, independente da localidade da pesquisa.

## Referências bibliográficas

- AIRES C. P, HUGO F. N, ROSALEN P. L, MARCONDES F. K. *Teaching of Bioethics in Dental Graduate Programs in Brazil*. Braz Oral Res. 2006;20:285-289.
- ALEKSANDROWICZ A. M. C, Schramm, F. R. *Origem e destino revisitados: a clonagem entre a profecia e a promessa*. Hist. cienc. saude-Manguinhos 2007;14:421-441.
- ALMEIDA, J. L. T. *Respeito à autonomia do paciente e consentimento livre e esclarecido: uma abordagem principialista da relação médico-paciente [tese]*. Rio de Janeiro (RJ): Escola Nacional de Saúde Pública; 1999.
- ALMEIDA, J. L. T., Schramm, F. R. *Paradigm shift, metamorphosis of medical ethics, and the rise of bioethics*. Cad. Saúde Pública. 1999;15:15-25.
- AMORIM, A. G, SOUZA, E. C. F. Problemas éticos vivenciados por dentistas: dialogando com a bioética para ampliar o olhar sobre o cotidiano da prática profissional. *Ciência&Saúde Coletiva* 2010;15:869-878.
- AMORIM, K. P. C. *Nos labirintos da vida: a (bio)ética na formação de odontólogos (a visão de docentes)* [dissertação]. Natal (RN): Universidade Federal do Rio Grande do Norte; 2002.
- ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. *Declaração de Tel Aviv*. Tel Aviv: Associação Médica Muncial, 1999.
- BALLANTYNE, A. "Fair Benefits" accounts of Exploitation Require a Normative Principle of Fairness: A Response to Gbadegesin and Wendler, and Emanuel et al. *Bioethics* 2008;22:239-244.
- BANKOWSKI Z, LEVINE R. *Ethics and Research on Human Subjects: International Guidelines*. Geneva: Concl for International Organizations of Medical Sciences, 1993.
- BEAUCHAMP, T. L, CHILDRESS, J. F. *Princípios de ética*. São Paulo: Loyola; 2002.
- BEAUCHAMP, T. L, CHILDRESS, J. F. *Principles of biomedical ethics*. 5. ed. New York; Oxford University Press; 2001.
- BEECHER, H. K. *Ethics and clinical research*. New England Journal of Medicine 1966;274:1354-1360.
- BHUTTA, Z. A: *Ethics in international health research: a perspective from the developing world*. Bulletin of the World Health Organization 2002, 80(2).
- BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB*. Diário Oficial da União 1996; 23 dez.
- BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. Conselho Nacional de Educação. *Resolução CNE/CES nº 3, de 19 de fevereiro de 2002*. Institui Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Odontologia. Diário Oficial da União 2002; 4 mar.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Câmara Técnica de Medicamentos. *Resolução Normativa nº 1/78, de 30 de agosto de 1978*. Dispõe sobre o estabelecimento de uma sistemática da experimentação terapêutica, bem como de todos os itens que devem ser abrangidos nas suas diversas etapas. Diário Oficial da União 1978; 17 out.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. *Resolução nº 01/88 de 13 de junho de 1988*. Dispõe sobre a aprovação das normas de pesquisa em saúde. Diário Oficial da União 1988; 14 jun.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. *Resolução n.196/96, de 10 de outubro de 1996*. Estabelece as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília (DF); 1996 out. 16; Seção 1: 21082-5.
- BRENES, V; MESA, A; ORTIZ, O; CONTRERAS, X; VERNON, R; REYES, H; RODRÍGUEZ, G; SANTOS, E; SUÁREZ C.; *El derecho al consentimiento informado: un ejercicio en construcción*. Leyes, casos y procedimientos de queja en los servicios de planificación familiar en Mexico. New York: Population Council; 1998. p. 56.

- BUGARIN JÚNIOR, J. G, GARRAFA, V. *Bioética e biossegurança: uso de biomateriais na prática odontológica*. Rev Saúde Pública 2007;41:223-8.
- CAMARGO, M. C. V. Z. A. *O ensino da ética médica e o horizonte da bioética*. Rev Bioética 1996;4:47-51.
- Carta de Brasília. Documento resultante do Fórum Nacional Declaração de Helsinki: *Perspectivas da Sociedade Brasileira*. Brasília: Anis - Instituto de Bioética Direitos Humanos e Gênero/Conselho Federal de Medicina/Fundação Oswaldo Cruz, 2000.
- CECCIM, R. *Mudança na graduação das profissões de saúde sob o eixo da integralidade*. Cad Saúde Pública 2004; 20:1400-1410.
- CHAPPLE, H; SHAH, S; CARESS, A. L; Kay, E. J; *Exploring dental patients' preferred role in treatment decision making – a novel approach*. Br Dent J 2003; 194:321-327.
- CHRISTAKIS, N. A. : *Social networks and collateral health effects*. BMJ 2004;329:184-185.
- CLOTET, J; GOLDIM, J. R; FRANCISCONI, C. F. *Consentimento informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS; 2000.
- COSTA, S. I. F; GARRAFA, V; OSELKA, G. Apresentando a Bioética. In: Costa, S. I. F, GARRAFA, V; Oselka, G; organizadores. *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina; 1998, p. 15-18.
- CREUTZBERG, M; FUNCK, L; KRUSE, M. H. L; MANCIA, J. R; organizadores. A construção do compromisso ético na formação dos acadêmicos do curso de Enfermagem da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. In: *Livro-Temas do 56º Congresso Brasileiro de Enfermagem*; 2004 Out 24-29; Gramado, Brasil. Brasília: ABEn; 2005.
- DEAN, K. *The role of methods in maintaining orthodox beliefs in health research*. Soc Sci Med 2004;58:675-685.
- Declaration of Helsinki. *Ethical principles for medical research involving human subjects*. Adopted by the 18th World Medical Assembly. Helsinki, Finland, June 1964 and amended by 1975, 1983, 1989, 1996, 2000.
- DINIZ, D; GUILHEME, D. *O que é bioética?* Brasiliense, São Paulo, 2002, 69 pp.
- EMANUEL, E. J, Crouch RA, Arras JD, Moreno JD, Grady C. *Ethical and regulatory aspects of clinical research*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press; 2004.
- EMANUEL E. Â. J; WENDLER, D; KILLEN, J; GRADY, C.: *What Makes Clinical Research in Developing Countries Ethical? The Benchmarks of Ethical Research*. The Journal of Infectious Diseases 2004; 189:930-937.
- EMANUEL, E; Grady, C: *Four Paradigms of Clinical Research and Research Oversight*. Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics 2007;16:82-96.
- ENGELHARDT JR, H. T. *Fundamentos da bioética*. São Paulo; Editora Loyola; 1998.
- ESTRELA, C. *Metodologia científica: ensino e pesquisa em odontologia*. São Paulo; Artes Médicas; 2001.
- FARINASSI, J. A. *Biossegurança no ambiente odontológico*. SOTAU R. Virtual Odontol. 2007;1:24-30
- FRAZÃO, P. Tecnologias em saúde bucal coletiva. In: Botazzo, C, Freitas, S. F. T, organizadores. *Ciências sociais e saúde bucal: questões e perspectivas*. São Paulo: EDUSC/UNESP; 1998. p. 159-174.
- Freire, P. *Pedagogia da esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido*. 11. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra; 2003.
- FREITAS, S. F. T, KOVALESKI, D. F, BOING, A. F. *Desenvolvimento moral em formandos de um curso de odontologia: uma avaliação construtivista*. Cienc Saúde Colet 2005;10:453-462.
- FURTADO L. A. C, TANAKA, O. Y. *Processo de construção de um distrito de saúde na perspectiva de gestores e médicos: estudo de caso*. Rev. Saúde Pública 1998;32:587-595.

- GALVÃO, R. C. D. et al. *A importância da bioética na odontologia do século XXI*. *Odontol. Clín.-Cient.* 2010; 9:13-18.
- GARBIN, C. A. S; MARIANO, R. Q; MACHADO, T. P; GARBIN, A. J. I. *Estudo bioético das relações humanas no tratamento odontológico*. *Rev Fac Odontol Lins* 2002;14:54-59.
- GARBIN, C. M; GARBIN, N. M. *Enxertos ósseos e regeneração tecidual guiada: noções básicas*. São Paulo; Pancast, 1994.
- GARRAFA, V. *A dimensão da ética em saúde pública*. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública; 1995.
- GARRAFA, V. Multi-inter-transdisciplinaridade, complexidade e totalidade concreta em bioética. In: GARRAFA, V; KOTTOW, M; SAADA, A; organizadores. *Bases conceituais da bioética: conceito latino-americano*. São Paulo: Gaia; 2006, p. 93-119.
- GARRAFA, V. *Saúde bucal e cidadania*. *Saúde em debate (CEBES)* 1993;41:50-7.
- GOMES, J. C. M. *O atual ensino da ética para os profissionais de saúde e seus reflexos no cotidiano do povo brasileiro*. *Rev Bioética* 1996 a; 4:39-45.
- GOMES, J. C. M. *O atual ensino da ética para os profissionais de saúde e seus reflexos no cotidiano do povo brasileiro*. *Rev Bioet* 1996;4:53-64.
- GONÇALVES, E. R; VERDI, M. I. M. *Os problemas éticos no atendimento a pacientes na clínica odontológica de ensino*. *Cienc Saúde Colet* 2007; 12:755-64.
- GRISARD, N. *Ética médica e bioética: a disciplina em falta na graduação médica*. *Bioética* 2002;10:97-114.
- HOSNE, W. S. A regulamentação de pesquisa com seres humanos como instrumento de controle social. In: Fortes, P. A. C; Zoboli, E. L. C. P; organizadores. *Bioética e saúde pública*. São Paulo: Loyola; 2003, p. 95-111.
- HOTTOIS, G. 2001. Bioéthique. G. Hottois & J-N. Missa. *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*. Bruxelles: De Boeck, p. 124-126. <http://pt.wikipedia.org/wiki/Bio%C3%A9tica>.
- KLIGERMAN, J. *Bioética em saúde pública*. *Rev Bras Cancerol* 2002;48:305-307.
- KOTTOW, M. H. *Introducción a la bioética*. Chile: Editorial Universitaria, 1995: p. 53.
- LADRIÈRE, J. *Del sentido de la bioética*. *Acta Bioethica* 2000;6:201-202.
- LOLAS, F. *Bioética o que é, como se faz*. São Paulo: Edições Loyola, 2001.
- LONDON, A. J. *Justice and the human development approach to international research*. *Hastings Center Report* 2005;35:24-37.
- MOHAMED TAHIR, M. A; MASON, C; HIND, V. *Informed consent: optimism versus reality*. *Br Dent J* 2002;193:221-224.
- MORIN, E. *A religação dos saberes: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- MORIN, E. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- MORIN, E. *Os setes saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2002.
- MOYSÉS, S. J. *A humanização da educação em odontologia*. *Pro Posições* 2003; 14:40-74.
- NUREMBERG CODE. *Trials of war criminal before the Nuremberg military tribunals*. *Control Council Law* 1949;10:181-182.
- PAULA, L. M; Bezerra, A. C. B. *A estrutura curricular dos cursos de odontologia no Brasil*. *Rev ABENO*. 2003;3:7-14.
- PAULI, H. G; White, K. L; McWhinney, I. R. *Medical education, research, and scientific thinking in the 21st century (part one of three)*. *Educ Health (Abingdon)* 2000; 13:15-25.
- PINTO, V. G. *Saúde bucal coletiva*. São Paulo: Editora Santos, 2000.
- PORTILLO, J. A. C. *A inserção da odontologia no SUS – avanços e dificuldades [tese]*. Brasília (DF): Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília, 1998.
- POTTER, V. *Bioethics: Bridge to the future*. New Jersey: Prentice-Hall; 1971.

- PRADO, M. M; GARRAFA, V. *A bioética na formação em odontologia: importância para uma prática consciente e crítica*. Comun Cienc Saude. 2006; 17:263-74.
- QUELUZ, D. P. Recursos humanos na área odontológica. In: Pereira, A. C, organizador. *Odontologia em saúde coletiva: planejando ações e promovendo saúde*. Porto Alegre: Artmed; 2003, p.140-157.
- RAMOS, D. L. P 2003. Perspectivas bioéticas na atenção da saúde bucal. In: Fortes PAC, Zoboli ELCP, organizadores. *Bioética e Saúde Pública*. São Paulo: Loyola; 2003, p.161-167.
- REICH, W. T. *Encyclopedia of Bioethics*. 2nd ed. New York; MacMillan, 1995: XXI.
- RIBEIRO, C. D. M; SCHRAMM, F. R. *Atenção médica, transplante de órgão e tecidos e políticas de focalização*. Cad Saúde Pública 2006; 22:1945-1953.
- SALES-PERES S. H. C; SALES-PERES A; ELEUTÉRIO, A. S. L; OLIVEIRA J. L. G; GIGLIOTTI M. P. *Termo de consentimento livre e esclarecido aos usuários de clínicas odontológicas brasileiras*. Ciência & Saúde Coletiva 2011;16 (supl. 1):805-812.
- SASS, H. M. *Fritz Jahr's 1927 concept of bioethics*. Kennedy Inst Ethics J 2007; 17:279-295.
- SCHOUTEN, B; HOOGSTRATEN, J; EIJKMAN, M. *Dutch dental patients on informed consent: knowledge, attitudes, self-efficiency and behavior*. Patient Educ Counsel 2002; 46:47-54.
- SCHOUTEN, B. C; HOOGSTRATEN, J; EIJKMAN, M. A. J. *Patient participation during dental consultations: the influences of patients' characteristics, and dentists' behavior*. Community Dent Oral Epidemiol 2003; 31:368-377.
- SERRA, M. C. *Bioética, biodireito e odontologia*. APCD 2007.
- SIMM, K. *Benefit-Sharing: A look at the history of an ethics concern*. Nature 2007; 8:496.
- SIQUEIRA, J. E. *A arte perdida do cuidar*. Rev Bioética 2002; 10:89-106.
- SIQUEIRA, J. E. *Tecnologia e medicina entre encontros e desencontros*. Rev Bioética 2000; 8:55-67.
- SÓRIA, M. L; BORDIN, R; COSTA FILHO, L. C. *Remuneração dos serviços de saúde bucal: formas e impactos na assistência*. Cad Saude Publica 2002;18:1551-1559.
- UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. Paris, 2005; Disponível em <http://www.bioetica.catedraunesco.unb.br>.
- VASCONCELLOS, I. C. *Ética para a odontologia*. RBO 2003; 60:78-79.
- World Medical Association. *Declaration of Helsinki: Recommendationdations guiding physicians in biomedical research involving humans subjects*. JAMA 1997; 277:925-926.
- World Medical Association. *Proposed Revision of the Declaration of Helsinki*. Tel Aviv: World Medical Association;2000.
- Zoboli, E. L. C. P; MASSAROLLO, M. C. K. B. *Bioética e consentimento: uma reflexão para a prática de enfermagem*. O mundo da saúde 2002; 26:65-70.
- ZOBOLI, E. L. C. P; Referências de análise em bioética: o desafio de traçar sua interface com a saúde pública. In: FORTES, P. A. C; ZOBOLI, E. L. C. P; organizadores. *Bioética e saúde pública*. São Paulo: Loyola; 2003, p. 25-34.



# Estrógeno exógeno no início do ciclo estral de vacas leiteiras na indução do estro e na dinâmica ovariana<sup>1</sup>

José Rogério Moura Almeida Neto<sup>2</sup>  
Eduardo Paulino da Costa<sup>3</sup>  
Ademir de Moraes Ferreira<sup>4</sup>  
Wanderlei Ferreira de Sá<sup>5</sup>  
Giancarlo Magalhães Santos<sup>6</sup>  
Rafael José Otero Arroyo<sup>7</sup>

## Resumo

O objetivo do presente trabalho foi verificar o efeito do estrógeno exógeno, em fase precoce do ciclo estral, de vacas leiteiras, na indução do comportamento (sinais) de estro e na dinâmica ovariana. Foram utilizadas 16 vacas mestiças holandês-zebu ciclando regularmente, sem apresentar qualquer alteração clínica ou reprodutiva. As vacas foram incluídas ao acaso nos respectivos tratamentos. Tratamento 1: oito vacas receberam 2,5mL de cipionato de estradiol no 1º dia do ciclo estral, (considerando dia 0 o dia do estro). Tratamento 2 (controle): oito vacas sem tratamento. A manifestação de estro foi monitorada visualmente. Os exames ultrassonográficos foram realizados diariamente pela manhã, iniciando no dia do estro. As coletas de sangue para as dosagens de progesterona tiveram início no dia do estro (dia 0) e foram realizadas a cada três dias até o próximo estro. Os animais que receberam estrógeno no 1º dia após o estro natural manifestaram os sinais característicos de estro (psíquicos, útero túrgido e muco abundante) um dia após o tratamento. Esta redução do intervalo de estro para apenas dois dias pode favorecer a eliminação de bactérias do útero (quando presentes), aumentando, consequentemente, a eficiência reprodutiva. Excetuando o dia da emergência da 1ª onda folicular, todas as outras variáveis estudadas (número e comprimento de ondas, características dos folículos dominantes e subordinados, assim como os parâmetros relacionados ao corpo lúteo e produção de progesterona) não foram afetadas pela aplicação de estrógeno um dia após o estro. A aplicação de cipionato de estradiol em vacas mestiças, um dia após o estro natural promove o aparecimento de sinais de estro (psíquicos, útero túrgido e muco abundante) dois dias após o estro natural, sem afetar as características do ciclo estral subsequente.

**Palavras-chave:** Vacas leiteiras. Reprodução. Dinâmica ovariana

<sup>1</sup> NETO, José Rogério Moura Almeida et al. *Utilização de estrógeno exógeno no início do ciclo estral em vacas leiteiras mestiças*. R. Bras. Zootec. [online]. 2011, vol. 40, n. 7, pp. 1504-1511. ISSN 1806-9290.

<sup>2</sup> Faculdade de Medicina Veterinária de Valença (FMVV/CESVA) – Valença/RJ.

<sup>3</sup> Departamento de Veterinária – UFV – Viçosa/MG

<sup>4</sup> Faculdade de Medicina Veterinária de Valença (FMVV/CESVA) – Valença/RJ.

<sup>5</sup> Embrapa Gado de Leite – Juiz de Fora/MG.

<sup>6</sup> Departamento de Veterinária – UFV – Viçosa/MG

<sup>7</sup> Departamento de Veterinária – UFV – Viçosa/MG

## **Abstract**

The objective of this work was to check the exogenous estrogen, in early phase of estrous cycle, on the range of estrus reduction and ovarian dynamics. Animals cycling regularly were selected, without any clinical or reproductive alterations were used in the experiment. Sixteen Holstein-zebu crossbred cows were casually included in their treatments. Treatment 1: eight cows received 2,5 mL of estradiol cipionate at the first day of the estrous cycle. Treatment 2 (control): eight cows without treatment. The expression of estrus was monitored visually. The ultrasound scans were conducted via transrectal. The measurements began at the estrus day and were done daily in the morning. The blood collections for the measurements of the levels of progesterone began at the estrus day (0 day) and were conducted once every three days until the next estrus day. All the animals that received estrogen at the first day after the estrus showed the estrus signals (psychics, turgid uterus and abundant mucus) the next day. This reduction of the range of estrus for two days can promote the elimination of uterus bacteria (if present), enhancing, consequently, the reproductive capacity. It's known that some estrus alterations can promote the elimination of in-uterus infections (clinical or sub clinical), and the reduction of the range of estrus is indicated for the treatment of such diseases. Except for the day of the first follicular wave emergence, all the other studied variables (number and wave length, characteristics of dominant and subordinate follicles and the parameters related to the corpus luteum and progesterone production) weren't affected by the application of estrogen the day after the estrus. The application of estradiol cipionate in crossbred cows the day after the natural estrus promote the emergence of estrus sign two days after the natural estrus, without affecting the next estrous cycle.

**Keywords:** Cows. Hormone. Reproduction.

## **Introdução**

O sucesso da bovinocultura leiteira está relacionado, em grande parte, à eficiência reprodutiva, pelo seu efeito direto na produção de leite e bezerras (Ferreira & Sá, 1987). Desta forma, o atraso na concepção de uma fêmea bovina aumenta o custo de produção e diminui o desempenho zootécnico (FERREIRA, 1980). Neste contexto, as infecções uterinas representam um dos principais fatores de infertilidade e/ou esterilidade em vacas leiteiras, contribuindo para o alongamento do intervalo de partos (FERREIRA & SÁ, 1987).

Vários estudos têm demonstrado que a prostaglandina F<sub>2</sub>α (PGF<sub>2</sub>α) pode reduzir o intervalo de estros (em vacas com atividade ovariana luteal cíclica), auxiliando na recuperação de processos infecciosos do útero (clínicos ou subclínicos), melhorando, conseqüentemente, a eficiência reprodutiva de rebanhos leiteiros (FERREIRA, 1980; HEUWIESER *et al.*, 2000; DHALIWAL *et al.*, 2001; FERREIRA, 2003). Estas informações indicam que, quanto mais curto o intervalo estral, menos tempo o animal permanecerá em fase progesterônica, o que é desejável em animais com infecção uterina. No entanto, a PGF<sub>2</sub>α não regride o corpo lúteo com menos de cinco dias após o estro (VASCONCELOS, 2000; MOORE & THATCHER, 2006).

O uso da PGF<sub>2</sub>α exógena em fase precoce do ciclo estral reduz o intervalo de estros de 21 para sete a oito dias. Entretanto, não foram encontrados na literatura pesquisada métodos alternativos que promovam uma maior redução deste intervalo. Esta condição seria benéfica no contexto da eficiência reprodutiva, uma vez que o endométrio, sob ação da progesterona, tem seus mecanismos de defesa reduzidos. Ao contrário, concentrações plasmáticas e uterinas elevadas de estrógenos aumentam a ação do sistema imune (PAISLEY, 1986; DHALIWAL *et al.*, 2001).



Tendo em vista que a PGF2 $\alpha$  não regride o corpo lúteo com menos de cinco dias após o estro (VASCONCELOS, 2000; MOORE & THATCHER, 2006), uma das alternativas para a redução do intervalo estral no início do ciclo seria o uso do estrógeno. Em determinadas fases do ciclo estral de bovinos, o estrógeno leva a regressão do corpo lúteo, supressão da secreção de LH e estímulo à produção de prostaglandinas (ROBERTS, 1986; PRATT et al. 1991; BURKE et al. 1996).

O objetivo do presente trabalho foi verificar o efeito do estrógeno exógeno, em fase precoce do ciclo estral, de vacas leiteiras, para indução do comportamento (sinais) de estro.

## Material e métodos

O experimento foi conduzido no Campo Experimental de Santa Mônica (CESM), pertencente à Embrapa Gado de Leite e localizado no distrito de Juparanã, Município de Valença/RJ, no período de 01 de março a 15 de maio de 2008.

Foram utilizadas 16 vacas mestiças holandês-zebu, distribuídas em dois grupos em função do hormônio utilizado (cipionato de estradiol). Estes animais apresentavam escore corporal  $\geq 3,0$  (escala de 1, muito magra, a 5, gorda) de acordo com Ferreira & Torres (1993), não lactantes, com peso vivo médio de 458Kg.

Os animais estavam ciclando regularmente, sendo selecionados por meio de exame ginecológico (palpação transretal e vaginoscopia), sendo utilizados somente os animais sem qualquer alteração clínica ou reprodutiva. As vacas foram mantidas em pastagens formadas por capim braquiária (*Brachiaria decumbens* e *Brachiaria brizantha*), onde recebiam mistura mineral à vontade, bem como água disponível em bebedouros cimentados nos piquetes.

As vacas foram incluídas ao acaso nos seguintes tratamentos: Tratamento 1: oito vacas receberam 2,5mL de cipionato de estradiol no 1º dia do ciclo estral, via intramuscular (IM), na região da garupa, com agulha 25 X 0,7mm, (considerando dia 0 como dia do estro). Tratamento 2 (testemunha): oito vacas sem tratamento constituíram o grupo controle.

A manifestação de estro foi monitorada visualmente durante uma hora por três vezes ao dia: manhã (6h às 7h), meio-dia (12h às 13h) e à tarde (18h às 19h), com auxílio de rufião preparado por aderência peniana e equipado com buçal marcador com tinta vermelha para auxiliar na identificação dos animais em estro. Durante os horários de observação, quando necessário, os animais foram movimentados visando ao agrupamento dos mesmos, com maior contato entre si e evitando, assim, preferências por parte de grupos sexualmente ativos. Foram considerados em estro os animais que aceitavam monta pelo rufião ou pelas companheiras do rebanho.

Foram realizados exames ultrassonográficos por via transretal, utilizando-se um aparelho portátil da marca ALOKA, modelo SSD-500, acoplado a um transdutor linear de 5MHz. As medições tiveram início no dia do estro e foram realizadas diariamente pela manhã, por um único operador, durante um período interestral de 16 animais, totalizando 16 períodos. Foi registrado o diâmetro máximo do maior e do segundo maior folículo presente em cada ovário. Os valores obtidos foram tabulados para representação gráfica da dinâmica folicular dos animais.

O intervalo inter estral (dias) foi definido como o número de dias compreendidos entre dois estros naturais consecutivos, caracterizado pelo comportamento estral (RHODES et al., 1995).

A emergência da onda folicular foi estabelecida como o primeiro dia em que se encontrou um folículo com diâmetro entre 4 e 5mm. Cada onda foi dividida em fase de crescimento, estática e de regressão. A fase de crescimento iniciou no dia da detecção do folículo, terminando no dia em que cessou o seu crescimento progressivo. A fase estática compreendeu o último dia de crescimento até o início da redução de seu diâmetro, e a de regressão, entre o último dia do diâmetro estático até atingir um diâmetro de 4 a 5mm (GINTHER et al., 1989).

O folículo dominante de cada onda foi definido como aquele que possuía o maior diâmetro, o qual excedeu o de todos os outros folículos da onda. Considerou-se apenas um folículo subordinado, por cada onda, sendo aquele que emergiu simultaneamente com o folículo dominante, porém de menor diâmetro e de menor persistência.

Os diâmetros do folículo dominante e do subordinado foram medidos pela maior distância (mm) entre dois pontos da cavidade antral dos folículos, a partir de 4mm. Quando o folículo atingiu seu diâmetro máximo, calculou-se a duração em dias.

O comprimento da onda de crescimento folicular correspondeu ao número de dias entre sua emergência e a regressão do folículo dominante, até um diâmetro de 4 ou 5mm. O dia da detecção da onda folicular foi definido como o dia do primeiro registro de um folículo de diâmetro entre 4 e 5mm. O dia da divergência foi quando o folículo dominante e o subordinado divergiram suas curvas de crescimento.

As características morfológicas do corpo lúteo foram avaliadas diariamente ao longo do ciclo estral, medindo-se a área da seção transversal (cm<sup>2</sup>) e das cavidades luteais (área e máximo diâmetro longitudinal e transversal), segundo os procedimentos de Pierson e Ginther (1988). A área do tecido luteal foi calculada pela diferença entre a área da seção transversal do CL e da cavidade luteal. O volume do tecido luteal e da cavidade do corpo lúteo foi calculada pela fórmula matemática:  $V = 4/3 \pi \cdot a/2 \cdot (b/2)^2$ , onde a= eixo longitudinal e b= eixo transversal (G et al., 1997). O volume da cavidade luteal foi subtraído do volume do corpo lúteo para determinar o volume do tecido luteal em corpos lúteos cavitários.

As coletas de sangue para as dosagens de progesterona tiveram início no dia do estro (dia 0) e foram realizadas a cada três dias até o próximo estro. Todas as coletas foram realizadas sempre antes de qualquer procedimento. Foi considerada atividade luteal a concentração de progesterona a partir de 1,0ng/mL (YOUNGQUIST 1997; WILTBANK & NISWENDER 1992; GUTIERREZ et al. 1994; MAPLETOFT et al. 2000; WILTBANK et al. 2000; GONÇALVES et al. 2002; GONZÁLEZ 2002a).

As amostras foram coletadas em tubos vacuolizados de 15mL, sem solução anticoagulante, por punção da artéria ou veia caudal e condicionados em caixa de isopor com gelo. Os tubos foram imediatamente centrifugados a 1.500G durante 15 minutos para a separação do soro, que foi transferido para tubetes plásticos previamente identificados e estocados a temperatura de -20°C até sua análise.

As concentrações de progesterona foram determinadas usando o método de quimioluminescência com kits comercialmente disponíveis Diagnostic Products Corporation (DPC - Immunolite) dos Estados Unidos. A sensibilidade foi 0,2ng/mL para a progesterona.

As variáveis quantitativas foram submetidas aos testes de normalidade (Lilliefors) e homocedasticidade (Bartlett). Posteriormente, as médias foram comparadas utilizando o teste F, adotando-se o nível de 5% de probabilidade. Para as análises com mais de um grau de liberdade, foi realizado o teste de comparação de médias de Tuckey, adotando-se o nível de 5% de probabilidade. Quando não atendiam as premissas de normalidade e homocedasticidade, mesmo após as transformações apropriadas, os dados foram submetidos ao teste não paramétrico de Wilcoxon (SAEG, 1999).

## **Resultados e Discussão**

Todos os animais que receberam estrógeno no 1º dia após o estro natural, manifestaram os sinais característicos de estro (psíquicos, útero túrgido e muco abundante) um dia após o tratamento, sendo que seis deles apresentaram esses sinais por dois dias consecutivos. Esta redução do intervalo de estro para apenas dois dias pode ser benéfica, por favorecer a eliminação de bactérias do útero, quando presentes (FERREIRA et al., 2000; DHALIWAL et al., 2001; NOAKES et al., 2003). Adicionalmente, trata-se de um medicamento de baixo custo, além de evitar o descarte de leite pelo uso de antibióticos (FERREIRA, 2003).

Excetuando o dia da emergência da 1ª onda folicular, todas as outras variáveis estudadas do ciclo estral subsequente (número e comprimento de ondas, características dos folículos dominantes e subordinados, assim como os parâmetros relacionados ao corpo lúteo e produção de progesterona) não foram afetadas pela aplicação de estrógeno um dia após o estro (Tabela 1).

Verificou-se que a dinâmica folicular das vacas mestiças (Holandês X Zebu) apresentou padrão de duas ou três ondas de crescimento folicular (Tabela 1), independente do tratamento com estrógeno (37,5 e 62,5% para ciclos com duas e três ondas, respectivamente). Esta predominância encontrada de ciclos com três ondas, também foi verificada por Savio et al. (1988) em gado europeu, Viana et al. (2000) em vacas gir e Borges et al. (2001) em novilhas mestiças Holandês X Zebu.

Segundo Taylor & Rajamahendran (1991) e Guinther et al. (1996), as variações no número de ondas foliculares estão relacionadas com a duração do ciclo estral e o tempo de vida útil do corpo lúteo. Assim sendo, quanto maior a vida útil do corpo lúteo, maior será o número de ondas de crescimento folicular durante o ciclo estral.

Tabela 1 – Características das ondas de crescimento folicular das vacas controle e tratadas com estrógeno no início do ciclo estral.

Características	Ondas Foliculares			
	Tratadas		Controle	
	2 ondas (n=3)	3 ondas (n=5)	2 ondas (n=3)	3 ondas (n=5)
Intervalo estral (dias)	19,5 ± 1,0 <sup>a</sup>	20,6 ± 0,5 <sup>b</sup>	19,8 ± 0,7 <sup>a</sup>	20,75±0,7 <sup>b</sup>
Comprimento onda (dias)				
1ª onda	14,0 ± 2,1 <sup>aA</sup>	13,06±1,1 <sup>aA</sup>	13,87±1,8 <sup>aA</sup>	13,26±1,9 <sup>aA</sup>
2ª onda	9,33 ± 1,6 <sup>aB</sup>	11,20±2,1 <sup>bB</sup>	9,61 ± 1,3 <sup>aB</sup>	11,12±1,8 <sup>bB</sup>
3ª onda	-	6,54±1,2 <sup>a</sup> .c	-	6,94 ± 1,8 <sup>aC</sup>
Dia da detecção onda				
1ª onda	3,33 ± 0,5 <sup>aA</sup>	3,43 ± 0,4 <sup>aA</sup>	0,28 ± 0,6 <sup>bA</sup>	0,38 ± 0,4 <sup>bA</sup>
2ª onda	9,97 ± 1,1 <sup>aB</sup>	9,02 ± 0,8 <sup>bB</sup>	9,33 ± 1,3 <sup>aB</sup>	8,43 ± 1,0 <sup>bB</sup>
3ª onda	-	14,72±1,0 <sup>aC</sup>	-	15,35±1,7 <sup>aC</sup>

Médias com letras minúsculas diferentes sobrescritas na mesma linha são diferentes ( $P < 0,05$ ) pelo teste de Tukey ou F. Médias com letras maiúsculas diferentes sobrescritas na mesma coluna são diferentes ( $P < 0,05$ ) pelo teste de Tukey ou F.

Não houve diferença entre os animais do grupo tratado com estógeno e controle, quanto ao intervalo de estro natural (Tabela 1). Entretanto, foi observado um menor intervalo de estro para ciclos com duas ondas de crescimento folicular, quando comparado com ciclos de três ondas ( $P < 0,05$ ). Esta condição também foi encontrada por Viana et al. (2000), Borges et al. (2001) e Santos (2001). Assim, é provável que a menor duração do corpo lúteo encontrada em ciclos com duas ondas de crescimento folicular (Tabela 2) tenha provocado um encurtamento no intervalo de estro, concordando com a hipótese de Taylor & Rajamahendran (1991) e Guinther et al. (1996).

De acordo com Driancourt (2001), o estrógeno injetado precocemente após a ovulação em bovinos pode ter ação anti luteotrópica. Esta condição não ocorreu no presente trabalho, pois a duração da fase luteal do grupo tratado e controle não diferiu ( $P > 0,05$ ). Além disso, o tamanho do corpo lúteo (Tabela 3) e a produção de progesterona (Tabela 4) não foram diferentes ( $P > 0,05$ ) para os grupos experimentais.

**Tabela 2 – Duração média do corpo lúteo (dias) das vacas dos grupos controle e tratadas com estrógeno no início do ciclo estral.**

<i>Tratamento</i>	Onda folicular	
	2 ondas	3 ondas
Tratado	15,3 ± 1,4 <sup>a</sup>	17,6 ± 1,8 <sup>b</sup>
Controle	14,8 ± 1,8 <sup>a</sup>	17,8 ± 1,2 <sup>b</sup>

Médias com letras minúsculas diferentes sobrescritas na mesma linha são diferentes (P<0,05) pelo teste F. Médias da mesma coluna não são diferentes (P>0,05) pelo teste F.

**Tabela 3 – Parâmetros médios do corpo lúteo das vacas dos grupos controle e tratadas com estrógeno no início do ciclo estral.**

<i>Parâmetros</i>	Onda folicular	
	Tratado	Controle
<b>Do corpo lúteo</b>		
Área inicial (cm <sup>2</sup> )	1,43 ± 0,6 <sup>a</sup>	1,29 ± 0,1 <sup>a</sup>
Área final (cm <sup>2</sup> )	1,42 ± 0,2 <sup>a</sup>	1,31 ± 0,3 <sup>a</sup>
Área máxima (cm <sup>2</sup> )	3,81 ± 0,9 <sup>a</sup>	3,68 ± 0,8 <sup>a</sup>
Dia da área e volume máximos	10,02 ± 1,9 <sup>a</sup>	10,11 ± 1,9 <sup>a</sup>
Volume máximo(cm <sup>3</sup> )	4,03 ± 1,2 <sup>a</sup>	4,13 ± 0,7 <sup>a</sup>

Médias com letras minúsculas diferentes sobrescritas na mesma linha são diferentes (P<0,05) pelo teste F.

**Tabela 4 – Concentrações plasmáticas médias de progesterona das vacas dos grupos controle e tratadas com estrógeno no início do ciclo estral.**

Dia do ciclo estral	Progesterona (ug/mL)	
	Tratado	Controle
0	0,32 ± 0,6 <sup>a</sup>	0,21 ± 0,6 <sup>a</sup>
3	0,56 ± 0,6 <sup>a</sup>	0,67 ± 0,6 <sup>a</sup>
6	3,33 ± 1,1 <sup>a</sup>	4,01 ± 1,3 <sup>a</sup>
9	8,17 ± 0,9 <sup>a</sup>	8,95 ± 1,5 <sup>a</sup>
12	13,85 ± 2,1 <sup>a</sup>	14,23 ± 1,6 <sup>a</sup>
15	13,67 ± 1,9 <sup>a</sup>	13,86 ± 1,3 <sup>a</sup>
18	5,23 ± 3,6 <sup>a</sup>	4,76 ± 2,8 <sup>a</sup>
21	0,36 ± 2,8 <sup>a</sup>	0,29 ± 2,6 <sup>a</sup>

Médias com letras minúsculas diferentes sobrescritas na mesma linha são diferentes (P<0,05) pelo teste F.

Com relação à emergência da 1ª onda de crescimento folicular, observou-se um atraso nos animais do grupo tratado com estrógeno ( $P < 0,05$ ), tanto para ciclos com duas ou três ondas foliculares, em relação ao grupo controle (Tabela 1). Resultados semelhantes aos verificados no grupo controle foram encontrados por Borges et al. (2001), onde o aparecimento da 1ª onda folicular ocorreu nos dias 0,42 e 0,38, em novilhas mestiças, com duas e três ondas foliculares, respectivamente. De acordo com O'Rourke et al. (2000) e Burke et al. (2003) o estrógeno administrado na fase de dependência do folículo ao FSH atua em receptores da hipófise anterior, bloqueando a secreção de FSH, o que provocaria atresia dos folículos dependentes desta gonadotrofina. Dessa forma, a emergência de uma nova onda é atrasada por três a cinco dias, fato confirmado no presente estudo.

A emergência da segunda onda de crescimento folicular, em ciclos com duas ondas, ocorreu nos dias  $9,97 \pm 1,1$  e  $9,33 \pm 1,3$  para os animais do grupo tratado e controle, respectivamente. Estes resultados corroboram com os relatados por Guinther et al. (1989), Hamilton et al. (1995), Figueiredo et al. (1997), Borges et al. (2001) e Alves et al. (2002). Entretanto, nos ciclos com três ondas foliculares, a emergência da segunda e da terceira ondas ocorreu, respectivamente, nos dias  $9,02 \pm 0,8$  e  $14,72 \pm 1,0$  (grupo tratado) e  $8,43 \pm 1,0$  e  $15,35 \pm 1,7$  (grupo controle), não havendo diferença entre os grupos ( $P > 0,05$ ). Estes valores estão próximos aos dias 9 e 16 dias relatados por Kastelic (1994) e 8,2 e 16 dias citados por Borges et al. (2001).

Segundo Adams et al. (1992) e Driancourt (2001), o surgimento de cada onda folicular é precedido pela elevação (pico) na concentração de FSH, o que ocorre também em bovinos. Assim, um pico de FSH no dia zero do ciclo estral precede a emergência da primeira onda folicular, sendo que a segunda e terceira ondas foliculares surgem a cada 8 a 10 dias e também são precedidas por discreta elevação do FSH plasmático. A emergência de uma nova onda folicular está relacionada com o início da atresia do folículo dominante da onda anterior (GUINThER et al., 1989), condição que foi observada tanto para o grupo tratado com estrógeno como para o controle (Tabela 1).

Uma nova onda folicular não surge enquanto o folículo dominante estiver na fase de crescimento ou no início da sua fase estática (GINThER et al., 1989), quando produz fatores reguladores do crescimento, os quais interferem nos demais folículos. Durante a fase luteal, a elevada concentração sérica de progesterona inibe o aumento de frequência dos pulsos de LH (responsável pela maturação final do folículo), levando à regressão folicular ou perda de dominância (IRELAND et al., 2000). Consequentemente, o folículo dominante deixa de secretar os fatores reguladores, permitindo um aumento nos níveis de FSH e o surgimento de uma nova onda folicular (MONNIAUX et al., 1997).

Quanto à duração das ondas foliculares, não foram encontradas diferenças entre animais tratados e controle em ciclos com duas ondas foliculares ( $P > 0,05$ ) (Tabela 1). A duração da primeira onda foi maior do que a encontrada por Oliveira (1997) e Alves et al. (2002), semelhante aos relatados por Figueiredo et al. (1997) em animais da raça Nelore (14,75 dias) e por Sávio et al. (1988) em vacas mestiças Holandês X Hereford (14,25 dias) e inferior aos 17 dias encontrados por Borges et al. (2001). Contudo, em relação à duração da segunda onda de crescimento, os resultados foram semelhantes aos relatados por Figueiredo et al. (1997) e Borges et al. (2001). No presente experimento, a duração da segunda onda foi menor do que a da primeira nos animais dos dois grupos estudados ( $P < 0,05$ ). Esta condição pode ser devida à redução na função luteal (luteólise), evitando o efeito negativo da progesterona sobre o crescimento folicular, permitindo que os folículos dominantes, livres do *feedback* negativo, cresçam rapidamente e atinjam o tamanho ovulatório (SÁVIO et al., 1992 e BORGES et al., 2001).

Nos ciclos com três ondas de crescimento folicular não foram encontradas diferenças ( $P>0,05$ ) na duração das ondas entre animais tratados e controle (Tabela 1). Os valores encontrados foram próximos dos relatados por Figueiredo et al. (1997) em Nelore e Borges et al. (2001) em novilhas mestiças Holandês X Zebu. No presente experimento, observou-se que a 3ª onda folicular apresentou menor duração que a 2ª ( $P<0,05$ ), diferente do que foi encontrado por Alves et al. (2002), os quais observaram duração semelhante entre a 2ª e a 3ª ondas foliculares, mas corroborando com os resultados encontrados por Guinther et al. (1989) e Borges et al. (2001). Esta condição pode ser devida à redução na função luteal (luteólise), conforme relatado por Sávio et al. (1992) e Borges et al. (2001).

Os parâmetros dos folículos dominantes de vacas com padrão de duas e três ondas, em função do grupo, são apresentados na Tabela 5.

**Tabela 5 – Comparação das características dos folículos dominantes das vacas controle e tratadas com estrógeno no início do ciclo estral.**

Características	Ondas Foliculares			
	Tratado		Controle	
	2 ondas (n=3)	3 ondas (n=5)	2 ondas (n=3)	3 ondas (n=5)
<b>Diâmetro máximo (mm)</b>				
1º folículo	12,77±2,0 <sup>a,A</sup>	12,52±1,8 <sup>a,A</sup>	13,07±2,8 <sup>a,A</sup>	12,94±2,0 <sup>a,A</sup>
2º folículo	13,78±1,7 <sup>a,A</sup>	11,01±1,3 <sup>b,B</sup>	13,17±1,1 <sup>a,A</sup>	10,98 ± 1,2 <sup>b,B</sup>
3º folículo	-	12,86±1,3 <sup>a,A</sup>	-	12,16 ± 1,1 <sup>a,A</sup>
<b>Dia do diâmetro máximo</b>				
1º folículo	8,12 ± 1,8 <sup>a,A</sup>	7,75 ± 1,0 <sup>a,A</sup>	6,82 ± 1,3 <sup>a,A</sup>	6,62 ± 1,5 <sup>a,A</sup>
2º folículo	18,0 ± 2,0 <sup>a,B</sup>	12,46 ± 2,7 <sup>b,B</sup>	18,12 ± 1,8 <sup>a,B</sup>	13,06 ± 2,1 <sup>b,B</sup>
3º folículo	-	20,09±1,3 <sup>a,C</sup>	-	20,28 ± 1,0 <sup>a,C</sup>
<b>Duração do crescimento (dias)</b>				
1º folículo	4,82 ± 1,8 <sup>a,A</sup>	4,32 ± 1,0 <sup>a,A</sup>	6,52 ± 1,1 <sup>a,A</sup>	6,51 ± 1,5 <sup>a,A</sup>
2º folículo	8,58 ± 1,3 <sup>a,B</sup>	5,12 ± 2,3 <sup>b,B</sup>	8,11 ± 1,9 <sup>a,B</sup>	5,23 ± 1,9 <sup>b,B</sup>
3º folículo	-	5,23 ± 1,1 <sup>a,B</sup>	-	5,31 ± 1,2 <sup>a,B</sup>
<b>Início da atresia (dia)</b>				
1º folículo	9,02 ± 2,6 <sup>a</sup>	9,18±2,2 <sup>a,A</sup>	9,04 ± 1,1 <sup>a</sup>	8,15 ± 2,0 <sup>a,A</sup>
2º folículo	-	15,24±1,9 <sup>a,B</sup>	-	16,01 ± 2,3 <sup>a,B</sup>
3º folículo	-	-	-	-

Médias com letras minúsculas diferentes sobrescritas na mesma linha são diferentes ( $P<0,05$ ) pelo teste de Tukey ou F. Médias com letras maiúsculas diferentes sobrescritas na mesma coluna são diferentes ( $P<0,05$ ) pelo teste de Tukey ou F.

Após o surgimento das ondas foliculares, o folículo dominante cresceu entre 3,32 a 8,58 dias, e o diâmetro alcançado variou de 10,98 a 13,78mm, resultados semelhantes aos encontrados por Borges et al. (2001) para novilhas mestiças Holandês X Zebu (10,0 a 13,0mm) e inferiores aos encontrados por Guinther et al. (1989) para animais da subespécie *Bos taurus taurus* (13 a 18mm). Os menores valores em relação aos taurinos podem estar relacionados à menor taxa de crescimento dos folículos dominantes de vacas de raças zebuínas (1,33 mm/dia), segundo Coutinho et al. (2007), quando comparada a de vacas das raças europeias (2,05mm/dia; MURPHY et al., 1990). O maior diâmetro do folículo dominante foi verificado nos dias  $8,12 \pm 1,8$  e  $18 \pm 2,0$  (grupo tratado) e  $6,82 \pm 1,3$  e  $18,12 \pm 1,8$  (grupo controle) para os ciclos de duas ondas foliculares. Já para as vacas de três ondas, ocorreu nos dias  $7,75 \pm 1,0$ ;  $12,46 \pm 2,7$  e  $20,09 \pm 1,3$  (grupo tratado) e  $6,62 \pm 1,5$ ;  $13,06 \pm 2,1$  e  $20,28 \pm 1,0$  (grupo controle). Estes resultados foram semelhantes aos descritos por Borges et al. (2001), que encontraram em novilhas mestiças (Hol X Zebu) 7,4 e 18 dias para animais de duas e 6,1; 13,8 e 21,3 dias para novilhas de três ondas foliculares.

A duração do crescimento do folículo ovulatório nos ciclos de duas ondas (8,58 e 8,11 dias para os grupos tratado e controle, respectivamente) foi semelhante à encontrada por Borges et al. (2001) e superior à citada por Sávio et al. (1988) em novilhas da subespécie *Bos taurus taurus*. Para os ciclos com três ondas, os valores de 5,23 e 5,31 dias para os grupos tratado e controle, respectivamente ( $P > 0,05$ ), mostraram que o tratamento com estrógeno não alterou este parâmetro. Estes resultados foram inferiores àqueles encontrados por Figueiredo et al. (1997) e semelhantes aos verificados por Borges et al. (2001). Quanto aos ciclos de três ondas de crescimento, o folículo dominante da segunda onda (11,01 e 10,98 mm) foi menor que o da primeira (13,02 e 12,94mm) e da terceira (12,86 e 12,16mm) para os grupos tratado e controle, respectivamente, corroborando com aqueles obtidos por Borges et al. (2004) e Coutinho et al. (2007).

De acordo com Borges et al. (2001), uma possível explicação para a diferença nos diâmetros foliculares seria a concentração plasmática de progesterona. A primeira onda folicular coincide com baixa concentração deste hormônio (corpo lúteo em formação). Desta forma, ocorre um fraco *feedback* negativo ao hipotálamo-hipófise, o qual é insuficiente para impedir a liberação de LH. A segunda onda inicia na presença de um corpo lúteo totalmente formado, o qual secreta elevadas concentrações de progesterona, inibindo a liberação de LH (SAVIO et al., 1992). A terceira onda coincide com a luteólise e consequente redução da secreção de progesterona pelo corpo lúteo. Diante disto, ocorre um incremento na secreção de LH, sendo acompanhada por um rápido crescimento folicular e ovulação (SAVIO et al., 1992).

A tabela 6 apresenta as características dos folículos subordinados de animais, apresentando padrão de duas e três ondas de crescimento folicular em função do tratamento.



**Tabela 6 – Comparação das características dos folículos subordinados das vacas controle e tratadas com estrógeno no início do ciclo estral.**

Características dos Folículos subordinados	Ondas Foliculares			
	Tratado		Controle	
	2 ondas (n=3)	3 ondas (n=5)	2 ondas (n=3)	3 ondas (n=5)
Diâmetro máximo (mm)				
1º folículo	7,71 ± 1,0 <sup>aA</sup>	7,06 ± 1,2 <sup>aA</sup>	7,32 ± 1,4 <sup>aA</sup>	7,91 ± 1,0 <sub>aA</sub>
2º folículo	7,03 ± 2,0 <sup>aA</sup>	6,97 ± 1,0 <sup>aA</sup>	6,83 ± 2,4 <sup>aA</sup>	6,89 ± 1,0 <sub>aA</sub>
3º folículo	-	7,08 ± 1,1 <sup>aA</sup>	-	6,98 ± 1,2 <sub>aA</sub>
Dia do diâmetro máximo				
1º folículo	6,02 ± 1,1 <sup>aA</sup>	5,96 ± 1,9 <sup>aA</sup>	3,08 ± 1,0 <sup>bA</sup>	2,88 ± 1,8 <sup>bA</sup>
2º folículo	13,33 ± 1,9 <sup>aB</sup>	10,91 ± 1,6 <sup>bB</sup>	12,93 ± 1,5 <sup>aB</sup>	11,01 ± 1,3 <sup>bB</sup>
3º folículo	-	17,91 ± 1,5 <sup>aC</sup>	-	18,07 ± 1,3 <sup>aC</sup>
Duração do crescimento (dias)				
1º folículo	3,67 ± 1,1 <sup>aA</sup>	3,51 ± 1,8 <sup>aA</sup>	3,67 ± 1,1 <sup>aA</sup>	2,32 ± 1,5 <sub>aA</sub>
2º folículo	3,28 ± 1,1 <sup>aA</sup>	3,10 ± 1,2 <sup>aA</sup>	3,28 ± 1,1 <sup>aA</sup>	2,92 ± 1,8 <sub>aA</sub>
3º folículo	-	2,89 ± 1,6 <sup>aA</sup>	-	2,87 ± 1,0 <sup>aA</sup>
Início da atresia (dia)				
1º folículo	7,02 ± 1,3 <sup>aA</sup>	6,24 ± 1,6 <sup>aA</sup>	4,02 ± 1,5 <sup>bA</sup>	4,06 ± 1,2 <sup>bA</sup>
2º folículo	13,05 ± 2,0 <sup>aB</sup>	12,34 ± 1,4 <sup>bB</sup>	13,05 ± 1,7 <sup>aB</sup>	12,06 ± 2,0 <sup>bB</sup>
3º folículo	-	18,04 ± 1,4 <sup>aC</sup>	-	18,93 ± 1,8 <sup>aC</sup>

Médias com letras minúsculas diferentes sobrescritas na mesma linha são diferentes (P<0,05) pelo teste de Tukey ou F. Médias com letras maiúsculas diferentes sobrescritas na mesma coluna são diferentes (P<0,05) pelo teste de Tukey ou F.

Como demonstrado na Tabela 6, os folículos subordinados atingem um diâmetro menor que os folículos dominantes, independente do número de ondas foliculares. O diâmetro máximo dos folículos subordinados variou de 6,83 a 7,91mm, valores próximos àqueles citados para animais das raças Nelore (FIGUEIREDO et al., 1997), Holandesa (FORTUNE, 1994) e para novilhas mestiças (Hol X Zebu) (BORGES et al., 2001). Segundo estes autores, o menor crescimento dos folículos subordinados ocorre devido ao efeito inibitório do folículo dominante, o qual impede um aporte adequado de gonadotrofinas e secreta um fator que tem efeito inibitório em seu desenvolvimento (BAKERS & SPEARS, 1999). Esta inibição ocorre de forma passiva (redução nas concentrações plasmáticas de FSH) e ativa (redução da sensibilidade ao FSH). As células da granulosa do folículo dominante produzem estradiol e inibina, os quais reduzem a liberação de FSH a um limiar insuficiente para manter o desenvolvimento dos folículos subordinados. Todavia, nos folículos dominantes, determinados fatores de crescimento amplificam a ação do FSH, possibilitando-os a continuar o crescimento, mesmo sob baixos níveis hormonais (FORTUNE, 1994; DRIANCOURT, 2001).

O corpo lúteo foi detectado inicialmente no dia  $3,9 \pm 0,9$  após o estro. Entretanto, não ocorreu variação no dia da detecção do CL entre os animais tratados ou não com estrógeno, independente do número de ondas foliculares. Os resultados do presente experimento corroboram com os obtidos por Tom et al. (1998) e Coutinho et al. (2007) os quais identificaram o corpo lúteo pela primeira vez no quarto dia do ciclo.

Os parâmetros luteais estão relacionados na Tabela 3, sendo que não houve diferença entre as vacas do grupo tratado e controle, assim como entre duas e três ondas. A área e o volume do corpo lúteo não diferiram entre vacas apresentando duas e três ondas foliculares, mas diferiram entre os dias do ciclo estral ( $P < 0,05$ ). Após a ovulação, as células foliculares reorganizam-se e sofrem processos de hiperplasia e hipertrofia, culminando com a formação do corpo lúteo. À medida que as células são luteinizadas, o corpo lúteo se vasculariza e aumenta de tamanho (WILTBANK et al., 1995a). No acompanhamento ultrassonográfico, observou-se que o tecido luteal foi detectado a partir de uma área de  $1,29\text{cm}^2$ , valor semelhante à área do último dia em que o corpo lúteo pode ser verificado por ultrassonografia (Tabela 3).

O CL aumentou de forma a atingir o maior tamanho entre os dias 10,0 e 10,1 do ciclo estral para as vacas do grupo tratado e controle, respectivamente. O desenvolvimento luteal implicou no incremento da área e volume, sendo que foi encontrada uma elevada correlação entre a área e o volume luteal ( $r = 0,91$ ;  $P < 0,01$ ). A área máxima no grupo tratado foi de  $3,81\text{cm}^2$  e, no controle, de  $3,68\text{cm}^2$ , sendo estes, superiores aos encontrados por Viana et al. (1999) em vacas da raça Gir e semelhantes aos encontrados por Alves et al. (2002) em animais mestiços Holandês X Zebu. De acordo com Rhodes et al. (1982), os CL de animais zebuínos são menores que os de taurinos.

Os maiores valores de progesterona foram obtidos no 12º dia do ciclo estral para os dois grupos (Tabela 4). Os valores encontrados estão de acordo com a literatura, onde são citadas concentrações plasmáticas de progesterona durante o diestro de ciclos estrais normais, entre 1 e 20ng/mL em animais das raças zebuínas e taurinas (JIMÉNEZ et al., 1988; DÍAZ GONZÁLEZ, 1991; BADINGA et al., 1994; BORGES et al., 2001; ALVES et al., 2002; BORGES et al., 2003; COUTINHO et al., 2007) e em novilhas mestiças (FERNANDES, 1994). Esta amplitude pode ser ocasionada por variações inerentes aos animais, bem como pela metodologia de análise, fazendo com que a interpretação dos resultados da progesterona deva ser criteriosamente avaliadas (BORGES, 2001).

As concentrações médias de progesterona durante o ciclo estral não diferiram entre os animais tratados com estrógeno e controle ( $P > 0,05$ ). Entretanto, foi demonstrada uma variação ( $P < 0,01$ ) entre os dias de amostragem de cada animal (Tabela 4). Este padrão cíclico é devido à variação da funcionalidade do CL (crescimento, manutenção e regressão). A secreção de progesterona aumentou até o 12º dia, mantendo-se elevada durante o restante do diestro e sofreu abrupta redução três dias antes do novo estro. Esses resultados são corroborados por (VACA et al., 1983; FIGUEIREDO et al., 1997 e COUTINHO et al., 2007).

Ao se confrontar os dados de progesterona com a área e o volume do corpo lúteo, verifica-se que as concentrações de progesterona atingem valores máximos em dias posteriores à estabilização da área e do volume do corpo lúteo. Esses resultados indicam que a maior produção de progesterona ocorre após a maturação morfológica do corpo lúteo, independente do aumento na massa do tecido luteal, o que concorda com Viana et al. (1999). Da mesma forma, o rápido declínio nas concentrações de progesterona no final do ciclo estral não é acompanhado pela proporcional redução na área do corpo lúteo (SINGH et al., 1997). Esta condição demonstra que a regressão funcional precede a regressão morfológica/estrutural do corpo lúteo (RIBADU et al., 1994).

Contudo, houve correlações positivas entre as concentrações de progesterona com a área ( $r = 0,64$ ;  $P < 0,01$ ) e com o volume ( $r = 0,53$ ;  $P < 0,01$ ) do CL. Estas correlações entre a concentração de progesterona e área ou volume do corpo lúteo podem ser explicadas pelas variações na taxa de produção, secreção e *clearance*, as quais são responsáveis pelas concentrações séricas de esteroides ovarianos (VIANA et al., 1999).

Partindo da premissa de que a redução do intervalo de estros é indicada como eficiente tratamento de infecções uterinas (FERREIRA, 1980 e DHALIWAL et al., 2001), o uso de estrógeno um dia após o estro natural de bovino pode ser benéfico, tendo em vista que provoca o comportamento do estro dois dias após do estro natural, sem afetar as características do ciclo estral subsequente.

## Conclusões

A aplicação de cipionato de estradiol em vacas mestiças (Hol X Zebu) um dia após o estro natural promove o aparecimento de sinais de estro (psíquicos, útero túrgido e muco abundante) dois dias após o estro natural, sem afetar as características do ciclo estral subsequente.

## Referências bibliográficas

- ADAMS, G.P.; MATTERI, R. L.; KASTELIC, J. P.; et al. Associations between surges of follicle-stimulating hormone and the emergence of follicular waves in heifers. *Journal of Reproduction and Fertility*, v. 94, p. 177-188, 1992.
- ALVES, N. G.; COSTA, E. P.; GUIMARÃES, J. D.; et al., Atividade ovariana em fêmeas bovinas da raça Holandesa e mestiças Holandês X Zebu, durante dois ciclos estrais normais consecutivos. *Revista Brasileira de Zootecnia/Brazilian Journal of Animal Science*, v.31, p. 627-634, 2002.
- BADINGA, L.; THATCHER, W. W.; WILCOX, C. J.; et al. Effect of season on follicular dynamics and plasma concentrations of estradiol-17 $\alpha$ , progesterone and luteinizing hormone in lactating Holstein cows. *Theriogenology*, v. 42, p.1263-1274, 1994.
- BAKER, S. J.; SPEARS, N. The role of intra-ovarian interactions in the regulation of follicle dominance. *Hum. Reprod. Update*, v. 5, p. 153-165, 1999.
- BORGES, Á. M. *Influência de diferentes manejos e tratamentos hormonais na dinâmica ovariana durante o ciclo estral e no anestro pós-parto de vacas Gir e Nelore*. 2001, 134p. Tese (Doutorado em Zootecnia) - Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, 2001.
- BORGES, A. M.; TORRES, C. A. A.; RUAS, J. R. M.; et al., Dinâmica folicular ovariana em novilhas mestiças Holandês-Zebu, *Arquivo Brasileiro de Medicina Veterinária e Zootecnia*, v. 53, n. 5, p. 595-604, 2001.

- BORGES, Á. M.; TORRES, C. A. A.; RUAS, J. R. M.; et al. Características da dinâmica folicular e regressão luteal de vacas das raças Gir e Nelore após tratamento com cloprostenol sódico. *Revista Brasileira de Zootecnia/Brazilian Journal of Animal Science*, v. 32, n. 1, p. 85-92, 2003.
- BORGES, Á. M.; TORRES, C. A. A.; ROCHA JÚNIOR, V. R.; et al. Dinâmica folicular e momento de ovulação em vacas das raças Gir e Nelore durante duas estações do ano. *Arquivo Brasileiro de Medicina Veterinária e Zootecnia*, v. 56, n. 3, p. 346-354, 2004.
- BURKE, C. R.; MUSSARD, C. L.; GASSER, D. E.; GRUM, D. E. Estradiol benzoate delays new follicular wave emergence in a dose-dependent manner after ablation of the dominant ovarian follicle in cattle. *Theriogenology*, v. 60, p. 647, 2003.
- COUTINHO, G. T. R. M.; VIANA, J. H. M.; SÁ, W. F.; et al. Avaliação ultrassonográfica da dinâmica folicular e lútea em vacas da raça Guzerá. *Arquivo Brasileiro de Medicina Veterinária e Zootecnia*, v. 59, n. 5, p. 1089-1096, 2007.
- DHALIWAL, G. S.; MURRAY, R. D.; WOLDDEHWET, Z. Some aspects of immunology of the bovine uterus related to treatments for endometritis. *Animal Reproduction Science*, v. 67, n 3-4, p. 135-152, 2001.
- DÍAZ GONZÁLEZ, F. H. *Efeito da condição corporal de novilhas sobre a fertilidade, o perfil metabólico pós-serviço e a sobrevivência embrionária*. 1991. 118p. Tese (Doutorado em Zootecnia). Universidade Federal de Viçosa, Viçosa/MG, 1991.
- DRIANCOURT, J. C.; Regulation of ovarian follicular dynamics in farm animals. Implications for manipulation of reproduction. *Theriogenology*, v. 55, p. 1211-1239, 2001.
- FERREIRA, A. M. *Efeito do cloprostenol no tratamento da metrite bovina*. 1980, 134p. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, 1980.
- FERREIRA, A. M.; SÁ, W. F. Estudo das infecções uterinas em vacas leiteiras. *Pesquisa Agropecuária Brasileira*, v. 22, n. 3, p. 339-344, 1987.
- FERREIRA, A. M.; & TORRES, C. A. A. Perda de peso corporal e cessação da atividade ovariana luteínica cíclica em vacas mestiças leiteiras. *Pesquisa Agropecuária Brasileira*. v. 28, p. 411-418, 1993.
- FERREIRA, A. M.; SÁ, Wanderlei Ferreira de; COSTA, Eduardo Paulino da; FERNANDES, Carlos Antonio Carvalho; CAMARGO, Luiz Sergio de Almeida; VIANA, João Henrique Moreira. Corpo lúteo persistente associado a infecções uterinas em rebanhos leiteiros da Zona da Mata-MG. *Revista Brasileira de Ciência Veterinária, Niterói/RJ (UFF)*, v. 7, n. 1, p. 25-28, 2000.
- FERREIRA, A. M. Informações pessoais. *Embrapa Gado de Leite*, 2003.
- FIGUEIREDO, R. A.; BARROS, C. M.; PINHEIRO, O. L.; SOLER, J. M. P. Ovarian follicular dynamics in Nelore breed (*Bos indicus*) cattle. *Theriogenology*, v. 47, p. 1489-1505, 1997.
- FORTUNE, J. E. Ovarian follicular growth and development in mammals. *Biol. Reprod.*, v. 50, p. 225-232, 1994.
- GONÇALVES, P. B. D.; FIGUEIREDO, J. R.; FREITAS, F. J. F. *Biotécnicas aplicadas à reprodução animal – Controle do estro e da ovulação em bovinos e ovinos*. Cap. 3, p. 25-55, Editora Varela, 640p., 2002.
- GONZÁLEZ, F. H. D. *Introdução a endocrinologia reprodutiva veterinária*. www.ufrgs.br/ufrgs/ .86 p., UFRGS, Porto Alegre, 2002a.
- GINTHER, O. J.; KNOPE, L.; KASTELIC, J. P. Temporal associations among ovarian events in cattle during oestrus cycles with two and three follicular waves. *J. Reprod. Fert.*, v. 87, p. 223-230, 1989.
- GINTHER, O. J.; WILTBANK, M. C.; FRICKE, P. M.; GIBBONS, J. R.; KOT., K. Selection of dominant follicle in cattle. *Biol. Reprod.*, v. 55, p. 1187-1194, 1996.
- GRYGAR, I.; KUDLÁČ, E.; DOLEZEL, R.; NEDBÁLKOVÁ, J. Volume of luteal tissue and concentration of serum progesterone in cows bearing homogeneous corpus luteum or corpus luteum cavity. *Anim. Reprod. Sci.*, v. 49, p. 77-82, 1997.
- GUTTIERREZ, A. C.; ZARCO, L.; GALLINA, C. S.; RUBIO, I. Predictive value of palpation per rectum for detection of the Corpo Lúteo in zebu cattle as evaluated by progesterone concentrations and ultrasonography. *Theriogenology*, v. 46, p. 471-479, 1994.

- HAMILTON, S. A.; GARVERICK, H. A.; KEISLER, D. H. *et al.* Characterization of ovarian follicular cystis and associated endocrine profiles in dairy cows. *Biology of Reproduction*, v. 53, p. 890-898, 1995.
- HEUWIESER, W.; TENHAGEN, B. A.; TISCHER, M.; LUHR, J.; BLUM, H. Effect of three programmes for the treatment of endometritis on the reproductive performance of dairy herds. *Veterinary Record*, v. 146, p. 338-341, 2000.
- IRELAND, J. J.; MIHM, M.; AUSTIN, E.; DISKIN, M. G.; ROCHE, J. F.; *Historical perspectives of turnover of dominant follicle during the cycle estrous: Key concepts, studies, advancements and terms.* Journal Dairy Science, v. 83, p. 1648-1658, 2000.
- JIMÉNEZ, F.; GALINA, C. S.; DUCHATEAU, A.; FIERRO-NAVARRO, R. Levels of LH, progesterone and estradiol-17 $\alpha$  during natural and PGF $\alpha$  induced estrus in Indubrazil and Brown Swiss cows in the tropics. *Anim. Reprod. Sci.*, v. 16, p.199-206, 1988.
- KASTELIC, J. P. Understanding ovarian follicular development in cattle. *Vet. Med.* p. 64-71, 1994.
- WILTBANK, M. C.; NIESWENDER, G. D. Functional aspects of differentiation and degeneration of the steroidogenic cells of the corpus luteum in domestic ruminants. *Animal Reproduction Science*, v. 28, p. 103-110, 1992.
- WILTBANK, M. C.; SHIAO, T. F.; BERGFECT, D. R.; GINTHER, O. J. Prostaglandin F2 $\alpha$  receptores in the early bovine corpus luteum. *Biology Reproduction*, v. 52, p. 74-78, 1995a.
- WILTBANK, M. C.; GALLAGHER, K. P.; CHRISTENSEN, A. K., BRABEC, P. K; KEYES, P. L. Physiological and immunocytochemical evidence for a new concept of blood for regulation in the corpus luteum. *Biology Reproduction*, v. 42, p. 139-149, 2000.
- MAPLETOFT, R. J.; BO, G. A.; ADAMS, G. P. Avanços na manipulação de doadoras e receptoras nos programas de transferência de embriões em bovinos. *Arq. Fac. Vet. UFRGS*, Porto Alegre, v. 28, n. 1, p. 24-51, 2000.
- MONNIAUX, D.; MONGET, P; BESNARD, N.; HUET, N.; PISSELET, C. Growth factors and antral follicular development in domestic ruminants. *Theriogenology*, v. 47, p. 3-12, 1997.
- MURPHY, M. G.; BOLAND, M. P; ROCHE, J. F. Pattern of follicular growth and resumption of ovarian activity in post-partum beef suckler cows. *J. Reprod. Fertil.*, v. 90, p. 523-533, 1990.
- NOAKES, D. E.; PARKINSON, T. J.; ENGLAND, G. C. W. Infertility in the cow structural and function anomalies, management efficiencies and non-specific infections. *In: Veterinary Reproduction and Obstetrics. 8ª Ed.; Saunders*, 2003, 383-472.
- OLIVEIRA, M. M. N. F. *Dinâmica folicular ovariana e características reprodutivas de vacas leiteiras no pós-parto após tratamentos com buserelina e cloprostenol.* Viçosa/MG: UFV, 1997, 63p. Dissertação (Mestrado em Zootecnia) – Universidade Federal de Viçosa, 1997.
- O'ROURKE, M.; DISKIN, M.; GREENAN, J. M.; ROCHE, J. F. *The effect of dose and method of oestradiol administration on plasma concentration of oestradiol and FSH in long-term ovariectomised heifers.* Anim.Reprod.Sci., 59, 1-12, 2000.
- PAISLEY, L.G. *et al.*, Mechanism and therapy for retained fetal membranes and uterine infections in the cow. *Theriogenology*, 25:353-381, 1986.
- PIERSON, R. A.; GINTHER, O. J. Ultrasonic imaging of the ovaries and uterus in cattle. *Theriogenology*, v. 29, n.1, p. 21-37, 1988.
- RHODES, R. C.; RANDEL, R. D.; LONG, C. R. Corpus luteum function in the bovine: in vivo and in vitro evidence for both a seasonal and breedtype effect. *J. Anim. Sci.*, v. 55, p. 159-167, 1982.
- RHODES, F. M.; FITZPATRICK, L. A.; ENTWISTLE, K. W.; De'ATH, G. Sequential changes in ovarian follicular dynamics in *Bos indicus* heifers before and after nutritional anoestrus. *J. Reprod. Fert.*, v. 104, n. 1, p. 41-49, 1995.
- RIBADU, A. Y.; WARD, W. R.; DOBSON, H. Comparative evaluation of ovarian structures in cattle by palpation *per rectum*, ultrasonography, and plasma progesterone concentrations. *Vet. Rec.*, v. 135, p. 425-457, 1994.
- ROBERTS, J. S.; *Veterinary obstetrics and genital diseases- Theriogenology.* p. 398-427, New York, 1986.

- SANTOS, J. C.; *Dinâmica folicular em bovinos da raça Gir no inverno e no verão*. 2001, 38f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Medicina Veterinária, Universidade Federal Fluminense, Niterói/RJ.
- SAVIO, J. D.; KEENAN, L.; BOLAND, M. P.; ROCHE, J. F. Pattern of growth of dominant follicles during the estrous cycle of heifers. *J. Reprod. Fertil.*, v. 83, p. 663-671, 1988.
- SAVIO, J. D.; THATCHER, W. W.; BADINGA, L.; de La SOTA, R.L.; WOLFENSON, D. Regulation of dominant follicle turnover during the oestrous cycle in cows. *J. Reprod. Fert.*, v. 97, p. 197-203, 1992.
- SINGH, J.; PIERSON, R. A.; ADAMS, G. P. Ultrasound image attributes of the bovine corpus luteum: structural and functional correlates. *J. Reprod. Fertil.*, v. 109, p. 35-44, 1997.
- Sistema de Análise Estatística e Genética (Saeg)*, UFV, Central de Processamento de Dados, Viçosa/MG, 1999.
- TOM, J. W.; PIERSON, R. A.; ADAMS, G. P. Quantitative echotexture analyses of bovine corpora lutea. *Theriogenology*, v. 49, p. 1345-1352, 1998.
- TAYLOR, C.; RAJAMAHENDRAN, R. *Follicular dynamics, corpus luteum growth and regression in lactating dairy cattle*. Canadian Journal of Animal Science, Ottawa, v.71, n.1, p.61-68, 1991.
- VACA, L. A.; GALINA, C.; FERNÁNDEZ-BACA, S.; ESCOBAR, J.; RAMÍREZ, B. Progesterone levels and relationship with the diagnosis of a corpus luteum by rectal palpation during the estrous cycle in zebu cows. *Theriogenology*, v. 20, n. 1, p. 67-76, 1983.
- VASCONCELOS, J. L. M. Hormônios para sincronização do estro em vacas. MILK POINT, *Radares técnicos. Reprodução*. 2. p. 20/04/2000.
- VIANA, J. H. M.; FERREIRA, A. M.; SÁ, W. F.; CAMARGO, L. S. A. Regressão luteal e dinâmica folicular após a luteólise natural ou induzida por cloprostenol em vacas da raça Gir. *Arq. Bras. Med. Vet. Zootec.*, v. 51, n. 3, p. 257-262, 1999.
- VIANA, J. H. M.; FERREIRA, A. M.; SÁ, W. F.; CAMARGO, L. S. A. *Follicular dynamics in Zebu cattle*. *Pesq. Agrop. Bras. Brasília*, v. 35, n. 12, p. 2501-2509, dez, 2000.
- YOUNGQUIST, R. S. Current Therapy in Large Animal. *Theriogenology* – Section II – Chapter 32 (Clinical Reproductive Physiology of the cow). p. 257-267, 1997.

# Compostos satíricos em português: bases unidas em favor da criticidade

Bruno Silva Lopes<sup>1</sup>

## Resumo

No presente trabalho, pretendemos demonstrar que, não raro, novas formações compostas surgem em contextos políticos por motivações estilísticas, fundamentalmente para expressar ironia, humor e crítica.

**Palavras-chave:** Neologismo. Compostos. Estilística. Contextos políticos.

## Abstract

In this paper, we intend to demonstrate that, often, new compounds appear in political contexts for stylistic reasons, mainly to express irony, humor and criticism.

**Keywords:** Neologism. Compounds. Stylistic. Political contexts.

## Introdução

“(...) a linguagem pode e deve ser recriada em cada enunciado, representando isso não uma mutilação ou ameaça, mas, ao contrário, seu fator de enriquecimento.”<sup>2</sup>

No âmbito da formação de palavras em português, a composição, sem dúvida alguma, figura entre os processos vernáculos mais produtivos. A história mostra que tal mecanismo tem contribuído grandemente para o enriquecimento lexical de nossa língua, razão por que tem sido tema de inúmeros estudos gramaticais e linguísticos ontem e hoje.

É de notar, no entanto, que a gramatologia portuguesa, no mais das vezes, apresenta abordagens bastante superficiais no que concerne à formação de palavras em português. No tocante à composição, em especial, normalmente se apresentam palavras já prontas (*aguardente, guarda-roupa, girassol, pernillongo* etc.), as quais sugerem um caráter estacionário e não criativo do processo. A nosso ver, isso traz, ao menos, duas implicações: primeiro, ignora-se a competência lexical dos falantes, que, como sabemos, está presente até na linguagem das crianças; segundo, excluem-se peculiaridades estilístico-discursivas presentes no ato de formação de alguns compostos, as quais nos permitem fazer uma análise que transcenda uma visão imanentista da língua.

<sup>1</sup> Mestre em Letras (Língua Portuguesa) pela UERJ, professor do CESVA e Tutor de EaD (Letras-UFF/CEDERJ).

<sup>2</sup> MONTEIRO, José Lemos. *A estilística: manual de análise e criação do estilo literário*. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 10.

Desse modo, partindo de uma concepção dinâmica do léxico português, este trabalho objetiva demonstrar que novas formações compostas surgem por motivações estilístico-discursivas para expressar também ironia, humor e crítica. Como veremos, a composição permite uma maleabilidade bastante grande no que tange às possibilidades combinatórias do português. Nesse sentido, muito embora tenhamos estruturas mais sistemáticas como substantivo + substantivo (*projeto-pijama*, *família-laranja*), por exemplo, é comum depararmos-nos com combinações inusitadas, muitas delas imbuídas de expressividade como encontramos em *bolsa-isso* e *bolsa-aquilo* (cf. seção 03), cujas estruturas unem substantivos a pronomes demonstrativos.

Para a consecução dos objetivos supra expostos, valer-nos-emos do *corpus* que usamos em nossa dissertação de mestrado (LOPES, 2011)<sup>3</sup>, que foi composto de textos de natureza política veiculados pela mídia impressa no ano de 2010, época em que corriam as eleições presidenciais e distritais em nosso país. Releva dizer que trabalharemos aqui somente com neologismos, isto é, palavras recentemente criadas e ainda não dicionarizadas, de sorte que se perceba a larga produtividade da composição em português e sua expressividade em contextos políticos.

Nesse sentido, assinalemos que nossa análise não se circunscreve a observações de cunho estrutural. Quando pertinente – e, em se tratando de neologismos estilísticos, quase sempre é – esclarecemos a origem do novo signo com informações extralinguísticas que, a nosso ver, enriquecem a abordagem aqui proposta, visto que a manifestação de atitudes subjetivas por meio dos compostos, escopo deste artigo, está intimamente vinculada às funções sociais da língua e ao contexto de produção das formas.

Assim, num primeiro momento, teceremos breves considerações acerca dos compostos em português, enfocando algumas de suas particularidades estruturais e classificatórias. Nesta parte do trabalho, também faremos breves comentários acerca dos compostos satíricos em português, objeto precípuo deste estudo. Em seguida, apresentaremos dados, por meio dos quais sustentaremos que os compostos frequentemente se prestam, nos termos de Basilio (2003)<sup>4</sup>, à função discursiva de formação de palavras<sup>5</sup>, uma vez que comumente sinalizam impressões subjetivas dos falantes no ato discursivo.

## Sucintas considerações acerca da composição em português

A composição é um processo geral de formação lexical que consiste na criação de palavras novas a partir da combinação de bases preexistentes<sup>6</sup>. Tendo em conta a

<sup>3</sup> LOPES, Bruno Silva. *A dinamicidade lexical em textos de domínio político: ecos das eleições de 2010*. 169f. Dissertação (Mestrado em Língua Portuguesa) – Instituto de Letras, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Releva dizer que a maioria dos exemplos utilizados em outras seções deste artigo também provém do *corpus* de nossa dissertação.

<sup>4</sup> BASILIO, Margarida. *Teoria lexical*. 7ª ed. São Paulo: Ática, 2003.

<sup>5</sup> Para Basilio (2003), há três principais funções para a formação de palavras em português, quais sejam: (1) função semântica (nomeação de novas realidades), (2) função sintática (reutilização de uma palavra de uma classe em outra) e função discursiva (manifestação de atitudes subjetivas e função textual). Veja-se Basilio (2003) para mais detalhes.

<sup>6</sup> No capítulo sobre a formação de palavras, é comum a gramatologia portuguesa reservar um espaço à parte para os chamados hibridismos. São híbridas as formas que agregam em uma formação lexical elementos de línguas diversas. Neste trabalho, seguiremos as orientações de Henriques (2007), para quem os hibridismos devem ser considerados complementares no quadro classificatório dos



estrutura fonológica dos compostos, a tradição gramatical cindiu-os em dois grandes grupos, a saber: compostos por justaposição e compostos por aglutinação. No primeiro caso, a unidade lexical formada mantém sua integridade fonológica (número de sílabas e acento próprio): *fichas-sujas*, *livro-bomba*, entre outras. Já no segundo caso, os elementos intervenientes na composição subordinam-se ao acento de um dos constituintes. Na aglutinação, é comum um ou outro constituinte perder segmentos. É o que ocorre com *Chináfrika* (*Folha de São Paulo*, 30/05/2010), em que se suprimiu o [a] de *China*.

Ocorre que, em vários casos, a composição não se circunscreve à união de apenas dois elementos. Por meio de uma junção sucessiva de bases, engendram-se novas unidades lexicais. Henriques (2007)<sup>7</sup> chama o fenómeno de *supercomposição*. Veja-se este exemplo extraído de *O Globo* de 19/09/2010:

“Mas você já parou para pensar no que vai acontecer depois da eleição dela [Dilma Rousseff]? Vai sair até vento, na hora em que o pessoal da **farinha-pouca-meu-pirão-primeiro**<sup>8</sup> der a largada, sai de baixo, vai ser um valeduto. Sinta as foices zunindo, sinta os rabos de arraia (...)”.

Este outro exemplo de Augusto Nunes, colunista de *Veja*, também é bastante expressivo:

“Foi alentador saber que o Sensus encontrou mais **brasileiros-descontentes-com-o-governo**, espécie à beira de extinção de dois anos para cá.” (*Veja*, 16/09/2009)

A sabedoria popular nos lega incontáveis exemplos de formas supercompostas. É de notar que muitos deles já se encontram consignados nas representativas obras lexicográficas do português. Recorrendo a Houaiss (2009),<sup>9</sup> encontramos diversas variantes regionais que são usadas para denominar um popular pássaro da fauna brasileira, que, entre nós do sul do estado do Rio de Janeiro, recebeu a alcunha de *Trinca-Ferro*. Dentre elas, algumas figuram como supercomposições: *Tapera-viola-de-aza-verde*, *Bom-dia-seu-chico*, *Trinca-ferro-de-asa-verde*.

---

processos de composição e derivação. Nesse sentido, itens lexicais como *Serraboy* (português e inglês), *embromation* (português e inglês), entre outros, pertencem, respectivamente, aos processos de composição e de derivação. O autor observa ainda que o hibridismo só pode ser comprovado sincronicamente em palavras que apresentem, ao menos, um elemento não vernáculo. Os exemplos supracitados congregam elementos do inglês e do português. Por isso, pode-se dizer que se trata de uma composição e de uma derivação híbridas.

<sup>7</sup> HENRIQUES, Cláudio Cezar. *Morfologia: estudos lexicais em perspectiva sincrônica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

<sup>8</sup> Nas supercomposições, também chamadas de unidades fraseológicas, os redatores do Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa (2009) decidiram pela não hifenação, com exceção dos nomes zoológicos e botânicos. Assim, *salve-se quem puder*, *deus nos acuda*, entre outras palavras, são grafadas sem hífen. Neste trabalho, mantivemos a grafia usada pelo autor. Como ainda convivemos com duas ortografias, admite-se a fase de transição nesses casos.

<sup>9</sup> HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa – versão 3.0*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2009. CD-ROM.

Importa observar que a composição pode se materializar com bases presas. As palavras *racismômetro*, *tucanopatia* e *narcoterrorista* podem ilustrar esse tipo de formação. Com efeito, muito embora *metro*, *patia* e *narco* não tenham livre curso na língua, atuam também na produção de novos itens lexicais. Esses elementos têm, geralmente, origem grega ou latina e são utilizados não só nas terminologias científicas, mas também na linguagem comum.

Até aqui, as palavras compostas listadas ora apresentaram hífen, ora se apresentaram fundidas numa só unidade gráfica. No entanto, há grupos de elementos que funcionam como genuínas unidades lexicais, sem apresentar indício gráfico algum de junção. Considerem-se estes excertos:

(a) “Quando você faz um **choque de gestão**, e entrega bons resultados ano após ano não há politicagem que atrapalhe a percepção da melhora por parte da população.” (*Veja*, 07/04/2010)

(b) “Acrescente a famosa ‘**margem de erro**’ que faz um candidato com hipotéticos 34 pontos valer apenas 32 ou já ter chegado a 36.” (*Veja*, 28/04/2010)

(c) “Pena que, quando eleitos, a única coisa que os preocupa são comissões, propinas (...) **cargos de mando** (...)” (*O Globo*, 12/09/2010)

(d) “**Efeito Tiririca** nas Eleições.” (*Veja*, 06/10/2010)

Em trabalho clássico acerca da inovação lexical em português, Alves (2007)<sup>10</sup> faz menção à composição satírica, que consiste na união de bases com o propósito de despertar a atenção do leitor quer pelo caráter incomum da associação, quer pelo número de elementos que integram o composto. Tais formações comumente objetivam provocar riso e ironia, concorrendo, muita vez, para a expressão da crítica em diferentes tipos de texto. Na próxima seção, apresentaremos alguns compostos extraídos de nossa dissertação de mestrado (LOPES, 2011), no intuito de demonstrar o quão fértil são os neologismos compostos cunhados para a manifestação de atitudes subjetivas em contextos políticos.

## Exemplos de composições satíricas no discurso político

Os auxílios concedidos pelo Governo Lula aos mais carentes sempre foram alvo de muitas objeções. Um leitor de *Veja*, descontente com a política de bolsas de Lula, criou com ironia-crítica, os neologismos *bolsa-isso* e *bolsa-aquilo* com vistas a demonstrar tal descontentamento. Note-se que a vacuidade semântica dos pronomes demonstrativos, somada à implacável seleção lexical, concorre para depreciação dos programas assistenciais do ex-presidente:

<sup>10</sup> ALVES, Ieda M. *Neologismo: criação lexical*. 3. ed. São Paulo: Ática, 2007.

“Podem roubar à vontade parece dizer o chefe da quadrilha, que aproveita a sua popularidade e a ignorância (...) do povo, que em troca de **bolsa-isso, bolsa-aquilo**, lambe migalhas que caem do chão do banquete promovido por esse partido infame.” (*Veja*, 22/09/2010)

Oportunamente, em matéria intitulada *Bolsa-Cabresto* (*Veja*, 27/01/2010), jornalistas de *Veja* também manifestaram seu inconformismo em relação a programas como o Bolsa Família. A criação neológica parece sugerir que o Governo Lula insiste no assistencialismo com a intenção de estabelecer com os beneficiados uma situação de dependência, o que lhe renderia votos em eleições vindouras. Assinale-se o caráter sugestivo da composição metafórica, que, por meio da palavra *cabresto*, acentua a relação de subserviência entre beneficiador e beneficiado.

As constantes falhas na aplicação do Exame Nacional do Ensino Médio em 2010 também deram margem à indignação pública. À época, Hélio Gaspari, importante colunista de *O Globo*, cunhou o interessante neologismo *burocrata-companheiro*. Observemos que *burocrata* reporta-se à burocracia tomada em seu sentido pejorativo. Conforme Houaiss (2009), trata-se de um sistema de execução de atividades públicas encarado como uma estrutura ineficiente, inoperante, morosa na solução de questões e indiferente às necessidades das pessoas. A denominação é irônica, pois faz menção aos erros repetidos do Ministério da Educação na aplicação da prova. Veja-se também a referência crítica na utilização da palavra *companheiro* – uma marca registrada de Lula –, que de alguma maneira dá a entender que a culpa também é do ex-presidente, porquanto os funcionários do MEC são naturalmente células do seu governo.

Do mesmo colunista é a ácida criação vocabular *doutor-caloteiro* (*O Globo*, 18/07/2010), uma apreciação desfavorável a 400 acadêmicos que cursaram doutorado no exterior com bolsas pagas pelo governo. Com o título nas mãos, não retornaram ao Brasil, nem devolveram o montante investido. Cabe observar que a junção de bases com conteúdos semânticos contrastivos possui um forte poder evocatório: *doutor* sugere solenidade, respeitabilidade, admirabilidade, ao passo que *caloteiro* se reporta a algo torpe, censurável, desprezível.

As eleições de 2010 ficaram marcadas por candidatos que usaram sua exposição na mídia para obterem votos. O caso mais célebre foi protagonizado pelo palhaço Tiririca, o qual conseguiu mais de um milhão e trezentos mil votos na eleição para deputado federal de São Paulo. Um leitor de *O Globo*, em alusão ao fato, assim se pronunciou:

“Uma boa parcela do Brasil é definitivamente formada por gente exótica e que vota de forma funambulesca, ignorando as consequências culturais e sociopolíticas de seu – obrigatório – voto. Nem Miró saberia pintar um quadro extrapolítico tão surrealista, tampouco Júlio Verne imaginaria **candidatos-science-fiction** tão fantasiosos.” (*O Globo*, 10/10/2010)

O exotismo da palavra em realce é talvez o que mais chama a atenção nesse caso. O composto híbrido mescla uma expressão inglesa (*science fiction*) e uma palavra portuguesa (*candidato*), de sorte que tal combinação, imbuída de ironia, põe em relevo

toda indignação do leitor em face da irresponsabilidade de parte dos votantes nas eleições de 2010. Releva ter em conta a relação estabelecida com o conhecido autor Júlio Verne, notório por ter escrito boas obras de ficção científica.

Com respeito às licitações para a construção e/ou reforma de estádios na Copa do Mundo de 2014, a revista *Veja* denunciou, em 2010, supostos favorecimentos políticos na construção do Castelão, estádio do Fortaleza/CE. Sugeria-se que a Marquise, empreiteira de José Carlos Pontes, tinha grandes chances de vencer uma licitação milionária para a construção do estádio porque gozava de influência política junto ao governo de Cid Gomes, governador do Ceará. A revista ainda afirmava que a empresa enfrentava alguns problemas na justiça por obras inacabadas e questionava se a mesma dispunha de gabarito para levar a efeito uma obra dessas proporções. Numa interessante amálgama de campos semânticos<sup>11</sup>, Pontes foi alcunhado de *craque-empregado* (*Veja*, 30/06/2010) por um repórter da revista. O neologismo, como se é de supor, alude aos empresários que, com eficácia e esperteza, usam sua empreiteira para negócios escusos e para favorecimentos próprios.

Ainda no campo das licitações, ficou notório em 2010 o projeto do trem bala brasileiro, que ligaria Rio de Janeiro a São Paulo. A ideia foi ironizada por uma leitora de *Veja* que, a partir da palavra *trem-bala*, criou, por analogia, outras formações. O projeto, idealizado pelo Governo Lula, demandaria um gasto exorbitante. Argumenta-se que, enquanto o governo sonha com intentos não tão urgentes, outras áreas básicas, com problemas sérios, estariam sendo negligenciadas. Eis as palavras da leitora, segundo as quais:

“Nós realmente precisamos de: **hospitais-bala**, **educação-bala**, **segurança pública-bala**, **emprego-bala**, **transporte público-bala**.” (*Veja*, 25/08/2010)

Outra combinação bastante sugestiva encontramos nas criações vocabulares *família-laranja* e *avô-laranja* (*Veja*, 11/08/2010). Como sabemos, *laranja* nomina, conotativamente, uma pessoa, ingênua ou não, cujo nome é usado por outrem na prática de irregularidades financeiras, de modo a ocultar a identidade do verdadeiro possuidor dos bens, do dinheiro etc. Conforme noticiou a revista, o conhecido político Joaquim Roriz era suspeito de usar membros de uma família como laranjas em algumas fazendas suas para fraudar o fisco. Curiosamente, algumas dessas propriedades produziam laranja em larga escala. Inteligentemente, o jornalista-criador valeu-se dessa coincidência – e de uma flutuação semântica no que respeita ao sentido denotativo e conotativo do item lexical *laranja* – para fazer troça da situação, imprimindo mais expressividade ao seu texto.

No início de 2010, já se sondava o que o ex-presidente Lula faria depois da aposentadoria – lembremo-nos de que ele terminaria seu segundo mandato como presidente do Brasil. Em face da situação, os jornalistas puderam exercitar novamente sua veia cômica na criação do neologismo *projeto-pijama* (*Veja*, 03/11/2010), título de uma pequena nota cujo tema era a agenda de Lula pós-presidência.

<sup>11</sup> Consoante Azeredo (2008, p. 411-412), campos semânticos são definidos como qualquer agrupamento de palavras da mesma classe gramatical associáveis segundo relações semânticas variadas (sinonímia, antonímia, complementaridade etc). Assim, *craque* pertence ao campo semântico do futebol e *empregado*, ao campo semântico dos negócios.

Em alusão aos rumos tomados pela campanha presidencial do Partido dos Trabalhadores em 2010, cunhou-se o satírico neologismo *técnico-administrativês-obsessivo*<sup>12</sup>. À época, a candidata Dilma Rousseff sustentava sua campanha fundamentalmente com realizações do Governo Lula. Exibiam-se números dos feitos do ex-presidente, atestando o crescimento do Brasil no período em que o político foi presidente. Clara estava a sugestão de que, caso Dilma fosse eleita, o Brasil continuaria sua marcha para o desenvolvimento. Para o criador da palavra, as propostas reais não foram suficientemente debatidas, motivo pelo qual censurou os rumos da campanha petista, que se apoiava basicamente em dados técnicos. Observe-se, por fim, o neologismo *administrativês* (administrativo + -ês), que denomina, por vezes pejorativamente, a linguagem impregnada de termos técnicos da área administrativa.

Para finalizar esta seção, citemos dois vocábulos criados com propósitos maiormente humorísticos que se baseiam em características físicas e/ou comportamentos dos políticos a quem se referem. O primeiro, *radical-cabeludo*, alcunha com graça o ex-deputado federal Babá (PSOL), por causa de seus longos cabelos e postura combativa. O segundo, *chique-careta-burguês*, criado pelo *personal stylist* de Dilma Rouseff, Celso Nakamura, reporta-se ao estilo da presidente Dilma Rousseff, que, como se infere, é requintado, mas deixa transparecer convencionalismo ou presunção.

## Palavras finais

Por meio dessas breves e ilustrativas análises, pretendemos demonstrar que os compostos em português podem converter-se em vigorosos recursos estilísticos. Para tanto, foi necessário pôr em evidência a contraparte expressiva da língua, a contraparte que permite ao homem manifestar sua subjetividade em relação a tudo que o cerca. Nesse percurso, empreendemos uma análise que congregou não apenas informações linguísticas, senão também informações relativas ao plano contextual da formação de palavras. Desse modo, pudemos perceber que a língua, para além da simples representatividade, assume, inelutavelmente, uma contraparte expressiva.

Como procuramos mostrar também, as áreas da linguagem contempladas em nosso estudo (nesse caso, lexicologia, morfologia e estilística) podem ser estudadas em interface, permitindo-nos ter uma visão mais global dos fenômenos linguísticos não apenas em textos de natureza política, como também em outros tipos de textos. Assim sendo, a composição satírica só tem razão de ser se imersa em contextos enunciativos que lhe garantam uma função. Sobressai-se, pois, um efeito de estilo, indispensável às metas comunicativas do enunciador no ato discursivo.

A partir de textos em que preponderam a argumentação, as tensões, os interesses, e o inconformismo – textos que, portanto, favorecem a expressão da subjetividade –, pudemos perceber que os enunciadores se valem, frequentemente, dos recursos linguísticos que agregam ironia, humor e criticidade às mensagens. Parece-nos evidente a importância dos compostos satíricos em contextos políticos, visto que, nesses casos, a força impulsionadora das criações vocabulares é a expressividade. Nos termos de Roman Jakobson<sup>13</sup>, poderíamos falar, assim, de neologismos expressivos, cuja principal função é a manifestação anímica.

<sup>12</sup> “De um lado temos a motoniveladora desse enfoque **técnico-administrativês-obsessivo**: índices e mais índices (alguns deles muito bons, aliás) (...)” (*O Globo*, 12/09/2010).

<sup>13</sup> JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2008.

Nesse sentido, cremos ser lícito afirmar que a composição presta-se, nos termos de Basílio (2003), à função discursiva da formação de palavras, sendo, além disso, um processo dos mais expressivos no âmbito dos processos de formação de palavras em português.

## Referências bibliográficas

- ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Vocabulário ortográfico da língua portuguesa*. 5. ed. São Paulo: Global, 2009.
- ALVES, Ieda M. *Neologismo: criação lexical*. 3. ed. São Paulo: Ática, 2007.
- AZEREDO, José Carlos de. *Gramática Houaiss da língua portuguesa*. 2. ed. São Paulo: Publifolha, 2008.
- BASILIO, Margarida. *Teoria Lexical*. 7. ed. São Paulo, Ática, 2003.
- HENRIQUES, Cláudio Cezar. *A nova ortografia: o que muda com o novo acordo ortográfico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Morfologia: estudos lexicais em perspectiva sincrônica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa – versão 3.0*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2009. CD-ROM.
- JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2008.
- LOPES, Bruno Silva. *A dinamicidade lexical em textos de domínio político: ecos das eleições de 2010*. 169f. Dissertação (Mestrado em Língua Portuguesa) – Instituto de Letras, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.
- MONTEIRO, José Lemos. *A estilística: manual de análise e criação do estilo literário*. Petrópolis: Vozes, 2005.

# O instituto do tombamento como garantidor do patrimônio cultural brasileiro

Sônia Guerra<sup>1</sup>

## Resumo

O presente artigo parte da evolução social do homem, visando à aquisição de direitos, atingindo os direitos humanos culturais. Analisa os instrumentos jurídicos previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988, que visam à proteção do patrimônio cultural brasileiro e a efetividade do tombamento como garantidor da preservação do mesmo.

**Palavras-chave:** Direitos humanos culturais. Tombamento.

## Abstract

This article is part of the social evolution of man for the acquisition of rights, reaching cultural human rights. Analyzes the legal instruments provided the Brazilian Federal Constitution of 1988 aimed at protecting the cultural heritage of Brazil and the effectiveness of tipping as a guarantor of the preservation of it.

295

**Keywords:** Cultural human rights. Overturning.

Desde os primórdios, o homem necessita viver com seus semelhantes, mas, ao mesmo tempo em que possui a capacidade de conviver com seus semelhantes, o homem também possui a de destruir-se e aos seus, bem como aos bens que o grupo amealhou ao longo de sua história. Daí a necessidade da utilização de diversos mecanismos como formas de controle social para que a harmonia seja mantida no seio da sociedade. Peter Berger<sup>2</sup> demonstra estes mecanismos através de um conjunto de círculos concêntricos, cujo centro é o homem, do qual também faz parte o sistema jurídico. O ordenamento jurídico é, inegavelmente, necessário à convivência social, surgindo das necessidades e da realidade de cada sociedade, refletindo seus anseios e expectativas. Na expressão de Rudolf Von Jhering, utilizada pela professora Maria Helena Diniz<sup>3</sup>, se a norma jurídica não refletisse os anseios sociais, seria ‘um fantasma de direito’ uma reunião de palavras vazias; sem conteúdo substancial esse ‘direito fantasma’, como todas as assombrações, viveria uma vida de mentira, não se realizaria (...)”. É pois, o direito, um indutor da coesão social, de modo a assegurar um estado propício ao desenvolvimento de cada indivíduo no contexto social. Pelo sistema jurídico, substitui-se o poder do mais forte

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho; Professora do Centro Universitário Augusto Motta, Advogada no Rio de Janeiro.

<sup>2</sup> BERGER, Peter. *Perspectivas sociológicas – uma visão humanística*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 18.

pelo poder vinculado ao bem-estar da coletividade. Há a organização da sociedade de modo que todos possam buscar a harmonia na vida em comum. Sendo um reflexo da sociedade, dinâmica por essência, também o é o direito, refletindo a preocupação do homem com o bem-estar de seus semelhantes. Esta preocupação remonta a priscas eras, tendo seu ápice na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, período no qual o intervencionismo estatal nas relações sociais era extremamente elevado. A conquista das liberdades públicas decorreu, ao longo dos tempos, desta luta dos indivíduos face às arbitrariedades existentes, como já lecionava Jhering: “A paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para a conseguir.(...) A vida do direito é uma luta: luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos.”<sup>4</sup>

O posicionamento de Joaquim Herrera Flores<sup>5</sup> comunga com os ensinamentos que absorvemos de Jhering, pois, em sua concepção, os direitos humanos foram alcançados em consequência da luta da sociedade, visando a uma vida com dignidade.

“De este modo, los derechos humanos serían los resultados siempre provisionales de las luchas sociales por la dignidad. Entendiendo por dignidad, no el simple acceso a los bienes, sino que dicho acceso sea justo y se generalice por igual a todas y a todos los que conforman la idea abstracta de humanidad. Hablar de dignidad humana no implica hacerlo de un concepto ideal o abstracto. La dignidad es un fin material. Un objetivo que se concreta en dicho acceso igualitario y generalizado a los bienes que hacen que la vida sea ‘digna’ de ser vivida.”

No cenário pátrio, a Constituição Federal de 1988 é a chamada “Constituição Cidadã” tamanha foi a preocupação do constituinte brasileiro em declarar direitos e elevar a importância da cidadania como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito.<sup>6</sup>

Com o seu advento, nosso país passa a uma nova fase, já que visa assegurar o exercício das liberdades públicas. como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a função de diminuir as desigualdades sociais.

Diversos são os artigos em que o constituinte se preocupou com a proteção aos direitos humanos culturais, como, por exemplo, a previsão do artigo 23, inciso V, atribuindo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a responsabilidade de proporcionar aos cidadãos os meios de acesso à cultura e, ainda, em seu artigo 215, a obrigação estatal em garantir a efetividade desses direitos.

Vale ressaltar que Toshio Mukai<sup>7</sup>, bem como outros doutrinadores, entende que a cultura integra um dos aspectos do meio ambiente: o ambiente como uma ou mais zonas

<sup>4</sup> VON JHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 1.

<sup>5</sup> FLORES, Joaquín Herrera. *La complejidad de los derechos humanos – bases teóricas para una redefinición contextualizada*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 1, p. 103-135, junho/2008. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33315-42530-1-PB.pdf>> Acesso em 27 de janeiro de 2012, p. 107.

<sup>6</sup> 31 CF/88. Art. 1º, II.

<sup>7</sup> MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 4.



circunscritas do território, consideradas pelo seu peculiar modo de ser e beleza, dignas de conservação em função do seu gozo estético, da sua importância para a investigação científica, ou ainda pela sua relevância histórica, isto é, o ambiente enquanto soma de bens culturais, enquanto ponto de referência, objeto dos interesses e do direito à cultura.

Neste sentido, o Sidney Guerra<sup>8</sup> Assim leciona:

“Pode-se relacionar ao meio ambiente a proteção dos espaços naturais e das paisagens, a preservação das espécies animais e vegetais, a manutenção dos equilíbrios biológicos e a proteção dos recursos naturais.

Da mesma forma, pode-se associar à comodidade dos vizinhos, à saúde, à segurança, à salubridade pública, à proteção da natureza e do meio ambiente, à conservação dos sítios e monumentos.

Como se vê, o conceito de meio ambiente não pode apresentar uma visão simplista e reduzida. Ao contrário, deve estar inserida a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico, e o meio ambiente do trabalho.”

Contudo, não basta conquistar direitos, precisamos de efetivação dos mesmos, pois direitos meramente legislados não servem aos anseios dos povos que necessitam, além da previsão legal, da efetivação dos mesmos para que não se constituam apenas em uma retórica, pois, como diz Bobbio:

“Uma coisa é um direito; outra, a promessa de um direito futuro. Uma coisa é um direito atual; outra um direito potencial. Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembleia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão dotado de poder de coerção”.<sup>9</sup>

Pois bem, a aquisição de direitos e seu exercício não podem ser entendidos como tendo um caráter absoluto e devem ser interpretados de forma compatível com os interesses gerais da sociedade juridicamente organizada. Faz-se necessário, portanto, que a ordem jurídica repouse em uma correlação que possibilite a convivência dos dois mundos: o do indivíduo e o da comunidade.

Assim há necessidade de atuação estatal para que a convivência social seja harmônica, por meio do exercício do poder de polícia que serviu para caracterizar o

<sup>8</sup> GUERRA, Sidney. *A tutela constitucional do meio ambiente cultural*. Revista de Direito da Unigranrio, Vol. 4, No 2 (2011). Disponível em <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/view/1603>> Acesso em 27 de janeiro de 2012. p. 12.

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, p. 83.

Estado liberal por “se constituir no máximo de atividade interventiva que lhe reconhecia o liberalismo burguês.”<sup>10</sup>

“Por intermédio do poder de polícia, o Estado poderá coibir abusos dos particulares no exercício de seus direitos. Contudo, não podemos esquecer de que o poder de polícia que, legalmente, regula e coordena a atividade de pessoas, também é disciplinado pela norma de direito, à medida que, ao definir o limite de competência da autoridade, repele e torna ilícito o abuso de poder, coibindo excessos e arbitrariedades dos agentes da administração pública no exercício de suas atividades administrativas, de modo que o desvirtuamento do exercício do poder de polícia seja passível de punição.”

Dos ensinamentos colhidos do Prof. Marcello Caetano, destacamos neste mister:

“A polícia é atuação da autoridade, pois pressupõe o exercício de um poder condicionante de atividades alheias, garantido pela coação sob a forma característica da administração, isto é, por execução prévia.

É uma intervenção no exercício de atividades individuais, pois pressupõe a existência de normas de conduta dos indivíduos e a possibilidade da sua violação por estes.(...)”

A polícia intervém nas atividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais. Só aquilo que constitua perigo susceptível de projetar-se na vida pública interessa à polícia, e não o que apenas afete interesses privados ou a intimidade das existências pessoais.”<sup>11</sup>

Na mesma esteira, seguindo a definição de Santi Romano, Baltazar Gama Barbosa, fazendo uma análise sobre poder de polícia e direito, anota:

“Na definição de Santi Romano, o eminente professor italiano, chama-se ‘polícia’ a atividade administrativa que, por meio de limitações eventualmente coativas à atividade privada, é dirigida a prevenir os danos sociais que possam surgir dessa última, (...)”<sup>12</sup>

O poder de polícia é assim um poder instrumental da administração pública, decorrente de norma jurídica, para condicionar e restringir os possíveis abusos de pessoas físicas ou jurídicas em relação ao Estado e, consequentemente à coletividade, já que o mesmo atua visando ao interesse desta.

Relativamente aos direitos culturais, como já mencionado anteriormente, o artigo 215 da Constituição Federal em vigor atribui ao Estado a obrigação de

<sup>10</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. In: *Direito administrativo da ordem pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 67.

<sup>11</sup> CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 270.

<sup>12</sup> BARBOSA, Baltazar Gama. *Poder de polícia e direito*. In: *Revista de Direito Administrativo*, out-dez. 1958, p. 14.

garanti-los e, ainda, em seu artigo 216, abrange a natureza dos bens merecedores de proteção, por integrarem o patrimônio cultural pátrio<sup>13</sup>.

“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º – O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º – A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do país e à integração das ações do poder público que conduzem à: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

I – defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; (incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

II – produção, promoção e difusão de bens culturais; (incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

III – formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; (incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

IV – democratização do acesso aos bens de cultura; (incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

V – valorização da diversidade étnica e regional; (incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

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

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, disciplinam o tema: o Decreto-Lei nº 2, de 11 de abril de 1969, que define os bens integrantes do patrimônio cultural e

<sup>13</sup> Patrimônio cultural é o conjunto de bens materiais e imateriais que compõem uma memória coletiva das sociedades.

institui medidas para a sua proteção, a Lei nº 509, de 3 de dezembro de 1981, que dispõe sobre o Conselho Estadual de Tombamento; o Decreto nº 5.808, de 13 de julho de 1982, que a regulamenta, e do Decreto nº 23.055, de 16 de abril de 1997, que dispõe sobre a tutela do patrimônio cultural do Estado, no que se refere ao poder de polícia, controle, sanções e penalidades.

Ainda analisando-se a previsão constitucional, o Estado intervém na propriedade para que esses objetivos sejam atingidos e, relativamente aos direitos culturais, prevê no § 1º do artigo 216 da Constituição Federal de 1988, diversos mecanismos para a preservação do patrimônio cultural brasileiro: inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação.

De forma sintética, inventário é o registro de determinados bens pelos órgãos responsáveis pela proteção do patrimônio histórico e cultural, visando identificar características importantes que levam à necessidade de sua proteção. Ressaltamos, contudo que, embora seja instrumento de suma importância, não existe norma nacional regulamentando-o.

O registro destina-se à preservação do patrimônio cultural imaterial de modo que o conhecimento retido por determinados indivíduos de grupo específico relevante culturalmente para nossa sociedade, não se perca com a morte dos mesmos.

Vigilância caracteriza a obrigação de reprimir que os bens tombados sejam depredados, tanto pelo Estado (quando se tratar de bem público) como pelo particular proprietário do bem tombado.

A desapropriação, que ao nosso entendimento não é instituto destinado à preservação, é a forma interventiva mais drástica, pois retira do proprietário o direito de propriedade que passa a integrar o domínio público. Concordamos contudo que, se o proprietário do bem não tenha condições de suportar o ônus de um bem que deve ser preservado, o poder público deverá desapropriá-lo e dar-lhe destinação que possa servir a este fim.

Tombamento é uma das formas interventivas por meio da qual o Poder Público, visando preservar o patrimônio cultural brasileiro, impõe limitações ao uso e gozo de determinado bem. Tal instituto, ao nosso entendimento, de fato atende o propósito de proteção e preservação de bens móveis ou imóveis, públicos ou particulares, materiais ou imateriais importantes à nossa sociedade.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto assim o conceitua:

“É a intervenção ordinária e concreta do Estado na propriedade privada, limitativa de direitos de utilização e disposição, gratuita, permanente e indelegável, destinada à preservação, sob regime especial, de bens de valor cultural, histórico, arqueológico, artístico, turístico ou paisagístico”<sup>14</sup>.

O tombamento está disciplinado pelo Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, além da legislação própria de cada Estado e Município.

Pode ser voluntário ou compulsório. No primeiro, existem duas possibilidades: o proprietário do bem, entendendo que o mesmo possui características relevantes para

<sup>14</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 3189.

a sociedade solicita-o, ou quando o mesmo venha a anuir no momento em que for notificado pelo IPHAN<sup>15</sup>. Caso o proprietário recuse-se a anuir à notificação, dar-se-á o tombamento compulsório.

Outro aspecto importante a ser ressaltado, é que desde o momento em que o proprietário do bem a ser tombado é notificado pelo órgão competente pelo tombamento, denomina-se tombamento provisório, cujos efeitos equiparam-se ao tombamento definitivo para que desde o início do processo haja a preservação do bem tutelado.

Dentre os diversos efeitos do tombamento, apontamos os seguintes: o bem tombado não poderá sair do país sem autorização do órgão competente e, caso seja tentada a exportação da coisa tombada, o responsável responderá na esfera criminal por seu ato<sup>16</sup>; os bens tombados não poderão sofrer qualquer alteração, destruição ou demolição sob pena de punição pecuniária; a vizinhança de um bem tombado não poderá construir de modo a impedir ou reduzir a visibilidade do bem tombado, tampouco nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser determinada a destruição da obra ou a retirada do objeto, impondo-se neste caso pena de multa; para que o proprietário possa exercer o direito à alienação do bem tombado, deverá obedecer ao direito de preferência da União, Estados e Municípios, nesta ordem, que poderão exercê-lo no prazo de 30 dias da notificação realizada pelo proprietário, pois, caso o bem seja alienado sem a observância ao direito de preferência, a alienação será nula, e transmitente e adquirente responderão solidariamente por pena pecuniária.

Embora o bem passe a ter diversas restrições, o proprietário não perde o direito de propriedade e, caso não possua recursos para a preservação do bem, deverá comunicar ao IPHAN a necessidade de obras para sua conservação, que, considerando-as necessárias, mandará executá-las às expensas da União, e, embora exista o direito de preferência, o proprietário poderá gravar livremente o bem tombado.

A Lei nº 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade, prevê a concessão de incentivos e benefícios fiscais a bens de interesse social e, em função desta proteção, o IPTU de imóveis tombados poderá ser diferenciado dos demais, desde que estejam conservados cabendo a cada Município estabelecer o percentual de desconto (e em alguns casos até a isenção total) do referido imposto.

Após a análise realizada, verificamos que, no ordenamento jurídico pátrio, a proteção à cultura é de suma importância, de modo que o indivíduo possa deixar como herança e transmitir valores aos que virão no futuro.

As conquistas de direitos pelo homem, bem como das chamadas liberdades públicas, se fizeram à custa de lutas durante séculos, devendo refletir um anseio social de modo que, interiorizadas nos componentes da sociedade, possam ser por eles exigidas.

Diversos mecanismos legais existem no Brasil para viabilizar uma preservação do patrimônio cultural brasileiro mais eficiente, contudo, não se pode afirmar que tal proteção esteja sendo efetiva.

Não pretendemos dizer ser tarefa das mais fáceis, mas há que se ter vontade política para tal.

<sup>15</sup> IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

<sup>16</sup> Art. 15. Tentada, a não ser no caso previsto no artigo anterior, a exportação, para fora do país, da coisa tombada, será esta sequestrada pela União ou pelo Estado em que se encontrar.

§ 3º A pessoa que tentar a exportação de coisa tombada, além de incidir na multa a que se referem os parágrafos anteriores, incorrerá, nas penas cominadas no Código Penal para o crime de contrabando.

Em nossa obra *Falsificação de remédios e poder de polícia*<sup>17</sup>, já questionávamos, relativamente ao tema e novamente repetimos: “de que adiantam tantos dispositivos legais, se o Poder Público, por problemas gerenciais, não consegue fazer atuar o poder de polícia que possui?”

Não basta o sistema legal direcionado à proteção e à preservação do patrimônio cultural brasileiro, não basta a existência de órgãos de proteção nos âmbitos federal, estadual e municipal (quando existem), se diversos bens tombados estão se deteriorando a cada dia.

## Referências bibliográficas

- BARBOSA, Baltazar Gama. *Poder de polícia e direito*. In: *Revista de Direito Administrativo*, out-dez. 1958.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BERGER, Peter I. *Perspectivas sociológicas - uma visão humanística*. 10. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Tradução de Carlos Nelson Coutinho.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 27 de janeiro de 2012.
- BRASIL., *Decreto Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del0025.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0025.htm)>. Acesso em 27 de janeiro de 2012.
- BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em 27 de janeiro de 2012.
- CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1996.
- CRUZ, Sônia Guerra. *Falsificação de remédios e poder de polícia*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- FERNÁNDEZ, Jorge Ruiz. *Derecho administrativo (servicios públicos)*. México: Editorial Porrúa, 1995.
- FLORES, Joaquín Herrera. *La complejidad de los derechos humanos – bases teóricas para una redefinición contextualizada*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 1, p. 103-135, junho/2008. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33315-42530-1-PB.pdf>> Acesso em 27 de janeiro de 2012.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Direito administrativo da ordem pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- GUERRA, Sidney. *A tutela constitucional do meio ambiente cultural*. Revista de Direito da Unigranrio, Vol. 4, No 2 (2011). Disponível em <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/view/1603>> Acesso em 27 de janeiro de 2012.
- VON JHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

<sup>17</sup> CRUZ, Sônia Guerra. *Falsificação de remédios e poder de polícia*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 110.

# O controle jurisdicional das políticas públicas promotoras de direitos fundamentais

Mário de Castro Reis Neto<sup>1</sup>

## Resumo

O presente trabalho tem por objetivo revisitar a tradicional teoria da separação dos poderes a fim de investigar os parâmetros pelos quais um determinado ato administrativo discricionário poderá ser analisado pelo Poder Judiciário, ou ainda se tal atuação é permitida pelo atual ordenamento constitucional. Por meio de uma revisão doutrinária, identificar-se-á quais são, atualmente, os principais argumentos utilizados a favor e contra a atuação do Poder Judiciário em questões de fundo administrativas, principalmente quando em revisão do mérito do ato administrativo discricionário. Inicialmente, foi revisitada a teoria do positivismo, que orientou a atuação do Poder Judiciário pautada pela força normativa da lei e as consequências dessa atuação. Entretanto, também trouxe o estudo e o cotejo das teorias denominadas críticas do pensamento jurídico, que se pautam pela centralidade axiológica do ser humano. É partindo dessa premissa de centralidade do ser humano em relação ao ordenamento jurídico que o presente estudo se propõe a analisar a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas promotoras de direitos fundamentais.

303

**Palavras-chave:** Políticas Públicas. Discricionariedade. Ato Administrativo. Poder Executivo, Poder Judiciário. Controle judicial.

## Resumen

Este trabajo pretende revisar la teoría tradicional de la separación de poderes para investigar los parámetros por los que se puede, un cierto acto administrativo discrecional, considerados por el Poder Judicial, o si tal acción es permitida por las disposiciones constitucionales vigentes. A través de una revisión de la doctrina, se identificarán cuáles son actualmente los principales argumentos dados por y contra el poder judicial en los asuntos administrativos de fondo, especialmente al revisar los méritos de una discrecionalidad administrativa. Inicialmente, se volvió a examinar la teoría del positivismo, que ha guiado la labor de la judicatura guiada por la fuerza normativa de la ley y las consecuencias de esa acción. Sin embargo, el estudio también trajo la comparación de teorías llamadas pensamiento jurídico crítico, que se basan axiológica por la centralidad de los seres humanos. Es a partir de esta premissa la centralidad del hombre en relación con el sistema legal que este estudio es analizar el papel del poder judicial en el control de las políticas públicas que promueven los derechos fundamentales.

**Palabras-clave:** Política Pública. La discreción. La Ley de Administración. Ejecutivo. Poder Judicial, el control judicial.

<sup>1</sup> Mestrando em Direito, Especialista em Direito Público, Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Valença/RJ, advogado e palestrante; E-mail: castro@scbradvogados.com.br

## Introdução

A função desempenhada pelo direito nos últimos anos vem sendo repensada a partir de novos paradigmas que impõem, sobretudo, uma visão meta jurídica sobre o modelo globalizado em que a sociedade se encontra.

Aliado à estrutura elaborada pelas tradicionais doutrinas de Montesquieu e Kelsen, o Judiciário assumiu por muitos anos um papel cômodo de mero aplicador da lei; estático em seu atuar, desconsiderando fatores econômicos e sociais bem como a repercussão social de suas decisões.

Inerte, assistiu o Judiciário o crescimento dos outros Poderes da República, notadamente o Executivo. Entretanto, não foi capaz de observar o desenvolvimento de setores da sociedade em uma busca quase incessante por adquirir poder econômico. Escondeu-se atrás de teorias positivas para não imiscuir-se em questões de alta indagação, como a análise judicial da conveniência e discricionariedade do ato administrativo, mormente quando aplicador de políticas públicas. Criou-se assim, um *déficit* democrático no qual prevaleceu por muitos anos o entendimento dos outros poderes que, balizados por interpretações apriorísticas dos princípios e normas constitucionais, não foram questionados sobre aspectos, inclusive constitucionais, de seus atos.

Os tempos são outros. Modernamente, cientistas políticos desenvolveram uma atenção especial pelo funcionamento do Poder Judiciário, interessados em analisar a quebra desse paradigma formalista-positivista e as consequências possíveis à sociedade.

A superação desse modelo formalista-positivista exige do atual hermeneuta uma readequação de inúmeros institutos jurídicos que não obstante terem servido aos ideais liberais do estado de direito, contemporaneamente não se encaixam naquilo que vem sendo denominado pela doutrina como novo constitucionalismo<sup>2</sup>. Tampouco, se encaixa nos anseios atuais da sociedade.

Entre tais institutos que merecem uma reanálise destacam-se a própria eficácia vertical da teoria da separação de poderes, o conceito de soberania (que mediante os fenômenos atuais advindos das diversas formas de globalização, está sendo repensado pela academia jurídica), e o próprio papel do Poder Judiciário no controle da administração pública, denominado por alguns indevidamente como “ativismo judicial”<sup>3</sup>.

Nesse artigo, será feita uma abordagem da atividade judicante e de seus limites constitucionais, de forma a entender se é possível e de que forma é possível a atuação do Poder Judiciário no controle da discricionariedade do ato administrativo, mormente quando for ele implementador de políticas públicas.

<sup>2</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – Uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

<sup>3</sup> A expressão “ativismo judicial” foi utilizada pela primeira vez em 1947 pelo jornalista Arthur M. Schlesinger Jr., na *Revista Fortune*, com o intuito de identificar o perfil dos juízes da Suprema Corte Americana. O jornalista identificou dois grupos de juízes na Corte Americana, quais sejam, o grupo de Black-Douglas e o grupo de Frankfurter-Jackson. O primeiro preocupava-se em solucionar os casos de acordo com a sua concepção social, isto é, enxergava a Corte como um meio de obter os resultados socialmente desejáveis. O segundo, ao contrário, defendia o uso da Corte como um instrumento para permitir que os outros poderes realizassem a vontade popular, apresentando, desta forma, uma atitude de autocontenção judicial.



## A corrente de pensamento do positivismo e o positivismo-jurídico

Augusto Comte, filósofo francês que viveu entre os séculos XVIII e XIX, foi o principal expoente da corrente sociológica denominada positivismo. Comte, com sua linha de raciocínio, influenciou os pensadores da época, dos mais variados círculos de abrangência, contribuindo para o desenvolvimento de um pensamento crítico que tomou conta da Europa, principalmente no século XIX.

A doutrina positivista cunhada por Comte rejeita o conhecimento metafísico, afirmando que o conhecimento deve limitar-se a dados obtidos pela experiência. Assim, defendeu o filósofo francês a ideia de que tanto os fenômenos da natureza como os da sociedade são regidos por leis invariáveis e inflexíveis. Seria verdadeiro tudo aquilo que fosse empiricamente verificável. Para essa escola, o desenvolvimento da humanidade depende exclusivamente da experiência científica, único meio capaz de transformar a sociedade.

Desta corrente filosófica surgiram inúmeras outras dela decorrentes dentre as quais se destaca como principal a escola positivista inaugurada pelo jurista austríaco Hans Kelsen.

Nascido no século XIX, Kelsen é um pensador além de seu tempo. Apresentou ao mundo, já no século XX, sua principal obra denominada *Teoria pura do direito*, onde analisou de forma avaliativa o direito então vigente nas sociedades europeia e americana.

Kelsen, contribuindo para a inclusão do direito no ramo das ciências sociais, formulou sua teoria fundamentando ser o direito uma ciência da qual se desprendiam fatores externos, como a moral, a sociologia, a política, a filosofia, etc.

Pensando cientificamente, pretendia Kelsen atingir os objetivos epistemológicos da objetividade e neutralidade da norma, expulsando desta todo e qualquer juízo de valor existente.

O direito se resume, a partir de então, e na visão daqueles positivistas, à lei vigente, não havendo nada acima dele – e dela – que funcione como parâmetro na aferição de sua justeza. Nesse sentido, validade da norma se confunde com a sua eficácia.

Resumindo o pensamento kelseniano, a transcrição de parte de seu prefácio à primeira edição da *Teoria pura do direito* diz:

“Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão”.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução por João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. VII.

Desta forma, como se percebe em síntese apertada do pensamento do jurista austríaco, na corrente positivista-jurídica não há margem, ou a margem é mínima, para o hermeneuta interpretar a norma, funcionando este como um mero aplicador da lei. Aliás, o próprio Judiciário era entendido dentro deste paradigma, não possuindo liberdade de interpretar o sentido da norma e adequá-la aos anseios da sociedade daquele tempo.

Contribuindo para o entendimento da corrente, Ana Paula Repolês Torres<sup>5</sup> afirma:

“Definindo mais detalhadamente a norma jurídica, Kelsen a considera um esquema de interpretação do mundo, pois, partindo da distinção entre os dois mundos, ser e dever-ser, afirma que o que interessa ao jurista não são os fatos, mas a significação jurídica a eles atribuída. Por exemplo, a morte de uma pessoa, um fato natural, pode ter relevância jurídica quando, por exemplo, o falecido deixa bens, devendo então ser aberta sua sucessão testamentária. No âmbito penal, uma ação humana não é criminosa por si só, ou seja, é o direito que lhe atribui tal sentido.”

José de Deus Luongo Da Silveira, escrevendo sobre essa corrente em artigo intitulado *Algumas considerações sobre de critério da verdade do direito*, elucida com a seguinte passagem:

“A ciência jurídica fica reduzida ao direito positivo e o direito positivo se unifica com o Estado, formando um estatismo jurídico. Sobre essa realidade, diz Wolkmer: ‘O Estado legitima seu poder pela eficácia e pela validade oferecida pelo direito, que, por sua vez, adquire força no respaldo proporcionado pelo Estado’. A verdade ontológica foi habilmente arredada do campo do direito, pois se trata de um questionamento metajurídico que não interessa à ciência jurídica; a única verdade é o valor objetivo e absoluto da norma.”<sup>6</sup>

Não era permitido aos juízes transformar a sociedade através da interpretação da lei, uma vez que se subsumiam apenas a aplicadores burocráticos do texto normativo. Em contrapartida, se “protegia” a sociedade de um Judiciário ativista. Impedia-se a “legislatura judicial” ou “ativismo judicial”, que, por muitos, é entendida como uma perigosa manifestação do direito.

Posteriormente, Hans Kelsen foi alvejado por críticos das denominadas “Teorias Críticas do Direito”, que se preocupavam com os *déficits* éticos da teoria jurídica kelseniana e com o conseqüente desestímulo aos juristas para avançarem seus pensamentos criticamente, uma vez que não há, como dito acima, margem para interpretações destoantes da prescrita no texto normativo.

<sup>5</sup> TORRES, Ana Paula Repolês. *Uma análise epistemológica da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen*. Revista CEJ, Brasília, v. 33, p. 72-77, 2006. ISSN/ISBN: 141408X.

<sup>6</sup> SILVEIRA, José de Deus Luongo da. *Algumas considerações sobre de critério da verdade do direito*. Disponível em: <<http://www.via-rs.net/pessoais/joseluongo>> Acesso em 16 julho de 2011.

## A crítica ao pensamento positivista – A escola do pensamento jurídico crítico<sup>7</sup>

As críticas mais contundentes dirigidas ao raciocínio lógico-formalista defendido entre outros, mas especialmente por Kelsen, encontram-se nos partidários da escola de pensamento denominada Teoria Crítica do Direito ou Teoria do Pensamento Jurídico Crítico.

Amparados por fatos sociais que não podiam ser explicados através do positivismo sem que se chegasse a conclusões teratológicas, o pensamento jurídico, nos primeiros quartos do século passado, viu-se desprestigiado academicamente, assistindo ao crescimento de teóricos que abriam caminhos para um estudo mais elevado acerca da função do direito na sociedade, bem como a sua ideal interpretação.

Sobre esse período de transição e o novo paradigma que se pretendia estipular, Lacombe Camargo<sup>8</sup> diz:

“Como vimos, a ideia era a de que a atividade jurisdicional ficasse circunscrita a operações lógico-dedutivas extraídas de um sistema dinâmico de normas feitas pelo Estado capaz de gerar uma norma individual como sentença para cada caso concreto.

No entanto, as correntes que veem a aplicação do direito como atividade criadora insurgem-se em opor severas críticas ao positivismo kelseneano, apontando para a falibilidade do modelo lógico-dedutivo. Acredita-se que o direito existe concretamente e não de forma virtual, ou melhor, que ele vale à medida que é capaz de compor interesses, desconsiderando-se o seu valor meramente potencial. Este movimento, que encerra o predomínio da dogmática tradicional, é denominado pós-positivismo”.

Eros Roberto Grau, na mesma linha de raciocínio, refutando a visão objetiva/formalista do direito, afirma que “O direito, em suas duas faces – enquanto direito formal e enquanto direito moderno –, se desmancha no ar. (...) Paralelamente à demanda da sociedade por um direito que recupere padrões éticos, a emergência de direitos alternativos é incontestável”<sup>9</sup>.

Busca-se então, com esse novo paradigma, uma nova interpretação do fundamento do direito, com um direcionamento racional, ético, subjetivo que, contudo, de maneira alguma retira o caráter científico próprio da matéria. E é nessa constante busca em se transformar o fundamento do direito que se encontra a sua valoratividade.

Essa nova visão não se coaduna com a limitação imposta pelo positivismo ao Judiciário, que, como dito, durante tempos, era visto como um mero aplicador da lei, agente objetivo no processo de busca por justiça.

<sup>7</sup> Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 5-8.

<sup>8</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação - Uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 131-32.

<sup>9</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 107.

Não se pode, na visão moderna do direito, impor limites ao pensamento jurídico – mesmo que estabelecidos pela norma – para considerá-la superior até mesmo aos ideais que a inspiraram. Ora, e se tais ideais mudarem dentro do contexto social, que é mutante e encontra-se em constante evolução?

Para o positivismo, a solução seria demasiadamente simples: a revogação da norma e a edição de outra que atenda aos novos preceitos sociais; ou então afirmar que as demandas sociais já estariam encampadas pelo texto normativo, fechando assim os olhos para o avanço científico da matéria e para a evolução social.

A Teoria Crítica do Direito abre espaço para os hermenutas realizarem uma interpretação social da norma, adequando-a constantemente aos anseios da sociedade, privilegiando um direito moderno e dinâmico em contraste com um direito estanque e imobilizado. Nessa nova visão do fundamento do direito, importa mais o caso concreto e suas peculiaridades.

O Brasil é um país de tamanhos continentais. É natural que o ordenamento jurídico não se amolde com total pureza aos inúmeros contornos regionais existentes, o que só reforça o argumento da Teoria Crítica, que privilegia a maleabilidade da norma, buscando sua verdadeira função social. Isso permite ao aplicador do direito adequar a situação conflituosa do caso concreto a um sentido por diversas vezes até mesmo novo da lei, mas em conformidade com um preceito maior, como os princípios do direito. E o ordenamento jurídico é repleto de princípios que o tornam aerado às mutações sociais.

308

Diz a Teoria Crítica que o direito é encarado de forma pluralista, democrática e rejeitando a dogmática, “Tudo para excluir e evitar a coisificação do homem, que não é mais ser, e sim ter. A racionalização produzida pelo capitalismo é consumista e antissocialista, reprime e aliena o homem. Enfim, leva a desigualdades homéricas e a injustiças faraônicas.”<sup>10</sup>

A Teoria Crítica privilegia a instrumentalidade da norma enquanto meio de transformação social, concedendo aos operadores desta os elementos necessários para adequar o meio jurídico ao tempo em que é vivido. De que adianta um direito estanque senão para legitimar objetivos outros que não a defesa dos interesses da sociedade e em última análise, da dignidade da pessoa humana?

Dentro desse contexto, o papel do Poder Judiciário é destacado, pois é ele o instrumento de que necessita a Teoria Crítica para ser aplicada. De nada adianta um Judiciário preocupado simplesmente com o texto da lei e vendado – como a deusa que o inspira – para os detalhes do caso concreto.

Como assevera Thiago Bottino do Amaral, essa visão crítica do positivismo é:

“responsável pelo surgimento e crescimento de um fenômeno socio jurídico responsável pela assunção, pelo Poder Judiciário, de responsabilidades do Estado que caberiam aos Poderes Legislativo e Executivo desempenharem, consubstanciada numa atuação política com preocupações morais e com

<sup>10</sup> VOLPE FILHO, Clovis Alberto, SCAPIM, Luciana de Oliveira. *Breves considerações sobre a Teoria Crítica do Direito*. 2004. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/textos/xl/73/55/735>. Acesso em: 10 de julho de 2011.

a pretensão de distribuir justiça social por meio das decisões judiciais. O movimento de reação ao formalismo jurídico que caracterizava o positivismo normativista é denominado protagonismo judicial<sup>11</sup>.

Essa nova visão hermenêutica possibilita que se retome a discussão da atividade jurisdicional no controle (positivo ou negativo) de políticas públicas. Tal atividade deverá, contudo, ser balizada por diversos fatores, dentre os quais se destacam como principais: fatores econômicos, sociais e éticos, que, quando analisados em conjunto, poderão proporcionar avanços científicos sobre o tema, ainda pouco discutido na doutrina.

Visto, ainda que de forma sucinta, posto que o objetivo deste estudo não é esgotar o tema, mas propor uma discussão sobre ele, é necessário analisar como as políticas públicas são feitas e de que forma o Poder Judiciário pode analisá-las em seu conteúdo, pois não existem dúvidas de que, sendo elas implementadas por atos normativos advindos do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, sua forma pode ser alvo do crivo judicial.

## **A concepção de políticas públicas e a centralidade axiológica da pessoa humana**

Só recentemente é que o estudo das políticas públicas ganhou relevante interesse dos juristas, preocupados em analisar os objetivos e as finalidades da atuação estatal para melhorar as condições de vida de seus cidadãos.

As obras que tratam do assunto, ou seja, da análise jurídica das políticas públicas, não obstante o brilhantismo alcançado, ainda são poucas, o que torna mais difícil chegar-se a uma conclusão estreme de dúvidas acerca do assunto. E a matéria, estranhamente, não ganha relevância – pelo menos da doutrina – quando tais políticas públicas se põem a implementar ou a garantir um direito fundamental. Aflige mais o fato de que tais raras obras analisam a formulação e a implementação de políticas públicas somente sob o enfoque jurídico, o que diversas vezes deixa descontentes os cientistas políticos ortodoxos e economistas.

Quando o Estado se apresentava não intervencionista, garantidor das liberdades públicas, limitando-se a não se intrometer na vida de seus cidadãos, pode-se dizer que não havia políticas públicas de interesse jurídico, nem mesmo que elas eram destinadas a garantir direitos fundamentais. Foi somente quando o Estado passou a desempenhar um papel mais ativo na sociedade, avocando para si a função de elaborar e executar políticas sociais positivas é que se percebe um avanço significativo nos trabalhos acerca da matéria.

Tal processo evolutivo pode ser melhor visualizado no período Pós-Segunda Guerra Mundial quando o Estado, assolado por necessidades prementes da sociedade (emprego, saúde, educação, saneamento, moradia, alimentação, etc.), passou a intervir diretamente no domínio econômico, surgindo assim o interesse do direito pelo estudo das políticas públicas.

<sup>11</sup> AMARAL, Thiago Bottino do. A segurança por meio da estruturação da ponderação: critérios para ponderação em matéria penal. *Jus navigandi*, ano 9, n. 814, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7274>>. Acesso em 02 de julho de 2011.

O interesse jurídico pela análise das políticas públicas, como assevera Marília Lourido, deu-se em decorrência, principalmente, dos seguintes fatores:

- a) Estarem ligadas ao resguardo dos direitos sociais e políticos, pois estes demandam do Estado prestações positivas e significam o alargamento do leque de direitos fundamentais;
- b) O desenvolvimento de certos setores e atividades do mercado significou a geração de novas demandas, como os direitos dos consumidores, que transitam entre as atividades econômicas e a regulação estatal;
- c) O planejamento inerente à noção de políticas públicas tornou-se necessário para garantir maior eficiência da gestão pública e da própria tutela legal. Importa elevar o nível de racionalidade das decisões, evitando processos econômicos, sociais e políticos de cunho cumulativos e não reversíveis, em direções indesejadas.”<sup>12</sup>

De tal modo, as políticas públicas compreendem as decisões de governo em diversas áreas que influenciam a vida de um conjunto de cidadãos. São os atos que o governo faz ou deixa de fazer e os efeitos que tais ações ou a ausência destas provocam na sociedade. Assim, as políticas públicas expressam a postura do poder público em face das necessidades dos diferentes agentes que compõem a sociedade. Tais agentes, lógico, são as pessoas humanas.

Não entende de outra forma Áppio<sup>13</sup>, pois menciona em sua obra que:

“As políticas públicas podem ser conceituadas [...] como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos”.

E continua, dizendo que a finalidade da política pública é “assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos (...) promoção da diminuição das desigualdades socioeconômicas (...) garantir igualdade real de oportunidades através da atuação dos órgãos da administração pública”<sup>14</sup>.

Todos os cidadãos, em sentido amplo, têm direitos a demandarem do Estado prestações positivas ou abstenções comportamentais. Exemplos desses direitos são os estampados nos artigos 3º e 5º constitucionais, bem como no artigo 7º, dentre diversos outros retirados do texto da Carta Política de 1988. Exemplificando, os cidadãos possuem o direito ao desenvolvimento nacional, a verem diminuídos os níveis de pobreza e marginalização, à propriedade, à saúde, à educação, à segurança pública, dentre inúmeros outros.

<sup>12</sup> SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Jus navigandi*, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179>>. Acesso em 02 de julho de 2011.

<sup>13</sup> ÁPPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 136.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 145.

Tal entendimento é devido pela própria natureza da pessoa humana e seu sentido ontológico de “ser” analogado ao “Ser” supremo<sup>15</sup>.

O comando constitucional demanda assim que o executivo não aplique somente o texto normativo, em posição semelhante a que se submetia o Judiciário não muito tempo atrás, mas enseja uma ação direta na formulação, implementação e fiscalização de políticas públicas voltadas a garantirem os preceitos constitucionais mencionados de forma exemplificativa acima, garantidores dos direitos fundamentais.

Não pode o Executivo, em face do atual ordenamento constitucional, permanecer inerte, quando necessária é a ação, pois é sua a missão precípua de garantir a dignidade a todos os cidadãos.

Entretanto, valendo-se novamente de Áppio, pode-se distinguir políticas públicas de naturezas sociais e de natureza econômica. Para esse autor, no Brasil se desenvolvem esses dois tipos de políticas, “ambas com um sentido complementar e uma finalidade comum, qual seja, de impulsionar o desenvolvimento da Nação, através da melhoria das condições gerais de vida de todos os cidadãos”.<sup>16</sup>

A primeira, prima pela distribuição de bens sociais fundamentais por parte dos governantes eleitos para a garantia dos direitos fundamentais (usualmente entendidas como as políticas de educação, saúde, previdência, habitação, saneamento etc.) ao passo que a segunda demanda a atuação direta do Estado intervindo na economia privada. Pode-se dizer, portanto, que ambas possuem como última *ratio* a pessoa humana. Na primeira espécie, tal razão é fácil de ser verificada, pois a política pública visa à implementação de um direito fundamental. Na segunda, mais difícil de ser visualizada, também encerra a atividade estatal uma promoção do interesse público, tendo em vista a segurança da coletividade social.

De uma forma ou de outra, agindo mediante políticas públicas de natureza social ou econômica, o norte estatal sempre será a pessoa humana e isso é devido em razão de sua centralidade axiológica.

Todo o ordenamento social é tecido tendo como elemento central o homem, individualmente considerado de *per si*, ser ontológico e dotado de valores que impõem, a todos, seu reconhecimento.

Cleyson de Moraes Mello, em artigo científico publicado recentemente, diz que:

“A dignidade da pessoa humana deve ser reconhecida pelo direito, não como questão de validade da norma jurídica, senão como sentido do ser, como algo preexistente e anterior a todo fenômeno jurídico. É uma espécie de *a priori* do conhecimento na ontologia como hermenêutica da faticidade, como analítica existencial. É, pois, o Dasein como ser-no-mundo, como pressuposto de qualquer teoria do conhecimento ou fenômeno jurídico”<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> O termo analogado supremo é utilizado por Edgar de Godoi da Mata Machado em artigo denominado *O conceito analógico de pessoa aplicado à personalidade jurídica*. Como diz o autor, o conceito de pessoa natural não é simplesmente uma construção do pensamento jurídico, mas decorrente do reflexo desta com Deus, o analogado supremo. Cf. MACHADO, Edgar de Godói da Mata. Conceito analógico de pessoa aplicado à personalidade jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 6, out. 1954.

<sup>16</sup> ÁPPIO, Eduardo. Op. Cit. p. 136.

<sup>17</sup> MELLO, Cleyson de Moraes. A hermenêutica filosófica e a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista Legis Augustus (Revista Jurídica)*. vol. 3, n. 1, p. 5-15, setembro 2010. ISSN: 1516-9367.

É o ser humano a razão das políticas públicas elaboradas pelo Poder Executivo. Portanto, não podem se desviar do seu objetivo primário, que é buscar dignificar o homem através delas.

Somente pelos olhos da dogmática, portanto, pode-se temer pelo novo modelo paradigmático que se propõe, posto que introduz uma visão correlata do direito e da política pública, tendo como norte sempre a centralidade axiológica da pessoa humana. Entretanto, é essa mesma característica que reforçará o argumento e permitirá que o Poder Judiciário analise questões de mérito administrativo para fiscalizar o objetivo da política pública e sua promoção social.

## **O controle jurisdicional das políticas públicas promotoras de direitos fundamentais**

Corrente de peso na doutrina nos diz que o controle jurisdicional dos atos administrativos prima pela limitação do Judiciário em examinar o mérito de certos atos da administração. Restringe-se o Judiciário apenas a aspectos de legalidade da atividade administrativa.

O Judiciário, na visão dessa corrente jurídica, que se apoia principalmente no princípio da separação dos poderes, deve se abster de apreciar a conveniência e a oportunidade do ato administrativo, em tese, apto a alcançar o interesse público.

Maria Silva Zanella Di Pietro, por exemplo, não aceita o controle jurisdicional do mérito administrativo, pois, ao realizá-lo, o Judiciário apresentará seus próprios critérios em substituição à “*opção legítima*”<sup>18</sup> fixada pela autoridade competente, aniquilando a autonomia entre os poderes.

A jurisprudência predominante ainda não se desvinculou do pensamento também adotado pela autora administrativista, sendo poucas as decisões de tribunais que podem ser catalogadas como manifestação do controle judicial de mérito.

Entretanto, apesar de ainda serem esparsas as decisões nesse sentido, pode-se perceber uma constante e crescente atenção, principalmente da doutrina, na análise da legitimidade da atuação judicial no controle do mérito do ato administrativo discricionário.

No Judiciário, pode-se perceber que os Tribunais Superiores aglutinam a maior concentração em números proporcionais, de decisões que analisam essa possibilidade. Assim podem ser destacadas algumas que enfrentaram esse dogma e permitiram analisar o ato administrativo não somente quando eivado de vício de legalidade, mas quando seu conteúdo apresentou-se em desconformidade com os princípios vetores constitucionais (razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, dignidade da pessoa humana, etc.).

Importante, por ser elucidativa, a transcrição de parte do voto do então Ministro do Supremo Tribunal Federal Orozimbo Nonato da Silva, no julgamento dos Embargos na AC nº 7.307, onde foi relator o Ministro Castro Nunes. Orozimbo assim se manifestou:

<sup>18</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 203.



“Não me convenço, porém, de que, na apreciação do ato administrativo, deva o juiz limitar-se a verificar a formalização, não entrando no mérito da decisão impugnada. Não entendo que deva o Poder Judiciário limitar-se a apreciar o ato administrativo do ângulo visual da legalidade extrínseca e não do seu mérito intrínseco, ou seja, da sua justiça ou injustiça. A essa tese jamais darei meu inválido apoio. Entendo, ao revés, que ao Poder Judiciário é que compete, principalmente, decidir o direito que a parte oponha à administração baseada em lei do país. Quem dirá se o ato foi justo ou injusto: a própria administração, acobertada por um inquérito formalmente perfeito, ou, a cabo de contas, o Poder Judiciário? A minha resposta é que cabe ao Poder Judiciário, por que a este compete, especificamente, resolver as pendências, as controvérsias que se ferem entre cidadãos ou entre cidadãos e o estado.”<sup>19</sup>

Nesta mesma linha, já decidiu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

“AG – Agravo de Instrumento – 68235 PROCESSO: 98.03.063407-0. Constitucional. Contrato para comercialização de álcool hidratado. Portaria nº. 102/98. Postergação do prazo para liberação de mercado. Violação dos princípios da moralidade, boa-fé e segurança jurídica. Agravo de instrumento provido. I - As Portarias nº 102/98 E 275/98, emanadas pelo Ministério da Fazenda, postergando a liberação de preços do álcool hidratada, acarretaram prejuízos às empresas do setor sucroalcooleiro que contrataram com as distribuidoras, com base nas regras de livre mercado existentes à época. II - Violação dos princípios da moralidade, boa-fé e segurança jurídica, pela administração pública, tendo em vista os contratos já realizados. III - Agravo de instrumento provido.”<sup>20</sup>

313

Defender a possibilidade de atuação do Judiciário nesta esfera significa conceder poderes para interpretar conceitos jurídicos indeterminados como os que foram levantados no julgamento acima: boa-fé, moralidade e segurança jurídica. Implica ainda permitir a análise do interesse público e dos critérios de eficiência utilizados na elaboração de políticas públicas.

Esse tipo de atuação receberá crítica das mais variadas ordens.

Ana Paula de Barcellos<sup>21</sup>, entretanto, sistematizando as principais críticas que se apresentam à possibilidade do Poder Judiciário enfrentar o mérito administrativo de atos discricionários, agrupa alguma delas.

A primeira crítica que é sistematizada pela autora fluminense, congrega argumentos relacionados à teoria da constituição.

<sup>19</sup> Embargos na AC nº. 7.307, Relator Ministro Castro Nunes.

<sup>20</sup> Agravo de Instrumento nº 68235 – PROCESSO: 98.03.063407-0.

<sup>21</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. Daniel Sarmiento e outro (Org). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 606-616.

Essas críticas que se fazem à atuação do Poder Judiciário no controle jurídico do mérito do ato administrativo discricionário levam em consideração a divisão que a teoria da separação dos poderes realiza em torno das atividades do Estado. Com efeito, a Constituição definiu a esfera de competência de cada um dos poderes estatais e os incumbiu de fiscalizarem-se, mutuamente, pelo exercício dessa competência.

Isso, pois a proposição e implementação de políticas públicas promotoras de direitos fundamentais é uma atividade própria da Administração, composta por *policy makers* eleitos democraticamente.

Como pode o Judiciário, que não possui tal característica na formação de sua composição, imiscuir-se em uma atividade que goza de tamanha (ou pretensa) legitimidade?

Analisando justamente esse fato, afirma Jerry L. Mashaw<sup>22</sup>, professor da *Yale Law School*, que:

“Notwithstanding its centrality in modern democratic governance, judicial review of administrative action remains continuously contestable. Complaints of the incompetence, impertinence and irrelevance of judicial review are at least as common as praise of judicial review’s efficacy. Responding to these pervasive critiques, the specific practices and procedures of judicial review of administrative action are subject to constant amendment, revision, and, occasionally, major reform.

The reasons for judicial review’s contestability, I will argue, are the mirror image of the reasons for its ubiquity. Judicial review of administrative action simultaneously supports other accountability mechanisms that bolster democratic governance and undermines them. The institution of judicial review of administrative action is rife with paradox. It supports democratic governance by making officials accountable to unelected judges. It protects individual rights while simultaneously ensuring state control.

It legitimizes expert administrative judgment by subjecting that judgment to review by bodies who often have limited knowledge of either the technical data upon which administrative action is premised or the concrete situations within which administration must function.”

Aumenta essas críticas o argumento de que tais opções políticas já sofrem outras espécies de controle, como o político-social. Na medida em que a população se demonstre mais ou menos contente em relação à determinada atividade governante, principalmente no que diz respeito à promoção de políticas públicas promotoras de direitos fundamentais, a administração sofrerá um controle político-social que certamente refletirá no próximo pleito eleitoral. Sendo aquele *policy maker* ineficiente, argumentam os críticos, ele não será mais eleito para o cargo que ocupa, uma vez que a democracia se torna um elemento indispensável deste controle político-social.

<sup>22</sup> MASHAW, Jerry L. Judicial review of administrative action: Reflections on balancing political managerial and legal accountability. *Revista Direito GV*, vol. Especial nº. 1, 2005. Disponível em: <[http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV\\_ESP01\\_p153\\_170.pdf](http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV_ESP01_p153_170.pdf)>. Acesso em 14 de julho de 2011.

Entretanto, como adverte Barcellos, em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, tal argumento não consegue explicar a ineficiência do controle político-social. Isso, pois as condições de miserabilidade em que vivem os cidadãos os impede de utilizarem o discernimento acerca da implementação de políticas públicas para aferirem a capacidade de determinado governante. Diz a autora fluminense que: “Sem o respeito a um conjunto básico de direitos fundamentais, os indivíduos simplesmente não têm condições de exercer sua liberdade, de participar conscientemente do processo político democrático e do diálogo no espaço público.”<sup>23</sup>

Neste cenário, tal espécie de controle não funciona, ou funciona de maneira muito limitada. Assim, aspectos negativos da democracia, como o clientelismo e a corrupção, ficam evidenciados, impulsionados pela ineficiência dessa forma de controle político-social.

O segundo grupo de críticas é correlacionado por Barcellos como sendo de natureza filosófica.

Tais críticas são relacionadas à pessoa do próprio magistrado e na sua capacidade de decidir de forma melhor e mais eficaz do que o *policy maker*. O que garante que o juiz possui uma melhor capacidade para decidir sobre a política pública do que o administrador? Quem garante que o magistrado utilizará, no seu julgamento acerca daquela política pública, argumentos éticos ou morais superiores ao do administrador? Possui ele maior capacidade para determinar o melhor para uma política pública? E por assim adiante são levantadas indagações que merecem reflexão, pois antes de buscar impedir a atividade jurisdicional de controle do ato administrativo, visam questionar a própria legitimidade do juiz para tanto. Tal argumento, portanto, é dotado de um forte aspecto relativista.

Muito embora tal crítica mereça profunda reflexão, é certo que o relativismo absoluto, principalmente o moral, não se sustenta diante da sociedade contemporânea na medida em que vivemos e nos pautamos por certos padrões éticos e morais que, de uma forma geral, podem ser considerados como fruto do consenso social. Portanto, um determinado comportamento, ação ou omissão poderá ser contraposto a esses consensos para que se chegue à conclusão de ser ele bom ou mau, ético ou antiético, moral ou imoral, etc. Tomando essa premissa como base, é certo que o julgamento proferido pelo juiz no controle do ato administrativo discricionário também poderá ser contraposto a padrões anteriormente existentes no que dizem respeito à promoção de direitos fundamentais.

Desta forma, não se cuida aqui de afirmar ser legítimo o controle judicial do ato administrativo discricionário pelo fato de ser ele exercido por um juiz, porque tal legitimidade só será alcançada quando a decisão se colocar harmônica em relação a padrões anteriormente estabelecidos. Estando a decisão proferida de acordo com esses padrões, pode-se dizer que seja ela mais acertada do que uma que assim não seja.

A questão que se coloca nesse momento é saber se o debate que está a se travar nesse artigo sobre o controle jurisdicional das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais, envolve alguma espécie de padrões éticos e morais estabelecidos.

<sup>23</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit. p. 607-8

Naturalmente, nos parece intuitivo que sim. E tal afirmação decorre da centralidade axiológica da pessoa humana, analisada de forma superficial acima. Devendo a política pública promover a dignidade da pessoa humana, é certo pensarmos que padrões éticos e morais podem ser levantados para determinar se uma dada política pública é boa ou ruim. Afastando-se a política pública do seu fim maior, que é a promoção da pessoa enquanto tal, certamente poderá ser objeto de controle de legalidade, pois a política está indo em via de contramão a padrões estabelecidos em nossa sociedade. A decisão judicial, contudo, que revisar essa política pública, já estará de acordo com esses padrões.

Sobre esse assunto, é enfática Barcellos:

“O controle das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais – seja esse controle político-social ou jurídico – envolve ao menos duas questões morais. Em primeiro lugar, a discussão sobre o tema assume como padrão moral – e também jurídico, não há dúvida – a centralidade do homem e de seus direitos no contexto do Estado e do direito. Assim, opções em matéria de políticas públicas que claramente violem essa diretriz, funcionalizando o indivíduo, serão moralmente erradas. Em tais casos, o controle jurisdicional terá sua legitimidade incrementada na medida em que seja possível agregar aos fundamentos jurídicos também o fundamento moral, a fim de qualificar a opção do Poder Público como moralmente errada”.<sup>24</sup>

316

Assim sendo, o controle jurisdicional da atividade pública, mormente do ato administrativo que implementa uma política pública promotora de direitos fundamentais só poderá ser exercido legitimamente quando tal ato administrativo se afastar desses axiomas morais e éticos. Nesse momento, o Poder Judiciário poderá ser chamado, primeiro para analisar a estrita adequação da política pública aos padrões éticos e morais que consensualmente nossa sociedade estipulou (como, por exemplo, o argumento ético que impede o nepotismo, a improbidade administrativa, etc. – se nota que alguns desses argumentos nem sempre foram também antijurídicos. A conquista da antijuridicidade, para alguns, só foi alcançada mediante intenso clamor popular) e, posteriormente, sendo detectada alguma anomalia, corrigi-la.

Mas também outro argumento moral, esse de caráter universalista, ou seja, não dependendo da análise do conteúdo da política pública nem de seu confronto com os padrões éticos ou morais já existentes, permite defender a utilização do controle jurisdicional das políticas públicas promotoras de direitos fundamentais. Tais políticas só serão implementadas com dotação orçamentária pública. Assim, além de moralmente reprovável e de violar padrões morais e éticos erigidos a um patamar elevado pela sociedade, o desvio de verbas públicas, a corrupção, a ineficiências, etc., são também violadores de normas jurídicas, permitindo o controle por parte do Poder Judiciário; um controle do resultado da política pública. Esse controle, nesses termos, seria inafastável do Poder Judiciário.

<sup>24</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit. p. 613.

## Conclusão

É certo que outros argumentos desfavoráveis existem e merecem reflexão quando o tema é o controle jurisdicional das políticas públicas. Entretanto, é válido lembrar que quando se está diante de direitos fundamentais da pessoa humana, ou outros valores constitucionais de maior realce, a atividade jurisdicional ganha um relevo maior, posto ser ela a última guardiã desses direitos. Assim, desprezar por completo a atividade judicante no controle dessas políticas públicas nos parece demasiadamente extremo, assim como a completa judicialização dessas opções políticas certamente se afigura antidemocrático.

Tal atividade deve ser feita tendo como base dois princípios constitucionais: o da razoabilidade e o da proporcionalidade.

Conforme sustenta Carlos Roberto de Siqueira Castro,

“a ampliação da competência judicante a ponto de possibilitar aos juízes e tribunais o controle meritório dos atos do Poder Público conduz à justificável proeminência dos órgãos do Poder Judiciário na disputa decisória quanto à ‘razoabilidade’ e ‘racionalidade’ das leis e dos atos administrativos.”<sup>25</sup>

Na mesma linha de raciocínio, Johnson Barbosa Nogueira, para quem “não é aceitável o mito de que o mérito do ato administrativo é insindicável, bem como os atos discricionários. (...) Todo ato administrativo é passível de controle. Não há ato “*a priori*” excluído da apreciação jurisdicional, segundo Sayaguès Laso”.<sup>26</sup>

É forçoso reconhecer, não obstante o posicionamento adotado neste artigo, que se trata de tema instável no campo jurídico, permitindo ilações de vários campos das ciências, como, por exemplo, a economia e a ciência política. Entretanto, face ter a Constituição entregado ao Judiciário o papel de defesa da ordem jurídica, não nos parece possível desvincular o Judiciário da análise de fundo de questões envolvendo o mérito administrativo.

## Referências bibliográficas

- AMARAL, Thiago Bottino do. A segurança por meio da estruturação da ponderação: critérios para ponderação em matéria penal. *Jus navigandi*, ano 9, n. 814, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7274>>. Acesso em 02 de julho de 2011.
- ÁPPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 136.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos Fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Daniel Sarmento e outro (Org). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 606-616.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação - Uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 131-32.

<sup>25</sup> CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 175-76.

<sup>26</sup> NOGUEIRA, Johnson Barbosa. A discricionariedade administrativa sob a perspectiva da teoria geral do Direito. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*. Ano 1, nº. 3. Paraná: Gênesis, 1994, p. 749.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 175-76.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 203.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 107.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução por João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. VII.

MACHADO, Edgar de Godói da Matta. Conceito analógico de pessoa aplicado à personalidade jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 6, out, 1954.

MASHAW, Jerry L. Judicial review of administrative action: Reflections on balancing political managerial and legal accountability. *Revista Direito GV*, vol. Especial nº. 1, 2005. Disponível em: <[http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV\\_ESP01\\_p153\\_170.pdf](http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV_ESP01_p153_170.pdf)>. Acesso em 14 de julho de 2011.

MELLO, Cleyson de Moraes. A hermenêutica filosófica e a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista Legis Augustus (Revista Jurídica)*. Vol. 3, n. 1, p. 5-15, setembro 2010. ISSN: 1516-9367.

NOGUEIRA, Johnson Barbosa. A discricionariedade administrativa sob a perspectiva da teoria geral do Direito. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*. Ano 1, nº. 3. Paraná: Gênese, 1994, p. 749.

SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Jus navigandi*, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179>>. Acesso em 02 de julho de 2011.

SILVEIRA, José de Deus Luongo da. *Algumas considerações sobre de critério da verdade do direito*. Disponível em: <<http://www.via-rs.net/pessoais/joseluongo>> Acesso em 16 julho de 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica - Uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TORRES, Ana Paula Repolês. *Uma análise epistemológica da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen*. *Revista CEJ*, Brasília, v. 33, p. 72-77, 2006. ISSN/ISBN: 141408X.

VOLPE FILHO, Clovis Alberto, SCAPIM, Luciana de Oliveira. *Breves considerações sobre a Teoria Crítica do Direito*. 2004. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/textos/xl/73/55/735>. Acesso em 10 de julho de 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 5-8.

# A responsabilidade civil do estado decorrente da violação ao direito à segurança pública

Ana Carolina De Nigris<sup>1</sup>  
Sylvia Porto Agorianitis<sup>2</sup>

## Resumo

Reflete-se, hodiernamente, sobre a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil no âmbito do direito administrativo diante de possíveis omissões por determinado ente estatal e da consequente criação de uma legítima expectativa pelos cidadãos de implementação de determinada medida político-social. Isto é, tem-se por ponto de justo e importante debate no mundo jurídico a possibilidade e a forma ou instrumento de mesura do dever de indenizar do Estado quando este tinha o dever de agir e ainda assim se omitiu.

Por consequência, tem-se por questionamento inerente a tal estudo a implementação da responsabilidade civil na modalidade objetiva quando o ato ilícito na verdade decorre de conduta estatal omissiva, havendo forte controvérsia doutrinária a respeito.

No assunto, necessário se faz, ainda, debater sobre a possibilidade de responsabilização de entidades da administração pública indireta ou até mesmo de prestadoras de serviços públicos diante dos referidos casos de responsabilidade por omissão estatal. Como principal exemplo e fonte de grandes demandas judiciais, vale aqui ressaltar os polêmicos casos de crimes ocorridos no interior de meios de transportes urbanos, com a consequente discussão sobre a existência de responsabilidade das concessionárias do respectivo serviço, tendo em vista a crescente problemática que envolve a segurança pública, esta tida por obrigação estatal para com a sociedade e, portanto, consagrada pelos arts. 5º, *caput*<sup>3</sup>, 6º<sup>4</sup> e 144<sup>5</sup> da Constituição Federal de 1988, e o aumento da criminalidade.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Administração pública. Omissão. Crimes em transportes urbanos.

<sup>1</sup> Advogada; Bacharel em Direito pela PUC-Rio.

<sup>2</sup> Advogada; Bacharel em Direito pela PUC-Rio.

<sup>3</sup> 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: (...)

<sup>4</sup> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>5</sup> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...)

## **Résumé**

Il est débatté dans l'actualité la possibilité d'application du concept de la responsabilité civile au droit administratif devant l'omission de l'État et de la conséquente création d'une expectative légitime par les citoyens d'implementation de certaine mesure politique-sociale. Ça veut dire: il est communément pris comme un point de fort débat dans le monde juridique la possibilité et la forme ou instrument de mesure de l'obligation d'indemniser de l'État quand le même avait un devoir d'agir et n'a rien faire.

Par conséquence, se prend comme une étape de cet étude l'implementation de la responsabilité civile dans sa modalité objective quand l'act considéré illicite résulte d'une manque d'action par l'État, thème sur le quel il y a un fort débat doctrinaire.

Il faut aussi discuter la possibilité de responsabiliser les institutions de l'Administration Publique Indirecte ou même les entreprises que rendre des services publics en face d'un de ces épisodes de responsabilité civile par omission de l'État. Comme un exemple current dans la jurisprudence de cette responsabilisation, nous pouvons ici indiquer les demandes judiciaires liés à la responsabilité civile pour les crimes pratiqués dans les réseau de transports en commun, avec son conséquent débat sur l'existence de responsabilité des entreprises qui rendent ces services, en tenant compte la sécurité publique, obligation de l'État devant ces citoyens consacré dans les articles 5, caput, 6 et 144 de la Constitution Fédéral du Brésil, et l'aument de la criminalité.

**Mots-Clé:** Responsabilité Civile. Administration Publique. Omission. Crimes pratiqués dans les réseau de transports en comun.

## **Introdução**

Como característica imanente de boa parte da história republicana do Brasil, suas constituições federais anteriormente vigentes sempre tiveram por diretriz basilar, no que tange à atuação político-econômica e social do Poder Público, o ideal de Estado Prestacional, ou seja, um modelo concentrado de fornecimento dos serviços essenciais aos cidadãos.

Entretanto, com o advindo da Constituição Cidadã, em 1988, esta trouxe consigo um modelo diferenciado de Estado Regulador, pautado, na verdade, na desregulamentação e na desestatização, o que veio, por consequência, reduzir a intervenção direta do Estado nos referidos setores econômico e social.

Foi, portanto, implantado na Constituição Federal de 1988 o sistema de administração pública gerencial, no qual o serviço público passa a ser prestado por particulares em regime de colaboração com o Poder Central, atuando o Estado somente na seara da regulação, uma vez que possui o poder, o direito e o dever de regular. Contudo, deve-se ressaltar que o ente estatal, no atual modelo, transfere unicamente a execução de algumas atividades ao setor privado, guardando para si a titularidade dos respectivos serviços, ou seja, há mera transferência de sua executoriedade, sem que o seu prestador venha se tornar verdadeiro titular da atividade econômica por ele exercida.

Com efeito, ocorrido algum dano proveniente de uma atividade do Estado, mesmo que esta não seja por ele desenvolvida, necessária é a análise do grau de responsabilidade que será atribuída à administração pública, seja tal dano decorrente de atividade exercida por autoridade diretamente vinculada ao Poder Público, ou por concessionária prestadora de serviço público, quando se poderá falar em um compartilhamento da culpa *lato sensu*, isto é, uma divisão da responsabilidade decorrente do dano causado.



Assim, deve-se buscar no instituto da responsabilidade civil a resposta ao dever de indenizar do Estado por ações e omissões cometidas, substituindo seu dever de guarda ou supervisão e, doravante, sua responsabilização pelos referidos atos ilícitos, ainda que a respectiva atividade tenha sido por este delegada.

Destarte, sempre que uma obrigação jurídica, prevista em lei ou em acordo de vontades, restar descumprida, surge o dever de indenizar, que tem por finalidade restabelecer uma relação jurídica violada, fazendo-a retornar, na medida do possível, ao seu estado anterior por meio de indenização ou devolução de outro bem jurídico de mesma qualidade ou quantidade.

É válido mencionar que a responsabilização civil do Estado sofreu uma evolução histórica, baseada na sua conscientização política, tendo-se como primórdio a teoria da total irresponsabilidade, na qual a submissão a um dever de indenizar igualaria o Estado aos seus súditos, arriscando, dessa forma, sua soberania.

Ao longo do devido desenvolvimento do ordenamento pátrio, surgiram as teorias da responsabilidade subjetiva do direito privado, consistindo na diferença entre atos de império e atos de gestão<sup>6</sup>, e da responsabilidade subjetiva de direito público, na qual se buscava a culpa anônima ou a falta de serviço. Como símbolo de tal processo de evolução do texto legal e das teorias da responsabilidade civil brasileira, culminou-se, com o advento da Carta Magna de 1988, na implementação da chamada teoria objetiva, a qual resta pautada no risco administrativo e é introduzida pelo art. 37, § 6º, da Constituição<sup>7</sup>, corroborado pelo próprio art. 43 do novo Código Civil<sup>8</sup>.

Sabendo-se que a sociedade tira proveito de determinadas atividades estatais que podem vir a gerar risco de dano a terceiros (componente do próprio corpo social), não se busca, então, para responsabilização do Poder Público, o elemento culpa na conduta do agente público causador do dano. Dessa forma, caberá à vítima o ônus de provar tão somente a conduta lesiva, o dano e o nexo de causalidade, enquanto que à administração pública competirá a prova das excludentes do nexo, quais sejam, fato exclusivo da vítima, fato de terceiro e as situações de caso fortuito ou força maior.

Todavia, ressalta-se que, por muitas vezes, o dano que pode vir a ser causado decorre não de uma ação/atividade estatal, mas sim de omissões administrativas. Nessa esteira de raciocínio é que se adentra ao tema proposto, vislumbrando o amplo campo de debate jurídico que cerca o comportamento omissivo do Poder Público, sobretudo no que diz respeito à aplicação da teoria objetiva adotada pela Carta Política, para poder melhor discernir o âmbito do dever de indenizar do Estado, referente aos atos ilícitos ocorridos no interior de transportes urbanos, primordialmente decorrentes da falta de segurança pública e da conseqüente prática de crimes patrimoniais.

<sup>6</sup> Atos de império são aqueles regidos pelo direito público; já os atos de gestão, pelo direito privado.

<sup>7</sup> Assim dita o supracitado dispositivo constitucional: Art. 37. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

<sup>8</sup> Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por partes destes, culpa ou dolo.

Fato é que a responsabilidade civil por omissão provém de uma conduta ilícita do poder público ao violar um dever de agir, previsto em uma norma legal, que impõe um comportamento positivo, porém cabe a nós averiguar quando efetivamente se deve reconhecer a responsabilidade civil do ente estatal por restar comprovada a justa expectativa da vítima de atuação do Estado na hipótese concreta, o que, portanto, exige uma análise casuística minuciosa.

Considerando que o serviço de transporte urbano é uma das atividades estatais, desenvolvida pelo particular em regime de concessão, discute-se em que medida a responsabilidade, em casos de assaltos aos ônibus, é exclusiva do Estado. Surgiria, também, ao transportador o dever de indenizar, frente o art. 37, § 6º, da CF?

Tal debate decorrente desse dispositivo constitucional diante da omissão estatal no resguardo à integridade física, psíquica e moral de seus cidadãos pode ser bem observada no polêmico caso do sequestro ocorrido no ônibus da linha 174, bem como em constantes casos de assaltos a transportes públicos e seus respectivos passageiros, os quais serão por nós mais à frente abordados.

## **O direito constitucional à prestação de segurança pública**

O presente tema trata do intenso crescimento das referidas práticas delituosas, as quais se tornam corriqueiras nas principais capitais brasileiras, e questiona a existência da verdadeira boa administração da segurança pública prestada, esta tida por direito fundamental.

322

Partindo-se do pressuposto de que a segurança pública deve ser considerada como um sistema integrado de prevenção, justiça, coação e defesa dos direitos, tem o Estado o dever de prevenir e reparar danos que venham a ocorrer pela falta de implementação de um processo uno de medidas protetivas, como a reinclusão do autor do ilícito na sociedade. Ou seja, atribui-se ao fornecimento da segurança pública, enquanto obrigação do Poder Central, o papel de estimular as atividades quotidianas dos cidadãos, para que estes possam trabalhar, conviver e produzir, protegendo-os dos riscos a que são expostos.

Resguardando, portanto, o cidadão brasileiro e lhes assegurando a prestação da referida segurança pública, assim determina os arts. 5º, *caput*, e 144 da Constituição Federal de 1988. *In verbis*:

“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:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para prevenção da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – policiais civis;

V – policiais militares e corpo de bombeiros militares.”

A respeito dos supracitados dispositivos constitucionais, impende destacar os sábios ensinamentos de José Afonso da Silva:

“(...) a segurança pública não é só repressão e não é problema apenas de polícia, pois a Constituição, ao estabelecer que ‘a segurança é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos’ (art. 144), acolheu a concepção do ‘I Ciclo de Estudos sobre Segurança’, segunda a qual é preciso que a questão da segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade de todos, Estado e população.”<sup>9</sup>

Isto posto, nota-se que a segurança pública é um direito fundamental do cidadão e que, ainda assim, vem sendo violado por parte do Estado Brasileiro, o qual constantemente se omite no seu dever de agir, culminando na necessária análise sobre o grau de responsabilidade civil do mesmo ante o inegável prejuízo causado pelo aumento da criminalidade.

## **A insegurança decorrente da omissão estatal e o consequente dever de indenizar**

Fato é que o Estado poderá causar danos aos administrados não só por meio de ação propriamente dita, com também mediante ato omissivo, diante de possível dever ou expectativa de atuação.

No entanto, tal campo de responsabilização por condutas omissivas exige do intérprete redobrada atenção, uma vez que não se deve cair na ilusão de que qualquer omissão poderá gerar o dever de indenizar pelo ente estatal, sob pena de se banalizar o próprio instituto essencial do nexo de causalidade. Ou seja, nas brilhantes palavras do ilustre juiz de direito da Justiça Estadual de São Paulo, Dr. João Agnaldo Donizeti Gandini<sup>10</sup>:

“Seria o Estado responsável civilmente quando este somente se omitir diante do dever legal de obstar a ocorrência do dano, ou seja, sempre quando o comportamento do órgão estatal ficar abaixo do padrão normal que se costuma exigir. Desta forma, pode-se afirmar que a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre decorrente do ato ilícito, porque havia um dever de agir imposto pela norma ao Estado que, em decorrência da omissão, foi violado.”

Ainda assim, a doutrina e a jurisprudência brasileiras não se encontram pacificadas a respeito da natureza jurídica a ser atribuída à responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas, girando a divergência existente em torno do questionamento sobre

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 753

<sup>10</sup> GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva*. Revista Forense, vol. 386. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 129-151.

a revogação tácita, ou derrogação, do art. 15 do Código Civil de 1916 (art. 43 do novo Código Civil), frente ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988. Como resultado, fundaram-se duas correntes a respeito da referida natureza.

A primeira, seguida primordialmente por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>11</sup> e Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>12</sup>, entende que, diante do cometimento de conduta omissiva pelo ente estatal, este responderá nos termos do artigo 15 do antigo Código Civil, ou seja, por meio da incidência da teoria da responsabilidade subjetiva, resultando, portanto, na atribuição da natureza objetiva apenas à responsabilidade por condutas comissivas.

Isso porque, para os adeptos de tal entendimento, o termo “causarem” utilizado pelo legislador no art. 37, § 6º, da Constituição leva à conclusão, por meio da utilização de análise restritiva, de que o referido dispositivo se destinaria exclusivamente à responsabilização por condutas comissivas, já que os atos omissivos da entidade estatal tão somente condicionariam o evento danoso, exigindo-se, portanto, da vítima a comprovação do elemento culpa por parte do Estado em sua atuação.

Já a segunda corrente doutrinária, perfilhada por José de Aguiar Dias<sup>13</sup>, defende a implementação da teoria da responsabilidade objetiva tanto para condutas comissivas, como para as omissivas, aplicando-se, portanto, a ambas as hipóteses a norma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, por meio de tal entendimento, o comportamento omissivo do Estado deve ser considerado como causa do dano e não simples condição deste, alargando, portanto, o campo de atuação do referido dispositivo constitucional, uma vez que se utiliza da devida interpretação extensiva de seus respectivos termos.

Destacam, ainda, seus adeptos o fato de que o art. 37, § 6º, da CF/88, ao prescrever a dispensa do elemento subjetivo pelos danos “causados” a terceiros, não se refere à ação, mas sim à “capacidade do ato ou do fato, da administração pública direta e indireta, do Estado em geral, e de quem faça as suas vezes, de ser causa adequada do efeito danoso segundo a imputação normativa (na ação), ou simplesmente, a despeito da ausência da causa, existir a imputação normativa (na omissão)”<sup>14</sup>.

Por óbvio, tal divergência acabou por parar no próprio Poder Judiciário brasileiro por meio de inúmeras demandas indenizatórias ajuizadas por diversos administrados, buscando a responsabilização estatal por determinados atos omissivos.

<sup>11</sup> Comentando o referido art. 37, § 6º, da CF/88, ressalta o doutrinador: “Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ‘ilícito’. E, sendo responsabilidade por ‘ilícito’, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do ‘Estado’ (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de vilar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 25. ed.. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 997).

<sup>12</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

<sup>13</sup> Estabelece o referido doutrinador: “Só é causa aquele fato a que o dano se liga com força de necessidade. Se numa sucessão de fatos, mesmo culposos, apenas um, podendo evitar a consequência danosa, interveio e correspondeu ao resultado, só ele é causa, construção que exclui a polêmica sobre a mais apropriada adjetivação. Se, ao contrário, todos ou alguns contribuíram para o evento, que não ocorreria, se não houvesse a conjugação deles. Esses devem ser considerados causas concorrentes ou concausas.” DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 664.

<sup>14</sup> GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello, et. al. *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 719.

Com efeito, até o presente momento e diante da breve análise jurisprudencial feita, tem prevalecido nos tribunais pátrios o entendimento de que seria necessário efetivar uma diferenciação entre o tratamento dado à ação e à omissão estatal, restando à primeira o tratamento sob o regime jurídico de responsabilidade objetiva, enquanto à segunda estaria atrelada os fundamentos e exigências da teoria subjetiva, dependente, portanto, da comprovação da culpa ou dolo da administração pública.<sup>15</sup>

Inegável, portanto, que tal debate a ser desenvolvido no presente trabalho poderá trazer fortes pontos a serem contrapostos para que se possa efetivamente concluir pela adesão de um entendimento mais correto e justo, a ver que, a depender do entendimento adotado, inúmeras repercussões práticas serão causadas, principalmente no que tange ao tratamento conferido ao cidadão e à possibilidade de demanda jurídica de ressarcimento dos danos, que lhes são omissivamente causados.

## **Análise prática da responsabilidade civil por omissão do estado**

Transpondo tal controvérsia para a análise concreta dos danos decorrentes da omissão estatal no fornecimento de segurança pública aos administrados, com o forte crescimento das demandas judiciais envolvendo tal questão, vale aqui analisar a possibilidade de se responsabilizar o ente estatal, bem como a respectiva prestadora do serviço de transporte, por ato decorrente de crimes praticados no interior de transportes públicos urbanos, partindo-se do pressuposto de que seria dever do Estado salvaguardar a vida e a integridade física, psíquica e moral de seus cidadãos.

Surge uma dificuldade em identificar os limites entre a responsabilidade civil da empresa transportadora e a do Estado no que diz respeito à segurança em relação a roubos e furtos em ônibus. Todavia, já é firmado entendimento no Colendo Superior Tribunal de Justiça que crimes em transportes urbanos, como assalto à mão armada “constitui força maior a afastar a responsabilidade da empresa transportadora pelo evento danoso daí decorrente para o passageiro”<sup>16</sup>. Nesse sentido, destaca-se o seguinte julgado do Egrégio Tribunal Superior:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS. ASSALTO À MÃO ARMADA NO INTERIOR DE ÔNIBUS COLETIVO. CASO FORTUITO EXTERNO. EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA.

1. A Segunda Seção desta Corte já proclamou o entendimento de que o fato inteiramente estranho ao transporte em si (assalto à mão armada no interior de ônibus coletivo) constitui caso fortuito, excludente de responsabilidade da empresa transportadora.
2. Recurso conhecido e provido”.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Vide STJ, RESP 721439/RJ, Min. Rel. Eliana Calmon, j. 21/08/2007

<sup>16</sup> STJ. REsp 215.618, Min. Castro Filho, DJ 19/12/2005

<sup>17</sup> STJ. REsp 726.371, Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 05/02/2007

Frise-se, entretanto, que a exclusão da responsabilidade do prestador direto do respectivo serviço público não culmina, necessariamente, na impossibilidade de atribuição do dever de indenizar ao Poder Público Central. Isso porque, conforme já abordado, a este se atribui a obrigação não só constitucional, como moral, de resguardo da segurança de seus cidadãos e consequente emancipação ou amenização dos riscos por estes sofridos no convívio social.

Ou seja, não se imputa qualquer responsabilidade à concessionária de serviço público decorrente do evento danoso em questão não só por esta não guardar relação direta com sua ocorrência (isto é, vir este a constituir fato oriundo de força maior, conforme entendeu o e. STJ, e estranho à própria atividade desenvolvida pela empresa), como também pela impossibilidade, e até injustiça, em lhe atribuir culpa por episódio flagrantemente decorrente da falta de implementação de políticas de segurança pelo ente estatal.<sup>18</sup>

Não se quer aqui, no entanto, afirmar que o dever de responsabilizar decorrerá de qualquer hipótese de delito praticado no interior de meios de transporte de massa, ou que a omissão estatal restará configurada pela prática de qualquer ilícito em ambiente de natureza pública. Por óbvio, tal conclusão seria precipitada, violaria o preceito de nexos causal inerente à responsabilidade civil e, possivelmente, implicaria em falência do Poder Central, o qual teria que arcar com o pagamento de infinitas indenizações.

Melhor seria, portanto, aderir a posição intermediária, como vem fazendo o e. TJRJ, por meio de cuja jurisprudência firmou-se no sentido de que, independentemente do entendimento que se adote quanto à responsabilização estatal por condutas omissivas (isto é, aderindo-se à corrente da responsabilidade subjetiva ou da objetiva), fato é que a obrigação de indenizar só poderá ser imputada ao Estado diante de flagrante inércia da administração pública a ensejar a constatação de nexos causal entre esta e o dano causado ao administrado.

É o que aponta o brilhante precedente do Des. Cherubin Schwartz do e. TJRJ:

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ASSALTO NA VIA PÚBLICA. MORTE. LATROCÍNIO. NEXO CAUSAL. PREEXISTÊNCIA.

<sup>18</sup> Conforme entendeu o e. TJRJ no seguinte precedente: APELAÇÃO CÍVEL - ASSALTO EM ESTAÇÃO DE TREM CONTRATO DE TRANSPORTE - AUSÊNCIA DE PROVAS A DEMONSTRAR SUPOSTO ENVOLVIMENTO DO PREPOSTO DA CONCESSIONÁRIA COM O DELITO RELATADO - FATO ESTRANHO À ATIVIDADE DE TRANSPORTE - EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. Assalto ocorrido na estação de trem pertencente à ré, que se configura como fortuito externo, estranho aos riscos do transporte, a afastar o dever de indenizar. Art. 734 do Código Civil Brasileiro. Não responde o transportador por fato exclusivo de terceiro, fortuito externo, não relativo à prestação do serviço. O serviço de segurança pública constitui atividade típica dos entes estatais federados, devendo ser prestado, inclusive, ao próprio transportador, que paga os tributos destinados à manutenção dos serviços executados pelo Poder Público. Impossibilidade lógica de transferir a particular um dever jurídico que o ordenamento constitucional atribui ao Estado (art. 144 da Constituição Federal). Precedentes desta Corte e do STJ. Rejeitado o agravo retido. Improvimento do apelo. (TJRJ – Apelação nº 0253228-20.2008.8.19.0001; Des. Rel. Edson Vasconcelos – Julgamento: 30.11.2011 – Décima Sétima Câmara Cível)

RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OMISSÃO ESPECÍFICA. FATO DE OUTREM. ASSUNÇÃO DO RISCO. INOCORRÊNCIA. Quer se adote a concepção que entende a responsabilidade civil do Estado por omissão como subjetiva, quer se faça a aplicação da concepção da omissão específica, em toda hipótese, a inércia da administração pública somente enseja responsabilidade civil, quando a conduta lesiva de terceiro estranho a ela, ou o fato natural ofensivo da esfera jurídica do administrado deva ser por ela evitado, em razão de haver assumido o risco por um comportamento garantidor anterior. Tratando-se de latrocínio praticado na via pública por elementos sem qualquer vínculo com o Estado ou sem que tenha esse assumido à obrigação de evitar tal resultado por comportamento anterior, não se reconhece o nexo de causalidade entre o dano e qualquer omissão da Administração Pública. Seguimento negado nos termos do art. 557 do CPC”.<sup>19</sup>

Pelo exposto, nota-se que, apesar da discussão acerca da aplicação aos casos de omissão estatal, da teoria subjetiva da responsabilidade ou da teoria objetiva, diante da problemática da segurança pública, o dano decorre não só da culpa anônima de terceiro, não individualizada, mas também de uma ausência do dever de agir do Estado, caracterizando-se, assim, o que se denomina culpa do serviço público, devendo o Poder Público dar efetividade a um direito fundamental do cidadão.

---

<sup>19</sup> TJRJ – Apelação nº 0181818-96.2008.8.19.0001; Des. Rel. Cherubin Helcias Schwartz – Julgamento: 13.01.2012 – Décima Segunda Câmara Cível





# Da maioria penal - notas sobre a polêmica acerca da sua redução<sup>1</sup>

Monique Carvalho Mousinho<sup>2</sup>

## Resumo

Em razão do aumento da delinquência infanto-juvenil, nos últimos anos, as crianças e adolescentes passaram a ocupar o centro de um efervescente debate sobre a sua inimputabilidade penal. Como consequência desse debate, nos últimos anos, inúmeras propostas de emenda à Constituição Federal de 1988 relacionadas ao tema foram apresentadas ao Congresso Nacional, todas com a finalidade de reduzir a maioria penal. No entanto, a Constituição Federal em vigor erigiu os direitos individuais à condição de núcleo irrestringível, o que suscita dúvidas acerca da constitucionalidade das referidas propostas de emenda à Constituição.

**Palavras-chave:** Imputabilidade pena. Redução da maioria. Cláusula pétrea. Impossibilidade de alteração.

## Summary:

Due to the increase in juvenile delinquency in recent years, children and adolescents began to occupy the center of a thriving debate about its criminal incapacity. As a result of this debate in recent years, numerous proposals to amend the Federal Constitution of 1988 related to the subject were submitted to Congress, all with the aim of reducing the legal age. However, the Federal Constitution in force erected individual rights to the corelawless condition, which raises doubts about the constitutionality of such proposed amendment to the Constitution.

**Keywords:** Criminal responsibility. Reduction of age. Entrenchment clause. Not be altered.

## Introdução

No ordenamento jurídico atual, a idade é fator decisivo para a imputabilidade penal, sendo considerado inimputável o menor de 18 anos. Por tal razão, a inimputabilidade penal de adolescentes infratores tem sido objeto de intensos questionamentos nos dias atuais, debatendo-se a possibilidade de sua redução.

Em consequência, atualmente, encontramos na sociedade brasileira a manifestação de grupos que defendem a redução da maioria penal, com o fundamento na necessidade de reduzir o envolvimento de jovens com a criminalidade, o que proporcionou, inclusive, a apresentação de diversas propostas de emenda à Constituição ao Congresso Nacional, todas com a finalidade de reduzir a maioria penal.

Por outro lado, temos grupos que se opõem à ideia, manifestando-se no sentido de que o envolvimento cada vez maior de jovens com a criminalidade, sobretudo com

<sup>1</sup> Tema abordado em sede de trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito de Valença.

<sup>2</sup> Bacharelado em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde. *E-mail:* moniquemousinho@hotmail.com

a organizada, não guarda direta relação com sua inimputabilidade penal, mas sim, com a omissão da própria sociedade e do Estado brasileiros no sentido de proporcionar-lhes plenas condições de desenvolvimento de sua personalidade.

Portanto, em razão do grande número de propostas de emendas à Constituição sobre o tema, todas visando reduzir a maioria penal, o presente trabalho pretende discutir a constitucionalidade dessa alteração.

## Imputabilidade penal

Podemos definir imputabilidade como sendo a aptidão do agente de compreender que determinado fato é ilícito e de agir em conformidade com esse entendimento. Dessa forma, para que o agente seja responsabilizado pelo fato típico e ilícito por ele cometido, se faz necessário que seja imputável.

Na precisa lição de Rogério Greco, “A imputabilidade é a possibilidade de se atribuir, imputar fato típico e ilícito ao agente”<sup>3</sup>, destacando ser a imputabilidade a regra, enquanto é inimputabilidade a exceção.

O Código Penal reservou título específico ao tema, trazendo expressamente as hipóteses de imputabilidade penal nos artigos 26 e 27<sup>4</sup>.

Para tanto, no caput do artigo 26, ao conjugar os critérios biológico e psicológico, o legislador adotou o critério biopsicológico para a aferição de inimputabilidade.

Quanto à inimputabilidade por imaturidade natural, prevista no artigo 27 do Código Penal, bem como assegurada pela Constituição Federal de 1988 no artigo 228, podemos dizer que nasce de uma presunção legal de que os menores de 18 anos ainda não alcançaram o discernimento necessário para entender o caráter ilícito do fato, o que justificaria a inimputabilidade, tornando clara a opção do legislador apenas pelo critério biológico.

Por fim, adotando idêntico critério aplicado aos casos de doença mental, o legislador isentou de pena também aquele que, em razão de caso fortuito ou força maior, encontrava-se em estado de embriaguez completa.

<sup>3</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte geral – Vol. I*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 396.

<sup>4</sup> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão.

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

## A maioria penal durante a história legislativa brasileira<sup>5</sup>

Inicialmente, devemos destacar que, quando do descobrimento do Brasil, aplicava-se a legislação de Portugal, vigorando, assim, as Ordenações Afonsinas, que em seguida foram substituídas pelas Ordenações Manoelinas.

Mais tarde, as Ordenações Filipinas passaram a regulamentar as leis criminais, sendo certo que se caracterizavam pelas penas severas, com pouca diferenciação entre crianças e adultos.

Em 1830, alguns anos após a Proclamação da Independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, elaborou-se, na vigência da Constituição Imperial de 1824, o primeiro Código Penal do Império, revogando as Ordenações Filipinas. O referido diploma era caracterizado por sua índole liberal, de influência europeia e previa a inimputabilidade dos menores de 14 anos, ressalvando-se a hipótese de discernimento do menor em relação à conduta criminosa.

Com a Proclamação da República, em 1889, período marcado por transformações sociais, foi instituído o Código Criminal de 1890, que se destacava pela ênfase dada ao menor, com tratamento diferenciado aos menores infratores e criação de estabelecimentos especiais para recolhimento destes. Neste período, os menores de 9 anos eram absolutamente inimputáveis, enquanto os maiores de 9 anos e menores de 14 anos tinham sua imputabilidade definida em razão do discernimento.

Nessa época, em razão do ideal republicano, a criança começou a ser alvo de discussões: de um lado acreditavam serem elas merecedoras de cuidados especiais e, de outro, se preocupavam em proteger a sociedade dos menores delinquentes.

A Lei nº 4.242, de 1921, alterou o Código Penal de 1890, fixando a idade de 14 anos como limite à inimputabilidade.

As discussões acerca do tema eram tão extensas que foram criados vários diplomas complementadores, bem como alteradores do Código Penal de 1890, merecendo destaque o Decreto nº 17.943-A, de 1927, que ficou conhecido como Código de Menores. Aqui, passou-se a mencionar os menores abandonados, os vadios e os mendigos, bem como foi criado o Juizado de Menores, buscando a reabilitação dos menores através da educação e não com penas severas, como no Império.

Em 1932, com a necessidade de reunir as leis existentes, foi aprovada a Consolidação das Leis Penais, através do Decreto nº 22.213. A inimputabilidade dos menores de 14 anos foi confirmada, adotando-se assim, o critério biológico. Porém, aos menores entre 14 e 18 anos, ainda se aplicava o critério biopsicológico, analisando-se o discernimento no momento da conduta.

Com a necessidade de aprimorar a Consolidação das Leis Penais de 1932, foi criado o Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940), que fixou a imputabilidade penal para os menores de 18 anos. Finalmente, o legislador deixava clara a intenção de acabar com a questão do discernimento do menor, analisando-se tão somente o critério biológico.

Vale salientar que, em 1963, Nelson Hungria elaborou anteprojeto do Código Penal que previa alteração em relação à inimputabilidade do menor, que passaria a ser considerado absolutamente inimputável quando menor de 16 anos

<sup>5</sup> LOBO, Silvana Lourenço. *A idade no direito penal brasileiro da minoridade*. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 41-52.

e relativamente imputável, entre 16 e 18 anos, conforme seu discernimento. Porém, tal projeto não foi levado a efeito até 1960, tendo influenciado apenas o Código Penal Militar. Após, tais modificações chegaram a ser implantadas, mas, em seguida, retornou-se à redação original do Código Penal de 1940, que previa a inimputabilidade dos menores de 18 anos.

O Código Penal de 1940, vigente até os dias atuais, passou por uma reforma em sua parte geral, através da Lei nº 7.209/84, prevalecendo a ideia de inimputabilidade aos menores de 18 anos, conforme redação do art. 27 deste diploma.

Por fim, em 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, reproduzindo, pela primeira vez em uma Constituição, o fator idade para determinar a imputabilidade penal, motivo de discussão do presente trabalho. Tal previsão encontra-se no art. 228 da Carta Magna<sup>6</sup>.

## **A formação psicológica do menor**

Personalidade é a individualidade psicológica de uma pessoa que se manifesta em seu comportamento.<sup>7</sup>

A formação psicológica das crianças e adolescentes é papel decisivo para definir a sua personalidade no futuro. Por isso, nesse período de consolidação de sua personalidade, necessário se faz proporcionar-lhes acesso às necessidades fundamentais, incentivando o convívio social e sedimentando uma vida digna.

Como bem salientado pela psicóloga Fernanda Nogueira, ao tratar sobre a personalidade das crianças e adolescentes, “A qualidade das relações entre pais e filhos exerce uma influência determinante na formação psicológica destes”<sup>8</sup>.

No entanto, deve-se observar que não somente os pais ou responsáveis, mas também a família, a sociedade e o Estado possuem papel de suma importância no desenvolvimento desses pequenos cidadãos, como preceitua o artigo 227, da Carta Maior<sup>9</sup>.

## **Propostas de alteração da idade limite para a imputabilidade**

Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 e o Código Penal determinaram a imputabilidade aos maiores de 18 anos, em razão do critério biológico.

<sup>6</sup> Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial.

<sup>7</sup> LAROUSSE, Koogan. *Dicionário Enciclopédico Ilustrado – Larousse*. São Paulo: Larousse do Brasil, 2007, p. 788.

<sup>8</sup> Disponível em: <http://www.psicobh.com.br/index.php/psicoterapia-infantil/a-formacao-da-personalidade-da-crianca/>. Acesso em 18 de setembro de 2011.

<sup>9</sup> 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, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ocorre que com os índices de criminalidade e delinquência infanto-juvenil que não param de crescer, bem como o desespero da sociedade que acredita, equivocadamente, que a solução está em punir crianças e adolescentes da mesma forma que os adultos, surgiram várias propostas de emenda à Constituição com o objetivo de reduzir a maioria penal.

As primeiras iniciativas surgiram com fundamento na comparação entre o direito ao voto, concedido pela Carta Maior, aos maiores de 16 anos. No entanto, como é cediço, o direito ao voto aos maiores de 16 anos é apenas uma faculdade, enquanto a possível alteração para a imputabilidade penal geraria uma obrigação. Obviamente, tal comparação não poderia prosperar e as propostas nesse sentido foram arquivadas.

Outras propostas, no entanto, alcançaram maior repercussão em suas discussões, a saber, a PEC nº 18 de 1999, proposta pelo senador Romero Jucá, retirada de pauta a requerimento do próprio autor, estando arquivada, desde então; a de nº 20 de 1999, do senador Jose Roberto Arruda, desarquivada a requerimento do senador Demóstenes Torres; a PEC nº 3 de 2001, também de autoria de José Roberto Arruda, arquivada recentemente; PEC nº 26 de 2002, do senador Íris Rezende, arquivada; PEC de nº 90 de 2003, de autoria do senador Magno Malta, desarquivada recentemente a pedido deste; PEC nº 9 de 2004, do senador Papáleo Paes, arquivada; e por fim, PEC nº 26 de 2007, do senador Eduardo Azeredo, também arquivada.<sup>10</sup>

Algumas propostas, no entanto, se destacaram pelas alterações que pretendiam, vejamos. A PEC 18/99 prevê a alteração da seguinte maneira: “nos casos de crimes contra a vida ou o patrimônio cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, são penalmente inimputáveis apenas os menores de 16 anos, sujeitos às normas da legislação especial”. A PEC 03/01 prevê a redução para 16 anos a idade para imputabilidade penal. A PEC 26/02 estabelece que “os menores de 18 e maiores de 16 responderão pela prática de crime hediondo ou contra a vida, na forma da lei, que exigirá laudo técnico, elaborado por junta nomeada pelo juiz, para atestar se o agente, à época dos fatos, tinha capacidade de entender o caráter ilícito de seu ato”. Na PEC 90/03 a imputabilidade deveria recair sobre os maiores de 13 anos que tenham praticado crimes definidos como hediondos. E por fim, a PEC 09/04 pretendia a imputabilidade penal quando o menor apresentasse idade psicológica igual ou superior a 18 anos, considerando o critério biopsicológico<sup>11</sup>.

Dessa forma, merecem destaque as propostas de emendas à Constituição de nº 20 de 1999, bem como a nº 90 de 2003, por terem sido desarquivadas recentemente, aguardando julgamento.

## **A constitucionalidade das propostas de alteração**

Conforme restará demonstrado ao final do presente trabalho, as propostas de emendas à Constituição carecem de respaldo constitucional, não devendo prosperar. Para tanto, será feita uma análise mais aprofundada sobre o tema.

<sup>10</sup> Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/>. Acesso em 18 de setembro de 2011.

<sup>11</sup> Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/maioridade-penal-deve-voltar-ao-centro-dos-debates-no-senado-em-2009.aspx>. Acesso em 18 de setembro de 2011.

## Poder constituinte

Para melhor compreensão do presente trabalho, necessário se faz realizar algumas considerações acerca da teoria do poder constituinte.

Segundo Canotilho<sup>12</sup>:

“(...) o poder constituinte se revela sempre como uma questão de ‘poder’, de ‘força’ ou de ‘autoridade’ política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir, ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política.”

Podemos afirmar, assim, que poder constituinte é aquele que se encarrega de estabelecer uma nova ordem jurídica com a criação de uma nova Constituição, suplantando a Constituição anterior. É o poder de inaugurar uma nova ordem constitucional. Logo, nenhuma norma incompatível poderá prevalecer.

Em relação à natureza jurídica do poder constituinte podemos citar duas correntes.

A posição amplamente majoritária, de cunho positivista, entende que trata-se de um poder de fato. Assim, dele podem emanar todas as normas constitucionais, que por sua vez, não estão sujeitas a limites e condições prévias, sendo a nova Constituição o marco zero do ordenamento jurídico.

A corrente minoritária, de cunho jusnaturalista, sustenta que o poder constituinte teria natureza de poder de direito, ou seja, seria limitado por um direito suprapositivo. Em outras palavras, haveria um direito natural acima do Estado que condicionaria a atuação do constituinte. Assim, seria limitado pelo direito natural que deveria ser observado quando da elaboração da nova Constituição.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, parágrafo único, ao prever que “todo poder emana do povo e em nome dele será exercido”, demonstra a opção do constituinte em determinar a titularidade do poder constituinte ao povo, adotando assim a Teoria da Soberania Popular.

Quanto ao exercício, podemos dizer que este pode se dar de maneira direta, indireta ou mista. O exercício direto se dá mediante golpe de Estado ou revolução, ou seja, é próprio de uma constituição ditatorial. O exercício indireto do poder constituinte, que se subdivide em etapas – ato de convocação de uma assembleia nacional constituinte; discussão do texto constitucional; elaboração da constituição; e posterior promulgação – sendo próprio das constituições democráticas, destacando-se a Constituição Federal de 1988. E, por fim, o exercício misto do poder constituinte, onde constituição outorgada é posteriormente submetida a um referendo popular.

Quanto à classificação, o Poder Constituinte se classifica em Poder Constituinte Originário, que se caracteriza por sua inicialidade, ao inaugurar uma ordem constitucional, revogando globalmente a anterior, por ser ilimitado, em razão de não dever obediência à ordem jurídica antecessora, bem como incondicionado, por não ter que se submeter a qualquer condição prévia; e poder constituinte derivado, sendo este subdividido em reformador (poder de reformar e emendar a Constituição) e decorrente (poder que os Estados-Membros possuem de elaborar a sua própria Constituição).

<sup>12</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 65.

Em razão da importância do estudo do poder constituinte derivado reformador para a presente exposição será destinado tópico específico ao tema.

## **Poder constituinte derivado reformador**

O Poder constituinte derivado se caracteriza por ter sua existência submetida à vontade de um poder que lhe é anterior e, por isso, derivado, bem como por só poder atuar em observância dos limites e requisitos impostos pelo poder constituinte originário, portanto, limitado e condicionado.

Assim, é correto afirmar que, ao contrário do poder constituinte originário, o poder constituinte derivado se encontra limitado pelo texto constitucional federal.

Necessário se faz mencionar, ainda, as formas de manifestação do poder constituinte derivado reformador, a saber: de maneira formal, através de reforma, compreendida a emenda e a revisão, bem como, de maneira informal, através da mutação constitucional.

No entanto, considerando a impossibilidade de nova revisão da Carta Constitucional de 1988, atualmente, temos a manifestação do poder constituinte derivado, principalmente, através das emendas à Constituição.

## **Emendas constitucionais e seus limites**

Como é cediço, a Constituição Brasileira de 1988 é, no que toca à possibilidade da revisão de seu texto, considerada uma Constituição rígida. Com isso, queremos dizer que, para a alteração de seu texto, o constituinte originário estabeleceu procedimento mais complexo e dificultoso do que para elaboração da legislação infraconstitucional.

Tal procedimento é previsto no artigo 60 da Carta de 1988<sup>13</sup> que traz as limitações ao poder de reforma. Três são as espécies de limitações previstas pelo constituinte, são elas: circunstanciais, formais e materiais.

## **Limites circunstanciais**

Inicialmente, o § 2º do artigo 60 da Constituição Federal de 1988 estabelece que esta não poderá sofrer emendas na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. Tais limitações são explicadas em virtude de anormalidade institucional experimentada nessas hipóteses.

<sup>13</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II – do Presidente da República;

III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º – A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º – A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º – A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

§ 5º – A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Vale salientar, ainda, que segundo alguns doutrinadores, dentre eles, Luís Roberto Barroso, a Constituição Brasileira, traz também outro limite, este de ordem temporal<sup>14</sup>. Tal limite estaria previsto no artigo 60, § 5º, da Lei Magna, que institui que “a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

O mesmo doutrinador indica que outras limitações existem no texto constitucional, no que toca aos efeitos temporais das emendas, a exemplo da previsão do artigo 16 da Constituição Federal, indicando a impossibilidade de uma emenda constitucional que altere o processo eleitoral ser aplicada às eleições que ocorram até um ano da data de sua entrada em vigor<sup>15</sup>. Ainda à guisa de exemplo, é possível indicar a regra da anterioridade nonagesimal, prevista no artigo 150, inciso III, alínea c, da Carta Magna<sup>16</sup>.

## Limites formais

Como acima explicitado, a Constituição de 1988, seguindo a linha da maioria das constituições vigentes, é dotada de rigidez. Desta rigidez resulta um procedimento específico para alteração de seu texto. Este procedimento se consubstancia no *caput* e suas alíneas, bem como nos parágrafos 2º e 3º do artigo 60 do texto constitucional.

Novamente, conforme a precisa lição de Luís Roberto Barroso, vislumbramos que a excessiva rigidez pode levar a duas situações imprevistas e indesejáveis, quais sejam, alteração do texto por meio sub-reptícios ou a não alteração do texto mesmo diante de urgente necessidade.<sup>17</sup>

Sob este aspecto, após a entrada em vigor da atual Constituição Federal, a experiência constitucional brasileira demonstrou que, apesar do formalismo exigido, tivemos um grande número de reformas em seu texto, pois, até o momento, foram promulgadas 67 emendas, além de seis emendas de revisão.

Os requisitos formais para aprovação de emendas constitucionais são de três ordens:

– Artigo 60, *caput* e alíneas ‘iniciativa: o texto constitucional somente poderá ser emendado por iniciativa de 1/3 dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; do Presidente da República; ou de mais da metade das Assembleias Legislativas das Unidades da Federação, sendo certo que cada uma delas deverá manifestar-se pela maioria relativa dos seus membros.

– Artigo 60, parágrafo 2º – quórum para aprovação: a proposta de emenda constitucional, para a sua aprovação, deverá contar com, no mínimo, 3/5 dos votos de cada Casa do Congresso Nacional;”

<sup>14</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 150.

<sup>15</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 150.

<sup>16</sup> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III – cobrar tributos:

c) antes de decorridos 90 dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

<sup>17</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151.



– Artigo 60, parágrafo 2º – procedimento: a proposta deverá ser discutida e votada em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional.

## Limites materiais

Inicialmente, faz-se necessária a transcrição da precisa lição de Luís Roberto Barroso<sup>18</sup>:

“(…) as constituições não podem esperar à perenidade de seu texto. Se não tiverem plasticidade diante de novas realidades e demandas sociais, sucumbirão ao tempo. Por essa razão, comportam mecanismos de mudança formal e informal, pressupostos de sua continuidade histórica. Nada obstante, para que haja sentido na sua preservação, uma Constituição deverá conservar a essência de sua identidade original, o núcleo de decisões políticas e valores fundamentais que justificaram a sua criação.”

Para preservar essa identidade original, o constituinte de 1988 instituiu limites materiais. Tais limites estão previstos no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988. São eles: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; e os direitos e garantias individuais.

Estes limites são denominados cláusulas pétreas, que abrangem as matérias que não podem ser restringidas pelo obra do poder constituinte derivado reformador.

Além dos limites expressos, acima referidos, podemos também identificar limites materiais implícitos, embora o reconhecimento destes não seja objeto de consenso doutrinário<sup>19</sup>. A existência de tais limites tem por fundamento também a proteção da identidade da Constituição, já que não existem dúvidas de que a identidade da Constituição de 1988 não está consubstanciada somente no artigo 60, § 4º da Carta Magna.

Podemos citar como exemplos, mais um vez, com esteio nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso<sup>20</sup>, bem como de Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>21</sup>, os direitos fundamentais, ainda que não se encontrem previstos expressamente no artigo 5º da Constituição Federal. Neste, a controvérsia desses limites é ainda menor, haja vista a expressa previsão do § 2º do artigo 5º da Carta Magna, que aqui pedimos licença para transcrevê-lo:

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 159.

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 165, nota 79.

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 165-167.

<sup>21</sup> In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 305.

“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: § 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Tendo em vista que a titularidade do poder constituinte originário recai sobre o povo, temos a democracia como o pressuposto para a sua materialização. Trata-se, portanto, do regime de governos que fora adotado pelo legislador constituinte originário e que constitui parte da identidade da Constituição, conforme previsto no artigo 1º, § único, da Constituição Federal.<sup>22</sup>

A titularidade do poder constituinte derivado reformador, por sua vez, é indelegável, pois, é da sua essência a subordinação ao poder constituinte originário. Não havendo expressa manifestação diversa da própria Constituição Federal, devemos pressupor que o poder constituinte derivado reformador somente haverá de ser exercido pelo Congresso Nacional, observando as formalidades impostas pelo poder constituinte originário. Trata-se de um silêncio eloquente.

Por fim, o próprio procedimento de elaboração das emendas constitucionais (normais ou de revisão) não pode ser alterado, pois, também como objeto de delegação, não cabe ao próprio poder delegatório alterar as condições da delegação.

Para nós, interessa, de forma particular, o estudo do alcance da cláusula pétreia prevista no artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, transcrita em passagem anterior.

Necessária se faz a apresentação da controvérsia existente sobre a abrangência da cláusula em comento. A questão cinge-se em saber se os direitos abrangidos pela cláusula são apenas os previstos no artigo 5º da Constituição ou se outros direitos fundamentais, previstos fora desse catálogo seriam abrangidos.

Sobre essa questão já houve manifestação expressa do Supremo Tribunal Federal conforme decisão prolatada em sede da ADIn 939/DF<sup>23</sup>, quando foi decidido que as limitações ao poder de tributar previstas no artigo 150 da Constituição “portanto, fora do catálogo do artigo 5º - também estariam insertas na cláusula de intangibilidade prevista no artigo 60, §4º, inciso IV, da Lei Magna.”

Merece atenção a lição de Ingo Wolfgang Sarlet: “(...) todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição (mesmo os que não integram o título II) são, na verdade e, em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva”.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

<sup>23</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 177.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63.

Como se sabe, todos os atos normativos devem ser compatíveis com o ordenamento constitucional, sob pena de sofrerem controle de constitucionalidade. Admite-se como parâmetro para essa constitucionalidade, não somente as normas escritas da Constituição, mas a ordem constitucional global, abrangendo princípios e valores não expressos no texto constitucional, desde que diretamente relacionados ao texto constitucional. Esse fenômeno se caracteriza pela expansão do bloco de constitucionalidade, alargando-o a princípios que informam o ordenamento constitucional<sup>25</sup>.

Ainda nesse contexto, merecem destaque os tratados internacionais que versam sobre direitos das crianças, como a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1990, bem como a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, que compõem o bloco de constitucionalidade dos direitos fundamentais e devem servir como parâmetro para edição das emendas à Constituição.

### **Cláusulas pétreas e núcleo essencial dos direitos fundamentais**

Como se sabe, as cláusulas pétreas possuem a função precípua de assegurar a manutenção de elementos essenciais da nossa Constituição, impedindo a retirada de elementos identificadores desta<sup>26</sup>.

Muito se discute, no entanto, acerca da imutabilidade da Constituição, que não poderia se adequar à cambiante realidade social, podendo acarretar o rompimento da ordem constitucional. Acerca deste questionamento, Ingo Wolfgang Sarlet explica que a abolição das hipóteses previstas no artigo 60 da Constituição Federal poderia, do mesmo jeito, acarretar a destruição da ordem constitucional, por serem valores basilares do Estado Social e Democrático de Direito<sup>27</sup>.

Dessa forma, podemos dizer que a possibilidade de reforma das cláusulas pétreas causaria uma constante insegurança jurídica, na medida em que se tornaria possível a total aniquilação de preceitos que identificam a nossa Constituição, concedendo ao poder constituinte reformador poderes que somente são inerentes ao poder constituinte originário.

No âmbito do presente trabalho, podemos dizer que a ideia da previsão contida no artigo 60, § 4, inciso IV, da Carta Magna é proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o qual, por sua vez, tende a proteger o conteúdo mínimo desses direitos, a fim de assegurar sua eficácia, não podendo ser esvaziados de tal maneira que percam sua identidade.

<sup>25</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 920.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 426.

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 427.

## **A idade de 18 anos como núcleo essencial da norma contida do artigo 228, da Constituição Federal de 1988.**

Como exposto (capítulo 3, supra), a questão da maioria penal foi alvo de constantes questionamentos ao longo da história legislativa brasileira, sendo certo que tais questionamentos giravam em torno da proteção da sociedade desses menores infratores e, por outro lado, da ausência de atenção especial a eles por se encontrarem em fase de formação psicológica.

É certo que o constituinte de 1988, influenciado por debates internacionais – como, por exemplo, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada por unanimidade pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 21/11/1989 –, optou pela proteção da infância e juventude, quando então passou a priorizar a garantia e o efetivo exercício de direitos das crianças e adolescentes em razão da sua fragilidade perante a sociedade, afastando-se, definitivamente, a intenção repressora da sociedade de antes.

Podemos dizer, assim, que a intenção do legislador foi repelir de vez aquele antigo Estado repressor, que via na delinquência infanto-juvenil apenas as suas consequências, não hesitando em igualar os menores aos adultos, aplicando-lhes as mesmas punições. Passou o legislador a identificar os problemas da delinquência infanto-juvenil nas péssimas condições de sobrevivência e educação ofertadas à juventude, buscando-se a aplicação dos princípios de um novo Estado Democrático de Direito, prestes a surgir.

Merece destaque também o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90 – que surge para regular os direitos e garantias desses menores, sendo certo, que, no âmbito dos atos infracionais, estabelece procedimento para apuração das referidas infrações, prevendo medidas socioeducativas ao menor, devendo a internação ser aplicada em última hipótese.

O objetivo de proteger a juventude, no entanto, já havia se mostrado presente em outros diplomas, como os tratados e convenções internacionais citados anteriormente, os quais, diante da necessidade de proporcionar proteção especial às crianças e adolescentes, destinavam-lhes direitos e garantias.

Assim, torna-se evidente a ideia da Constituição de 1988 no sentido de assegurar vida digna às crianças e adolescentes, que são seres em fase de formação e necessitam de especial proteção, fixando a idade de 18 anos como limite para imputabilidade penal, o que a fez considerar o critério biológico.

Ressalta-se que foi com a ideia de alcançar o desenvolvimento individual, social e saudável da infância, considerando ser este um período essencial da formação do caráter e da personalidade, que o constituinte de 1988 fixou a idade estabelecida no artigo 228.

Contudo, apesar de expressa previsão do constituinte de 1988 que, por opção política, erigiu a idade de 18 anos como limite à imputabilidade, atualmente, existem defensores da tese de redução da maioria penal, que fundamentam a redução no discernimento de menores de dezoito anos, que estariam habilitados a identificar o caráter ilícito do fato.

Entretanto, devemos observar que todos os direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988 são dotados de um núcleo essencial. No caso do art. 288, CRFB, trata-se de um direito de índole individual que torna penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, independentemente de seu discernimento.

## **Conclusão**

Atualmente, talvez em razão de insistente clamor social, os menores passaram a ser alvo de intensas discussões acerca de sua inimputabilidade penal. Boa parte da sociedade acredita que essas crianças e adolescentes representam maior perigo à coletividade, com a falsa noção de que eles não recebem punição alguma por seus atos.

Ora, como se sabe, esses cidadãos são seres em desenvolvimento, e a sua delinquência se justifica exatamente pela má formação de sua personalidade, tendo isso ocorrido, obviamente, por omissão da família, da sociedade e do Estado.

Infelizmente, a realidade social em que vivemos, impede, não raro, o regular desenvolvimento dessas crianças e adolescentes, que acabam por desenvolver distúrbios em sua personalidade, sem que para isso tenham colaborado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, prevê medidas dotadas de caráter ressocializador a esses cidadãos em peculiar fase de desenvolvimento, sendo certo que tais medidas se mostram suficientes para sua punição.

Ainda nesse sentido, as várias propostas de emendas à Constituição, que visam à redução da maioridade penal consideram apenas o critério biopsicológico. Ora, como se sabe, até mesmo as crianças tem discernimento necessário para saber o que é errado e que o é certo, porém, não possuem condições de determinar-se nesse sentido e o mesmo ocorre com os adolescentes infratores, que, por se encontrarem em fase de formação psicológica, não apresentam a necessária capacidade de prever as reais consequências de seus atos.

Daí a opção da Constituição de 1988 pelo critério biológico conjugado, obviamente, com os pilares da nova ordem constitucional, com ênfase à dignidade da pessoa humana.

Ademais, podemos dizer que a idade de 18 anos como limite à imputabilidade penal foi erigida, pela Constituição Federal de 1988, a direito individual. Dessa forma, concluímos que a previsão contida no artigo 228 da Carta Maior assegura a existência de um direito fundamental do menor e, portanto, faz-se necessária algumas considerações sobre o tema.

Os direitos fundamentais formam o núcleo da Constituição Federal de 1988, estando intimamente ligados a ideia do Estado Democrático de Direito, bem como a dignidade da pessoa humana. São direitos que visam assegurar liberdades individuais, garantindo valores básicos aos indivíduos.

Pela primeira vez, na história das Constituições Brasileiras, os direitos fundamentais ganharam maior relevo, o que podemos perceber pelo disposto no já citado § 2º, do artigo 5º da Constituição Federal.

Vale reafirma, ainda, que os direitos fundamentais, apesar de possuírem espaço específico na Carta Maior (título II), encontram-se espalhados por toda a Constituição, bem como fora dela, como nos casos de direitos reconhecidamente fundamentais (artigo 5º, § 3º, Constituição Federal de 1988<sup>28</sup>).

Considerando que a dignidade da pessoa humana é base da vigente Carta Constitucional, podemos dizer que os direitos fundamentais possuem, assim, direta subordinação com esse princípio, de modo que esse para a ser reconhecido e necessita atender à dignidade da pessoa humana.

Por fim, frise-se, que atualmente há o reconhecimento de dimensões dos direitos fundamentais que encontram-se estruturados da seguinte maneira: na primeira geração, os direitos individuais e políticos; na segunda geração, os direitos sociais, econômicos e culturais; na terceira geração, os direitos coletivos e difusos; e na quarta geração, os direito à democracia e ao desenvolvimento.

Por todo exposto, podemos afirmar que o artigo 228, CRFB, consagra a idade de 18 anos como núcleo essencial do direito à liberdade, garantindo às crianças e aos adolescentes a inimputabilidade penal, independentemente de seu discernimento, sendo certo que, por tratar-se de direito fundamental, mas especificamente, direito individual, goza de proteção especial, prevista no já citado artigo 60, § 4º, IV, da Lei Magna e, portanto, insuscetível de alteração por expressa vedação do referido artigo.

Por outro lado, o limite estabelecido possui a intenção também de atender o disposto no artigo 227 da Lei Maior, que impõe a todos o dever de assegurar, prioritariamente, as crianças e adolescentes, direitos e garantias individuais.

Frise-se, ainda, que a constitucionalidade das normas deve ser considerada a partir de um vasto conjunto de normas escritas na Constituição, bem como de valores e princípios que a norteiam – o que podemos chamar de expansão do bloco de constitucionalidade –, motivo pelo qual todas as propostas de emendas à Constituição devem se mostrar compatíveis com esse “bloco”.

Dessa forma, se o poder constituinte originário, quando da elaboração da Constituição de 1988, fez a opção por essa idade como demarcação para imputabilidade penal, não cabe ao poder reformador, alterá-lo, sob pena de retirar do preceito contido no artigo 228 seu núcleo essencial, esvaziando a norma, o que não se admite.

## Referências bibliográficas

- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>28</sup> 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:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- GRECO, Rogerio. *Curso de direito penal – Parte Geral – Vol. I*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- LAROUSSE, Koogan. *Dicionário Enciclopédico Ilustrado – Larousse*. São Paulo: Larousse do Brasil, 2007.
- LOBO, Silvana Lourenço. *A idade no direito penal brasileiro da menoridade*. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REBELO, Carlos Eduardo Barreiros. *Maioridade penal e a polêmica acerca de sua redução*. 1. ed. Belo Horizonte: Ius Editora, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.





# Resíduos odontológicos, saúde pública e impacto ambiental

---

Mariane de Souza Lima de Oliveira Moraes<sup>1</sup>  
Marryelle Molica Santagueda Guerini<sup>2</sup>  
Myrna Pereira Leite<sup>3</sup>

## Resumo

No contexto atual as questões ambientais são de extrema importância para a manutenção da vida no planeta. Assim, a situação dos resíduos produzidos por serviços de saúde se torna ainda mais grave devido a seu grau de contaminação e necessidade de tratamento especial.

Desta forma, há necessidade de conscientização, dado o fato de que a maioria dos profissionais e encarregados do manejo desses resíduos desconhecem as normas de biossegurança ou não as põem em prática quando do correto acondicionamento do lixo. Aliado a isto, fatores como a inexistência ou a não implementação de aterros sanitários com valas específicas para deposição desses resíduos põem em risco a saúde pública.

Apesar da existência de leis que regulamentam o assunto como a RDC 306/2004 ANVISA e Resolução 358/2005 CONAMA que regem o Gerenciamento de Resíduos, a ação dos órgãos incumbidos da fiscalização e autuação ainda é precária.

345

**Palavras-chave:** Resíduos Sólidos, Serviços de Saúde Odontológicos, Programa de Gerenciamento de Serviços de Saúde.

## Abstract

In the context of current environmental issues are extremely important for the maintenance of life on the planet. The situation of waste produced by health services becomes even more serious because of its degree of contamination and the need for special treatment. Thus, there is need for awareness, given the fact that most professional and responsible management of these wastes are unaware of the biosafety standards or not put them into practice when the correct packaging of the waste.

Allied to this, factors such as the absence or failure to implement landfill trenches with specific deposition of waste, endanger public health. Despite the existence of laws governing the subject as the RDC 306/2004 ANVISA, and Resolution 358/2005 CONAMA governing Waste Management, the action of bodies responsible for monitoring and assessment notice is still precarious.

**Keyword:** Solid Waste Services, Dental Health Program, Health Services Management

---

<sup>1</sup> Acadêmica do 7º período da Faculdade de Odontologia de Valença – FOV.

<sup>2</sup> Acadêmica do 7º período da Faculdade de Odontologia de Valença – FOV.

<sup>3</sup> Acadêmica do 7º período da Faculdade de Odontologia de Valença – FOV.

## **Introdução**

Subentende-se como lixo odontológico todo resíduo produzido em consultório, que forneça perigo à população, aos que estão envolvidos no processo de coleta e ao meio ambiente.

Na atual conjuntura onde as questões relativas ao meio ambiente são muito discutidas, o lixo resultante dos serviços de saúde pode ser considerado um dos problemas ambientais mais sérios, devido o risco gerado ao meio ambiente e à saúde da população, tornando-se uma grande preocupação dos órgãos públicos. A fim de sanar essas questões ou minimizar o impacto ambiental o governo dispõe de leis que visam regulamentar e fiscalizar o condicionamento, a coleta seletiva e o destino final dos resíduos de saúde.

Segundo a RDC 306/2004 da ANVISA todo gerador deve elaborar um Plano de Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde (PGRSS), com cópia disponível para consulta sob solicitação da autoridade sanitária ou qualquer outro interessado. Este plano rege sobre os procedimentos de gestão, planejamentos e implementos a partir de bases científicas e técnicas, normativas e legais, com o objetivo de minimizar a produção de resíduos e proporcionar aos resíduos gerados um encaminhamento seguro, de forma eficiente, visando à proteção dos trabalhadores, a preservação da saúde pública, dos recursos naturais e do meio ambiente.

346 A Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) de 05/93, dispõe que cabe aos estabelecimentos prestadores de serviços de saúde o gerenciamento de seus resíduos sólidos, desde a geração até a disposição final, de forma a atender aos requisitos ambientais e de saúde pública (Art. 4º). E, que cabe aos órgãos de controle ambiental e de saúde competentes, mormente os partícipes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), a aplicação desta resolução, cabendo-lhes a fiscalização pertinente, inclusive a medida de interdição de atividades (Art. 21º).

Assim, cada estabelecimento odontológico recebe uma visita anual de um funcionário da vigilância sanitária do município onde deve apresentar seu PGRSS, e só depois de cumpridas as exigências é expedida a licença de funcionamento que tem validade por um ano. O estabelecimento que não estiver de acordo com as normas estabelecidas, recebe um prazo para cumprir as exigências, caso não as cumpra pode ser autuado e penalizado.

## **Elaboração do plano de gerenciamento de resíduos de serviços de saúde (PGRSS)**

A elaboração de um PGRSS deve ser feita com base nas exigências legais e deve necessariamente conter:

Identificação do gerador; da equipe; e do responsável técnico pelo PRGSS;

Objetivo. É um resumo do plano de gestão, ou seja, o processo pelo qual o resíduo será gerido até seu destino final.

A classificação dos resíduos produzidos pelo consultório odontológico determina o condicionamento específico a cada tipo de resíduo.

Memorial descritivo. Geralmente é disposto em forma de tabela e serve para identificar o local exato onde é produzido cada tipo de resíduo gerado.

Identificação e quantificação dos resíduos. Este codifica os resíduos de acordo com sua classificação, descrevendo-o, informando seu peso, a frequência de recolhimento e o local onde deverá ser descartado.

Manejo. É a ação de gerenciar os resíduos interna e externamente ao consultório seguindo rigorosamente as etapas de segregação, acondicionamento, identificação, transporte, armazenamento temporário e tratamento.

Coleta e transportes. Todo cirurgião dentista deve contratar uma empresa especializada no recolhimento dos resíduos, esta deve entregar ao CD, uma cópia da Licença Ambiental de Operação (LAO), o que dilui a responsabilidade do CD, visto que tecnicamente este é responsável pelo resíduo que produziu até que este chegue ao destino final.

Saúde do Trabalhador. Dispõe que os profissionais e auxiliares devem receber constantemente cursos de capacitação e aperfeiçoamento das técnicas a serem empregadas no manuseio dos resíduos, possuir carteira de vacinação em dia e realizar exames periódicos.

Além disso, é necessários incluir comprovantes de procedimentos como: limpeza de caixas d'água; comprovante de desratização/desinsetização; cópia do contrato com a empresa que recolhe o lixo ou declaração de recebimento de outro consultório.

A saber, o conteúdo do PGRSS deve ser compatível com as normas do município em questão, pois é de competência deste a responsabilidade na disposição final do resíduo.

## **Classificação dos resíduos conforme o estabelecido pela ANVISA**

Os resíduos produzidos pertencem a 4 grupos:

GRUPO A/ sub A4 – resíduos biológicos potencialmente infectantes

GRUPO B – resíduo químico farmacêutico

GRUPO D – resíduo comum

GRUPO E – materiais pérfuro-cortantes

**Grupo A Sub A4** – Resíduo biológico potencialmente infectante.

São resíduos com presença de agentes biológicos contendo: líquidos corpóreos, peças anatômicas e lixos sólidos como gaze, sugadores e campos descartáveis.

O descarte deve ser feito em lixeira branca de 20L com tampa e pedal em saco Branco leitoso. Após atingir 2/3 do volume, é retirado, vedado e colocado no armazenamento temporário.

**GRUPO B** - Resíduo Químico-farmacêutico.

Substâncias químicas que podem apresentar risco à saúde pública ou ao meio ambiente:

- Metais pesados (Chumbo – embalagem do filme RX) o descarte deve ser feito em pote plástico com tampa.
- Efluentes de processadores de imagem (reveladores e fixadores), o descarte deve ser feito em embalagem original ou garrafa plástica resistente à ruptura, com tampa.
- Restos de amálgama o descarte deve ser feito em pote com tampa rosqueável contendo água em seu interior.

**GRUPO D** - Resíduo Comum.

Resíduos que não apresentem risco biológico, químico ou radiológico à saúde ou ao meio ambiente, podendo ser equiparados aos resíduos domiciliares.

– Lixos de banheiros, cozinhas, peças descartáveis de vestuário, resíduo de gesso, caixas de luva ou outros, resíduos de varrição, flores, podas e jardins.

Lixeira de vinte litros com tampa, acionada a pedal com saco preto.

**GRUPO E** – Materiais pérfuro-cortantes

Agulhas descartáveis, brocas, limas endodônticas, pontas diamantadas, lâminas de bisturi, instrumentais quebrados, etc.

Efetuar o descarte em embalagem rígida, resistente à punctura, ruptura e vazamento, com tampa e identificada.

## **Relação lixo, saúde pública e meio ambiente**

Ao longo do tempo os homens utilizaram os recursos naturais indiscriminadamente. O descaso com o lixo não foi diferente, os dejetos eram despejados a céu aberto e sem nenhum controle. Dados epidemiológicos mostravam que grandes partes populacionais viviam em situação de risco e sujeitas a epidemias.

Na atualidade, pesquisas apontam que este tipo de comportamento não leva somente risco à saúde pública, mas também à saúde do planeta. Assim, houve a necessidade de conscientização ecológica a fim de diminuir os impactos ambientais.

Segundo dados estatísticos, o Brasil produz cerca de 228.413 toneladas de lixo por dia, sendo que desse total, cerca de 76% são lançados a céu aberto nos lixões, 0,6% em áreas alagadas, 12,4% em aterros controlados, 10% depositados em aterros sanitários, 0,9% compostados em usinas e 0,1% incinerados.

Os dados acima nos trazem comprovações quanto à complexidade do assunto, mostrando que apesar dos avanços tecnológicos os investimentos ainda são insuficientes para a construção adequada de um aterro que atenda todas as exigências necessárias. Além disto, é válido dizer que não há uma interação entre as autoridades de saúde, pesquisadores e ambientalistas, o que dificulta a tomada de decisões e aplicabilidade das medidas legais.

Enquanto soluções não são tomadas a maior parte do lixo é inadequadamente descartado a céu aberto, contaminando o ar pelo desprendimento dos gases; o solo, subsolo, águas superficiais e lençóis freáticos pelo chorume (substância líquida e tóxica que

emana do lixo) não tratado, acarretando em risco à saúde pública seja pela proliferação de vetores (moscas, mosquitos, baratas, roedores, etc.) responsáveis pela transmissão de doenças infecciosas, ou mesmo agravando problemas sociais pela presença de catadores não habilitados, poluição visual, mau odor e desvalorização da região.

Neste ínterim, a resolução de questões relativas aos resíduos provenientes de serviços de saúde se torna ainda mais desafiadora devido o grau de contaminação elevado. Há, portanto, uma necessidade real da implementação de cursos de capacitação para todos os envolvidos com o manejo dos materiais infecto-contagiosos, mas principalmente da construção de valas específicas, cobertas, revestidas por mantas impermeabilizantes e sem acesso a pessoas e animais, pois, de nada adianta promover a coleta seletiva se o destino final for misturar-se a outras classes de resíduos nos lixões a céu aberto.

## Conclusão

Cabe a todos os envolvidos adotar uma postura mais responsável a fim de minimizar os danos. Enquanto que para o governo, necessário se faz investimento na construção de um sistema ideal que permita o descarte de forma ecologicamente correta, além da intensificação na fiscalização a fim de tornar o sistema mais rigoroso e efetivo. Para os Cirurgiões-dentistas e toda sua equipe, vale ressaltar a importância da conscientização.

## Referências bibliográficas

### Legislação Pertinente

Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 306/2004 ANVISA e Resolução 358/2005 CONAMA – que regem sobre gerenciamento de Resíduos Gerados nos Serviços de Saúde (RSS).

**Manual de Biossegurança.** Nilton Nunes Ramos. Presidente da Comissão de biossegurança da FOV. 1999.

**Modelo de Plano de Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde (PRGSS)** disponível no Google.

### Dados dos site:

**VIGILÂNCIA SANITÁRIA O BÁSICO E O OBRIGATÓRIO** Artigos – Portal Educação.mht

**Secretaria de Meio Ambiente de Amambai-MS.**mht

ABES/MA – Seção Maranhão da ABES VIII SEMINÁRIO NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS “Responsabilidade Sócio-ambiental” Tema III: Resíduos Sólidos – Destino Final



# A contribuição social da Clínica de graduação da Faculdade de Odontologia de Valença

---

Larissa Souza Cruz<sup>1</sup>  
Leila Meirelles Barreto<sup>2</sup>

## Resumo

O curso de Odontologia de Valença atende à comunidade com os conteúdos programados para as clínicas das varias especialidades: dentística; periodontia; endodontia; prótese fixa; prótese parcial removível; prótese total; radiologia; diagnostico oral; odontopediatria; odontogeriatría; cirurgia; estética; clínica integrada. Assistindo a população valenciana, no sentido de ajudar na melhoria da qualidade da saúde bucal.

## Abstract

The course of Dentistry serves the community of Valencia, with programmed contents for the various clinical specialties, dentistry, periodontics, endodontics, fixed prosthodontics, removable partial dentures, denture, radiology, oral diagnosis, pediatric dentistry, geriatric dentistry, surgery, aesthetic; integrated clinic. Watching the Valencian population, in helping to improve the quality of oral health.

## Objetivo

Esse trabalho tem como objetivo/proposta descrever o conjunto de atendimentos realizados na Faculdade de Odontologia de Valença/RJ, e assim, observar a contribuição da clínica para a melhoria da qualidade de vida da população valenciana.

## Introdução

Segundo SEGRE; FERRAZ,(1997), os profissionais de saúde, apesar de terem conhecimento técnico, não podem usá-los como forma de subjugar as pessoas pois o conhecimento a elas colocado dependerá e muito do nível de aceitação. A autonomia desejada às pessoas não pode ser realizada de forma outorgada; ela precisa ser conquistada pelos próprios sujeitos.

Não se pode negar que as pessoas têm capacidade para, de alguma forma, controlar sua saúde. No entanto, para mudar comportamentos considerados inapropriados, não basta só fornecer as razões para tal, é preciso que as pessoas tenham a seu dispor recursos e meios para fazê-los. Existe uma diferença entre possuir conhecimento e habilidades e a capacidade de usá-los de forma efetiva e consistente diante de condições adversas (SOUZA; SILVA; GALVÃO, 2002).

<sup>1</sup> Acadêmica da Faculdade de Odontologia de Valença, cursando o 7º período.

<sup>2</sup> Acadêmica da Faculdade de Odontologia de Valença, cursando o 7º período.

De acordo com Prado e Garrafa (2006), o cirurgião dentista, além do domínio de conhecimento científico e técnico, deve ter a capacidade de análise, de reflexão e de posicionamento das condições de saúde e de vida das pessoas assistidas. A prática odontológica, para ser capaz de provocar mudanças favoráveis à saúde da população, precisa se processar de forma equilibrada, equânime e justa. Isto pressupõe que a mesma esteja orientada à educação, à promoção da saúde e a reabilitação.

Tabela 1: Distribuição em números de atendimentos, relacionados à clínica de especialidades.

Especialidades/Mês	Janeiro	Fevereiro	Março	Abril	Mai	Junho	Julho	Agosto	Setembro	Outubro	Novembro	Dezembro	Total
ENDODONTIA	--	16	36	32	41	34	--	05	03	04	04	--	175
DENTÍSTICA	--	27	76	44	51	54	--	--	70	14	--	31	367
PRÓTESE PARCIAL REMOVÍVEL	--	10	20	19	15	08	--	15	13	12	07	07	126
CLÍNICA INTEGRADA	--	--	--	--	--	--	03	116	148	56	50	04	377
ESTÉTICA	--	--	--	--	--	11	--	08	39	18	07	02	85
DIAGNÓSTICO ORAL	--	--	50	26	29	--	--	--	19	13	12	--	149
PRÓTESE FIXA	--	--	--	--	--	--	--	53	26	30	19	10	138
RADIOLOGIA	--	--	--	--	--	--	--	--	--	14	--	--	14
PRÓTESE TOTAL	--	15	25	12	12	13	--	--	--	--	--	--	77
CIRURGIA	--	35	130	69	127	74	06	15	24	63	110	12	665
PERIODONTIA	--	05	16	11	55	44	--	32	71	38	57	11	340
PEDIATRIA	--	14	43	18	45	08	--	--	--	14	51	--	193
GERIATRIA	--	--	19	06	16	08	--	16	14	13	07	--	99

Figura 1: Porcentagem das especialidades com maiores atendimentos.



## Conclusão

Após o termino desse trabalho concluímos que os procedimentos realizados melhoram a saúde bucal da população, porém, há uma necessidade de que o precursor educação em saúde faça parte da clínica odontológica.

## Referências bibliográficas

SOUZA, Gislaine A. de; SILVA, Ângela M. M. da; GALVÃO, Rogério. A auto-eficácia como mediadora da melhora em índices clínicos de saúde oral. *Pesquisa Odontológica Brasileira*, v. 16, n. 1, p. 57–62, jan.–mar. 2002.

PRADO, Mauro M. do; GARRAFA, Volnei. A Bioética na formação em Odontologia: importância para uma prática consciente e crítica. *Comunicação Ciência e Saúde*, v. 17, n. 4, p. 263–74, 2006.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio C. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*, v. 31, n. 5, p. 538–42, dez. 1997.





Este livro foi impresso por  
Editor Editora Associada Ltda.  
Juiz de Fora/MG - Tel.: (32) 3213-2529  
[www.editor.com.br](http://www.editor.com.br)