

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO  
CANDIDO MENDES

---

---

*Ano 17, n. 17, 2012*

## **Universidade Candido Mendes**

**Reitor:** Candido Mendes

**Vice-Reitor:** Antônio Luiz Mendes de Almeida

### **Faculdade de Direito Candido Mendes - Centro**

**Fundador:** Candido Mendes de Almeida Jr.

**Diretor:** José Baptista de Oliveira Jr.

**Decano:** João Baptista da Costa

### **Conselho Editorial**

Antônio Carlos Cavalcante Maia (UCAM), Diogo de Figueiredo Moreira Neto (UCAM), Heitor Costa Junior (UCAM), José Ribas Vieira (UFF), Mário Curtis Giordani (UCAM), Miguel Lanzellotti Baldez (IBMEC/RJ), Paulo Condorcet Barbosa Ferreira (UFRJ), Raphael Cirigliano Filho (UCAM) e Sylvio Capanema de Souza (UCAM).

### **Editor**

Farlei Martins Riccio de Oliveira

### **Indexação e Distribuição**

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (CO-MUT) e indexada em RVBI – Senado Federal. Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadas (CCN) do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT). A revista é distribuída por meio de permuta, doação e venda.

### **Copyright**

As opiniões emitidas são de inteira responsabilidade de seus respectivos autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

### **Produção Gráfica**

#### **Gamma Livraria e Editora**

Rua da Quitanda, 67, sala 301 – Centro. CEP: 20.011-030. Rio de Janeiro (RJ).

Tel./Fax: (21) 2224-1469. E-mail: contato@grammanet.com.br. Site: www.gramma-net.com.br

**Diagramação:** Haroldo Paulino Santos

**Revisão:** Bruna Soares Pinheiro

### **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO CANDIDO MENDES**

Rua da Assembleia, 10, sala 416 – Centro.

CEP: 20011-000. Rio de Janeiro (RJ).

Tel.: (21) 2531-2000. Site: <http://www.ucam.edu.br/pesquisa/revistafdcm.asp>

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes : nova série. -- v.1 (dez.1996)- . --  
Rio de Janeiro : UCAM, FDCM, 1996 - Anual  
ISSN 1676-1308  
1. Direito – Periódicos I. Faculdade de Direito Candido Mendes  
CDD 340.05  
CDU 34(05)

# SUMÁRIO

---

## EDITORIAL

<b>Por uma superior educação</b> <i>José Baptista de Oliveira Júnior</i> .....	1
---	---

## CORPO DOCENTE

<b>Discricionariiedade administrativa: natureza, justificativa, localização e o seu controle judicial</b> <i>Carlos Roberto Marques</i> .....	7
--	---

<b>A legitimação extraordinária para a proteção dos direitos do consumidor</b> <i>Durval Pimenta de Castro Filho</i> .....	25
---	----

<b>Arte, religião e filosofia em Hegel</b> <i>Flavia Luiza Bruno Costa de Carvalho</i> .....	49
---	----

<b>O Direito em tempo de terror</b> <i>Igor Pereira</i> .....	63
--	----

<b>Populações invisíveis</b> <i>José Augusto Galdino da Costa</i> .....	75
--	----

<b>Reflexões sobre a questão de gênero: violência e igualdade na atualidade</b> <i>Roberta Duboc Pedrinha</i> .....	83
--	----

<b>Anotações sobre a delimitação de critérios de imputação criminal de sócios por atos de conselhos de administração</b> <i>Rafael de Castro Alves Atalla Medina</i> .....	95
---	----

**CORPO DISCENTE E COLABORADORES EXTERNOS**

<b>A experiência argentina no controle do meio ambiente como sustentabilidade do crescimento</b> <i>Carlos Botassi</i> .....	117
<b>As vantagens do uso da cláusula arbitral nos contratos de parceria público-privada</b> <i>Carolina Leite Amaral Fontoura</i> .....	137
<b>A questão social e a gestão do transporte coletivo</b> <i>Celmar Corrêa de Oliveira, Carlos Honorato Schuch Santos e Rita de Cássia Nagem</i> .....	155
<b>Responsabilidade do sócio participante e do sócio oculto</b> <i>João Theotonio Mendes de Almeida Junior</i> .....	179
<b>Justiça constitucional material, racionalidade judicial e jurisdição constitucional</b> <i>Kelly Susane Alflen</i> .....	197
<b>Hermenêutica constitucional e a coerência sistemática dos limites e da autorrestrição aos direitos fundamentais</b> <i>Lauro Ericksen</i> .....	207
<b>Os esquemas argumentativos e a teoria do direito – breves considerações metodológicas a partir de Chaïm Perelman</b> <i>Leonardo Monteiro Crespo de Almeida</i> .....	223
<b>Os Direitos Humanos e o enfoque do sistema interamericano sobre Direitos Humanos</b> <i>Mona Carolina Sodré Rodrigues Branco</i> .....	239
<b>A regulação estatal da vigilância em saúde: transparência e accountability à luz da Lei Complementar 141/2012</b> <i>Sérgio Guerra</i> .....	257
<b>Resumos e abstracts</b> .....	289
<b>Normas para recebimento e publicação dos trabalhos</b> .....	301
<b>Normas para referências bibliográficas</b> .....	303

# EDITORIAL

## POR UMA SUPERIOR EDUCAÇÃO

---

*José Baptista de Oliveira Júnior\**

Serviços públicos devem ser pagos por quem dispõe de recursos, sempre. Como todo serviço, há um custo que é rateado por toda a sociedade e cujo peso maior recai sobre os menos afortunados caso os beneficiários diretos não paguem a 'conta'.

O ensino não constitui exceção. Por isso, o tabu da Universidade gratuita tem encontrado, nos últimos anos, contestadores no próprio sistema público. Destaco a seguinte passagem no depoimento do professor Menezes Filho, da USP (*Folha de S. Paulo*, 30.11.03, Cad. A-8):

os gastos do Brasil com curso superior são elevados em comparação com outros países do mesmo nível de desenvolvimento e em comparação com o que se gasta com o ensino básico e o ensino médio. É uma questão de prioridade. Realmente, é complicado você gastar recursos com estudantes que, claramente, são o pessoal do topo da distribuição de renda. Os mais pobres não chegam à Universidade pública. O Governo está subsidiando a educação das pessoas mais ricas. Isso me parece claramente errado num país com necessidade de melhorar a qualidade do ensino básico.

Reforçando o argumento, um documento do Ministério da Fazenda, na mesma ocasião, informa o seguinte:

---

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2012/17) n.17: 1-5 - UCAM (Rio de Janeiro)

---

cerca de 46% dos recursos do Governo para o ensino superior beneficiam apenas indivíduos que se encontram entre os 10% mais ricos da população; enquanto 70% do gasto social direto do Governo federal com educação vai para o ensino superior.

Cada vez mais nos damos conta da extravagância de custearmos o aprendizado universitário dos financeiramente favorecidos em um país de desigualdades sociais como o nosso. Isso acontece, notadamente, com cursos de maior prestígio social, como os de Direito, Medicina, Engenharia, Odontologia. Alternativas sugeridas pela própria USP ou pelo Ministério da Fazenda, propondo contribuições de ex-alunos com renda mensal superior a R\$ 2.500,00 ou, ainda, a “contribuição espontânea dos estudantes para um fundo de democratização do ensino superior” (Giannotti – Folha de S. Paulo, Caderno Mais, 08/02/04), padecem de precárias condições de exequibilidade.

O caminho correto seria, portanto, o da cobrança direta de anuidade aos que podem pagar. Simon Schmartzman sublinha: “É o óbvio, o governo deveria cobrar de quem pode pagar e dar apoio financeiro a quem não pode. No mundo todo é assim que funciona. O governo só não faz por não querer enfrentar o problema político” (*apud* Almeida *in* “Educação: truques velhos, palavras gastas”, p. 26). Na Inglaterra, houve expressivo aumento nos preços dos cursos universitários, a partir de 2006, como notícia o jornal *O Globo* em 27/11/2003. E, da controversa China, chegam notícias semelhantes.

Curioso que, entre nós, essa prática discriminatória somente se consagrou na “Constituição Cidadã”, de 1988, sendo a matéria tratada pelas Cartas anteriores da seguinte forma: em 1934 (art.150 § único), ensino primário integral gratuito; em 1937 (art.130), tendência à gratuidade do ensino ulterior ao primário:

O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem ou, notoriamente, não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar

em 1946 (art.168 II): “O ensino primário oficial é gratuito para todos; o ensino oficial ulterior ao primário sê-lo-á para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos”; em 1967 (art.168 § 3º III): “O ensino oficial ulterior ao primário será igualmente gratuito para quantos, demonstrando

efetivo aproveitamento, provarem falta ou insuficiência de recursos. Sempre que possível, o Poder Público substituirá o regime de gratuidade pelo de concessão de bolsas de estudo, exigido o posterior reembolso no caso de ensino de grau superior”; em 1969 (art.176 § 3º III e IV): “o ensino público será igualmente gratuito para quantos, no nível médio e no superior, demonstrarem efetivo aproveitamento e provarem falta ou insuficiência de recursos. O Poder Público substituirá, gradativamente, o regime de gratuidade do ensino médio e do superior pelo sistema de concessão de bolsas de estudos, mediante substituição que a Lei regulará.”

A seguir, depoimentos de autoridades e pesquisadores sobre o assunto em tela, coligidos a partir de 2003:

1. Uma reforma do ensino superior que esvaziasse o caráter discriminatório da atuação do Estado nesse setor consistiria em transformar as universidades em fundações de caráter não lucrativo, dirigidas por notáveis e professores com ampla representatividade fiscal, cobrando-se mensalidades e remunerando o corpo de funcionários (Arthur Ituassu, *Jornal do Brasil*, 07/12/2004).
2. “Sou a favor da cota, mas sou a favor também de que todos paguem pela Universidade, seja agora ou no futuro, quando tiverem uma renda que permita esse pagamento. Assim, todos estarão ajudando outros a se manterem no sistema” (Gláucio Soares, citado por Miriam Leitão, *O Globo*, 05/03/2006).
3. “Ensino gratuito onera quem não estuda, e tradição corporativa sobrecarrega sistema e inibe ponderação acadêmica” (Gláucio Soares, entrevista à *Folha de S. Paulo*, 22/01/2006).
4. Filósofo José Arthur Giannotti defende a criação de um fundo financiado por alunos mais abonados para democratizar o ensino superior (*Folha de S. Paulo*, 08/02/2004).
5. Se falta verba para boas escolas públicas, está na hora de os estudantes de renda alta pagarem seus estudos para ajudar a gerar bolsas de estudo para os menos favorecidos (Antonio Ermírio de Moraes, *Folha de S. Paulo*, 28/03/2004).
6. Nos países ricos, um universitário custa menos que dois alunos do ensino secundário – nas nossas universidades públicas, custa onze! (Gustavo Ioschpe, *O Globo*, 09/12/2005).
7. “Se querem melhores salários e mais verbas para pesquisa, os grevistas deveriam propor o corte de funcionários excedentes e

- o aumento da arrecadação de suas universidades, através da cobrança de mensalidades de alunos abastados” (Gustavo Ioschpe, *O Globo*, 09/12/2005).
8. “O auxílio aos estudantes pobres deverá dar-se por bolsas e crédito educativo e os que podem pagar deveriam fazê-lo” (Ubiratam Iorio, *Jornal do Brasil*, 26/06/2006).
  9. “Universidades públicas da China estão no vermelho. Apesar de cobrarem mensalidades, instituições de ensino recorrem a empréstimos bancários para funcionar” (Gilberto Scofiell Jr., *O Globo*, 19/08/2007).
  10. O Brasil emprega errado os seus recursos. Gasta com um aluno do curso primário um quinto do que gasta a Grã-Bretanha, mas gasta duas vezes mais com um aluno universitário (Norman Gall, jornalista norte-americano radicado no Brasil desde 1977, *Veja*, 1/2/2006).
  11. Rainha anuncia aumento no preço dos cursos universitários. Instituições acadêmicas poderão cobrar cerca de 15 mil reais ao ano dos alunos a partir de 2006 – três vezes mais do que cobram hoje... (*O Globo*, 27/11/2003).
  12. “Um exemplo vem do Chile. Lá, os estudantes são divididos em três categorias: aqueles que são pobres e não pagam mensalidades no ensino superior; os que precisam de ajuda para pagar e recebem bolsa; e os que tem condição de arcar integralmente com os custos” (Débora Thomé, *O Globo*, 27/05/2007).
  13. “A rede superior pública, dada a limitada oferta de vagas, gratuidade e competitividade de ingresso, acolhe majoritariamente estudantes egressos da rede básica privada, o que é uma contradição” (Ellis Wayne Braun, *Folha de S. Paulo*, 05/03/2009).
  14. No continente europeu, apenas Dinamarca, Suécia e Finlândia adotam a gratuidade absoluta no ensino superior.

Para além de corrigir a grave injustiça social, o pagamento aqui defendido se traduziria, inevitavelmente, em poderoso incentivo tanto para o setor privado quanto para o público. Com isso, indubitavelmente, surgiria a exigência de melhores serviços, afastando a acomodação que a gratuidade protege e acalenta. Tanto é verdade que a Universidade pública sofre (ou goza) de baixa pressão de um alunado bem-sucedido, egresso, em geral,

dos melhores cursos particulares de ensino fundamental e médio, de pesado custo. É previsível, então, a condescendência desse usuário com as falhas de um sistema usufruído gratuitamente.

O setor privado, por seu turno, passaria a disputar em condição de igualdade a preferência da parcela supostamente mais preparada dos egressos do ensino médio que migram para o setor público por motivos predominantemente econômicos.

O que encontramos em todos os discursos mas em quase nenhuma prática é a necessidade de termos, afinal, a oferta de um ensino fundamental melhor – este, sim, universal, público e gratuito –, tão bom que torne desnecessária a concorrência particular, salvo por motivos confessionais.

E esta não é uma questão apenas municipal, estadual ou federal, mas de afirmação nacional. O ensino básico público, de qualidade, complementado com assistência permanente à alimentação e à saúde, daria ensejo à pretendida igualdade de oportunidades, a fim de que todos possam desenvolver aptidões, tornando dispensável o subsídio de cotas de vagas.

A nação que almejamos somente será construída por esse caminho.

---

\*Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes - Centro

# DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: NATUREZA, JUSTIFICATIVA, LOCALIZAÇÃO E O SEU CONTROLE JUDICIAL

---

*Carlos Roberto Marques<sup>1</sup>*

1. Introdução; 2. Poder Discricionário e Poder Vinculado; 3. Justificativa da discricionariedade; 4. Localização da discricionariedade; 4.1. Discricionariedade no interesse ou utilidade do ato (conveniência); 4.2. Discricionariedade quanto ao momento para prática do ato (oportunidade); 4.3. Discricionariedade nos motivos do ato administrativo; 4.4. Discricionariedade no objeto do ato administrativo; 5. Discricionariedade administrativa e controle judicial; 5.1. Princípio da Moralidade; 5.2. Controle judicial na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados; 5.3. Princípio da Proporcionalidade; 5.4. Limitação absoluta da discricionariedade; 6. Conclusão; 7. Notas; 8. Referências Bibliográficas.

## *1. Introdução*

A questão relativa ao controle judicial da discricionariedade administrativa é assaz tormentosa, de forma que a doutrina e a jurisprudência estão longe de pacificarem-se.

O debate travado na arena jurídica não envolve, contudo, a possibilidade de controle, de per si, do “merecimento do ato administrativo”, porquanto é matéria incontroversa, mas a extensão desse sindicamento. Em outras palavras, a discussão repousa “*nos limites (intensidade) e parâmetros (critérios) que devem presidir esse controle*”.<sup>2</sup>

O presente trabalho tem por objetivo examinar exatamente as tendências doutrinárias e jurisprudenciais referentes ao controle judicial daquilo que se logrou denominar de “mérito do ato administrativo”, não antes de passar em revista pela justificativa e localização da discricionariedade.

## ***2. Poder Discricionário e Poder Vinculado***

Odete Medauar, na tentativa de extremar as distinções entre Poder Vinculado e Poder Discricionário, arrola o seguinte exemplo:

O poder vinculado teria seu exercício comparado ao da funcionária de um teatro a quem o espectador mostra sua entrada numerada, cabendo a ela somente indicar o lugar marcado no bilhete; o poder discricionário seria comparado à funcionária do teatro quando as entradas não são numeradas e então encaminha o espectador para onde quiser.<sup>3</sup>

Em outras palavras, poder vinculado é aquela circunstância na qual a norma jurídica descreve de forma exaustiva e minuciosa todo o comportamento a ser adotado pelo administrador público diante de um caso concreto, não cabendo a ele senão adotar a solução pré-estabelecida, sem qualquer margem de liberdade.

É o que ocorre, dentre outros exemplos, com a licença para o exercício de uma profissão. Atendidos os pressupostos legais e os requisitos essenciais por parte do pretendente, impende seja em favor dele editado o ato de consentimento, porquanto tem natureza declaratória, ou seja, de reconhecimento a um direito subjetivo e pré-existente. Como ensina Rita Tourinho:

quando a Administração Pública se limita ao exame de constatação, verificando se a hipótese de fato prevista na norma de forma completa se realizou, estamos diante da competência vinculada, conforme aduzem Eduardo Garcia de Enterría e Ramón Fernández, acrescentando que neste caso há um processo aplicativo da lei, que não deixa resquício a nenhum júízo subjetivo.<sup>4</sup>

Ocorre que nem sempre o legislador é capaz de descrever de forma minudente todas as situações capazes de desafiar a atividade decisória do

gestor público, tampouco estabelecer todas as soluções necessárias à realização do bem comum. Por isso, é imperioso que se defira ao administrador da coisa pública certa margem de liberdade para decidir diante do caso concreto, adotando, dentre várias soluções consideradas válidas pelo direito positivo, aquela que efetivamente cumpra à finalidade pública a que está subsumido. Em síntese, é o que ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro quando aduz que *“na atuação discricionária, a Administração, diante de determinado caso concreto, tem mais de uma alternativa a sua escolha, qualquer delas inserindo-se dentro dos limites da legalidade”*.<sup>5</sup>

Exemplo tradicional de prerrogativa discricionária exsurge da denominada autorização para porte de arma, uma vez que, conforme ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *“em princípio, ninguém tem direito a transitar armado; entretanto, em determinadas circunstâncias, será possível demonstrar à Administração que não há inconveniente público em consentir o porte, para a defesa pessoal ou de terceiro.”*<sup>6</sup>

### ***3. Justificativa da discricionariedade***

A doutrina arrola quatro justificativas ou fundamentos para a existência da discricionariedade administrativa. Segundo Di Pietro, sob o ponto de vista prático, a discricionariedade é essencial para viabilizar o poder de iniciativa da Administração, de molde a realizar *“infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas”*.<sup>7</sup>

Por outro lado, a existência da discricionariedade evita o automatismo que, por certo, resultaria se os agentes públicos fossem meros executores dos comandos emergentes da Lei; ou seja, como leciona Tourinho, *“teríamos a supressão do órgão administrativo, que passaria a ser mero cumpridor de ordens emanadas do legislativo, comprometendo-se o princípio da separação de poderes, consagrado na Constituição Federal”*.<sup>8</sup>

Pelo prisma material, a justificativa da discricionariedade estaria na impossibilidade de o legislador antever todas as hipóteses ou situações passíveis de desafiar o poder de decisão do administrador público, tampouco teria condições de descrever de forma exaustiva todas as soluções correlatas, tendo em vista a complexidade da atividade estatal submetida ao regime de direito administrativo.

Afonso Rodrigues Queiró defende, ainda, a existência de um fundamento lógico da discricionariedade, na medida em que estaria presente também nos denominados “conceitos jurídicos indeterminados” consubstanciados dos motivos do ato administrativo, como adiante será estudado.

Isso porque, consoante lição de Di Pietro, “*sob o ponto de vista lógico, é impossível ao legislador utilizar, em todas as normas, conceitos precisos, unisignificativos, que possibilitem interpretação única e indubitosa*”.<sup>9</sup> Nesse sentido é que cabe ao administrador público, quando diante de um conceito indeterminado, relativo a valor, dar ao conceito a interpretação que melhor traduza a satisfação do interesse coletivo.

Por derradeiro, cabe anotar o fundamento jurídico da discricionariedade. Em percuciente remissão à doutrina de Hans Kelsen, Gustavo Binembajn explica que vem

ganhando força a justificativa da discricionariedade como uma consequência inelutável da subdeterminação das diversas etapas de produção normativa. Assim, na medida em que Administração Pública está inserida em uma dessas etapas da produção jurídica, sua atuação não se pode justificar senão como uma concretização paulatina e gradual de normas jurídicas precedentes.<sup>10</sup>

É inegável que a “teoria da formação do direito por degraus” remete ao gestor público a possibilidade de inserir elementos *ab ovo* em relação ao ato do qual retira seu fundamento imediato de validade, situação que materializa prerrogativa discricionária. Equivale a dizer que, na etapa de produção jurídica, ocorre a denominada “subdeterminação normativa”, esfera na qual a administração pública exerce peculiar liberdade de decisão, porquanto não atua, *in casu*, como mera executora de ordens emanadas da norma jurídica.

Cumprido obter, contudo, que a teoria do mestre de Viena deixa sem explicação a atividade administrativa vinculada, porquanto também submete a vontade da Administração.

Isso porque defende que a regra inferior sempre implica em poder de inovação da ordem jurídica em relação à norma superior. Como cediço, a lei em alguns casos não confere ao gestor público qualquer liberdade de opção, estabelecendo, ao contrário, uma moldura legislativa rígida, cujos parâmetros devem ser obrigatoriamente observados.<sup>11</sup>

## **4. Localização da discricionariedade**

### **4.1. Discricionariedade no interesse ou utilidade do ato (conveniência)**

A ordem jurídica pode não conferir à administração pública opção alguma de escolha – entre agir ou não agir –, estabelecendo que, diante de determinada situação concreta, estará obrigada a adotar um comportamento definido. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese de ilícito administrativo, diante do qual “a Administração é obrigada a apurá-lo e a punir os infratores, sob pena de condescendência criminosa (art. 320 do Código Penal)”, conforme é o escólio de Di Pietro.<sup>12</sup>

Ocorre que, às vezes, o legislador confere ao administrador público liberdade para aferir se deve ou não praticar determinada conduta, estabelecendo em seu favor um juízo de conveniência no que concerne à análise da utilidade ou não de ato específico frente a uma meta de interesse público a alcançar. Conforme disserta Diogenes Gasparini: “há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público... A conveniência refere-se à utilidade do ato. O ato é bom ou ruim, interessa ou não, satisfaz ou não ao interesse público.”<sup>13</sup>

Vejam os seguintes exemplos: “realizada uma licitação, a Administração pode ter de optar entre a celebração do contrato ou a revogação da licitação, segundo razões de interesse público devidamente demonstradas.”<sup>14</sup>

### **4.2. Discricionariedade quanto ao momento para prática do ato (oportunidade)**

Gasparini ensina que “há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público... A oportunidade diz respeito ao momento da prática do ato. O ato é oportuno ao interesse público agora ou mais tarde?, já ou depois?”<sup>15</sup>

Segundo Di Pietro, no que diz respeito ao momento para prática do ato, a discricionariedade pode existir até mesmo com relação aos atos denominados vinculados, desde que não exista para sua prática um prazo pré-estabelecido, a despeito de todos os elementos de sua formação estarem evidenciados na moldura legislativa.

Ressalte-se que a oportunidade às vezes é mitigada, como ocorre na hipótese contida na regra do artigo 26, § 2º, da Lei 9.478/97, segundo a qual a Agência Nacional de Petróleo tem 180 dias para emitir parecer sobre

planos e projetos de exploração de petróleo e gás natural que lhe forem submetidos à apreciação pela concessionária; findo o período, o silêncio será interpretado como sinal de aprovação (§ 3º do artigo 26 do citado diploma legislativo). Depreende-se que, dentro do prazo estabelecido pela lei, a Administração tem liberdade de valoração quanto ao melhor momento para a prática do ato.

Em outras hipóteses, a oportunidade é mais abrangente. Como se sabe, por exemplo, o servidor público tem direito a férias anuais. No entanto, quanto ao período específico de gozo, não há direito subjetivo, ficando a critério da Administração a escolha do melhor momento para auferi-lo, desde que não extrapole a tolerância em relação ao novo período aquisitivo.

Há situações em que a liberdade quanto ao momento para a prática do ato é inexistente. É o que ocorre na denominada aposentadoria compulsória do servidor público ao completar 70 anos de idade. Implementado o requisito da idade, o agente público competente para a prática do ato de aposentação deve editá-lo exatamente no dia do aniversário do servidor, sem necessidade de sua anuência ou de seu requerimento.

#### *4.3. Discricionariedade nos motivos do ato administrativo*

Motivo materializa a razão de fato e de direito que leva o agente a praticar um determinado ato. O pressuposto de direito é o fato aprisionado na moldura legal, e o pressuposto de fato engloba as circunstâncias e eventos que mobilizam o agente a praticar o ato.

Segundo o entendimento doutrinário, esse elemento de formação do ato administrativo poderá ser vinculado ou discricionário. No primeiro caso, ocorre quando a razão de fato ou de direito não permitir ao aplicador qualquer liberdade quanto ao seu alcance ou aplicação.

Cai a lançar a hipótese prevista no § 3º do artigo 41 da Lei Maior, segundo a qual o servidor estável será colocado em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, na hipótese de ocorrer extinção do cargo ou declaração de sua desnecessidade, circunstâncias que consubstanciam motivos vinculados em relação aos quais o agente público competente não poderá se afastar no momento de sua prática. De sorte que será ilegal, por incongruência de motivos, utilizar a disponibilidade como forma de punição do servidor público, com a ressalva evidente ao artigo 93, inciso VIII, da Constituição Federal.

O motivo poderá ser discricionário em duas situações. Primeiro, quando a lei for omissa quanto ao motivo para o exercício de um determinado

ato, como no caso da exoneração *ex officio* de servidor investido em cargo de provimento em comissão, porquanto é de livre nomeação e exoneração, *ad nutum*, conforme resulta da segunda parte do inciso II do artigo 37 do Contrato Social em vigor.

Em outra vertente, poderá ser discricionário o motivo que estiver assentado em noções imprecisas ou plurissignificativas como aquelas que defiram ao agente público um juízo de valor, tais como “notável saber jurídico”, “conduta ilibada”, “bons costumes”, “boa ou má reputação”, “urgência”. É o que emerge da doutrina defendida por Bernatzik, denominada “teoria da multivalência”, segundo a qual *“na interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados são passíveis de várias decisões certas (poder discricionário)”*.<sup>16</sup>

Contrariando a assertiva em destaque, Garcia de Enterría e Ramón Fernández defendem que os conceitos indeterminados ou fluidos apenas entremostam indeterminação em abstrato, perdendo essa característica diante dos casos concretos. Significa dizer que, quando de sua aplicação prática, ganhariam consistência e unicidade, conduzindo a uma única solução justa em cada caso, na esteira do que defende a “teoria da univocidade”, fundada na doutrina do austríaco Tezner, *“que sustenta que na interpretação e aplicação desses conceitos só existe ‘uma única solução correta’ (poder vinculado)”*.<sup>17</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que os conceitos indeterminados em algumas hipóteses possibilitarão ao aplicador da norma efetuar um exercício de intelecção dos conceitos vagos, situação que consubstanciará aspecto formador da discricionariedade.

O autor ressalta que sempre existirá uma zona de certeza positiva ou densidade mínima (o que é de forma indubitosa) diante da qual não se poderá olvidar de sua aplicação específica. Da mesma forma, haverá igualmente uma zona de certeza negativa (o que efetivamente não é) no conceito fluido ou indeterminado.

Vejamos hipótese ilustrativa trazida por José Eduardo Martins Cardoso, considerando uma lei de isenção de determinado tributo em favor de pessoas que vivam em “estado de pobreza”:

Trata-se, de fato, de um conceito jurídico dotado de um conteúdo em larga medida indeterminado. Será inegável, contudo, que uma pessoa que não consiga ter uma renda mínima suficiente para o sustento de seus dependentes e de si própria, e ainda não possua quais-

quer bens patrimoniais de valor significativo, viva indubitavelmente em “estado de pobreza”. Ao revés, um milionário que receba centenas de milhares de dólares mensalmente e possua bens de portentosa expressão econômica, sem sombra de dúvida, não poderá ser tido como uma pessoa que vive em tal condição. Temos, pois, nestes dois exemplos extremados a afirmação de realidades de compreensão que se situam no núcleo conceitual, ou seja, na zona de certeza do significado do conceito jurídico de “estado de pobreza”.<sup>18</sup>

Entre essas duas áreas, existirá uma zona de incerteza ou “halo conceitual” por meio do qual se faculta ao administrador público liberdade de interpretação no que se refere ao conceito indeterminado.

A liberdade da Administração não existirá, contudo, quando os conceitos dependerem de manifestação de órgão técnico, como ocorre na hipótese de aposentadoria por invalidez, na qual há vinculação do agente ao laudo confeccionado pelo centro de competência especializado.<sup>19</sup>

Também não haverá discricionariedade diante de conceitos de experiência como “caso fortuito”, “força maior” e “bons antecedentes”, uma vez que estão relacionados à experiência cotidiana e incorporados objetivamente à consciência do “*homo medius*”.

#### ***4.4. Discricionariedade no objeto do ato administrativo***

O objeto é o efeito que o ato administrativo se preordena a produzir de forma imediata e definitiva no mundo jurídico. Exemplificando: na permissão de serviço público de transporte urbano, o objeto é permitir que alguém explore a sobredita atividade, assim como o efeito dessa permissão de uso do bem público consistirá na outorga de uso privativo em favor de terceiro.

Em algumas hipóteses, o objeto será vinculado, autorizando o agente a prati-cá-lo com vistas à produção de um efeito jurídico predeterminado, como sói ser a remoção *ex officio* de um servidor no interesse da Administração que não se presta a produzir efeito de punição, mas a propiciar o deslocamento do servidor público para satisfazer a necessidade do serviço.

Em outras situações, a lei confere ao administrador a possibilidade de coordenar os efeitos do ato, permitindo a escolha daquele objeto que melhor sirva ao resultado pretendido.

É o que ocorre na hipótese de conduta administrativa de servidor público punível com pena de suspensão, já que os estatutos, em sua maioria, estabelecem a possibilidade de conversão daquela penalidade em multa pecuniária. É o que se extrai do § 2º do artigo 131 da Lei 8.112/90, do seguinte teor: “*quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço.*”

Conclui-se que o objeto será discricionário quando o legislador estabelecer mais de um efeito a ser produzido, todos válidos perante o direito, cabendo ao administrador eleger aquele que cumpra de forma mais satisfatória e eficaz a finalidade pública a que está adstrito.

## ***5. Discricionariedade administrativa e controle judicial***

Há bastante tempo não é mais acolhida a tese de que a discricionariedade seria um poder exclusivamente político, ou seja, aquela área da atuação administrativa livre de regulamentação legal, na qual ocorreria a faculdade de atuar diante do caso concreto infensa ao controle jurisdicional.

Com efeito, hodiernamente, a discricionariedade é vista como um poder jurídico, de molde a ser aquela atividade exercida conforme parâmetros estabelecidos pelo “Direito”. Significa que “*é a própria lei que deixa ao administrador espaço para apreciação discricionária; trata-se de decorrência do princípio da legalidade*”.<sup>20</sup>

É de se concluir, portanto, que a discricionariedade não é “um cheque em branco” nas mãos do administrador público, porquanto é adstrita a limites “*além dos quais sua ilegitimidade manifesta-se como ilegalidade*”.<sup>21</sup>

Binenbojm assinala o percurso de juridicização da discricionariedade administrativa, da seguinte maneira: “*(I) a teoria dos elementos do ato..., com possibilidade de sindicância dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários (competência, forma e finalidade); (II) o desenvolvimento da teoria de controle a partir de parâmetros implícitos na lei (desvio de poder, excesso de poder, motivos determinantes); (III) o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados; (IV) o desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais.*”<sup>22</sup>

Esse poder jurídico se manifesta através de prerrogativas estabelecidas em lei, em relação às quais passaremos agora a nos ocupar.

### **5.1. Princípio da Moralidade**

Hauriou definia a moralidade administrativa como um conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina interna da Administração Pública, em uma alusão direta de que o administrador público deve se comportar com honestidade, retidão, ética e boa-fé na condução dos encargos assumidos em nome da coletividade.

Os romanos já diziam que “*non omne quod licet honestum est*” em uma referência ao fato de que “nem tudo que é legal é honesto”. Registro histórico pátrio é capaz de demonstrar a veracidade da expressão, uma vez que a escravidão em nosso país foi legalmente tolerada durante certo período, mas nem por isso era tida como lícita ou moral.<sup>23</sup>

O legislador constituinte deu ao princípio da moralidade administrativa um *status* de princípio de radical constitucional, consoante exsurge do art. 37 da CRFB, prescrevendo no § 4º da referida regra as sanções imputáveis ao agente público ímprobo (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, ressarcimento ao erário e indisponibilidade dos bens, sem prejuízo da ação penal cabível).<sup>24</sup>

O inciso LXXIII do art. 5º da CRFB consagra em favor do cidadão uma valiosa garantia para controle da moralidade pública que é a ação popular, numa inclusão indireta do referido princípio dentre os direitos fundamentais.

A limitação da discricionariedade ao princípio em comento foi ventilada pelo Tribunal Constitucional em julgamento de grande repercussão nacional. Não obstante a natureza discricionária da nomeação para cargo de provimento em comissão – uma vez que a escolha é livre –, sobre ela incidem os princípios de envergadura constitucional, dentre os quais a moralidade.

Com efeito, em sede de ação declaratória de constitucionalidade (nº 12/06), ajuizada com o objetivo de pacificar a discussão quanto à extensão e os limites da Resolução nº 07/05 do CNJ, o STF decidiu por maioria que, desde o advento da Constituição de 1988, a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau para ocupar cargos comissionados da estrutura administrativa do Poder Judiciário e sob a subordinação do nomeante fere, dentre outros princípios, a moralidade, conforme se verifica do voto condutor do e. ministro Carlos Ayres Britto.

Di Pietro defende que a nomeação de membros do Ministério Público para cargos de provimento em comissão do Poder Executivo fere, também, o citado princípio, na medida em que comprometeria

...as próprias bases dessa instituição, que não pode, com a necessária independência e isenção, exercer uma função essencialmente política, da confiança do Chefe do Executivo, cujos atos podem vir a ser objeto de denúncia perante a mesma instituição.<sup>25</sup>

É oportuno reproduzir julgado citado por Binenbojm (RMS 1751/PR, Rel. Min. Américo Luz), por meio do qual se fulminou permuta havida entre escritã distrital e titular de ofício de cartório de imóveis, porquanto envolvia pai e filha, aduzindo que, embora a expressão “interesse da justiça” tivesse sentido abrangente, nela não se compreenderia o nepotismo, a simulação e a imoralidade.<sup>26</sup>

Para concluir, vale a pena citar posicionamento de Medauar a respeito do tema, no sentido de que

em momento de crise financeira, numa época de redução de mordomias, num período de agravamento de problemas sociais, configura imoralidade efetuar gastos com a aquisição de automóveis de luxo para “servir” autoridades, mesmo que tal aquisição revista-se de legalidade.<sup>27</sup>

## ***5.2. Controle judicial na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados***

Como estudado alhures, diante de conceitos jurídicos indeterminados relacionados a valor, existe liberdade do gestor da coisa pública no que diz respeito à sua concretização.

Destarte, certas expressões (“conduta ilibada”, “notável saber jurídico” etc.) configuram noções imprecisas que viabilizam a apreciação subjetiva e permitem sua composição por parte do administrador público. Ocorre que essa atividade não é livre, na medida em que não poderá resultar em “*um conteúdo dissonante daquele que, em dado tempo e lugar, é socialmente reconhecido como que lhes corresponde*”.<sup>28</sup>

Dentro dessa linha de raciocínio, consideremos a expressão “notável saber jurídico” como condição de investidura em determinada função pública. A aferição subjetiva ficará prejudicada quando o pressuposto de fato

denunciar de forma objetiva que determinado indivíduo não preenche o referido requisito constitucional, estremando-se assim a zona de certeza negativa, sobre a qual recairá o sindicamento por parte do Poder Judiciário. Por exemplo, a indicação de um bacharel em direito, recém-formado, a despeito de ter atingido os 35 anos e de ter conduta ilibada, não concretiza o pressuposto de notável saber jurídico necessário à investidura em cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Outro exemplo pode ajudar a consolidar a questão. Em uma ação de desapropriação por utilidade pública, pode o Poder Público requerer *initio litis* a imissão provisória na posse, desde que cumpra dois requisitos: comprove urgência e deposite a quantia fixada pelo juiz, na esteira do que dispõe o art. 15 do Decreto-lei 3.365/41.

Não basta alegar urgência, de sorte que o poder público deve declinar as razões pelas quais entende ser imperiosa, naquele momento, a imissão na posse. Cotejando tais razões, cabe ao magistrado verificar se a medida pleiteada justifica ou não a restrição antecipada do direito de propriedade.

### ***5.3. Princípio da Proporcionalidade***

Há quem considere a razoabilidade como sinônimo de proporcionalidade. Carlos Roberto Siqueira Castro relaciona o princípio da razoabilidade ao devido processo legal e ao princípio da isonomia. No que tange a essa vertente doutrinária, de raiz norte-americana, sustenta Di Pietro que:

há que se observar, contudo, que quando se associa a razoabilidade ao devido processo legal, o princípio se coloca mais como limite à discricionariedade na função legislativa; e quando se associa à razoabilidade como a proporcionalidade dos meios aos fins, o princípio se coloca mais como limite à discricionariedade administrativa.<sup>29</sup>

No contexto da proporcionalidade entre os meios e os fins, a doutrina alemã a decompõe em três subprincípios, a saber:

1) Adequação – uma norma ou um ato do poder público deve ser adequado ou apto a atingir os fins a que se destina. Em outras palavras, os meios devem guardar pertinência com os fins que se procuram atingir. Exemplificando, de nada adiantaria proibir o nepotismo e permitir o cruzamento de nomeações de parentes por parte de outras autoridades não relacionadas com a vedação.

2) Necessidade ou exigibilidade (postulado do meio mais benigno) – o Estado deve buscar o meio menos gravoso, que menos interfira na esfera subjetiva do cidadão. Interessante hipótese ilustrativa nos é dada pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Segundo ele, a desapropriação por zona não seria apropriada para captar a mais valia imotivada decorrente de obra pública, uma vez que a ordem jurídica disponibiliza uma medida interventiva menos gravosa para absorvê-la que é a contribuição de melhoria, porquanto não impõe a perda da propriedade.

3) Proporcionalidade em sentido estrito (postulado da ponderação) – a medida estatal somente é válida quando os benefícios advindos forem superiores aos gravames que deles resultarem. Exemplificando, não seria proporcional desapropriar uma escola pública para naquela área construir um terminal rodoviário, na medida em que os ônus impostos são maiores que os benefícios aquinhoados.

#### **5.4. Limitação absoluta da discricionariedade**

A despeito da discricionariedade que existe em favor do administrador público, em determinadas circunstâncias, essa prerrogativa é totalmente eliminada. É o que a doutrina denomina de “redução da discricionariedade a zero”<sup>30</sup>, uma vez que as alternativas eventualmente existentes tornaram-se vedadas ante a incidência de princípios constitucionais de maior envergadura.

Como aduz Bandeira de Mello, a discricionariedade, “*que embora existente ao nível da norma, deixa de sustentar-se ante as peculiaridades da situação em concreto*”.<sup>31</sup>

Significa que, em determinadas circunstâncias, a liberdade em abstrato se perde no caso concreto ante a existência de direitos mais elevados, como, dentre outros, a boa administração pública, a vida, a saúde, a educação fundamental e a integridade física das pessoas. Nesses casos, o espaço de discricionariedade é reduzido a zero, consubstanciando limitação absoluta da liberdade estatal.

O Tribunal Constitucional utilizou a referida exegese em demanda que envolvia a omissão do poder público em prover o direito que resulta do inciso IV do artigo 208 da Constituição Federal, regra da qual resulta que “*o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade*” (redação anterior à EC 53/06).

O STF entendeu que os Municípios, sobre os quais recai o dever jurídico em comento (art. 211, § 2º, da CRFB), não poderão se demitir da obrigação constitucional que a lei fundamental impõe sob o argumento de reserva do possível e escopo em juízo de conveniência e oportunidade que caracterizam a discricionariedade administrativa. Segundo o Supremo, as políticas públicas que se relacionam aos direitos fundamentais, como educação infantil, são vinculadas pela Constituição, devendo o poder público adimpl-las, sob pena de se “*comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional*”.<sup>32</sup>

## **6. Conclusão**

O controle judicial do mérito administrativo é daqueles temas jurídicos que muito apaixona e, ao mesmo tempo, provoca grandes discussões.

Não se discute a possibilidade do controle judicial sobre os atos discricionários, mas a sua amplitude.

Relevante citar o estudo realizado por Binenbojm no qual defende o controle judicial fundado em um critério que logrou denominar de “dinâmica distributiva funcionalmente adequada”, que despreza a dicotomia tradicional ato vinculado *versus* ato discricionário e prestigia a assertiva segundo a qual a atividade administrativa estaria jungida a uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa, distribuída da seguinte forma: 1) atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares), sendo o tradicional ato vinculado; 2) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares) e 3) atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares), sendo o tradicional ato discricionário.<sup>33</sup>

É inegável o aumento, ao longo do tempo, do “cerco à discricionariedade administrativa”, de sorte que o que se pode constatar é que o administrador público sofre um controle mais amplo e complexo; porquanto a discricionariedade administrativa é efetivamente vinculada aos princípios e direitos fundamentais. Ressalte-se, a título de ilustração, que em nenhum momento o legislador constituinte indiciou que os princípios arrolados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal apenas devem ser observados pelo administrador público quando este executa a atividade administrativa de maneira vinculada.

Como consignou o e. ministro Luiz Fux: “*A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas*” (Resp. 771.616/RJ).

Por isso, “ao menos negativamente, o controle ‘lato sensu’ dos atos administrativos precisa sindicá-los, em fundo calado, os vícios decorrentes de excessos e omissões no exercício das competências administrativas”.<sup>34</sup>

Conclui-se, então, que os mecanismos que foram aperfeiçoados, porquanto os próprios direitos receberam dimensão constitucional de maior amplitude na lei maior. Basta recordar os direitos fundamentais e suas respectivas gerações; nos dias atuais, segundo alguns, estão em sua sexta etapa de evolução. É o que se constata.

## 7. Notas

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes. Curso de *Business Law* pelo *Suffolk Community College of New York*. Professor Assistente de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes - Centro.

<sup>2</sup> Binenbojm, 2006.

<sup>3</sup> Medauar, 2005. p. 124/5.

<sup>4</sup> Tourinho, 2005.

<sup>5</sup> Di Pietro, 2007.

<sup>6</sup> Moreira Neto, 2005.

<sup>7</sup> Di Pietro, *ibid.*, p. 67.

<sup>8</sup> Tourinho, *ibid.*, p. 101.

<sup>9</sup> Di Pietro, *ibid.*, p. 69.

<sup>10</sup> Binenbojm, 2006, p. 196.

<sup>11</sup> Neste sentido, ver Maria Sylvia di Pietro, "Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988", *op. cit.* p. 72, *proêmio*.

<sup>12</sup> Di Pietro, *op.cit.*, p.199.

<sup>13</sup> Gasparini, 2006. No mesmo sentido, Carvalho Filho, 2007.

<sup>14</sup> *Id.*, *ibid.*, p.199.

<sup>15</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 98.

<sup>16</sup> Bernatzik *apud* Martins Cardoso, 2005, p. 63/75.

<sup>17</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 68.

<sup>18</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 66.

<sup>19</sup> Di Pietro, Curso, *op.cit.*, p.201.

<sup>20</sup> *Id.*, 2007, p. 75.

<sup>21</sup> Moreira Neto, 2002, p. 38.

<sup>22</sup> Binenbojm, *op. cit.*, 197.

<sup>23</sup> Moreira Neto, 2001, p. 54.

<sup>24</sup> A lei 8429/92 define os atos de impro-

bilidade administrativa e regulamenta as sanções aplicáveis na hipótese.

<sup>25</sup> Di Pietro, *op. cit.*, p. 162.

<sup>26</sup> Binenbojm, *op. cit.*, p. 200/21.

<sup>27</sup> Medauar, *op. cit.*, p. 146.

<sup>28</sup> Bandeira de Mello, *op. cit.*, p. 30.

<sup>29</sup> Di Pietro, *op.cit.*, p. 191.

<sup>30</sup> Binenbojm, *op. cit.*, p. 230.

<sup>31</sup> Bandeira de Mello, *op. cit.*, p. 38.

<sup>32</sup> RE-AgR 410715/SP, Rel. Ministro Celso de Mello. Julgamento: 22/11/2005. No mesmo sentido decidiu o TJERJ: APELAÇÃO. Ação civil pública. Controle judicial de política pública com assento na Constituição Federal. A tutela constitucional de políticas públicas impõe obrigações positivas de cuja execução os poderes administrativos não se podem esquivar. A norma da Constituição traça limites à discricionariedade administrativa. A mera alegação de conveniência e oportunidade não justifica a omissão da Administração, se prova não há de que mobilizou os meios disponíveis e necessários ao cumprimento do comando Fundamental, ou de que existam obstáculos irremovíveis a tal mobilização. Tergiversação inaceitável no caso concreto: lei criou o Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, em 1991, mas a Administração local, passados três lustros, mantém-se refratária a dotar o órgão dos recursos, materiais e humanos, indispensáveis ao seu funcionamento, frustrando as políticas estabelecidas no art. 227 da Constituição da República (é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-

-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão); no art. 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente (São diretrizes da política de atendimento: I - municipalização do atendimento; II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente [...], segundo leis federal, estaduais e municipais); e da Lei municipal nº 1.623/03 (Compete à Secretaria Municipal de Desenvolvimento e Assistência Social garantir a estrutura para o devido funcionamento do CMDCA ...). Pleito, formulado pelo Ministério Público, e sentença, que o acolheu, em sintonia com a orientação do Supremo Tribunal Federal: A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental (RTJ 185/794-796, Pleno). Recurso a que se nega provimento. (Ap. civ. 2007.001.11057, Rel. Des. Jessé Torres, Julg. 04/04/2007)

<sup>33</sup> Binenbojm, op.cit., p. 207/208.

<sup>34</sup> Juarez de Freitas. Direito Administrativo em Debate.

## **8. Referências Bibliográficas**

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionariade e Controle Jurisdicional*, 2ª edição. São Paulo: Malheiros
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionariade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 20ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MARTINS CARDOSO, José Eduardo. *A discrecionariade e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. [Obra coletiva coordenada por Emerson Garcia.]
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª edição. Rio de Janeiro, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Legitimidade e Discrecionariade*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TOURINHO, Rita. *A Principiologia Jurídica e o Controle Jurisdicional da Discrecionariade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. [Obra coletiva coordenada por Emerson Garcia.]

# A LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

---

*Durval Pimenta de Castro Filho<sup>1</sup>*

1. Propedêutica; 2. Legitimação ordinária. Conceito; 3. Legitimação extraordinária. Conceito e admissibilidade legal. O artigo 6º do Código de Processo Civil; 4. Legitimação extraordinária e substituição processual. Sinonímia ou distinção; 5. A legitimação legitimadora extraordinária e a tutela dos direitos coletivos. A defesa do consumidor em juízo; 6. Conclusão; 7. Notas; 8. Referências Bibliográficas.

## *1. Propedêutica*

Não obstante a Constituição da República Federativa do Brasil assegure o denominado acesso à justiça (*rectius*, acesso à jurisdição), de acordo com o preceito fundamental do artigo 5º, inciso XXXV, impende salientar que ao jurisdicionado alegadamente titular de um direito subjetivo ameaçado ou lesado compete o preenchimento de determinados requisitos, de maneira que do processo judicial possam os litigantes, em momento oportuno, fidedignamente extrair a utilidade social que o aludido instituto verdadeiramente contém. Ou seja, o efeito proveniente da declaração final emanada pelo Estado-juiz, no que se refere à titularidade sobre o objeto litigioso, é a tão almejada paz social outorgada pela segu-

rança jurídica proveniente da autoridade da coisa soberanamente julgada material.

Quanto aos supracitados requisitos, segundo tradicional categorização, tem lugar os denominados pressupostos processuais (subjetivos e objetivos) de existência e validade e as condições da ação (legitimidade de agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido), em que pese acirrada discussão no âmbito doutrinário, acerca do emprego da terminologia e respectiva função quanto ao desenvolvimento do processo, até a respectiva resolução com julgamento do mérito, segundo os termos do artigo 269 do Código de Processo Civil.

A esse respeito, cumpre esclarecer que a temática objeto da breve alusão é indubitavelmente transcendente aos limites propostos na presente pesquisa, razão pela qual não será enfrentada pelo subscritor.

Para tanto, dispõe a textualidade normativa processual pátria, sob o pálio do artigo 3º do Código de Processo Civil, que os sujeitos parciais da relação processual devem ostentar inequívoco *interesse* e *legitimidade* de agir, seja para propor, seja para contestar a ação. Vale dizer, será preciso que autor e réu protagonizem o conflito de interesses no denominado plano primário, de maneira a justificar racionalmente a inocultável secundariedade da jurisdição (*rectius*, participação do Estado-juiz para efeito de composição da lide), função atribuída, conforme anteriormente salientado, em caráter proeminente, ao Poder Judiciário.

## **2. Legitimação ordinária. Conceito**

Conforme salientado em sede introdutória, para que possam os litigantes extrair do processo a utilidade social almejada, isto é, a pacificação do conflito de interesses, em caráter perene, será preciso que os jurisdicionados atendam aos requisitos preestabelecidos pela Ciência do Processo, entre os quais, a denominada legitimação.<sup>2-3</sup>

Entretanto, não há que se olvidar a paritária imprescindibilidade do *interesse de agir* e da *possibilidade jurídica do pedido*, em que pese a terceira e última denominada condição da ação não ter sido expressa pela dicção normativa do retro mencionado artigo 3º do Código de Processo Civil.

No que se refere a uma abordagem preliminar sobre o tema em epígrafe, reputa-se de inigualável contribuição a incisiva manifestação de Francesco Carnelutti:

(...) a legitimação consiste em o agente ou o próprio paciente dever ou não ser sujeito de uma relação jurídica concernente ao bem sobre que se desenvolve o fato, a fim de que este produza determinadas consequências jurídicas. A legitimação fecha, assim, o ciclo dos requisitos estáticos do fato e completa a ligação deste com a situação jurídica inicial, no sentido de que para determinados fatos, ou melhor, para determinados atos jurídicos, a lei põe como premissa necessária não propriamente que o agente e o paciente possam ser, mas sim que sejam, de fato, os sujeitos da situação jurídica inicial (...).<sup>4</sup>

Em termos conceituais, digna de nota é a lição do contemporâneo Freddie Didier Junior, ora reproduzida:

A legitimidade para agir (*ad causam petendi* ou *ad agendum*) é condição da ação que se precisa investigar no elemento subjetivo da demanda: os sujeitos. Não basta que se preencham os 'pressupostos processuais' subjetivos para que a parte possa atuar regularmente em juízo. É necessário, ainda, que os sujeitos da demanda estejam em determinada situação jurídica que lhes autorize a conduzir o processo em que se discuta aquela relação jurídica de direito material deduzida em juízo. É a 'pertinência subjetiva da ação', segundo célebre definição doutrinária.<sup>5</sup>

A sede introdutória ainda permite reproduzir o ensinamento de Hermes Zaneti Junior, o qual, após dissertar sobre a legitimidade de agir como garantia de participação do processo, reporta-se à origem daquela *condição da ação*:

É regra liberal-individualista nascida da noção de liberdade propalada pelo iluminismo e pela Revolução Francesa e tem seus corolários justificados dentro dos próprios dogmas do devido processo legal e do contraditório. Portanto, tal fenômeno é histórico, encontra-se influenciado pelas transformações políticas e sociais. *No medievo*, a coesão da comunidade ou grupo era dado seguro, toda a comunidade se representava, estava encarnada no postulante *devido à homogeneidade social*.<sup>6</sup>

Em suma, sendo o processo de uma relação jurídica basicamente instrumental,<sup>7</sup> proeminentemente voltada para a pacificação dos conflitos interindividuais de interesses, só terá lugar na hipótese de uma pretensão vir a ser objeto de inarredável e injustificada resistência. Em termos, segundo a

preclara dicção constitucional do artigo 5º, inciso XXXV, se houver “lesão ou ameaça a direito”.

Cumprе salientar que o processo, como instrumental da jurisdição,<sup>8</sup> decididamente não se traduz por um fim em si mesmo, um ornamento ou alegoria científica para o deleite intelectual dos juristas, mas, em verdade, por um meio idôneo e fidedigno de restauração perene da paz social, atendendo simultaneamente ao Estado e aos litigantes que, paradoxalmente, se autoproclamam titulares sobre *um mesmo* objeto de direito. A referida instrumentalidade do processo foi mencionada pela doutrina de Pontes de Miranda, ao afirmar que: “O remédio jurídico processual é o meio instrumental, que o direito formal põe a serviço de pessoas que estejam em determinadas situações, para que, com o uso dele, possam suscitar a *decisão*, a prestação jurisdicional” (grifo no original).<sup>9</sup>

Destarte, não haveria sentido a provocação da jurisdição, na forma do supracitado artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, se não houvesse um fato constitutivo de um direito subjetivo que se atribui *prima facie* ao autor e uma tenaz resistência ao espontâneo cumprimento de uma obrigação alegadamente devida, a qual é imputada ao réu. Interesse de agir que se traduz pela necessidade e utilidade do ajuizamento da ação. Adite-se, em apertada síntese, que o binômio ora referenciado abrange, igualmente, a modalidade processual na espécie (ação cognitiva *stricto sensu*, mandamental, cautelar, executiva), bem como o respectivo procedimento em sede de cognição (ordinário, sumário, especiais de jurisdição contenciosa). Inteligência do princípio da efetividade, inocultável corolário da instrumentalidade.

Para efeito de conclusão do presente item, afigura-se correta a assertiva de que as legitimidades ativa e passiva *ad causam*<sup>10</sup> retratam, em suma, a transposição dos sujeitos conflitantes no plano primário para a dinâmica processual, sede em que ocorrerá a vindoura composição da lide, acobertada pela denominada autoridade da coisa soberanamente julgada. Outro não é o sentido da ilustração jurisprudencial abaixo:<sup>11</sup>

**0013558-32.2008.8.19.0203** – APELACAO

DES. LINDOLPHO MORAIS MARINHO - Julgamento: 09/12/2010 - DECIMA SEXTA CAMARA CÍVEL

CIVIL. PROCESSO CIVIL. CONDOMÍNIO. COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ASSERÇÃO. A

**legitimidade** da parte, ao lado do interesse de **agir** e da possibilidade jurídica da demanda, constitui uma das condições para o legítimo exercício do direito de ação, ou, como prefere Alexandre Câmara, um dos “requisitos exigidos para que o processo possa levar a um provimento final de mérito”. À luz da Teoria da Asserção, réu é aquele a quem o autor atribui a conduta - comissiva ou omissiva geradora, no caso dos autos, do dano de que pretende ver reparado. Recurso que se dá provimento, com fulcro no art.557, §1º-A, CPC, para, anular a sentença e dar prosseguimento ao feito, prejudicado o recurso adesivo.

**0001190-51.2004.8.19.0002 – APELACAO**

DES. MARIO ROBERT MANNHEIMER - Julgamento: 23/11/2010 - DÉCIMA SEXTA CAMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. CONDIÇÕES PARA LEGÍTIMO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. DEMANDA AJUIZADA POR MUNICÍPIO TITULAR DO DOMÍNIO DE BEM PÚBLICO. PRETENSÃO DESCONSTITUTIVA DE ACORDO HOMOLOGADO EM AÇÃO POSSESSÓRIA ENTRE PARTICULARES. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA E INTERESSE DE AGIR. Não se mostra legítimo o exercício do direito de Ação pelo Município que, não tendo participado de acordo homologado nos autos de Demanda Possessória entre particulares e não podendo sofrer qualquer prejuízo em seu domínio, pretende a anulação do ato sob argumento de violação à natureza pública do bem. O negócio jurídico celebrado entre os particulares nos autos da Ação Possessória está efetivamente inserido na faculdade jurídica que decorre do direito real de posse, plano jurídico diverso e independente do direito de propriedade. Manutenção da sentença. Improvimento ao Apelo.

No que se refere ainda à coisa julgada, a oportuna lição do contemporâneo Luiz Fux,<sup>12</sup> inspirada em assertiva de Pietro Castro:

*O fundamento substancial da coisa julgada é eminentemente político, posto que o instituto visa à preservação da estabilidade e segurança sociais. A imutabilidade da decisão é fator de equilíbrio social na medida em que os contendores obtêm a última e decisiva palavra do Judiciário acerca do conflito intersubjetivo. A imperatividade*

da decisão completa o ciclo necessário de atributos que permitem ao juiz conjurar a controvérsia pela necessária obediência ao que foi decidido (grifos no original).

### ***3. Legitimação extraordinária. Conceito e admissibilidade legal. O artigo 6º do Código de Processo Civil***

Não obstante a precisa dicção normativa do artigo 3º do Código de Processo Civil, o mesmo Diploma assegura, por intermédio do preceito do artigo 6º, a defesa em juízo de direito alheio, encetada por outrem, desde que “autorizado por lei”. É o que os cultores da ciência processual convencionaram denominar *legitimação extraordinária*. Em sede de direito estrangeiro, consigne-se o artigo 81 do Código de Processo Civil italiano:

81 – Sostituzione processuale – Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge (1), nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui. (81 – Substituição processual – Fora dos casos expressamente previstos em lei (1), ninguém poderá fazer valer no processo em nome próprio um direito alheio.)

Consiste, em apertada síntese, a legitimação extraordinária na outorga, por obra do Estado-legislador, do exercício do direito de ação ao sujeito ou entidade que declaradamente não ostenta a alegada titularidade sobre o objeto do direito ameaçado ou violado, mas que, preenchendo os requisitos legais, promove, sob o pálio da jurisdição, a defesa dos interesses do titular. Acerca do tema, é trazida à baila, mais uma vez, a lição professada por Fredie Didier Junior:

Há legitimação extraordinária (legitimação anômala ou substituição processual) quando não houver correspondência total entre situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado. Legitimado extraordinário é aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito. É possível que, nestes casos, o objeto litigioso também lhe diga respeito, quando então o legitimado reunirá as situações jurídicas de legitimado ordinário (defende direito também seu) e extraordinário (defende direito também de outro); é o que acontece, p. ex., com os condôminos, na ação reivindicatória do bem, art. 1.134 do CC-2002. Enfim, na legitimação extraordinária confere-se a alguém o poder de conduzir processo que versa sobre direito do qual não é titular ou do qual não é titular exclusivo.<sup>13</sup>

Nesse aspecto, em caráter ilustrativo, o disposto nos artigos 81 e 82 da Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor, assunto merecedor de especial tratamento no contexto do presente estudo.

Resta, assim, inocultável que a legitimação extraordinária se traduz por valioso instrumento assecuratório da viabilização do acesso à justiça do fidedigno titular do direito violado ou ameaçado, ainda que mediatamente. Nesse sentido a manifestação pretoriana do Sodalício do Rio de Janeiro, ora reproduzida:<sup>14</sup>

0006777-26.2007.8.19.0042 (2009.001.03594) –  
APELACAO

JDS. DES. GILBERTO GUARINO - Julgamento:  
05/05/2010 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO LONGAMENTE FUNDAMENTADO, CITANDO ARTIGOS DE LEI E ANALISANDO EXTENSAMENTE A PROVA PRODUZIDA, COM CITAÇÃO JURISPRUDENCIAL. USO DO PREQUESTIONAMENTO COMO COMPLEXIFICAÇÃO DAS QUESTÕES, O QUE DISVIRTUA O INSTITUTO. CRITÉRIOS DA PERTINÊNCIA E DA RELEVÂNCIA. JULGA-SE COM AQUILO QUE É NECESSÁRIO À FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO. ARTIGOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL MENCIONADOS. ARTIGOS DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (4º e 5º) PLENAMENTE SATISFEITOS PELO CONTEÚDO DO JULGAMENTO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DA LEI QUE JUSTIFIQUE O RECURSO À ANALOGIA, AOS COSTUMES E AOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. FINS SOCIAIS DA LEI PLENAMENTE ATENDIDOS, INCLUSIVE DIANTE DE NEGLIGÊNCIA DA EMPRESA EMBARGANTE. DEMAIS DISPOSITIVOS QUE NÃO ALTERARIAM, POR SUA APLICAÇÃO, O RESULTADO DO JULGAMENTO. CITAÇÃO DO ART. 6º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, QUE TRATA DA LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA, QUESTÃO QUE NÃO SE PÔE. ARTIGO 267, VI, C.P.C., QUE FOI ANALISADO NOS ITENS 7, 8, 9, 10 E 11 DO VOTO CONDUTOR. ARTIGO 333, INCISO I, DO C.P.C. EXAUSTIVAMENTE EXAMINADO, EXATAMENTE QUANDO SE ANALISOU A PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS. ARTIGO 186 DO

CÓDIGO CIVIL QUE PODE APLICAR-SE À PRÓPRIA EMBARGANTE. ARTIGO 402 DO C.C., QUE DISCIPLINA AS PERDAS E DANOS MATERIAIS, COMPOSTAS PELO EMBARGANTE, QUE FOI CONDENADO A REPARAR DANOS MORAIS. ARTIGO 403 DO C.C., QUE TAMBÉM SE DIRIGE A DANOS MATERIAIS, QUESTÃO QUE NÃO SE PÔE EM 2º GRAU. ARTIGO 927, CAPUT, DO C.C., QUE TRATA APENAS DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR, FUNDADA EM ATO ILÍCITO, EM NADA ALTERANDO, SE APLICADO, O TEOR DO JULGAMENTO, UMA VEZ QUE SE TRATA DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ARTIGO 2º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MERA DEFINIÇÃO DO QUE SEJA “CONSUMIDOR”. ARTIGO 3º, §2º DO C.D.C. MERA DEFINIÇÃO DO QUE SEJA “SERVIÇO”. ARTIGO 7º DO C.D.C. ABORDAGEM DAS FONTES DO DIREITO DO CONSUMIDOR. ARTIGO 17 DO C.D.C. EQUIPARAÇÃO DE TODAS AS VÍTIMAS DO EVENTO AO CONSUMIDOR. RECURSO AO INSTITUTO DO PREQUESTIONAMENTO DESABRIDAMENTE DETURPADO E UTILIZADO PARA FUGIR À MULTA PELA PROCRASTINAÇÃO EVIDENTE DA SOLUÇÃO DO FEITO. APLICAÇÃO DESTA EM 1% (UM POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CAUSA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

#### ***4. Legitimação extraordinária e substituição processual. Sinonímia ou distinção***

Assunto que igualmente convém esclarecer é aquele concernente à distinção ou sinonímia quanto às expressões *legitimação extraordinária* e *substituição processual*, abordagem que suscita interminável controvérsia em sede doutrinária. Segundo assertiva de Fredie Didier Junior,<sup>15</sup> não haveria “maiores inconvenientes em que se adotem ambas as expressões como sinônimas”, elaborando, em seguida, um minucioso relatório de caracteres tradutores da legitimação extraordinária, muito embora utilize, sem reservas, certamente por fidelidade ao afirmado posicionamento, a terminologia substituição processual.<sup>16</sup>

Compartilhando desse entendimento, Hermes Zaneti Junior,<sup>17</sup> categoricamente ressalta que: “O essencial à figura da substituição processual (es-

pécie de legitimação extraordinária) é que a parte legitimada não se afirma titular do direito material. A regra ordinária diz o contrário: o usual, o comum, é que o próprio titular do direito subjetivo seja o legitimado” (Mandado de Segurança Coletivo, Aspectos Processuais Controversos, p.101).

Em sentido contrário, disserta Robson Renault Godinho,<sup>18-19</sup> para quem as expressões não implicam sinonímia.

Tecnicamente, não há exata coincidência entre as expressões *legitimação extraordinária* e *substituição processual*, já que esta é menos ampla que aquela; o que se entende por substituição processual é a legitimidade decorrente do sistema normativo que autoriza determinado sujeito a atuar em juízo, como parte principal (sic), defendendo direito alheio (art. 6º do Código de Processo Civil).

No que concerne ao posicionamento pretoriano adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em alguns arestos as expressões são empregadas indistintamente, conforme se infere da ilustração abaixo:<sup>20</sup>

0062807-08.2010.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. HELDA LIMA MEIRELES - Julgamento: 01/12/2010 - DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL

Agravo de Instrumento. Ministério Público. Decisão que, em ação de busca e apreensão de menor, nomeou a Defensoria Pública como curadora especial para a defesa do interesse da criança. Reforma. A Defensoria Pública não possui atribuição para atuar como **substituto processual** do menor, sendo do Ministério Público a atribuição para atuar como *custus legis* na defesa do menor, tendo em vista o disposto no artigo 127 da CRFB/88. O artigo 201 do ECA, atento à orientação constitucional, através de seus incisos, deixa claro que a atribuição para adotar todas e quaisquer providências judiciais visando a garantir os direitos da criança e do adolescente é do Ministério Público, sendo este Órgão o **substituto processual** de crianças e adolescentes. Precedentes Jurisprudenciais. Artigo 557, § 1º-A do CPC. Provimento ao agravo de instrumento para reformar a decisão e indeferir a nomeação da Defensoria Pública como Curadora Especial da criança em questão.

0036851-87.2010.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. MARCELO LIMA BUHATEM - Julgamento: 13/08/2010 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS REFERENTES AOS PLANOS VERÃO E COLLOR. DECISÃO QUE SUSPENDEU O ANDAMENTO DO FEITO ATÉ JULGAMENTO DEFINITIVO DE AÇÕES COLETIVAS QUE ENCERRAM IDÊNTICA MACRO-LIDE. DECISÃO QUE SE REFORMA. 1. Decisão proferida nos autos da ação de cobrança c/c indenização de expurgos inflacionários dos Planos Verão e Collor, no sentido de suspender o andamento do feito diante de ação coletiva pertinente à matéria. 2. Decisão que se reforma. Trata-se de ação coletiva que não obstaculiza direito individual de pleitear a tutela jurisdicional. **Legitimação extraordinária** não impede a ordinária, pois a lei processual admite a coexistência da ação coletiva e ação individual, sendo certo que está é regra, segundo art. 6º do CPC. 3. Os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados tanto por ação coletiva (proposta por substituto processual), quanto por ação individual (proposta pelo próprio titular do direito, a quem é facultado vincular-se ou não à ação coletiva). 4. Em recente julgado do STJ, tem-se assegurado o ajuizamento individual, em que pese a existência de demanda coletiva dispondo da matéria relativa a expurgos de poupança decorrentes de planos econômicos Verão e Collor. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO NA FORMA DO ART. 557, § 1, DO CPC, PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO, REFORMANDO A DECISÃO DO JUÍZO A QUO.

0000652-98.2005.8.19.0046 – APELACAO

Ação de Registro Tardio. Ausência de **legitimação extraordinária** da Defensoria Pública necessária a viabilizar a defesa de interesse alheio em nome próprio, como **substituto processual**. Recurso a que se nega seguimento.

Enfim, entende o subscritor cientificamente procedente a tese de que a legitimação extraordinária corresponde ao gênero do qual a substituição processual é espécie, posto que, não obstante a discutível constitucionalidade da legitimação extraordinária autônoma e exclusiva, o instituto em comento não se confunde com as demais hipóteses em que o acesso à justiça do legitimado ordinariamente considerado estaria concorrentemente assegurado. Nesse sentido, *prima facie*, a textual admissibilidade contida no artigo 5º, inciso XXI, da Constituição da República, e a título exemplificativo, a legitimação extraordinária outorgada ao sindicato, conforme o

disposto no artigo 513, alínea *a*, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. De igual modo, o preceito do artigo 82 da Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, segmento que será objeto de oportuna ilação. Adite-se o inarredável exemplo de legitimação extraordinária exclusiva, a previsão do artigo 44, inciso II, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

### ***5. A legitimação extraordinária e a tutela dos direitos coletivos. A defesa do consumidor em juízo***

Despiciendo salientar que o advento da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor, na esteira da consagração dos direitos individuais e coletivos na Constituição da República, de 05 de outubro de 1988, retrata, de maneira inequívoca, um passo decisivo na evolução do direito pátrio, mormente no que se refere ao reconhecimento da fragilidade que, em princípio, recai sobre determinado signatário do contrato de consumo (*rectius*, destinatário final do produto ou da prestação do serviço, conforme o disposto no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 8.078/90).

Destarte, não foi obra do *acaso constituinte* a elaboração da norma, ainda que programática, inserta no texto do artigo 5º, inciso XXXII, da referida Lei Maior, atribuindo ao Estado a promoção da defesa do consumidor, o que resultou legalmente concretizado há aproximadamente 2 (dois) anos, após o emblemático e decisivo advento constitucional, fidedigno tradutor de um novo desenho jus político inocultavelmente projetor da reconstrução democrática nacional.

O Diploma Legal Consumerista, retro citada Lei nº 8.078/90, como não poderia deixar de ser, assegura textualmente, sob a epígrafe “Da Defesa Do Consumidor Em Juízo”, o acesso à justiça daquele jurisdicionado em caráter individual e coletivo,<sup>21-22</sup> segundo o disposto no artigo 81, *caput*. Dispositivo legal inarredavelmente conformado com o preceito do artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Republicana.

Cumpra ainda salientar, conforme reiteradamente afirmado pela jurisprudência pátria, que a legitimação extraordinária não tem o condão de elidir o exercício do direito de ação do titular do objeto litigioso em caráter singular, entendimento corroborado por elucidativa manifestação de autoria do desembargador relator Marcelo Lima Buhatem, na ocasião do

sobredito julgamento do recurso de agravo de instrumento nº 0036851-87.2010.8.19.0000.

Nesse contexto, Thereza Alvim salienta a duvidosa constitucionalidade de uma “completa vedação do acesso à justiça pelo titular do direito”, o que José Carlos Barbosa Moreira denomina *legitimação extraordinária autônoma exclusiva*.<sup>23</sup> No que concerne ao entendimento pretoriano, a ementa proveniente do Sodalício do Estado do Rio de Janeiro:<sup>24</sup>

0022383-31.2009.8.19.0008 - APELAÇÃO PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

DES. CAMILO RIBEIRO RULIERE - Julgamento: 20/12/2010 - 1ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO Apelação Cível nº 0022383-31.2009.8.19.0008 Apelante: Maria Felix da Silva Apelado: Município de Belford Roxo. Relator: Desembargador Camilo Ribeiro Rulière DECISÃO Trata-se de Apelação tempestiva, fls. 41/58, interposta por Maria Felix da Silva, alvejando a Sentença de fls. 36/40, que, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer proposta em face do Município de Belford Roxo, extinguiu o processo, na forma do artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil, por ilegitimidade ativa. Pretende a anulação da Sentença, porque presente a legitimidade ativa. Citação do réu, em fls. 62 e 63, com contrarrazões em fls. 64/67, pleiteando o desprovimento do recurso. Parecer Recursal Ministerial, em fls. 68/75, opinando pelo conhecimento e parcial provimento do recurso para anular a sentença com relação à legitimidade ativa e prosseguir quanto ao pedido indenizatório por danos morais. Parecer do Ministério Público em 2ª instância, em fls. 79/84, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso para que a sentença recorrida seja anulada, com o consequente prosseguimento do feito. Relatados, decido. Trata-se de Ação de Obrigação de Fazer objetivando a reparação definitiva da rede de esgoto sanitário no imóvel residencial da autora, no prazo de 15 dias, sob pena de pagamento de multa, bem como indenização por dano moral. De acordo com o artigo 81 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a defesa dos interesses e direitos dos consumidores poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. O interesse tutelado nos presentes autos pode ser objeto de ação coletiva ou de ação individual, visto se tratar de interesse pertencente a determinado grupo, com base no artigo 81, pará-

grafo único, inciso II do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Ademais, as ações coletivas, objeto do inciso II do parágrafo único do artigo 81 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, não induzem litispendência para as ações individuais, nos termos do artigo 104 do mesmo diploma legal. A legitimidade conferida ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, à autarquia, à empresa pública, à fundação, à sociedade de economia mista e às associações para a propositura de Ação Civil Pública, nos termos do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, não exclui a legitimidade dos titulares dos direitos e interesses coletivos para propor demanda com base na Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor e Lei nº 11.445/2007. Consigne-se que a autora não propôs Ação Civil Pública. A autora possui direito subjetivo de agir, sendo parte legítima para pleitear ação na tutela de seus direitos e interesses, qual seja, a pretensão de condenar o Município a reparar definitivamente a rede de esgoto sanitário em seu imóvel residencial. A autora possui o direito de usufruir de uma prestação eficiente do serviço de esgoto, bem como o direito a receber indenização em razão da deficiência do serviço, podendo pleitear tal direito, de acordo com o artigo 5º, incisos XXXIV, alínea “a” e XXXV da Constituição Federal. Aliás, existem em curso centenas de demandas individuais semelhantes, em face do Estado do Rio de Janeiro, da Cedae ou de Municípios, visando à eficaz prestação de serviço de esgotamento sanitário. Portanto, cabível a nulidade da Sentença, para que a demanda prossiga até ulterior decisão de mérito. Assim, com respaldo no artigo 557, parágrafo 1º-A do Código de Processo Civil, dou provimento à Apelação para anular a Sentença, determinando-se a baixa do processo à vara de origem para o prosseguimento do feito. Rio de Janeiro, 20 de dezembro de 2010. CAMILO RIBEIRO RULIÈRE Desembargador.

Não há dúvida de que o legislador consumerista procurou assegurar ao fragilizado signatário daquela modalidade contratual fidedignos instrumentos para melhor defesa de seus interesses em juízo, atentando principalmente para o efetivo restabelecimento da paridade de armas, cuja potencialidade econômica dos litigantes é, segundo comumente acontece, inegavelmente desigual. A título de especial exemplificação do afirmado, o disposto no artigo 6º, inciso VIII, da Lei Consumerista.

Não haveria sentido, portanto, em concluir que o legislador especial teria ceifado a legitimação ordinária do jurisdicionado-consumidor, máxime quando o contexto legislativo nacional dispõe expressamente sobre a defesa dos seus direitos em caráter individual ou coletivo, segundo os termos do artigo 81, *caput*, da Lei nº 8.078/90. Norma que invidiosamente conforma-se com o inarredável predicado constitucional fundamental do artigo 5º, inciso XXXV.

Nesse aspecto reputa-se conveniente uma breve referência ao tema Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro,<sup>25</sup> especificamente ao princípio da legitimidade ativa concorrente ou pluralista. A esse respeito, as palavras de Gregório Assagra de Almeida:

O método do direito processual coletivo brasileiro não é só o técnico-jurídico do *procedimentalismo científico*. É o pluralista, não o da visão instrumentalista do direito processual clássica, mas o pluralista decorrente de uma leitura do direito processual *essencialmente constitucionalizada* à luz da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Esse método pluralista é composto de vários elementos, tais como o sistemático-teleológico, o político, o econômico, o histórico, o ético e o social, os quais formam um *megaelemento*: proteção potencializada da Constituição e do Estado Democrático de Direito e a transformação da realidade social com justiça.<sup>26</sup> (grifos no original).

Assim, a legitimação extraordinária se traduz por inequívoco e eficiente instrumento de defesa dos direitos do consumidor, mormente em se tratando de direitos coletivos, segundo a preclara e textual admissibilidade, na forma do artigo 81, parágrafo único, da retro mencionada Lei Especial. Nesse aspecto impende salientar a divisão tripartite, adotada pelo legislador pátrio, nos incisos I, II e III, do anteriormente citado dispositivo legal, no que concerne aos direitos transcendentais à órbita unipessoal do consumidor; vale dizer, direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, respectivamente.<sup>27,28</sup>

Nesse contexto, válida é a inclusão daquelas inúmeras hipóteses em que a prática de um ato ilícito surtirá efeitos que, de maneira inelutável, alcançarão os demais elementos sociais, não necessariamente sujeitos *imediatos* da relação jurídica em que se operam fornecimento/prestação e aquisição, mas, invariavelmente, circunstanciais a esta, razão pela qual potencialmente vitimados, ou lesados, conforme a previsão da norma contida no artigo 17 da Lei nº 8.078/90.

No que concerne à temática da legitimação extraordinária, no âmbito da defesa dos direitos do consumidor, dignos de registro o disposto nos artigos 82 e 91 da supracitada Lei Especial, em que pese tratar-se a hipótese de legitimação extraordinária *concorrente*. Acerca do dispositivo legal pertinente, reporta-se Leonardo de Medeiros Garcia, consignando a preclara distinção entre o sistema adotado pelo direito norte-americano, *ope judicis*, ciência jurídica estrangeira que originou as denominadas *class actions* e o direito pátrio, *ope legis*.<sup>29,30</sup>

No que se refere ainda ao tema *class action*, disserta Aloísio Gonçalves de Castro Mendes:

O primeiro requisito, considerado implícito ou decorrente 29 da parte inicial da Regra 23 (a), é que haja uma classe identificável. A denominação de classe, no caso, não possui acepção política, econômica ou social, mas, sim, significação ampla, que pode ser equiparada a conjunto de pessoas interessadas, grupo ou categoria, não se exigindo, inclusive, qualquer relação jurídica base entre os mesmos. Assim sendo, a definição da classe deve estar suficientemente clara e precisa, permitindo que se saiba, por conseguinte, o alcance e os limites subjetivos do julgado, embora não se exija, *a priori*, desde o limiar do processo, a indicação exata das pessoas ou mesmo do número certo de interessados. Importa, sim, que estejam devidamente delineados os contornos da classe, de modo tal que seja possível ao julgador, por exemplo, a partir dos elementos fornecidos, verificar se determinados indivíduos podem ou não ser considerados como membros da classe.<sup>31</sup>

Em termos, o legislador consumerista brasileiro elaborou em *numerus clausus* o rol de legitimados, não obstante a possibilidade de o juiz aferir, conforme a dicção utilizada pelo referido autor, a “representatividade adequada”. Saliente-se ainda que a legitimação extraordinária em comento se aplica à defesa dos direitos individuais homogêneos, conforme preceitua o artigo 91 da Lei Consumerista. De igual modo, o legislador especial assegurou àqueles legitimados, na forma do artigo 98, *caput*, a instauração da fase de cumprimento de sentença, segundo os termos do artigo 475-J do Código de Processo Civil.

Não há que se olvidar que, embora preclara a dicção normativa, a referida legitimação extraordinária concorrente tem sido diuturnamente ratificada pelo entendimento pretoriano, segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, expresso pelo v. aresto ora reproduzido:<sup>32</sup>

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL.

RECURSO QUE DEIXA DE IMPUGNAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA Nº 182/STJ. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULA Nº 5/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 282/STF. CONDENÇÃO EM HONORÁRIOS. CABIMENTO.

1. No tocante à apontada violação dos artigos 2º, 8º e 19º da Lei nº 9.472/97, “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.” (Súmula do STJ, Enunciado nº 182).

2. “O Ministério Público ostenta legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública em defesa de direitos transindividuais, como sói ser a pretensão de vedação de inserção de cláusulas de carência e fidelização, que obrigam a permanência do contratado por tempo cativo, bem como a cobrança de multa ou valor decorrente de cláusula de fidelidade (nos contratos vigentes) celebrados pela empresa concessionária com os consumidores de telefonia móvel, ante a *ratio essendi* do art. 129, III, da Constituição Federal, arts. 81 e 82, do Código de Defesa do Consumidor e art. 1º, da Lei 7.347/85.” (REsp nº 700.206/MG, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, in DJe 19/3/2010).

3. “A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.” (Súmula do STJ, Enunciado nº 5).

4. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” (Súmula do STF, Enunciado nº 282).

5. “A regra contida no art. 18 da Lei 7.347/85 (‘Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas’) incide, exclusivamente, em relação à parte autora da ação civil pública.” (REsp nº 570.194/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, in DJ 12/11/2007).

6. Agravo parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(AgRg no REsp 1183128/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 16/12/2010)

Pode-se afirmar que a legitimação extraordinária concorrente é a que melhor se amolda ao fundamental direito de acesso à justiça, posto que, além de assegurar o intento individual do jurisdicionado para a defesa do direito, possibilita que outras entidades de inuidosa representatividade o façam, mormente nas hipóteses em que os integrantes da coletividade consumerista sejam elementos declaradamente hipossuficientes. Induvidosamente consentânea à realidade brasileira.

Trata-se, na espécie, de um inelutável *redesenho institucional* do Direito Processual Civil brasileiro, no que tange à respectiva instrumentalidade, por sua vez proeminentemente voltada para a composição final da lide. Em termos, é a mais fidedigna tradução do denominado *método pluralista*, conforme a proficiente afirmação de Gregório Assagra de Almeida.<sup>33</sup>

## **6. Conclusão**

Em sede de consideração final acerca do tema objeto da pesquisa, haja vista os argumentos esposados em sede doutrinária e a consolidação pretoriana a respeito, pode-se afirmar que a legitimação extraordinária, no âmbito do direito processual civil consumerista, revela-se induvidosamente um proficiente instrumento de defesa dos interesses do sujeito contratual vulnerável, bem como de todos os demais elementos sociais potencialmente envolvidos pelas intempéries do mercado, ou efetivamente alcançados pelos efeitos eventualmente nocivos, provenientes da exploração da atividade econômica porventura infratora da Legislação Especial, conforme a previsão contida no artigo 17 da Lei nº 8.078/90.

Outro inolvidável aspecto, no âmbito da comentada Lei Extravagante, é a textual inadmissibilidade do ajuizamento da denúncia da lide, segundo os termos do artigo 88, em que a denominada *mens legis* seguramente vislumbrou garantir ao fragilizado destinatário final do produto, ou do serviço, em sede jurisdicional, um provimento alieno dos eventuais *obstáculos* de ordem procedimental que a modalidade de intervenção em espécie poderia certamente resultar, por sua vez culminantes no retardamento da composição final da lide. Nesse sentido a imperiosa suspensão

do curso do feito, segundo o disposto no artigo 72, *caput*, parte final, do Código de Processo Civil.

Destarte, a legitimação extraordinária se revela, inocultavelmente, um eficiente instrumento legal que possibilita, *ainda que mediatamente*, o acesso à justiça daquele hipossuficiente consumidor que, na maioria das vezes, nem sequer tem ciência da titularidade que ostenta sobre direitos básicos, sobre o aspecto material e processual que o Estado legislador expressamente lhe assegura, como, por exemplo, “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva (...)”, segundo o disposto no artigo 6º, inciso IV, da Lei nº 8.078/90, bem como “a efetiva prevenção e reparação de danos (...)”, na forma do supracitado artigo 6º, inciso VI. Em sede processual civil a antecedentemente citada possibilidade de inversão do ônus da prova, de acordo com o preceito do artigo 6º, inciso VIII, da Lei Especial. Trata-se de norma jurídica heterotópica, inelutavelmente assecuratória da paridade de armas, segundo o imperativo processo legal, naquelas hipóteses em que a *expertise* tecno-probatória estiver invariavelmente concentrada no âmbito corporativo do fornecedor do produto, ou do prestador de serviços.

Derradeiramente, há que se afirmar louvável a consagração legal da legitimação extraordinária, mormente para defesa daqueles interesses transcendentais aos direitos proeminentemente *subjetivos* do consumidor, vale dizer, os denominados direitos básicos, porém declaradamente inalienáveis, como, *verbi gratia*, o disposto no artigo 6º, inciso I, do retro mencionado Diploma Consumerista, desde que não seja retirada do consumidor a constituição legitimação para a defesa de seus direitos no plano individual.

## 7. Notas

<sup>1</sup> Pós-graduado em Políticas Públicas pela UFRJ. Especialista em Direito Empresarial pelo Instituto de Estudos Empresariais (IEE). Pós-graduado pela EMERJ. Pesquisador e discente do Programa de Mestrado em Direito Econômico e Desenvolvimento da UCAM. Professor concursado de Direito Processual Civil na UCAM. Integrante do Observatório de Direito Processual da UCAM. Professor na EMERJ. Ex-Professor do Curso de Direito e Gestão da FCPERJ, *campus* Ipanema. Advogado e Contabilista. Consultor Pleno para o contencioso empresarial do Escritório De Lima Assafim & Advogados Associados.

<sup>2</sup> Consoante à redação final do Anteprojeto de Código de Processo Civil, a mencionada dicção normativa, sem alterações, está contida no artigo 16, sem, todavia, alusão à faculdade de contestar.

<sup>3</sup> Acerca da imprescindibilidade da legitimação para efeito de alcance da prestação jurisdicional, a assertiva de Robson Renault Godinho: “A tutela jurisdicional é buscada por meio de uma demanda instrumentalizada em uma petição inicial, e o sistema processual possibilita que o juiz, em uma análise preliminar sobre o conteúdo da pretensão do autor, examine se estão presentes condições necessárias para o legítimo exercício do direito de ação.” 6 (O Ministério Público como Substituto Processual no Processo Civil, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.9).

<sup>4</sup> Carnelutti, 1999, p. 384.

<sup>5</sup> Didier Junior, 2006, p.179.

<sup>6</sup> Zaneti Junior, 2001, p. 92.

<sup>7</sup> Acerca da natureza jurídica do processo, socorre-se o subscritor do magistério de José Frederico Marques, sob a epígrafe *Procedimento e relação processual*: “Na

parte objetiva desse disciplinamento normativo, o Direito Processual Civil regula o procedimento, com método adequado, provendo ao modo de se revelar o processo formalmente, e cuidando, para isso, da sucessão coordenada de seus atos. Mas o processo civil, consoante observou Liebman, não é só procedimento. Os preceitos que o regulam criam vínculos jurídicos entre as pessoas que do processo participam, pois, de outro modo, o próprio procedimento ficaria comprometido: se essas vinculações não existissem, o curso do processo poderia até paralisar-se, ante a inércia, sem sanção, de algum dos sujeitos ou pessoas a que se atribuisse, nos elos formados pelo procedimento, a prática de determinados atos de que atos ulteriores sempre dependem. O processo civil, além disso, surgiu e apareceu porque o Estado se obrigou a resolver as situações litigiosas. Assim sendo, os seus órgãos estão subordinados a obrigações e deveres, dentro do processo, a que correspondem direitos dos litigantes, os quais, por seu turno, sujeitando-se à situação estatal para verem composto o litígio, presos se encontram a ônus e obrigações em face dos poderes inerentes à jurisdição. Todos esses vínculos acabam por constituir um complexo de relações jurídicas unidas e amalgamadas em razão da finalidade compositiva do processo civil, e que tem o nome de *relação processual*.” (grifo no original). (Manual de Direito Processual Civil, vol. I, 9ª ed. Campinas, São Paulo: Millennium Editora, 2003, pp. 192/193).

<sup>8</sup> A respeito da consagrada instrumentalidade do processo, a lição professada por Enrico Tullio Liebman: “Que es derecho instrumental resulta claramente de lo que se há dicho. En efecto, de un lado el mismo regula el ejercicio de una actividad de carácter público comprendida exactamente en la definición dada ahora;

a su vez, son instrumentales también los intereses que encuentran en el derecho procesal su tutela inmediata: esto es, los intereses que tienen por objeto el pronunciamiento de las providencias judiciales y, por consiguiente, por medio de ellas, la protección de los derechos o intereses subjetivos sustanciales.” (Manual de Derecho Procesal Civil, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJEA, 1980, p. 26).

<sup>9</sup> Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I: artigos 1º a 45, Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 110.

<sup>10</sup> Sobre o tema pontifica José Carlos Barbosa Moreira, afirmando que “denomina-se legitimação a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da formulação perante o órgão judicial, e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende se atribuir.” Grifos no original. (O Ministério Público como Substituto Processual no Processo Civil, *op. cit.*, pp. 13/14.)

<sup>11</sup> Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acessado em: 25 de janeiro de 2011.

<sup>12</sup> Fux, 2004, p. 822.

<sup>13</sup> Didier Junior, *op. cit.*, p. 181.

<sup>14</sup> Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acessado em: 25 de janeiro de 2011.

<sup>15</sup> Didier Junior, *op. cit.*, pp. 181/183.

<sup>16</sup> *Id.*, *ibid.*

<sup>17</sup> Mandado de Segurança Coletivo, *op. cit.*, p. 101.

<sup>18</sup> O Ministério Público como Substituto Processual no Processo Civil, *op. cit.*, p. 17.

<sup>19</sup> O mesmo autor exemplifica a legitimação extraordinária autônoma e exclusiva com o preceito do artigo 68, § 3º, da Lei

nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que outorga ao agente fiduciário o direito de ação para a defesa dos interesses dos debenturistas. (O Ministério Público como Substituto Processual no Processo Civil, *op. cit.*, p. 19). Entretanto, do entendimento esposado não compartilha o subscritor, vislumbrando, na espécie, hipótese de legitimação extraordinária concorrente. Por sua vez, identifica exemplo mais contundente de legitimação extraordinária exclusiva, conforme assertiva anterior, a hipótese contida no texto do artigo 44, inciso II, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. REsp 1119377/SP.

<sup>20</sup> Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acessado em: 25 de janeiro de 2011.

<sup>21</sup> A respeito do Diploma Especial em comentário, a oportuna lição de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, ressaltando o quanto significativo para as ações coletivas: “O Código de Defesa do Consumidor passou a representar o modelo estrutural para as ações coletivas no Brasil, na medida em que encontra aplicabilidade não apenas para os processos relacionados com a proteção do consumidor em juízo, mas, também, em geral para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, por determinação expressa do art. 21, da Lei 7.347/85, acrescentado em razão do art.117, da Lei 8.078/90. Regulou, assim, o Código do Consumidor, os aspectos mais importantes da tutela jurisdicional coletiva, desde a problemática da competência e da legitimação até a da execução, passando pela coisa julgada e os seus efeitos, além da questão da litispendência e das, não menos importantes, definições conceituais pertinentes aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.” (Ações Coletivas no Direito Comparado

e Nacional, coleção temas atuais de direito processual civil, vol. 4. Coord. Luiz Guilherme Marinoni, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.198).

<sup>22</sup> Outro não é o sentido da lição de Álvaro Luiz Valery Mirra: “O direito processual, nas três últimas décadas, passou por importante evolução em virtude da necessidade de permitir o acesso à justiça para a proteção dos chamados direitos e interesses transindividuais, entendidos como aqueles que ultrapassam a esfera meramente individual dos sujeitos de direitos e assumem dimensão coletiva e social. A partir daí, surgiu a imperiosidade da disciplina de um processo coletivo apto a propiciar tutela jurisdicional a grupos, categorias ou classes de pessoas, para além da tutela individual, que pudesse ser acordada a cada uma destas com exclusividade. 1.” (Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.114).

<sup>23</sup> Moreira, *op.cit.*, p. 16.

<sup>24</sup> Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>. Acessado em: 25 de janeiro de 2011.

<sup>25</sup> Entre os trabalhos voltados para a codificação processual em caráter coletivo, destacam-se os seguintes: “Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América; o Anteprojeto USP de Código Brasileiro de Processos Coletivos; o Anteprojeto UERJ/Unesa de Código Brasileiro de Processos Coletivos”. (ALMEIDA, Gregório Assagra de. Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2007).

<sup>26</sup> *Id.*, *ibid.*, p.61.

<sup>27</sup> No que concerne à oportuna distinção entre os vocábulos *direitos difusos*, *direitos coletivos* e *direitos individuais homogêneos*, é digno de nota o ensinamento de

Hermes Zaneti Junior: “(...) tem-se por direitos difusos (art.81, § único, I, do CDC) aqueles transindividuais (metaindividuais, supraindividuais, pertencentes a vários indivíduos), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não se consegue sua individuação) e ligadas por circunstâncias de fato, não existe um vínculo comum de natureza jurídica, *v. g.*, ‘a publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através de imprensa falada, escrita ou televisivada, a afetar uma multidão incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação-base’<sup>154</sup>. Já os direitos coletivos (art. 81, § único, II, do CDC) foram classificados como direitos transindividuais (no sentido supradescrito), de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas (indeterminadas, mas determináveis) ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base. Nesse particular, cabe salientar que essa relação jurídica base pode se dar entre os membros do grupo, ‘fato de sua organização’, ou pela sua ligação com a ‘parte contrária’, *v. g.*, os direitos dos contribuintes de determinado imposto. O CDC conceitua os direitos individuais homogêneos como aqueles decorrentes de origem comum, ou seja, os direitos nascidos em consequência da própria lesão ou ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo).” (Mandado de Segurança Coletivo, *op. cit.* pp.72/73/74).

<sup>28</sup> No que se refere ainda ao tema em debate, a extensa e proficiente abordagem de Rodolfo de Camargo Mancuso. (Interesses Difusos. Conceito e legitimação para agir, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994).

<sup>29</sup> Rule 23. Class Actions

(a) Prerequisites.

One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

- (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable,
- (2) there are questions of law or fact common to the class,
- (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
- (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

<sup>30</sup> “(...) embora o sistema adotado no direito brasileiro tenha sido o *ope legis*, a doutrina e a jurisprudência passaram a analisar, em cada caso, se os entes legitimados estabelecidos na lei possuíam relação com o objeto da ação coletiva proposta. 399 Dessa forma, o que temos visto é que o rol estabelecido na lei é apenas um ponto de partida para se aferir a legitimidade. Depois, no caso concreto, caberá ao juiz aferir se há representatividade adequada. 400 Concluindo: só é possível ser legitimado ativo para as ações coletivas os estabelecidos no rol do art. 82 do CDC e art. 5º da LACP (...). Não obstante, ainda que o ente esteja previsto na lei, poderá ser excluído da demanda, por faltar-lhe representatividade adequada. 401 Nesse sentido, haverá, mesmo que com limitações, um controle jurisdicional da legitimação coletiva.” (GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor, 5ª ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009, pp. 376/377).

<sup>31</sup> Op. cit., pp.74/75.

<sup>32</sup> Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acessado em: 25 de janeiro de 2011.

<sup>33</sup> Almeida, *op. cit.*, p. 61.

## 8. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Código de Processo Civil. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Compilação de Armando Casimiro Costa, Irany Ferrari, Melchíades Rodrigues Martins. 37ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2009.

GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público como Substituto Processual no Processo Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Et alii*. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

\_\_\_\_\_. Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ITÁLIA. Codice di Procedura Civile e Leggi Complementari, a cura de Mar-

cello Iacobellis, XXVII ed., Napoli: Grupo Editoriale Esselibri – Simone, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Derecho Procesal Civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1980.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos. Conceito e legitimação para agir. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. 9ª ed. Campinas: Millennium, 2003.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I: artigos 1º a 45. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Mandado de Segurança Coletivo, Aspectos Processuais Controversos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

### *Home Pages*

<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>

<http://www.stj.gov.br>

<http://www.tjrj.jus.br>

## ARTE, RELIGIÃO E FILOSOFIA EM HEGEL

---

*Flavia Luiza Bruno Costa de Carvalho<sup>1</sup>*

Ao longo da história da filosofia, há diferentes caminhos para se conceber a relação entre arte, filosofia e verdade. A tradição clássica, desde Platão, construiu uma imagem do pensamento em que existe a pressuposição de que o espírito como espírito, de que o pensador como pensador, naturalmente deseja a verdade.<sup>2</sup> Ou seja, decorre espontaneamente de sua natureza a busca pela verdade. Bastaria ao filósofo encontrar o método para tal, método esse capaz de recolocar o pensamento no caminho de sua autêntica vocação, a despeito das tentações desviantes.

Hegel é um representante dessa imagem dogmática, pois toda a sua filosofia tem como pretensão maior estabelecer um caminho de ascese à verdade, à verdade mais alta, mais inteligível. Esse caminho, inspirado por Platão, passa pelo afastamento da sensibilidade ou da natureza em direção à vida inteligível, ou espiritual, como chama Hegel. Somente o espírito é verdade<sup>3</sup>; logo, cumprir a tarefa ascética é ultrapassar a esfera da natureza e atingir a esfera espiritual. Esta é infinitamente superior à primeira, uma vez que a verdade só pode ser alcançada pelo espírito, pelo pensamento. Hegel chega a dizer que a pior das ideias do homem é mais elevada do que a mais grandiosa das produções da natureza. O fato de participar do espírito garante à ideia um status mais elevado do que qualquer criação natural.<sup>4</sup>

Como obra do espírito, estamos diante de obra perene, ao passo que a vida da natureza é perecível<sup>5</sup>.

Hegel nos ensina que a arte, a religião e a filosofia são as três dimensões da vida espiritual que têm a mesma finalidade, qual seja, exprimir o divino, “a vida absoluta do espírito”. Diz ele:

o que a filosofia tem em comum com a arte e, principalmente, com a religião são os problemas absolutamente gerais que constituem seu conteúdo; são as modalidades em que a suprema ideia existe para a ciência não filosófica, para a consciência sensível, intuitiva, imaginativa.<sup>6</sup>

que a filosofia tem em comum com a arte e, principalmente, com a religião são os problemas absolutamente gerais que constituem seu conteúdo; são as modalidades em que a suprema ideia existe para a ciência não filosófica, para a consciência sensível, intuitiva, imaginativa.<sup>6</sup>

O belo artístico, por ser uma produção do espírito, se diferencia do belo natural, e representa algo que ao espírito pertence e com ele se harmoniza.<sup>7</sup> É por essa passagem pelo espírito que a arte se torna superior a qualquer produto da natureza. Diz-nos Hegel:

O interesse humano, o valor espiritual de um acontecimento, de uma ação, de um caráter individual, em seu desenvolvimento e finalidade, são pela obra de arte apreendidos e realçados de um modo mais puro e transparente do que o da realidade ordinária, não artística.<sup>8</sup>

O interesse humano, o valor espiritual de um acontecimento, de uma ação, de um caráter individual, em seu desenvolvimento e finalidade, são pela obra de arte apreendidos e realçados de um modo mais puro e transparente do que o da realidade ordinária, não artística.<sup>8</sup>

A estética é a atividade específica do homem que visa encarnar, sob uma forma sensível, material, a ideia de absoluto. A arte não é nem um simples jogo, um passatempo agradável, nem uma imitação da natureza, nem uma moralização da existência, ou uma superfluidade; mas, sim, uma libertação do espírito do conteúdo e da forma da finitude, um modo de expressão do divino e, por isso, uma das necessidades e exigências mais profundas do espírito.<sup>9</sup> Ela é o primeiro momento do espírito, o que Hegel chama de *em si do espírito*, isto é, o espírito manifestando-se na expressão sensível. A arte nos dá uma representação sensível das ideias mais elevadas, tornando-as assim acessíveis a nós<sup>10</sup>.

A arte, portanto, será considerada uma dimensão da vida espiritual, a primeira delas, através da qual os homens começaram a se conscientizar das ideias e dos interesses maiores do espírito. Estas ideias nascidas no espírito ganham com a arte o caminho da representação. Ou seja, a espírito se manifesta de múltiplas formas e a arte será uma delas. Pela manifestação artística, o espírito pode rever-se, mesmo em uma aparência sensível. Daí Hegel afirmar que “a matéria sobre a qual a arte se exerce é o sensível espiritualizado ou o espiritual sensibilizado”.<sup>11</sup>

As coisas da natureza apenas são, mas o homem por ser dotado de consciência desdobra-se: é em si e para si. Contempla-se e representa-se a si mesmo, sendo a arte essa maneira oportuna do homem exteriorizar o que ele próprio é.<sup>12</sup>

Novamente como Platão, Hegel afirma que a vida sensível ou empírica, a realidade que se compõe de objetos sensíveis e sensações, não é o mundo da verdade, mas sim o da ilusão, estando a verdade para além da sensação e da percepção imediata<sup>13</sup>. Nesse sentido, não é a arte que é ilusória, mas a própria realidade sensível que merece esse atributo. A arte, antes, é uma forma de exteriorização e representação da verdade.

O que é real para Hegel? “O que existe em si e para si, o que constitui a substância da natureza e do espírito.”<sup>14</sup> Ora, é em busca dessa realidade que a filosofia hegeliana está, sendo a arte a disciplina que nos abrirá o caminho para esse encontro, nos colocando em presença de um princípio superior. Diz-nos ele: “em sua mesma aparência, a arte deixa entrever algo que ultrapassa a aparência: o pensamento.”<sup>15</sup> Embora não constitua ainda o mais elevado modo de expressão da verdade, tem a importante função de tornar o espírito consciente de seus interesses<sup>16</sup>

A finalidade da arte é “revelar à alma tudo o que a alma contém de essencial, de grande, de sublime, de respeitável e verdadeiro”. Ela põe “ao alcance da intuição o que existe no espírito do homem, a verdade que o homem guarda no seu espírito, o que revolve o peito e agita o espírito humano”, “põe-nos em presença dos verdadeiros interesses do espírito”.<sup>17</sup>

Sua dificuldade está em atuar sobre a matéria sensível. Pois traduz na pintura, na escultura, na música, na poesia ou nas demais representações plásticas a ideia que os homens têm de Deus em uma época e cultura dadas. Trata-se da presença do absoluto no sensível e no real. Por isso que “a arte é incapaz de satisfazer à nossa exigência última de absoluto”<sup>18</sup>, ela não vai além do objeto que lhe é dado, do sensível particular com sua cor, sua forma, sua sonoridade. Em outras palavras, a arte não ultrapassa o objeto

diretamente apresentado aos sentidos e, com isso, não permite apreender o conceito daquela objetividade no que tem de universal. Toda forma que revestir a ideia mas que não seja a forma absoluta, sempre lhe será uma forma exterior.

Embora ela se destine a exprimir o que Hegel chama de “a verdade inteligível mais elevada”, não consegue alcançar esse objetivo, fracassando em sua tarefa. É exatamente porque a modalidade externa é a própria negação do espírito que a arte não pode se arrogar um alcance exorbitante, como diz Châtelet.<sup>19</sup> Portanto, o espírito geral, essencial, absoluto, não pode ser perfeitamente expresso na arte.

Ao ser definida como uma dimensão inferior da vida espiritual, dado que a intuição é um veículo inferior para a expressão do absoluto, como foi destacado, a arte pertenceria a uma época já ultrapassada da história humana, conforme Hegel chega a afirmar. Diz ele, em seus Cursos de Estética, que a arte não possui mais a importância que teve, considerada em sua mais nobre vocação, é uma coisa do passado.<sup>20</sup> Embora admire a arte, afirma ser ela disciplina ultrapassada e diz que “os bons tempos da arte grega e a idade de ouro da última Idade Média são idos. As condições gerais do tempo presente não são favoráveis à arte”.<sup>21</sup>

Depois da estética, há uma esfera superior que é a religião. A religião de um povo não é simplesmente uma crença, mas sim a expressão do conhecimento que esse povo tem de si e de sua relação com o mundo.<sup>22</sup> Na religião, diz Hegel, “o homem eleva-se acima dos seus interesses particulares, acima das suas opiniões, representações, tendências pessoais, acima do saber individual, para a verdade, quer dizer, para o espírito que é em si e para si”.<sup>23</sup>

Ao colocar o divino na interioridade da alma e, portanto, ao ultrapassar a dimensão em que ele é colocado na exterioridade dos materiais sensíveis, nos aproximamos com mais propriedade do divino, pois saímos da materialidade da arte e chegamos à espiritualidade do sujeito. Nesse sentido, a religião representa um progresso em relação à arte, pois o absoluto se desloca da objetividade da arte para a esfera da subjetividade.<sup>24</sup> A religião pode

ir mais longe que a arte, pois procurará exprimir o divino não mais num material sensível, totalmente alheio a ele, mas no elemento da consciência de um sujeito, numa interioridade: a da fé, que é um estado de consciência pessoal situado no sentido interno, isto é, no tempo e não mais na exterioridade de uma matéria situada no espaço.<sup>25</sup>

r mais longe que a arte, pois procurará exprimir o divino não mais num material sensível, totalmente alheio a ele, mas no elemento da consciência de um sujeito, numa interioridade: a da fé, que é um estado de consciência pessoal situado no sentido interno, isto é, no tempo e não mais na exterioridade de uma matéria situada no espaço.<sup>25</sup>

Por isso Hegel rebate a tese de que a religião seria uma invenção de alguns sacerdotes para enganar o povo ou produto da arbitrariedade, do engano<sup>26</sup>. Para ele, a religião é uma elevada produção da consciência humana.

Nesse sentido, se a arte exprime a verdade inteligível superior naquilo que lhe é exatamente contrário, qual seja, a sensibilidade, “a religião aparece mais próxima do divino autêntico porque este agora está situado na subjetividade. A religião nos eleva do estético, do sensível, para o espiritual.”<sup>27</sup>

Daí a razão pela qual Hegel reprova o fato da religião grega fazer uso da representação dos deuses nas estátuas de mármore ou pintadas sobre tela ou madeira, isto é, reduzi-los a uma forma puramente externa; como luterano que é, exalta que a eucaristia só é divina na fé (não sendo possível fazer uma adoração da hóstia) e afirma que as imagens de santos não passam de pedras e barros, isto é, de coisas materiais.<sup>28</sup>

A destinação capital da religião seria elevar o indivíduo ao pensamento de Deus, provocar sua união e assegurá-lo dessa unidade. Nela, a consciência se projeta sobre a essência absoluta. Na devoção e no culto, o homem “se eleva à consciência de unidade com sua essência, adquire o sentimento ou a confiança de desfrutar da graça de Deus”<sup>29</sup>, experimentando uma reconciliação entre homem e Deus e desfrutando dessa unidade.

Os grandes místicos cristãos, ao relatarem suas experiências de comunhão com Deus, tentaram exprimir a inseparabilidade entre sua consciência e a de Deus. Eles nos contam como Deus os penetra e se faz presente em cada um, em uma união perfeita. Na experiência de êxtase de Santa Teresa d’Ávila já não há mais a mínima distância entre sua alma e Deus. Deus está lá e ela está nele. Não há mais mistério, mas sim uma perfeita reconciliação, de onde decorre uma imensidade de alegria, um êxtase. Diz-nos ela:

Quis o senhor que eu tivesse algumas vezes essa visão: eu via um anjo perto de mim, do lado esquerdo... Vi que trazia nas mãos um comprido dardo de ouro, em cuja ponta de ferro julguei que havia um pouco de fogo. Eu tinha a impressão que ele me perfurava o coração com o

dardo algumas vezes, atingindo-me as entranhas. Quando o tirava, parecia-me que as entranhas eram retiradas, e eu ficava toda abrasada num imenso amor de Deus. A dor era tão grande que eu soltava gemidos, e era tão excessiva a suavidade produzida por essa dor imensa que a alma não desejava que tivesse fim nem se contentava senão com a presença de Deus... É um contato tão suave entre a alma e Deus que suplico à Sua bondade que dê essa experiência a quem pensar que minto.<sup>30</sup>

Quis o senhor que eu tivesse algumas vezes essa visão: eu via um anjo perto de mim, do lado esquerdo... Vi que trazia nas mãos um comprido dardo de ouro, em cuja ponta de ferro julguei que havia um pouco de fogo. Eu tinha a impressão que ele me perfurava o coração com o dardo algumas vezes, atingindo-me as entranhas. Quando o tirava, parecia-me que as entranhas eram retiradas, e eu ficava toda abrasada num imenso amor de Deus. A dor era tão grande que eu soltava gemidos, e era tão excessiva a suavidade produzida por essa dor imensa que a alma não desejava que tivesse fim nem se contentava senão com a presença de Deus... É um contato tão suave entre a alma e Deus que suplico à Sua bondade que dê essa experiência a quem pensar que minto.<sup>30</sup>

Entretanto, a despeito do esforço e da experiência mística, para Hegel a religião, ou mesmo o misticismo, ainda não nos permite alcançar a expressão mais elevada de Deus:

De fato, as parábolas, os mitos e os símbolos por mais profundos que sejam continuam a girar em torno da coisa mesma sem apreendê-la verdadeiramente. Embora se fale do divino, fala-se de modo velado, como se fosse para crianças pequenas, como se não sáísse do sentido figurado e não fosse nunca capaz de exprimir o sentido próprio.<sup>31</sup>

De fato, as parábolas, os mitos e os símbolos por mais profundos que sejam continuam a girar em torno da coisa mesma sem apreendê-la verdadeiramente. Embora se fale do divino, fala-se de modo velado, como se fosse para crianças pequenas, como se não sáísse do sentido figurado e não fosse nunca capaz de exprimir o sentido próprio.<sup>31</sup>

Na teologia, o espírito é consciente de si, é “consciente de uma entidade exterior ao homem, de um além, de uma divindade transcendente, extramundana, supra-humana”.<sup>32</sup> A religião considera o espírito fora do ho-

mem, transcendente a ele. Ou seja, na religião há ainda um contraste entre Deus e o homem. Deus é distinto do homem e, de certo modo, estranho a ele, estando num mais além. Daí a importância do culto e da adoração, pois com eles o homem se eleva a Deus e forma uma unidade com Ele, reconciliando-se e anulando a distância que os separa.

De todo modo, na religião o absoluto é ainda um objeto que está no mais além e por isso estamos na esfera da representação. Deus é representado ao homem. A verdade absoluta possui uma representação sensível porque é uma imaginação do espírito. Sendo produto de uma fantasia fabuladora, e não o pensar puro. Permanecer na representação é permanecer em um ponto de vista não espiritual e, por isso, a filosofia não lançará mão da função fabuladora da imaginação, mas apenas dos conteúdos do pensamento.

Daí nos encaminhamos para a terceira dimensão do espírito: a filosofia, a “floração suprema”<sup>33</sup> do espírito, sua expressão mais alta e mais sistemática. De acordo com a concepção hegeliana, apenas a filosofia com sua atividade conceitual pode expressar adequadamente o divino. Somente a filosofia é capaz de realizar a tarefa de pensar e exprimir o absoluto, já que é de ordem espiritual, inteligível e, como tal, é quem melhor manifesta a divindade.<sup>34</sup>

Por mais que a religião consiga alcançar o saber absoluto, ainda que seja fundada na mais alta reflexão, ela permanece no imediato. E será justamente no momento em que perder essa imediaticidade que ela se tornará ciência filosófica.

Em outros termos, com a religião nos tornamos conscientes da essência absoluta em geral, mas com a filosofia aparece a essência absoluta em si e para si mesma, a consciência de si do espírito.<sup>35</sup> Com a filosofia, é chegada a hora de conceber conceitualmente o que o espírito religioso apenas fixou na representação<sup>36</sup> ou na imaginação. E conseguiremos, por intermédio do pensamento puro, do conhecimento intelectual apartado de toda fantasia fabuladora, obter a percepção do espírito universal, isto é, de Deus.

A religião, com a devoção e o culto, pretende apropriar-se da essência absoluta, enquanto a filosofia leva adiante essa conciliação pela consciência pensante. Abandonamos a expressão de uma sensação surda e vaga para dar lugar à expressão mais objetiva de todas: ao pensamento.<sup>37</sup> Diz-nos Hegel: quando dizemos “oremos”, o que experimentamos é uma lembrança da sensação de reconciliação; mas quando dizemos “pensem em Deus”, expressamos algo mais: “o conteúdo absoluto deste sentimento substancial,

o objeto que se distingue da sensação como um movimento subjetivo e consciente de si mesmo.”<sup>38</sup> Com a atitude religiosa permanecemos na representação, enquanto que na atitude do pensamento, vale dizer, filosófica, atingimos o espírito.

Na compreensão de Kojève, a essência absoluta não pode ser compreendida a partir da interpretação puramente teísta<sup>39</sup>, isto é, identificando espírito (*Geist*) a Deus. Se, de acordo com a interpretação religiosa, esse espírito é Deus não humano, exterior ao homem, na concepção filosófica o espírito é o espírito humano, a própria humanidade. E, nesse sentido, a religião seria exatamente a esfera em que a essência absoluta (*absolutus wesen*) é interpretada como não homem, como exterior ao homem. O homem religioso se compreende como oposto ao *wesen*, isto é, como consciência, como *bewusstsein*.<sup>40</sup>

Aliás, se podemos falar de uma história da religião é exatamente porque a própria noção de Deus se transformou no correr da história. Essa evolução concorre no sentido de desaparecimento da religião e surgimento da antropologia, dado que o que se objetiva é a supressão da transcendência, “a compreensão do espírito já não como divino, mas sim como humano”.<sup>41</sup> Ao chegar nesse momento histórico, o homem compreende não que foi criado por Deus, mas que ele, homem, criou Deus. Em outras palavras, no cristianismo Deus se faz homem, mas no hegelianismo o homem se faz Deus.

Essa progressão da história da religião culmina com o cristianismo, que Hegel chama de religião revelada, pois nele há uma antropomorfização da ideia de Deus, que passa a ser uma pessoa. Ou seja, a figura de Jesus Cristo expressa a pessoalidade de Deus, na visão hegeliana, e é um passo além na compreensão da essência absoluta, afinal, concebendo-o como homem já se faz presente a ênfase do lado humano do espírito. Entretanto, embora a concepção divina aqui esteja humanizada, ela ainda não está plenamente identificada ao homem.

Sendo assim, a revelação teológica do espírito é menos perfeita que a revelação da ciência hegeliana. Na religião o homem é apenas consciência exterior, enquanto na filosofia ele é consciente de si para si: “a ciência hegeliana é o saber absoluto no e pelo qual o próprio espírito se revela a si próprio tal qual é.”<sup>42</sup> É a filosofia que conseguirá trazer o divino para a interioridade do sujeito, ou melhor, identificar o próprio sujeito a esse espírito absoluto. No pensamento, Deus e o sujeito formam uma unidade; na metafísica, em seu momento racionalista mais elevado, o espírito recebe sua verdadeira consagração.

Na religião, a verdade é entregue ao homem por Deus. Deus revela ao homem a verdade que este não é capaz de produzir por si mesmo, e o homem deve ter humildade suficiente para ir buscá-la<sup>43</sup> (Coríntios 2, 10). Logo, a verdade é exterior ao homem. A verdade revelada situa-se no mais além e geralmente necessita-se de um profeta ou de um enviado divino para revelá-la aos homens.

Aqui, novamente, podemos ressaltar a diferença fundamental do cristianismo, pois nele Cristo não é um personagem histórico que transmite uma mensagem, mas é o próprio Deus se fazendo homem.

Na filosofia trata-se de conhecer o que verdadeiramente é, isto é, o absoluto. Ora, o absoluto já está em si e para si em nós<sup>44</sup>, ele já nos toca intimamente. Então, o absoluto não resiste à exploração na filosofia; ao contrário, ele quer se manifestar. Como nos diz Heidegger, “o aparecer é a vontade essencial do espírito”.<sup>45</sup> Em outras palavras, o absoluto já está em nós e quer estar em nós.

Para o religioso a totalidade do ser está fora dele e, mesmo no cristianismo, Deus permanece transcendente, um corpo místico diferente da realidade humana. Logo, na religião há um saber absoluto, mas não um saber de si. Não se pode falar ainda de um conhecimento porque no conhecimento o eu cognoscente é o eu conhecido.<sup>46</sup>

O espírito é a verdade essencial e “o elemento onde o espírito absoluto se mostra como saber absoluto é a consciência”.<sup>47</sup> O homem se reduz a seu saber total, ele mesmo é o todo. Fica, então, superada a oposição entre objeto do saber absoluto e seu sujeito, isto é, o sujeito que o possui em favor de uma coincidência do sujeito com o objeto do saber.

A tradição filosófica, portanto, opôs sujeito e objeto, mas só quando ultrapassarmos essa oposição, segundo Hegel, teremos condição de sair da esfera religiosa e atingir a esfera filosófica, na qual o homem vê que a realidade essencial absoluta também é a sua. Nesse sentido, não haverá mais oposição entre ela e o homem. Aqui, a própria noção de transcendência é suprimida: “o homem agora é ateu. Sabe que ele, e não Deus, é a realidade essencial do mundo.”<sup>48</sup>

É preciso compreender que, na medida em que me diferencio da natureza, sou apenas um espírito finito, mas depois, quando me descubro como produtor da própria natureza, sou espírito infinito, absoluto. E por isso o espírito absoluto não se encontra em oposição à natureza, mas antes é “a união de si próprio com a natureza”.<sup>49</sup> Tem fim, assim, toda a alteridade; a

própria oposição sujeito-objeto é ultrapassada em nome de uma síntese, de uma conciliação do espírito consigo mesmo, o que o torna capaz de formar o conceito de si para si. “O espírito absoluto é essa totalidade, verdade suprema.”<sup>50</sup>

Por isso Kojève diz que a religião, ou a teologia, é uma dimensão da vida espiritual que será ultrapassada pela antropologia. Aliás, o iluminismo já havia revelado isso.<sup>51</sup> A antropologia lhe revela sua própria realidade essencial. Eis a ciência da lógica de Hegel. Nela, o espírito humano (já que não há outro, pois o homem é espírito<sup>52</sup>) compreende a si mesmo, busca reconhecer-se a si mesmo. A essência da consciência é a autoconsciência e, enquanto tal, não é mera percepção, mas um saber que aparece.<sup>53</sup> Em outras palavras, a essência do meu espírito é meu próprio espírito, e não algo que exista fora dele.<sup>54</sup> Daí que o fim do espírito é que ele compreenda a si mesmo, pensamento que pense a si mesmo, na fórmula hegeliana.

Onde há teologia, há má compreensão, porque na verdade o homem está tomando consciência de si e acredita tomar consciência de um ser espiritual extramundano, supra-humano. “Para Hegel esse espírito é o homem real concreto, isto é, considerado no conjunto de sua atividade consciente criadora, que é a história universal e o Estado. Mas para o religioso esse espírito é uma entidade autônoma, diversa do homem.”<sup>55</sup> E também por isso, na compreensão evolutiva de Hegel, a religião é um fenômeno passageiro.<sup>56</sup>

O espírito é espírito humano e a noção abstrata do espírito é a noção de espírito abstrato, isto é, do homem abstrato. Este inexistente no real, apenas no pensamento. O homem abstrato é a comunidade, o povo, o estado.<sup>57</sup> Diz-nos Kojève: “o homem contempla a si mesmo no espírito objetivo, anteriormente concebido como espírito divino no momento em que compreende que esse espírito é o estado.”<sup>58</sup>

Quando a filosofia se efetua em sua totalidade, o estado dá-se a conhecer tal como é, pois o espírito efetivamente concreto é a comunidade dos indivíduos, das famílias: é o Estado.<sup>59</sup>

A filosofia somente se fecha com esse complemento lógico ou, antes, antropológico. Só assim se chega ao acabamento pleno do saber absoluto. Apenas a filosofia permite ao homem alcançar o que ele é. Nesse sentido, a filosofia pode ser definida como uma antropologia divina ou, antes, como define o próprio Hegel, como uma teologia racional.<sup>60</sup>

Hegel quer o espírito livre e este somente se torna livre quando se percebe a si próprio. O espírito subjetivo livre é o que se reconhece como

espírito divino. Hegel saúda “a aurora de um tempo melhor” em que o espírito possa voltar-se para si próprio e conquistar o solo necessário para o seu reinado.<sup>61</sup>

Em resumo, a pretensão hegeliana é a de se chegar a uma exposição sistemática da ciência, do saber absoluto aspirado pela filosofia desde a sua criação. Acredita ele realizar a última etapa da racionalidade filosófica, e nesse progresso da vida espiritual é preciso ultrapassar a dimensão estética para o pensamento enfim conhecer a liberdade. Aqui a arte está numa dimensão espiritual distinta e mesmo inferior em relação à filosofia. Embora tanto a arte quanto a filosofia objetivem a mesma coisa; a primeira, por sua própria definição, é impotente diante de suas ambições, ao passo que a filosofia é o momento espiritual mais sublime. O pensamento conceitual é aquele que ultrapassou a dimensão artística e tornou-se pensamento livre. No hegelianismo, a conquista da liberdade se relaciona diretamente com a conciliação com a verdade. Ser livre é atingir a verdade absoluta mais inteligível. E esta tarefa somente a filosofia pode atingir.

## **Notas**

<sup>1</sup> Doutora em Filosofia pela UFRJ, Professora Adjunta da Ucam-Centro e Professora Adjunta da FSB-RJ.

<sup>2</sup> Deleuze, 1987, p. 94.

<sup>3</sup> Hegel, 1996, primeira seção, I, p. 28.

<sup>4</sup> Id., *ibid.*, p. 27.

<sup>5</sup> Id., *Estética*, I, II, primeira seção, I, p. 62.

<sup>6</sup> Hegel, 1995, p. 62.

<sup>7</sup> Id., *Estética*, I, II, primeira seção, I, p. 62.

<sup>8</sup> Id., *ibid.*

<sup>9</sup> Id., *Estética*, I, primeira seção, III, p. 42.

<sup>10</sup> Id., *ibid.*, p. 43.

<sup>11</sup> Id., *Estética*, I, II, primeira seção, III, p. 69.

<sup>12</sup> Id., *ibid.*, I, p. 63.

<sup>13</sup> Id., *Estética*, I, primeira seção, III, p. 41.

<sup>14</sup> Id., *ibid.*, p. 41.

<sup>15</sup> Id., *ibid.*

<sup>16</sup> Id., *ibid.*, p. 43.

<sup>17</sup> Id., *ibid.*, segunda seção, II, p. 49.

<sup>18</sup> Id., *ibid.*, p. 43.

<sup>19</sup> Châtelet, 1995, p. 112.

<sup>20</sup> Hegel, *ibid.*, primeira seção, III, p. 38, 44.

<sup>21</sup> Id., *ibid.*, p. 43.

<sup>22</sup> Châtelet, 1995, p. 115.

<sup>23</sup> Hegel, *ibid.*, Primeira parte, I, I, p. 120.

<sup>24</sup> Id., 1995, p. 69; Id., *Estética*, I, Primeira parte, I, I, p. 127.

<sup>25</sup> Ferry, 2008, p.166-167.

<sup>26</sup> Hegel, 1995, p. 63.

<sup>27</sup> Ferry, *op. cit.*, p. 167.

<sup>28</sup> Hegel, 1995, p. 72-73.

<sup>29</sup> Id., *ibid.*, p. 62.

<sup>30</sup> Santa Teresa d'Ávila, "Livro da vida" in *Obras completas*, p. 194.

<sup>31</sup> Ferry, *op. cit.*, p. 167.

<sup>32</sup> Kojève, 2002, p. 201.

<sup>33</sup> Hegel, 1995, p. 55.

<sup>34</sup> Id., *ibid.*, p. 67.

<sup>35</sup> Id., 1988, p. 143.

<sup>36</sup> Timmermans, 2005, p. 161.

<sup>37</sup> Hegel, 1995, p. 68.

<sup>38</sup> Id., *ibid.*, p.68.

<sup>39</sup> Kojève, *op. cit.*, p. 190.

<sup>40</sup> Id., *ibid.*, p. 192.

<sup>41</sup> Id., *ibid.*, p. 224.

<sup>42</sup> Id., *ibid.*, p. 218.

<sup>43</sup> Hegel, 1995, p. 70.

<sup>44</sup> Hegel apud Heidegger, 2007, p. 161. (ww, II, 60)

<sup>45</sup> Heidegger, 2007, p. 145.

<sup>46</sup> Kojève, *op. cit.*, p. 279.

<sup>47</sup> Heidegger, *op. cit.*, p. 165.

<sup>48</sup> Kojève, *op. cit.*, p. 199.

<sup>49</sup> Hegel, 1996, Primeira parte, I, I, p. 118.

<sup>50</sup> Id., *ibid.*, p. 119.

<sup>51</sup> Kojève, *op. cit.*, p. 192.

<sup>52</sup> Hegel, G. W. F. Discurso inaugural pronunciado en la Universidad de Heidelberg, El 28 de octubre de 1816, in

Lecciones sobre La historia de la filosofia p. 5.

<sup>53</sup> Heidegger, op. cit., p. 153.

<sup>54</sup> Hegel, 1995, p. 74.

<sup>55</sup> Kojève, op. cit., p. 221.

<sup>56</sup> Id., *ibid.*, p. 204.

<sup>57</sup> Id., *ibid.*, p. 218.

<sup>58</sup> Id., *ibid.*, p. 224.

<sup>59</sup> Châtelet, op. cit., p. 195.

<sup>60</sup> Hegel, 1996, Primeira parte, I, I, p. 120 e 125.

<sup>61</sup> Hegel, G. W. F. Discurso inaugural pronunciado en la Universidad de Heidelberg, El 28 de octubre de 1816, in Lecciones sobre La historia de la filosofia p.4.

### *Referências Bibliográficas*

CHÂTELET, François. Hegel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

\_\_\_\_\_. História da Filosofia – Ideias e doutrinas. Volume I. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1974.

DELEUZE, Gilles. Proust e os signos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

FERRY, Luc. Vencer os medos. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Estética I. In: Coleção Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

\_\_\_\_\_. Fenomenologia do espírito. Parte II. Rio de Janeiro: Vozes, 1988.

\_\_\_\_\_. Lecciones sobre la historia de la filosofia. Volume I. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura, 1995.

HEIDEGGER, Martin. Hegel. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007.

KOJÈVE, Alexandre. Introdução à leitura de Hegel. Rio de Janeiro: Contraponto/ EDUERJ, 2002.

SANTA TERESA D'ÁVILA. Obras completas. São Paulo: Loyola, 1995.

TIMMERMANS, Benoît. Hegel. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.

# O DIREITO EM TEMPO DE TERROR

---

*Igor Pereira*<sup>1</sup>

1. Introdução; 2. Os limites da segurança pública em face do terror; 3. A desconstrução da repressão ao terrorismo; 4. Conclusão; 5. Notas; 6. Referências Bibliográficas.

*“São necessários direitos humanos. Precisamos deles e eles são precisos, pois há sempre uma carência, uma falta, uma penúria, uma insuficiência; os direitos humanos jamais são suficientes.”*

*Jacques Derrida*

## *1. Introdução*

Mudanças sociais transformam o direito. A frase é óbvia. A correlação, simples. As implicações e as resistências do processo é que são complexas. Se por um lado é fácil constatar que novas exigências sociais criam e modificam normas – com a esperança de atingir resultados propícios –, por outro, a rapidez das transformações torna a compreensão do processo complexa, o que dificulta a criação de modos razoáveis de se lidar com tudo o que está envolvido.

Como o sistema criminal lida com o terror contemporâneo? O terrorismo é uma pressão quase externa<sup>2</sup> ao sistema político dominante, que

---

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2012/17) n.17: 63-73 - UCAM (Rio de Janeiro)

provoca fortes rearranjos internos impulsionados pelo desejo de segurança. Essa força é capaz de comprimir o desejo de democracia e abertura, relativizando as liberdades públicas e a tolerância às diferenças em prol de uma vida unida e segura (“United We Stand”<sup>3</sup>). Tem-se a partir daí uma política de segurança autônoma, caracterizada pela tendência a se fechar em si mesma, no coração da democracia. Em seu interior, porém apartada dela. Limitada pela organização dos poderes do Estado; contudo, liberta dos princípios basilares do *Bill of Rights*.

Na política interna e em parceria com a política externa da guerra, o Direito Criminal é o mecanismo jurídico por excelência para lidar com o problema do terrorismo. Sua (des)medida configura a estratégia jurídica antiterror interna. É o sistema montado para neutralizar as ameaças no território nacional. Entretanto, há que se ter cuidado para que as políticas de segurança excepcionais não se tornem regra; mas que, enquanto exceções, elas mantenham a democracia ininterrupta, respeitando os direitos fundamentais estabelecidos no país. Nessa trilha, será que a desconstrução tem algo a dizer ao terror e à política antiterror? E como agir para que o Direito Penal não se torne outro terror ao relativizar as garantias individuais e ao expandir o seu âmbito de atuação penal? Tais reflexões serão deslocadas e problematizadas nesse artigo, a partir das considerações tratadas por Jacques Derrida no pós 11 de setembro de 2001, na obra “Filosofia em Tempo de Terror”<sup>4</sup>.

## ***2. Os limites da segurança pública em face do terror***

Ao se pensar os ataques terroristas às Torres Gêmeas e ao Pentágono como marco para a existência de uma nova estrutura jurídico-penal, deve-se ter em conta que esse evento foi um ponto de referência (*fait date*) sem precedentes (*unprecedented*)<sup>5</sup>, isto é, uma data histórica, um acontecimento singular. À luz do Direito, pode-se considerar o 11 de setembro de 2001 como fato gerador de uma estrutura jurídico-penal excepcional, seja pela conjuntura político-social ensejar um novo tratamento às pessoas consideradas “perigosas” para o sistema, seja pelo marco de restrição às imigrações na esfera global, tendo como enfoque a suspeita do outro, do diferente como possível portador da insígnia “terrorista”.

Sem desconsiderar o número de mortos no episódio ou simplificar a reação do sistema criminal norte-americano, taxando o plano de desarrazoado e opressivo, é preciso verificar se a questão do controle do “terrorismo” necessita de relativização das liberdades públicas ou se é possível esquema-

tizar um sistema de segurança sem impor um estado de exceção tão gravoso aos direitos fundamentais.

A questão não é justificar ou condenar a reação norte-americana, mas problematizá-la e contextualizá-la no interior de um novo paradigma, complexo, de terrenos inseguros. Afinal, desde 1812 os EUA não são alvejados em seu próprio território<sup>6</sup>, o que tornou mais forte a hipótese de insegurança permanente, até por serem, supostamente, o território mais resguardado da ordem global. Não à toa, dez anos depois do atentado, o presidente Barack Obama reforçou a segurança no dia de se prestar homenagens à data. Ele conseguiu aumentar sua popularidade com o assassinato de Osama Bin Laden e, também, ao proferir discursos acerca da vitória sobre o terrorismo. No entanto, a sensação de insegurança e a tragédia humana provocadas pelos ataques não justificam a dicotomia nem se encerram na luta decenal contra o “eixo do mal”, apesar de ser incerta a afirmação de inexistência de qualquer mal. Ao discorrer sobre o assunto, Derrida afirma:

Quando Bush e seus companheiros culpam o ‘eixo do mal’, deveríamos ao mesmo tempo sorrir e denunciar as conotações religiosas, os estratagemas infantis, as mistificações obscurantistas dessa retórica inflada. E, no entanto, existe de fato, e de todo canto, um ‘mal’ cuja ameaça, cuja sombra, está se espalhando. Mal absoluto, ameaça absoluta, porque o que está em jogo é nada menos do que a *mondialisation*, ou o movimento universal do mundo, da vida na Terra e em outras partes, sem sobras.<sup>7</sup>

Apesar de haver essencializações, dicotomias e mistificações no discurso da “guerra ao terror”, é preciso evitar atribuir toda a culpa pelo que veio no pós 11 de setembro à política norte-americana, pois há, verdadeiramente, uma ameaça à ordem mundial, que “não vem mais de um Estado, mas de forças anônimas que são absolutamente imprevisíveis e incalculáveis”.<sup>8</sup> Lidar com esses poderes desterritorializados, mundializados e relativamente desconhecidos é uma tarefa séria, que pode exigir reajustes na política de segurança nacional e internacional. Reajuste que pode ser inclusive uma autocrítica em relação à atual política, uma vez que os EUA participaram do fortalecimento de Osama Bin Laden.

Entretanto, o custo dessa política reajustada deve ser posto à prova da proporcionalidade, verificando se os meios utilizados são apropriados para atingir os fins colimados e se são os menos gravosos possíveis. Ademais, a política de segurança deve ter como limite a dignidade do ser humano, que se apresenta como obstáculo ético à extensão do poder penal do Estado.

É verdade que o apelo à dignidade do ser humano para justificar limitações às políticas dos Estados não é empreendimento novo. No entanto, e por mais que o limite da dignidade seja de difícil especificação<sup>9</sup>, a utilização desse conceito é válida se servir de ponto de partida para a compreensão das questões suscitadas nesse artigo. Ora, há no *Bill of Rights* da Constituição norte-americana e nas Normas Internacionais de Direitos Humanos uma série de direitos de defesa do particular em face do Estado, constituindo os direitos e garantias fundamentais de primeira dimensão, que abrangem, dentre outros, a liberdade, a propriedade e os mecanismos jurídicos que lhes asseguram.

O jurista Ingo Wolfgang Sarlet assim delimita a dignidade do ser humano:

(...) tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a tela da vida.<sup>10</sup>

Esse conceito tem a virtude de deixar em trânsito os limites da dignidade, provendo-a com um núcleo multifacetado e integrado por diversos direitos e deveres fundamentais que, em grande parte, são positivados nas Constituições dos Estados. Isso confere certa objetividade em consonância com uma necessária abertura conceitual, capaz de abranger o pluralismo cultural, a existência das diferenças<sup>11</sup> e a própria experimentação do ser humano diante de sua condição existencial, que abrange os tratos do corpo, os ensaios com a consciência e as invenções de novas possibilidades de fruir a vida. Um conceito de dignidade precisa ser digno, ou seja, deve se esforçar ao máximo para *existir para o outro*, dando margem a múltiplas interpretações e contendo uma insegurança para a abertura, uma fluidez em seu cerne, apto a preencher o passado, o presente e o futuro das diferenças da humanidade.

Tem-se na dignidade do ser humano, portanto, uma delimitação aberta dos direitos fundamentais, a qual contém conceitos jurídicos indetermina-

dos, a previsão da necessidade de haver condições mínimas de vida sustentável, capazes de por si só deixar o outro viver, ser e experimentar, além de propiciar a participação política de todos, promovendo encontros. É um conceito que não se fecha no mesmo, mas se abre para o outro, por isso o adotei como ponto de partida.

Uma política de segurança pública interna em face do terror pode realizar reajustes capazes de lidar com as “táticas terroristas”, contanto que eles sejam adequados para atingir os fins colimados, utilizem os meios menos gravosos possíveis e tenham como obstáculo ético a dignidade do ser humano, que, evidentemente, fragiliza a ação estatal em relação ao “terrorismo”, porém mantém intacto o núcleo das liberdades públicas. Essa limitação da ação estatal em relação à ilimitação da ação terrorista é *conditio sine qua non* para mitigar a lógica repressiva em situações desse naipe, isto é, violentas, emotivas e excepcionais. Uma atitude puramente violenta contra o terror pode apenas perpetuar e reproduzir a sua lógica, em vez de problematizá-la e questioná-la. Nas palavras de Derrida: “(...) sabemos agora que a repressão, tanto no seu sentido psicanalítico quanto no político – seja através da polícia, dos militares ou da economia –, acaba produzindo, reproduzindo e regenerando justamente a coisa que pretende desarmar.”<sup>12</sup>

Uma reação puramente aguerrida e bélica contra o terror, sem considerar os avanços em matéria de direitos fundamentais, apenas leva a um estado de suspensão da civilização em alguns territórios demarcados ou para algumas pessoas determinadas, instaurando uma ideologia de guerra incapaz de estabelecer um estado de paz. Essa ideologia de guerra se confunde com o próprio sistema penal, que passa a ser mais um instrumento para a identificação e anulação do inimigo. O seu estatuto de garantia da liberdade é despedaçado. Essa medida é questionável se entendermos que política de segurança deve ter como fim a efetivação dos direitos fundamentais, a partir do resgate ou da manutenção de um estado de paz com vozes, e não a estruturação pura e simples do seu manifesto na restrição das liberdades públicas.

Uma política de segurança contra o terror implica na adoção de medidas não terroristas e não apenas contraterroristas, ou seja, na expurgação do que ele representa no que tange à violência. Isso somente pode ocorrer com estratégias político-criminais que respeitem as liberdades públicas, mantendo viva a democracia. O Direito em tempo de terror deve continuar sendo Direito, resistindo à sua transformação em Terror de Estado. A soma de atos de terror certamente levará à perpetuação da “lógica terrorista”. Por mais que em determinados casos sejam plausíveis reajustes na

política criminal, para lidar com novas ameaças, há que se implementá-los sempre com o desejo de democracia e abalizado, tanto quanto possível, em uma política da amizade.

### ***3. A desconstrução da repressão ao terrorismo***

Em regra, atos tidos como terroristas possuem demandas que não podem ser reprimidas pura e simplesmente por uma política contraterrorista estatal. Tal atitude apenas reproduziria o terror, causando dor e opressão no mundo.

O terror é próprio do medo, do espanto, está intrinsecamente ligado ao que atemoriza. Uma guerra contra o “terrorismo”, então, concretiza o mesmo terror que combate. Reproduz-se uma lógica puramente repressiva, que suprime as demandas. Nesse sentido, é preciso que se faça uma separação entre os atos violentos de terror e as suas demandas subjacentes.

As demandas subjacentes aos atos de terror não podem ser reprimidas e rechaçadas sem o mínimo de análise, como se simplesmente integrassem o ato violento. A problematização das motivações dos atos terroristas é um passo importante para a dimensão da reação. Isso não significa dizer que as demandas serão aceitas, mas sim que serão consideradas, pois é um pleito crucial do outro, que pode até mesmo se suicidar para atingi-lo. A demanda pode ser absurda ou desproporcional, mas existe e é preciso encontrar meios de lidar com ela, sem que seja sempre necessário o uso da força. Explica Derrida: “Podemos condenar incondicionalmente certos atos de terrorismo (sejam eles de Estado ou não), sem ter de ignorar a situação que poderia provocá-los ou até mesmo legitimá-los.”<sup>13</sup>

No conflito interno, deve-se evitar a tentação de transformar o Direito Criminal em política interna de guerra, que possua uma lógica criminal apartada dos direitos fundamentais. As estratégias de defesa devem se autolimitar para que o *conatus* do terror não se perpetue em um círculo vicioso que envolve o Estado e os denominados “terroristas”. Essa autolimitação consiste em lutar pela carta de direitos, na mesma medida em que rechaça a violência.

A luta contra a violência jamais envolve a simples repressão. Se a repressão existe, e em alguns momentos ela se torna irremediável, jamais se basta. Qualquer medida repressiva precisa vir em conjunto com a afirmação dos direitos fundamentais. Essa estratégia é a “velha espada de dois gumes”, que simboliza a atuação do sistema criminal. Ao efetivar uma ideia imper-

feita, humana, de justiça, relativiza-se a liberdade, a integridade e a vida, pondo-as em xeque. O Direito Criminal incide na liberdade; porém, não pode desistir das garantias que são parte crucial das regras do jogo, sob pena de se tornar mero instrumento de terror de Estado. Mais uma vez, o terror não é privilégio dos “terroristas”, ele pode ser criado, gerido e efetivado pelo próprio Estado. Na assinatura de Derrida:

Sem dúvida pode-se dizer que nem toda experiência de terror é necessariamente o efeito de algum terrorismo. Com certeza, mas a história política da palavra ‘terrorismo’ deriva em grande parte de uma referência ao reinado do Terror durante a Revolução Francesa, um terror conduzido em nome do estado e que de fato pressunha um monopólio legal da violência. (...) Todo terrorista no mundo alega que está reagindo em legítima defesa a um terrorismo anterior da parte do estado, um terrorismo que simplesmente assumiu outros nomes e se acobertou com todo tipo de justificações mais ou menos críveis.<sup>14</sup>

São dois os pontos que devem ser realçados acerca dessa questão: a) o direito deve se voltar contra o terror e não contra o “terrorismo”; b) o conceito de “terrorismo” não pode abarcar e, por consequência, criminalizar qualquer direito de resistência contra a ordem estabelecida.

O direito e sua promessa de justiça, que nele não se encerra ou se exclui, veda o terror, qualquer que seja, pois o terror solapa as dignidades, a possibilidade do outro vir a ser. A violência do terror, sempre “em nome de algo”, precisa encontrar na justiça um obstáculo ao seu processo; todavia, esse terror não é tão somente objeto de combate do Estado, podendo existir em seu cerne mesmo, na sua política. Além disso, o conceito de “terrorismo” não pode ser manipulado pelo Estado ou por organizações internacionais para legitimar a ordem e suprimir a resistência. Não se pode chamar de ‘terrorismo’ “qualquer resistência política organizada aos poderes estabelecidos (...), de modo que uma coalização armada pudesse então ser convocada para combater o chamado ‘terrorismo’”<sup>15</sup>.

No âmbito do direito interno, o sistema criminal não pode se entregar ao terror; senão, ele mesmo se tornará um. A defesa dos princípios é o limite dos reajustes<sup>16</sup>. As estratégias contra o terror devem respeitar o tempo do processo legislativo, mesmo que em caráter emergencial. A persecução criminal deve rechaçar a criação de inimigos estereotipados, utilizando-se da tecnologia para criar estratégias de controle despersonalizadas, que não criem um ambiente discriminatório nem hostil para as minorias políticas.

A proporcionalidade deve moderar nas medidas tomadas, servindo como balança da política criminal. Sem esquecer que a ideia de dignidade desestrutura a balança da proporcionalidade, vedando qualquer cálculo que ponha em risco a existência sustentável do outro. Em relação à palavra *outro*, Derrida realiza uma interessante abordagem:

Os chamados ‘terroristas’ não são nesse contexto ‘outros’; outros absolutos que nós, ‘ocidentais’, não conseguimos mais entender. Não devemos esquecer que eles foram frequentemente recrutados, treinados e até armados; e, por um longo tempo, de várias maneiras ocidentais, isso foi feito por um mundo ocidental que, em si, no curso de sua história antiga, bem como da mais recente, inventou a palavra, as técnicas e a ‘política’ do ‘terrorismo’.

Os “terroristas”, portanto, utilizam-se dos recrutamentos, das técnicas e das tecnologias ocidentais para fazerem valer as suas demandas, além de acusar os próprios sistemas ocidentais de os terem levado a tais medidas. Para Derrida, é possível entender sua batalha e suas técnicas, pois são movidas em razão da própria condução da política ocidental. O Direito Criminal, enquanto instrumento contrário ao terror, não pode se utilizar das mesmas técnicas terroristas, devendo respeitar a lei que o cria e os valores constitucionais emanados dela. Sendo fruto da política, deve lutar por uma promessa de justiça que envolva a autocontenção e sua incidência – sua incidência enquanto autocontenção e sua autocontenção enquanto incidência.

#### **4. Conclusão**

Os direitos fundamentais, vertical e horizontalmente considerados, consubstanciam a “reserva de justiça” da Constituição, como leciona Canotilho. Considerando o limite da ambivalência da pena em relação aos valores fundamentais, faz-se crucial uma leitura cuidadosa e temperada do Direito Criminal Positivo, para que ele não seja mero mecanismo de opressão e se apresente como instrumento excepcional de manutenção emergencial da estrutura dos valores da vida.

A “guerra contra o terrorismo” pode ser apresentada como motivo para a desconexão do Direito Criminal dos seus valores constitucionais. O temor diante do “terrorismo” e a tentação por soluções rápidas podem acarretar na supressão dos princípios penais e dos seus valores constitucionais

subjacentes, em prol de uma estratégia mais célere e rígida de contenção de ameaças.

Mesmo diante do “terrorismo”, defendo a permanência dos direitos e garantias de primeira dimensão, traduzidos nos princípios penais e processuais penais. As ameaças podem levar a reajustes da política criminal, uma vez que novos e velhos ataques podem exigir estratégias de defesa inventivas e, excepcionalmente, mais rígidas.

É preciso lidar com o terror. O sistema criminal tem um papel a cumprir nessa matéria, porém ele não representa a única instância de defesa. É possível, é preciso, haver defesa sem supressão dos direitos fundamentais, pois a promessa da civilização acerca da existência de algum futuro deve subsistir. Isso não aparece com a rigidez da defesa, mas com a amplitude da liberdade. Antes de tudo, a liberdade é necessária para lidar com o terror. É ela que nos diferencia do temor, deixando-nos alegres.

## 5. Notas

<sup>1</sup> Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Público e Privado pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ). Professor de Direito Constitucional Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito Penal e de Direito Constitucional da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Ex-Pesquisador da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado Tributarista e Criminalista. E-mail: igor@uerj.br

<sup>2</sup> Derrida chama a atenção para o fato de que a agressão vem como se fosse de dentro. A saber, Borradori, 2004, p. 104-105: “(...) não só o território, isto é, a figura literal da fundação ou do fundamento dessa ‘força de lei’, é visto como *exposto* à agressão, mas a agressão da qual é o objeto (o *objeto exposto* precisamente à violência, mas também, ‘em um laço’, às suas próprias câmeras segundo os seus próprios interesses) vem *como se fosse de dentro*, de forças que estão aparentemente sem qualquer força própria, mas que são capazes de encontrar os meios, por ardil e pela implementação de conhecimentos *high-tech*, para ter acesso a uma arma americana em uma cidade americana, no espaço de um aeroporto americano”.

<sup>3</sup> Essa frase foi mote de diversos movimentos norte-americanos após a queda das Torres Gêmeas, em 11 de setembro de 2001. Temos como exemplos o memorial “In God We Trust, United We Stand”, em Beaumont, Texas, e o concerto beneficente realizado em 21 de outubro de 2001, também denominado “United We Stand”. No entanto, nesse mesmo show, ocorreu certo desmonte da ideia de fechamento pela existência do inimigo externo, por mais que simbólica. O vo-

calista da banda Aerosmith, ao iniciar a sua participação no evento, proferiu as seguintes palavras: “*This is America and we got something that you can’t kill. That is the spirit of freedom, love, god, liberty and the pursuit of Rock and Roll*”. Nesse momento, a contracultura do rock, por ele representada, mesmo multifacetada e temperada pelo *show business*, diante de uma profunda ferida nacional, em que é esperada uma resposta violenta, a conteve em medida e preferiu apontar para a manutenção da liberdade e do amor.

<sup>4</sup> Borradori, op. cit.

<sup>5</sup> Id., *ibid.*, p.95.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>9</sup> Sarlet, 2011, p. 39.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>11</sup> Para mais informações sobre esse assunto, recomenda-se a leitura de Honneth, Axel. Luta pelo reconhecimento – A gramática moral dos conflitos sociais. Rio de Janeiro: Editora 34, 2003.

<sup>12</sup> Borradori, op. cit., p. 109.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>16</sup> Pereira, 2012.

## 6. Referências Bibliográficas

BORRADORI, Giovanna. Filosofia em tempo de terror – Diálogos com Habermas e Derrida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO; Elizabeth. De que amanhã: diálogo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

- \_\_\_\_\_. Force de Loi: le “fondement mystique de l’autorité”. *Cardozo Law Review - Deconstruction and the Possibility of Justice*, New York, v. 11, n. 5-6, p. 920-1045, Jul/Ago. 1990.
- PEREIRA, Igor. *Princípios Penais*. Salvador: Juspodivm, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO (Orgs.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

# POPULAÇÕES INVISÍVEIS

---

*José Augusto Galdino da Costa<sup>1</sup>*

1. Considerações iniciais; 2. O Estado e suas funções; 3. Indivíduo e pessoa – o lugar do homem na sociedade brasileira; 4. O Estado e as populações invisíveis; 5. Conclusão; 6. Notas; 7. Referências Bibliográficas.

## *1. Considerações iniciais*

Para a abordagem que se fez neste ensaio, levaram-se em conta as observações feitas a partir de evidências constatadas ao longo de vários encontros e informações aparentemente ocorridas ao acaso.

A preocupação com a elaboração de teorias ou com a comprovação científica dos processos sociais de “invisibilidade” ou exclusões sociais foi posta em segundo plano, e a leitura dos Mestres sobre o tema serviu, às vezes, de base para definir alguns fenômenos sociais, sempre tendo por princípio que as respectivas definições significam um corte no tempo e no espaço, nada tendo de definitivas.

As “invisibilidades”, pois, são múltiplas e um tema em aberto, podendo ser consideradas a partir dos indivíduos e das várias espécies viventes que compõem o complexo verificado no planeta Terra. Algumas dessas “invisibilidades”, certamente, jamais serão estudadas por completo.

## ***2. O Estado e suas funções***

Norberto Bobbio, nos estudos que desenvolveu a partir de Kant sobre a finalidade da história humana, afirma a tendência à constituição de uma sociedade jurídica, entendendo por direito o conjunto das condições para a coexistência das liberdades externas, abrangendo não somente os indivíduos nos Estados, mas também os Estados entre si.

Assim, o desenvolvimento das liberdades individuais no âmbito de um sistema jurídico é a condição fundamental para o progresso da humanidade. Citando Kant: Somente na sociedade, e precisamente naquela sociedade na qual há, de um lado, a máxima liberdade juntamente com um antagonismo geral dos seus membros e, por outro lado, a mais rigorosa determinação dos limites de tal liberdade para que ela possa coexistir com a liberdade dos outros..., somente numa tal sociedade o fim supremo da natureza, ou seja, o desenvolvimento de todas as faculdades, pode ser alcançado pela humanidade.

Na opinião expressa por Bobbio, esse estado da humanidade é alcançado por meio de duas grandes etapas: a primeira é a saída dos indivíduos do estado de natureza e a constituição dos Estados; a segunda é a saída dos Estados da condição natural e a constituição de uma sociedade jurídica universal. A primeira já foi alcançada: é um evento que pode ser observado com legítimo orgulho. A segunda é o ideal supremo da história futura, para o qual os homens de boa vontade devem tender, assim como para o ideal moral de cuja consecução dependem o desenvolvimento e a estabilidade da civilização humana.<sup>2</sup>

Esse estado da humanidade, no Brasil, em que os indivíduos saíram do estado de natureza e passaram a constituir o Estado, representa apenas o primeiro passo de uma longa jornada em direção ao respeito à própria condição humana de todos os que se colocam sob o próprio Estado.

Com propriedade, observou Ayn Rand, jornalista e pensadora russa, naturalizada americana: Quando você perceber que, para produzir, precisa obter a autorização de quem não produz nada; quando comprovar que o dinheiro flui para quem negocia não com bens, mas com favores; quando perceber que muitos ficam ricos pelo suborno e por influência, mais do que pelo trabalho, e que as leis não nos protegem deles, mas, pelo contrário, são eles que estão protegidos de você; quando perceber que a corrupção é recompensada, e a honestidade se converte em autossacrifício; então poderá afirmar, sem temor de errar, que sua sociedade está condenada.<sup>3</sup>

Se existem desigualdades que podem ser notadas, outras são ignoradas ou ficam invisíveis simplesmente.

### ***3. Indivíduo e pessoa – o lugar do homem na sociedade brasileira***

Do ponto de vista do fenômeno humano, a nosso ver, Pierre Bordieu observa com propriedade que é mais fácil pensar em termos de realidades que podem, por assim dizer, ser vistas claramente, grupos, indivíduos, do que pensar em termos de relações. É mais fácil, por exemplo, pensar a diferenciação social como grupos definidos em populações, através da noção de classe ou mesmo de antagonismos entre esses grupos, do que pensá-la como um espaço de relações.<sup>4</sup>

As “invisibilidades” como fenômenos sociais se mostram muito abstratas, havendo dificuldade para tocá-las ou apontá-las com o dedo, na feliz expressão de Bordieu, embora constituam componente de toda a realidade social.

Roberto DaMatta afirma, em resumo, que as noções de indivíduo e de pessoa recobrem as seguintes características:

<b>Indivíduo</b>	<b>Pessoa</b>
Livre, tem direito a um espaço próprio	Preso à totalidade social à qual se vincula de modo necessário
Igual a todos os outros	Complementar aos outros
Tem escolhas, que são vistas como seus direitos fundamentais	Não tem escolhas
Tem emoções particulares	
A consciência é individual	A consciência é social (isto é, a totalidade tem precedência)
A amizade é básica no relacionamento=escolhas	A amizade é residual e juridicamente definida
O romance e a novela íntima, individualista (obra do autor) são essenciais	A mitologia, as formulações paradigmáticas do mundo são básicas como forma de expressão
Faz as regras do mundo onde vive	Recebe as regras do mundo onde vive
Não há mediação entre ele e o todo	A segmentação é a norma

Para o mencionado autor, na sociedade brasileira, a distinção entre pessoa e indivíduo existe no nível concreto, sendo, inclusive, ideologicamente apropriada, utilizando-se as duas categorias, indivíduo-pessoa, sem exclusividade. Assim, a realidade social brasileira pode ser expressa por meio de uma espécie de código duplo, o código ligado à moral pessoal, ao misticismismo, à valentia e à aristocracia. Baseada nesse ponto de vista, a leitura do fenômeno no sistema de pessoas destaca observações segundo as quais todos se conhecem, todos são “gente”, todos se respeitam e nunca ultrapassam seus limites.

Para DaMatta, a vertente pessoal, por dar ênfase às regras de honra e de respeito, serve para estabelecer gradações de prestígio e autoridade entre famílias, dentre outras coisas, fazendo desaparecer a igualdade social vigente nas comunidades do chamado mundo mediterrâneo, e quanto à segunda, serve para estabelecer a parada a meio do caminho entre a igualdade dos “homens livres” (mas sem a ideologia do igualitarismo e do individualismo) e a hierarquização (mas sem a aristocracia plena).

Por outro ângulo, a vertente pessoal marca presença em nosso aparato legal, pois a legislação foi feita para os indivíduos e em função da igualdade básica de todos perante a lei. O universo dos indivíduos é constituído daquele plano da impessoalidade das leis, decretos e regulamentos na sua aplicação e operação prática. Nessa visão impessoal e automática, as leis servem para ordenar o mundo massificado dos indivíduos a quem elas se aplicam de modo integral, e para quem, afinal, foram feitas. Não é sem razão o ditado que é repetido pelos brasileiros: “aos malnascidos, a lei, às pessoas, tudo.”

No Brasil, o sistema legal do Estado liberal moderno serve como mais um instrumento de exploração social, tendo um sentido muito diverso para os diferentes segmentos da sociedade; destacando-se o conjunto de relações sociais que funciona sempre como um operador que ajuda a subir na vida, amaciando e compensando a outra vertente do sistema.

A lei acaba por servir tanto para atualizar os ideais democráticos quanto para impedir a organização e a reivindicação de certas camadas da população. De fato, transforma-se num instrumento de aprisionamento da massa, que deve segui-la sabendo que existem pessoas bem relacionadas que nunca a obedecem.<sup>5</sup>

#### **4. O Estado e as populações invisíveis**

Os indivíduos que frequentam as filas dos hospitais públicos; os que se alimentam das latas de lixo espalhadas pela cidade ou nos lixões; os escravizados e os proprietários ou terceiros que escravizam nos campos e nas cidades; os excluídos dos serviços públicos básicos, tais como escolas, atividades culturais, esportivas, saneamento, água potável, luz, informação; aqueles que excluem; todos esses compõem, de certo modo, a população invisível.

Assim, não apenas o que não é visto, mas o que não se enxerga com a devida clareza podem ser considerados invisíveis, seja nas camadas pobres, seja nas que detêm poder, direta ou indiretamente.

Em razão dessa dualidade, a expressão “população invisível” cede lugar a “populações invisíveis”.

Estabelecendo um corte nesse fenômeno complexo, verifica-se, também, a invisibilidade do pequeno grupo da elite de famílias brasileiras e suas empresas que dominam o sistema de produção e difusão de informações e detêm a imensa maioria dos recursos de publicidade, públicos e privados: o maior grupo de comunicação do país, a Rede Globo, possui 227 veículos, entre seus próprios e afiliados. É o único dos conglomerados que possui todos os tipos de mídia, constando na maioria dos principais grupos regionais e sendo o único presente em todos os Estados brasileiros. Sozinha, a Rede Globo controla mais da metade do mercado televisivo brasileiro.

Além do imenso poderio da Globo, outros seis grandes grupos regionais se destacam. A família Sirotsky comanda a Rede Brasil Sul de Comunicações, controlando o mercado midiático no Rio Grande do Sul e em Santa Catarina. A família Jereissati está presente no Ceará e em Alagoas. A família Daou tem grande influência no Acre, Amapá, Rondônia e Roraima. A mídia da Bahia pertence à família Magalhães. No Mato Grosso e no Mato Grosso do Sul, os negócios são controlados pela família Zahran. E, por fim, a família Câmara tem grande influência em Goiás, Distrito Federal e Tocantins. Em suas manifestações editoriais, todas essas empresas afirmam a independência como valor que, supostamente, definiria o seu trabalho. Independentes do quê e de quem, exatamente? Essa pergunta nunca é respondida. E não o é porque a resposta mostraria que o rei está nu!<sup>6</sup>

As interferências da imprensa, por exemplo, inclusive nas decisões judiciais, foram objeto de séria reflexão do escritor e jornalista Carlos Laet, ex-

posta em conferência proferida no Círculo Católico da Mocidade, no Rio de Janeiro, em 08 de maio de 1902, destacando-se os seguintes excertos:

Senhores, uma das grandes singularidades dos tempos atuais é que os povos vivem a combater fantasmas de tiranias, e indiferentes às tiranias verdadeiras. (...). E, todavia, senhores, o povo ainda não compreendeu que uma das maiores tiranias que o conculcam é a da imprensa; e, longe de compreendê-lo, antes a reputa uma salvaguarda dos seus interesses e a vindicatriz dos seus direitos. É contra este sofisma que ora me insurjo. (p. 26). (...) A imprensa interpõe-se entre o povo e o Parlamento. (...) Pois bem! O povo não lê o que os seus representantes dizem, lê o que os jornais querem que eles tenham dito. (...). Quando se abateu o último pelourinho, os povos bateram palmas; mas foi uma grande tolice, porque ao mesmo tempo se armava a imprensa. E a imprensa, senhores, tal como entre nós se entende, é pior do que o pelourinho antigo, porque neste só se expunham os réus legalmente condenados, e a imprensa é o pelourinho sem sentença.<sup>7</sup>

## **5. Conclusão**

A existência de invisibilidades é sintoma da doença que transpira de um Estado que não atingiu o desejado grau de civilidade. O escravo pode iludir-se e acomodar-se com a falsa ideia de destino ou de evolução, como se fizesse parte destes a constante imperfeição, sem examinar e verificar as possibilidades inerentes ao próprio processo evolutivo, que deverá considerar se houve estagnação ou apenas lentidão e quais ou a quem se deve atribuir esses fatores.

Denota, igualmente, que os mecanismos de controle dos atos dos encarregados de realizar as políticas públicas são, no mais das vezes, ineficazes, o que requer novas formas de efetiva participação popular e a real prestação de contas do administrador público referente ao como agiu e no que se omitiu.

Não sendo produto acabado, nem fruto de imposição, pode-se concluir com Ayn Rand que a civilização é o avanço de uma sociedade em direção à privacidade. O selvagem tem vida pública, regida pelas leis de sua tribo. Civilização é o processo de libertar o homem dos outros homens.

## 6. Notas

<sup>1</sup> Professor de Direito Processual Civil e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica, no *campus* Centro, e Professor de Direito Civil, no *campus* Tijuca. Membro da Academia Valenciana de Letras.

<sup>2</sup> Bobbio, p. 157, 158.

<sup>3</sup> Disponível em: [http://pensador.uol.com.br/autor/ayn\\_rand/](http://pensador.uol.com.br/autor/ayn_rand/).

<sup>4</sup> Bordieu, p. 28, 30.

<sup>5</sup> DaMatta, p.225, 226, 232, 235, 237.

<sup>6</sup> Cf. Weissheimer.

<sup>7</sup> Laet, p.26, 27.

## 7. Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant. Universidade de Brasília.

BORDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Difel.

DaMATTa, Roberto. Carnavais, Malandros e Heróis. Rocco.

LAET, Carlos. Obras Seletas. Vol. III - Discursos e Conferências, 1984. Agir.

WEISSHEIMER, Marco Aurélio. Em defesa da mídia. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br>.

# REFLEXÕES SOBRE A QUESTÃO DE GÊNERO: VIOLÊNCIA E IGUALDADE NA ATUALIDADE

---

*Roberta Duboc Pedrinha<sup>1</sup>*

1. Noções introdutórias; 2. Violência de gênero no Brasil;  
3. Igualdade e políticas públicas na atualidade; 4. Con-  
siderações finais; 5. Notas; 6. Referências Bibliográficas.

## *1. Noções introdutórias*

A compreensão da desigualdade no que tange à questão de gênero deita suas origens nas construções míticas e nos signos religiosos, na formação cultural e social que acompanha a humanidade. Pode-se depreendê-la a partir dos múltiplos grupos de organização social, depois, passando pela Antiguidade, pelo Medievo até chegar na Modernidade.

Ao longo dos tempos, desde as sociedades mais remotas, o gênero feminino submeteu-se pelo uso da força bruta, da constrição física, ou seja, da coação. As sociedades patriarcais restringiam, sob diversas formas de controle social, o universo feminino. As formas de controle se refinaram, contudo, as mais rudimentares, com agressão física, se perpetuaram na tentativa de tolher qualquer conquista feminina de autonomia social, cultural, econômica e política em face do masculino.

Apenas recentemente na cultura ocidental moderna, a partir da segunda metade do século XX, o gênero feminino conseguiu, com grande esforço, romper, ainda que em parte e paulatinamente, as amarras em busca de liberdade e de independência. Tais avanços ocorreram especialmente no fim do século XX, mais particularmente no início do século XXI, com o ingresso das mulheres no mercado de trabalho, no ensino médio e no universitário, daí elas passaram a disputar o poder econômico e político, a hegemonia na sociedade.

No entanto, mesmo nas sociedades ocidentais e até mesmo no Brasil, embora mais mulheres estudem do que homens – cerca de 7,2% das mulheres em contraponto a 6,8% dos homens –, não se percebe tal dissonância refletida no mercado de trabalho, em que o gênero masculino ainda ocupa os melhores cargos e recebe os melhores salários. As mulheres não desfrutam as mesmas condições; são ainda o principal alvo, no campo doméstico, de múltiplas formas de agressão, que correspondem à chamada violência de gênero. Nessa esfera, faz-se necessário sua proteção, com a criação de políticas públicas para as mulheres e a implementação de ações afirmativas que visem à inclusão feminina rumo à igualdade de gênero.

## *2. Violência de gênero no Brasil*

Cumprе salientar que são múltiplas as formas de violência. Por violência pode-se entender, de modo amplo, a ausência de alteridade. Neste estudo específico será retratada a violência dirigida à mulher chamada de violência de gênero, ocorrida no campo doméstico, nas relações afetivas entre os gêneros. Pode ocorrer de múltiplas formas, em condutas que se traduziriam nas tipificações previstas no Diploma brasileiro, tais como: difamações, injúrias, injúrias reais, lesões corporais (de natureza leve, grave, gravíssima) chegando, às vezes, a graus mais elevados como o homicídio. Entretanto, apenas a lesão corporal (artigo 129 parágrafo 9) encontra-se tipificada como violência de gênero no Código Penal brasileiro, com pena elencada de 3 meses a 3 anos de detenção, com redação dada em 2006.

Há que se observar os diferentes níveis de violência contra a mulher. Com o escopo de dirimir essa violência de gênero, o Poder Legislativo vem apresentando projetos de lei, embora alguns produzam mais efeito midiático e eleitoral do que promovam efetiva mudança social. Por vezes, possuem acentuado caráter punitivo. Por outras, apresentam certas medidas de proteção, como consta em alguns dispositivos da aprovação pelo Congresso Nacional da Lei 11.340 de 2006, ou Lei Contra a Violência

Doméstica, conhecida ainda como “Lei Maria da Penha”, que deu o texto atual ao artigo 129 parágrafo 9 do Código Penal, mencionado acima.

Essa lei explicitou a tipificação e a judicialização da violência de gênero no país e enfatizou a necessidade das Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher,<sup>2</sup> além dos Centros e Núcleos de Apoio Psicológico à Mulher.<sup>3</sup> Foram firmadas, nesse diploma legal, relevantes medidas de proteção exclusiva ao gênero feminino, como, por exemplo, a retirada do companheiro violento do lar e, inclusive, sua prisão imediata nos casos de extrema necessidade, apenas quando imprescindível para salvaguardar a vida de sua companheira. Cabe grifar os riscos de banalização da prisão nesses casos, de alarmes sensacionalistas, de dissonância com a primazia dos direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito.

Cumprе salientar que a Lei 11.340 de 2006, com inspiração na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, tem como principal característica político-criminal exprimir uma demanda clara por sofrimento penal físico, conforme alertou Nilo Batista.<sup>4</sup> Afinal, essa lei vedou a aplicação de alternativas aos cárceres superlotados ao impedir a aplicação de penas restritivas de direitos, como as usualmente chamadas de cestas básicas, prestação pecuniária e multa substitutiva (artigo 17). Na mesma linha, declarou inaplicável o Juizado Especial Criminal (artigo 41) e elevou a pena máxima da lesão corporal doméstica prevista no Código Penal, com o escopo de retirar-lhe a condição de menor potencial ofensivo (artigo 44). Tais proibições violam a garantia constitucional da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI da Constituição da República). Portanto, trata-se de uma opção retributivista-afflitiva.

A Lei 11.340 de 2006 estabeleceu formas de violência impingidas a mulheres no cotidiano, como: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Segundo elencado no texto, a violência doméstica e familiar contra a mulher fica assim definida: “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (artigo 5º). Para combatê-la, apresentou-se um rol de medidas protetivas de urgência, as quais resenharam providências que asseguraram encaminhamentos criativos e razoáveis para a solução dos conflitos domésticos e, até, patrimoniais (artigos 22, 23 e 24).

Foi também formada a Central de Atendimento à Mulher, que recebe denúncias anônimas de violência de gênero por telefone. A Saúde Especializada à Mulher<sup>5</sup> está sendo, pouco a pouco, instituída para exames de corpo de delito, nos casos de diferentes agressões, incluindo crimes de lesão

corporal e crimes de estupro; a equipe é formada por uma junta médica cujas integrantes são mulheres.<sup>6</sup> Na mesma direção, nota-se a formulação do Programa Nacional de Direitos Humanos no Brasil, na versão do PNDH<sub>1</sub> (em 1996), do PNDH<sub>2</sub> (em 2002) e do PNDH<sub>3</sub> (em 2009), que inclui o combate à violência de gênero entre suas ações programáticas.

Cumprir destacar que, hodiernamente, tramita no Congresso Nacional brasileiro um anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, de 1940, com várias referências à questão de gênero, e que apresenta a proposta de inclusão de nova hipótese de qualificadora para o crime de homicídio, disposto no artigo 121, parágrafo 1º, inciso III. Tal proposta esclarece que, na medida em que o crime cometido seja por preconceito de raça, cor, etnia, sexo, condição física ou social, religião ou origem, seu agente receberá uma pena de 12 a 30 anos de reclusão.

O novo anteprojeto de Código Penal, ainda em elaboração, apresenta um feixe de dispositivos incriminadores com o escopo de eliminar o preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, condição social e sexo, contidos no Título XIV, “Dos crimes contra o Estado Democrático”, que em seu Capítulo III tutela os bens jurídicos ofendidos pelos nomeados Crimes contra a Cidadania, com fulcro nos artigos 391, 392, 393, 394 e 395, com penas de prisão de, respectivamente, um a quatro anos, um a quatro anos, um a três anos, dois a cinco anos, e um a quatro anos<sup>7</sup>. Todavia, deve-se anunciar que a ruptura com o preconceito, construído cultural e historicamente, está muito além de meras alterações legislativas, que visam alcançar a mídia sensacionalista e o estratégico apelo eleitoral. As verdadeiras mudanças sociais precisam de um longo processo de reflexão e conscientização para que se desenrolem.

Uma novidade no campo jurídico diz respeito à recente decisão do Superior Tribunal de Justiça que, em 1991, indeferiu a tese da “legítima defesa da honra”, apontada por muitos advogados para inocentar maridos autores de homicídios, classificando-a como a defesa “do orgulho e da jactância do Senhor que vê a mulher como propriedade sua”. Em muitos estados brasileiros os Tribunais do Júri continuam a absolver ancorados no citado argumento. Vale rememorar que nos séculos anteriores isso era prática recorrente, posto que o adultério da mulher fornecia a motivação necessária e servia como justificativa para a agressão perpetrada pelo cônjuge.<sup>8</sup> Na mesma direção, vale conferir a farta utilização das teorias da Vitimologia, que alegavam a provocação da mulher com o intuito de isentar os excessos do marido em casos letais.

Cabe observar que, no Brasil, cerca de 70% dos crimes contra mulheres acontecem no âmbito doméstico e os agressores são os maridos ou os companheiros. A cada minuto, quatro mulheres sofrem lesões corporais efetuadas pelo homem com quem mantêm, ou mantiveram, relação afetiva. Ou seja, a cada 15 segundos uma mulher sofre violência doméstica, familiar. Nessa esteira, pesquisa apresentada em 2010, considerando a estatística nacional, indica números estarrecedores: a cada dois minutos, cinco mulheres são agredidas violentamente no Brasil. Vale alertar que já foi pior, pois, há cerca de dez anos, a média era de oito mulheres espancadas no mesmo intervalo de tempo.<sup>9</sup>

### *3. Igualdade e políticas públicas na atualidade*

Após tantos séculos de sistemático tratamento de criminalização,<sup>10</sup> perseguição e desigualdade à mulher, nota-se que, com o advento da Modernidade, ocorreu uma mudança de paradigma no que diz respeito à questão de gênero. A mulher, ainda que continue sendo objeto de violência, travou uma histórica virada no panorama mundial e passou a ocupar novo espaço.<sup>11</sup> Desde a revolução industrial, ela se integrou ao processo produtivo e alongou-se do espaço doméstico para o público, inserindo-se na sociedade de trabalho. Se, inicialmente, era extremamente explorada com longas jornadas de trabalho, que possibilitava um acúmulo de mais-valia, obtido de seu salário; hoje, ainda que a remuneração da mulher seja menor do que a do homem, a diferença diminuiu consideravelmente,<sup>12</sup> especialmente na medida em que passou a integrar o mercado de consumo no capitalismo neoliberal.

Mas foi, indubitavelmente, a partir do século XX, que se obteve mais igualdade de gênero no mundo ocidental. A igualdade revela-se um dos mais relevantes valores da vida em sociedade. Consubstancia-se em um dos mais importantes bens jurídicos tutelados nos últimos duzentos anos, até os dias atuais.<sup>13</sup> Nesse sentido, a questão de gênero deve ser compreendida juntamente à noção de igualdade.<sup>14</sup> Nessa direção, é válido realizarmos breve digressão no campo internacional do princípio da igualdade como norteador do Direito, que esteve elencado em muitos Tratados e Convenções. O princípio da igualdade<sup>15</sup> insculpiu-se desde a Revolução Francesa, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.<sup>16</sup> Mais adiante, com a Carta das Nações Unidas, de 1945,<sup>17</sup> que mantinha tal previsão, e, finalmente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, aprovada pela Resolução nº 217 em Assembleia

Geral da ONU<sup>18</sup>. Deve-se considerar o pacto das Nações Unidas dos Direitos Civis, Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais, de 1966 (ratificado pelo Brasil em 1992).<sup>19</sup>

O papel da mulher mudou, particularmente, na medida em que ela conquistou representação política, direito de votar e de ser votada. No Brasil, na década de 1920, foi eleita a primeira mulher para mandato político<sup>20</sup>. Mas, somente após a reabertura democrática, na década de 1980, por decretos oficiais, seria criado o Conselho Estadual da Condição Feminina de São Paulo e o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. Em 1981, o governo brasileiro ratificaria a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, firmada pela ONU em 1967. Ficou acertado, nessa Convenção entre os países signatários, o compromisso de eliminar todas as restrições contra a mulher no mercado de trabalho, com o objetivo de assegurar a igualdade no tratamento entre gêneros.

No plano global, assistimos à edificação da igualdade legal por meio da garantia jurídica do princípio da igualdade. Contudo, na prática, constata-se a desigualdade real, que nega a igualdade material.

Para corrigir as distorções produzidas durante séculos, mostram-se necessárias políticas públicas direcionadas à mulher, muitas vezes ações afirmativas que se colocaram no intuito de efetivar o princípio da igualdade.<sup>21</sup> As ações afirmativas consubstanciam-se, portanto, em políticas públicas de inclusão. Têm como escopo saldar uma dívida social de discriminações históricas. Ocorrem por meio da reserva de cotas para as minorias. Trata-se de acesso especial à educação, aos cargos públicos e aos cargos políticos por tempo determinado, até que as distorções sejam eliminadas.

No âmbito nacional, a busca pela consolidação da igualdade<sup>22</sup> no plano jurídico introduziu a Lei 3.688, de 1941, que considerava contravenção recusar emprego à mulher. No período da ditadura militar, a Lei 5.473, de 1968, previa como crime a discriminação laborativa de gênero. Já a Lei 9.029, de 1995, proibia a esterilização, na intenção de evitar discriminação de raça, cor ou estado civil. A Constituição Federal da República Brasileira vigente, de 1988, reverbera a aplicação imediata de seu artigo 5º, *caput*, ao destacar os direitos e garantias fundamentais, e de seu artigo 3º, inciso IV, ao comprometer-se com a igualdade. Logo, faz a desequiparação das pessoas, na medida em que fornece tratamento diferenciado para assegurar a igualdade, com base em fatores como sexo. Nesse diapasão, surgem as ações afirmativas, a serem conferidas no artigo 7º, inciso XX, da Lei 9.100, de 1995; trata-se de um dispositivo que visa à proteção da mulher no mer-

cado de trabalho, reservando 20% dos cargos eletivos para as mulheres disputarem entre si. Depois, com o advento da Lei 9.504, de 1997, passou-se a reservar 30% das vagas de cargos eletivos.

Dessa maneira, em resumo, o Governo estendeu o acesso, ampliou as possibilidades historicamente negadas ao gênero feminino, com a intenção de, no médio e longo prazo, contornar as distorções sociais, econômicas e políticas. Daí, a necessidade de inserção de políticas públicas inclusivas no país.

No Brasil, foi criada, por Medida Provisória n. 103 – convertida em seguida na Lei 10.683, de 2003 –, a Secretaria de Políticas para as Mulheres,<sup>23</sup> de expressiva relevância no cenário hodierno ([www.sepm.gov.br](http://www.sepm.gov.br)). Almeja-se, na Secretaria, o enfrentamento do preconceito, do racismo, do sexismo e da lesbofobia, quer dizer, das desigualdades de gênero que atingem as mulheres, especialmente as jovens e idosas. Nessa direção, vários decretos corroboraram o campo legal, como: o Decreto 5.390, de 2005; o Decreto 6.387, de 2008; a Portaria n. 62, de 2008. Montou-se ainda um Comitê de Articulação e Monitoramento do Plano para acompanhar sua implementação na busca por resultados. Tais medidas vêm surtindo efeito.<sup>24</sup> Isso pode ser confirmado em face do aumento dos postos de poder ocupados por mulheres<sup>25</sup> e de sua direção política.

Nessa órbita, vale observar como transformações sociais relevantes afetam as mulheres mais diretamente e podem ser incorporadas às políticas públicas de inclusão, tais como: a expansão da rede de educação de qualidade, com atividades complementares especiais de capacitação da mulher; multiplicação do número de creches próximas às residências; acesso à saúde sexual e reprodutiva, à educação sexual, à educação de gênero; descriminalização do aborto; apoio à gestação de mãe solteira; aumento do tempo de seguro-maternidade pela previdência social; profissionalização da mulher; apoio psicológico e assistência social direcionados às mulheres; doação de casas populares e programas de distribuição de riqueza com verbas destinadas às mulheres-mães; entre outras medidas.

#### *4. Considerações finais*

Na atualidade, reverbera a necessidade de políticas públicas de promoção da igualdade de gênero como dimensão constitutiva dos direitos humanos<sup>26</sup> e de sua implementação efetiva. Essa tendência é mundial, como se pode observar pelo clamor internacional. A Declaração e o Programa de

Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Corrobora também a Convenção de Belém do Pará, adotada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1994; as Conferências Mundiais sobre a Mulher, particularmente, o Programa de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizado em Pequim, em 1995.<sup>27</sup>

Nesse diapasão, é muito importante atentarmos para o cenário nacional e ressaltarmos as propostas de melhora das condições de igualdade. Políticas públicas desenvolvidas aqui no tocante à questão de gênero; inclusive, as que se circunscrevem no campo da eliminação da violência. Assistimos, no século XX e XXI, à confluência de lutas pela redemocratização do Brasil e pela consolidação dos direitos da mulher. Dessa maneira, acreditamos que, somente com mais políticas públicas contra discriminações de gênero, é que se pode efetivamente erigir uma sociedade verdadeiramente plural e igualitária, que assegure dignidade a todos.

## 5. Notas

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (UBA). Doutoranda em Sociologia Criminal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP-UERJ). Mestra em Ciências Criminais pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Pós-graduada em Criminologia pela Universidade de Havana (UH). Graduada em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professora Concursada de Criminologia do Ministério de Justiça (MJ). Professora e Coordenadora da Pós-graduação de Criminologia, Direito e Processo Penal da UCAM. Membro da Comissão Permanente de Direitos Humanos do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Ex-Coordenadora da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil e Ex-Examinadora da Banca de Direito e Processo Penal da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Rio de Janeiro (OAB-RJ). Secretária Geral do Instituto dos Defensores de Direitos Humanos (IDDH). Diretora Acadêmica do Instituto de Estudos Criminais do Estado do Rio de Janeiro (IECERJ). Membro da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais (ABPCP). Advogada.

<sup>2</sup> Barsted, 2007.

<sup>3</sup> Pougy, 2007.

<sup>4</sup> Batista, 2007.

<sup>5</sup> Mendes, 2007.

<sup>6</sup> Pougy, 2007.

<sup>7</sup> Durso, 1999.

<sup>8</sup> Engels, 2000.

<sup>9</sup> Trata-se de Pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo em parceria com o Sesc. Consultar: [http://www.fundação-](http://www.fundação-perseuabramo.com.br)

[perseuabramo.com.br](http://www.fundação-perseuabramo.com.br) Acesso em: 07 de Abril de 2011.

<sup>10</sup> Pedrinha, 2009.

<sup>11</sup> Suplicy, 1984.

<sup>12</sup> Baratta; Streck, 1999.

<sup>13</sup> Desde a Grécia Clássica, já se analisava a igualdade. Segundo Aristóteles, deve-se tratar de modo igual aos iguais e de modo diferente aos diferentes. Cf. Aristóteles, 1997.

<sup>14</sup> Dora, 1997. Murano; Boff, 2002.

<sup>15</sup> Almeida; Perrone-Moisés, 2007.

<sup>16</sup> Artigo 1º: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ser fundadas na utilidade comum.”

<sup>17</sup> Artigo 1º: “um dos propósitos das Nações Unidas é alcançar a cooperação internacional para a solução de problemas econômicos, sociais, culturais, ou de caráter humanitário e encorajar o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”

<sup>18</sup> Artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.” Artigo 2º: “Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou qualquer outra situação.”

<sup>19</sup> Almeida; Perrone-Moisés, 2007.

<sup>20</sup> Jucovsky, 2000.

<sup>21</sup> Vilas-Boas, 2003.

<sup>22</sup> Moraes, 2007.

<sup>23</sup> Muitas são as iniciativas da Secretaria de Políticas para as Mulheres, como: o Plano Nacional de Políticas Públicas para

as Mulheres, o Prêmio Construindo a Igualdade de Gênero, o Selo Pró-igualdade de Gênero, Intercâmbios para discutir a Igualdade de Gênero, a Conferência Nacional da Mulher, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, além de Congressos, Fóruns de Reflexão. Possuem o escopo de traçar diretrizes, visando à redução da desigualdade de gênero. Nesse âmbito, vale conferir o mais recente, de 2008, o II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. Org.: Gabriela do Vale. Brasília: Imprensa da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres – Presidência da República, 2008).

<sup>24</sup> Tabak, 2002. Martoccia, 2003.

<sup>25</sup> Em 1996, dos 172 ministros embaixadores, apenas 3% eram mulheres. Em 2009, houve um aumento, para 11%, correspondente a 19 mulheres. Contudo, não ocorreu um aumento exponencial. Dos 1.400 diplomatas empossados, apenas 250 são mulheres. Menos mulheres são aprovadas nesses concursos públicos. Há menor quantidade de inscrições femininas, cerca de 35 a 40%. Dessas, apenas em torno de 20% são aprovadas. Nos Municípios dos estados brasileiros, integrantes das Câmaras Municipais, em 2009, havia 12% de vereadoras apenas. Todos os Estados-membros do Brasil elegeram homens e mulheres como deputados estaduais, para as respectivas Assembleias Legislativas Estaduais, feito recorde. Em São Paulo, de 94 vagas, 11 são de mulheres. Em Minas Gerais, de 77 vagas, 7% são de mulheres; no Rio de Janeiro, de 70 vagas, 11 são de mulheres. Os estados que elegeram menos mulheres foram: Mato Grosso do Sul, Mato Grosso e Rondônia, elegeram apenas uma mulher cada (Disponível em: [www.tse.gov.br](http://www.tse.gov.br)). Em 2009, apenas 8,4% do total de parlamentares eram representados por mulheres. No Brasil, em 2006, na Câmara Federal, foram 47

as deputadas federais. Já em 2010, foram eleitas 43 deputadas, de um total de 513 vagas disputadas. Sendo as demais preenchidas por homens. No Senado, em 2010, de 81 vagas, apenas 13 são ocupadas por mulheres, o que corresponde a 16,05% de mulheres investidas no cargo. No mundo, as mulheres parlamentares correspondem a algo em torno de 15%. Nesse sentido, vale lembrar uma importante política pública adotada para a mulher, a qual prevê que 30% das vagas de candidatos de partido sejam do sexo feminino, para deputado federal, estadual e vereador, com o advento da Lei 9.504 de 1997. Em 2011, o Brasil bateu o recorde no Poder Executivo, são 9 Ministras de Estado em 37 pastas. Na mais elevada Corte do Poder Judiciário, no Supremo Tribunal Federal (Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)), de 11 ministros, temos duas ministras. No Superior Tribunal de Justiça, composto por 30 membros, 5 são mulheres; no Tribunal Superior do Trabalho, de 26 membros, 5 são mulheres; e, no Tribunal Regional Eleitoral, uma mulher (disponível em: [www.tse.gov.br](http://www.tse.gov.br)). Na ponta do Poder Executivo, desde 2009, 9% são prefeitas, e em 2010, foi eleita, pela primeira vez na história do Brasil, uma mulher para assumir a Presidência da República.

<sup>26</sup> Morais, 2007.

<sup>27</sup> Almeida; Perrone-Moisés, 2007.

## **6. Referências Bibliográficas**

ALMEIDA, Guilherme Assis e PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

ALMEIDA, Suely de Souza. Essa violência mal-dita. In: Violência de gênero

- e políticas públicas. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007.
- ARISTÓTELES. A política. Trad. Mário da Gama Kury. 3ª edição. Brasília: UNB, 1997.
- BARATTA, Alessandro e STRECK, Lênio. Criminologia e feminismo. Trad. Carmen Heim de Campos. Porto Alegre: Sulina, 1999.
- BARSTED, Leila Linhares. A resposta legislativa à violência contra as mulheres no Brasil. In: ALMEIDA, Suely de Souza (org.). Violência de gênero e políticas públicas. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007.
- BATISTA, Nilo. Só Carolina não viu: violência doméstica e políticas criminais no Brasil. In: MELLO, Adriana Ramos de (org.). Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CHAUÍ, Marilena. Repressão Sexual: essa nossa (des)conhecida. 9ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 84.
- COSTA, Cristina. A imagem da mulher: um estudo da arte brasileira. Rio de Janeiro: Senac Rio, 2002.
- DURSO, Luiz Flávio Borges. Anteprojeto da parte especial do Código Penal. Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- DORA, Denise Dourado (org.). Feminino masculino: igualdade e diferença na justiça. Porto Alegre: Sulina, 1997.
- ENGELS, Magali Gouveia. Paixão, crimes e relações de gênero no Rio de Janeiro: 1890 - 1930. Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, ano 5, vol. 9 e 10, 2000.
- JUCOVSKY, Vera Lúcia. Representação política da mulher. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- KEHL, Maria Rita. A mínima diferença: masculino e feminino na cultura. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- \_\_\_\_\_. Deslocamentos do feminino. Rio de Janeiro: Imago, 1998.
- LIMA, Elça Mendonça. Origens da prisão feminina no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Tavares e Tristão, 1983.
- Livro da Visitação do Santo Ofício da Inquisição ao Estado do Grão-Pará. Texto e apresentação de José Roberto do Amara. Lapa. Petrópolis: Vozes, 1978.
- MARTOCCIA, María. Corpos frágeis: Mulheres poderosas. (1956) Trad. Joana Angélica d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.
- MENDES, Corina Helena Figueira. Violência contra a mulher e políticas públicas no setor da saúde. In: ALMEIDA, Suely de Souza (org.). Violência de gênero e políticas públicas. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007.
- MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. Construção jurídica das relações de gênero: o processo de codificação civil na instauração da ordem liberal conservadora no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MORAIS, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.
- MURANO, Rose Marie e BOFF, Leonardo. Feminino e masculino: uma nova consciência para o encontro com as diferenças. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.
- PEDRINHA, Roberta Duboc. Sexualidade, controle social e práticas puni-

- tivas: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- PINTO, Céli Regina Jardim. Uma história do feminismo no Brasil. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.
- Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (II). Gabriela do Vale (org.). Brasília: Impressão pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres – Presidência da República, 2008.
- POUGY, Lília. Violência e saúde de gênero. In: ALMEIDA, Suely de Souza (org.). Violência de gênero e políticas públicas. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007.
- SUPLICY, Marta. A condição da mulher: amor, paixão, sensualidade. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- TABAK, Fanny. Mulheres públicas: participação política e poder. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2002.
- VILAS-BOAS, Renata Malta. Ações Afirmativas e o princípio da igualdade. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro - I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

### *Sites consultados*

[www.sepm.gov.br](http://www.sepm.gov.br)

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

[www.tse.gov.br](http://www.tse.gov.br)

# ANOTAÇÕES SOBRE A DELIMITAÇÃO DE CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO CRIMINAL DE SÓCIOS POR ATOS DE CONSELHOS DE ADMINISTRAÇÃO

---

*Rafael de Castro Alves Atalla Medina<sup>1</sup>*

1. Introdução e delimitação do tema; 2. Primeira questão preliminar: devem os princípios do Direito Penal Clássico sobre a imputação pessoal ser aplicados à realidade empresarial? 3. Da cautela de se observar caso a caso em matéria de crimes econômicos; 4. Sobre a definição de critérios de imputação para os Crimes Comissivos em ambiente empresarial; 5. Do estabelecimento sobre a posição de garante em crimes econômicos: aceitação e limites da teoria; 6. Conclusão; 7. Notas.

## *1. Introdução e delimitação do tema*

Uma simples e rápida leitura dos artigos pertinentes ao tema relativo à autoria e participação em matéria de delitos empresariais, ou referentes ao Direito Penal Econômico, demonstra a perplexidade e a dificuldade de serem alcançados pontos e critérios de imputação pacíficos. Isso fica

patente quando observamos que os próprios títulos de alguns artigos sobre o assunto já trazem estampados a problemática. Schünemann vai falar das “dificuldades relativas à individualização da imputação” quando trata da responsabilidade penal no que chama de “marco da empresa”.

Todos os artigos têm buscado estabelecer critérios delimitativos sobre a imputação dos empresários quando do cometimento de infrações nas realidades empresariais e nos seus aparatos.

Com efeito, o tema é recorrente e se concentra, quase sempre, na dificuldade de se adaptar os conceitos tradicionais do Direito Penal aos problemas referentes à autoria e à participação nos delitos ditos empresariais. O debate maior transita acerca da natureza jurídica da imputação do dirigente ou empresário de corporações e empresas de grande porte quando há a interveniência de subordinados que atuam consciente e dolosamente na execução criminosa.

As figuras mais comuns na argumentação dos doutrinadores e articulistas, principalmente europeus, são as da autoria mediata e da coautoria pelo domínio funcional do fato, notadamente com preferência por esta última, já que é sabido que a doutrina majoritária estrangeira repele aquela primeira figura.

A ideia de autoria mediata por suposto domínio ou influência decisiva de aparatos de poder não conta com grandes e renomados adeptos entre os estrangeiros, tendo sido, inclusive, rechaçada pelo próprio Roxin em um de seus textos específicos sobre o assunto. Também o famoso tratadista Muñoz-Conde, entre os espanhóis, não entende que autoria mediata seja a melhor saída para a imputação de empresários, por conceber, principiológicamente, a coautoria como adequada aos casos empresariais.

Os empresários seriam coautores junto com os subordinados executores diretos dos tipos, ainda que não tivessem participado ou atuado em nenhuma fase de execução material dos delitos empresariais. Prescinde, pois, este autor, da necessidade de intervenção direta na execução do delito por parte dos sócios, entendendo suficiente e óbvio o acordo prévio de vontades pelo domínio funcional.

A professora Pérez-Cepeda adverte quanto ao caso do executor direto estar totalmente desvinculado da decisão, sendo meramente uma espécie de *longa manus*, embora doloso. O problema estaria em não haver a vinculação subjetiva desse executor com o nascedouro próprio da decisão, que seria o órgão diretivo da sociedade, afastando o requisito de liame subjetivo

entre os coautores, o que poderia levar a uma janela de impunibilidade e desprestígio do Direito Penal como instrumento inibidor de condutas socialmente desvaliosas.

A solução apontada pela professora espanhola será a imputação dos empresários e sócios como partícipes (indutores), o que demonstra a dificuldade do tema. Dificuldade doutrinária tal que o eminente Figueiredo Dias chegou a imaginar e pretender criar uma nova figura híbrida, a “instigação-autoria”, para resolver o impasse.

Na realidade, trata-se de assunto extremamente complexo e sobre o qual os doutrinadores quase sempre têm pontos acertados e outros equivocados na adoção de uma teoria ou outra; sendo, entretanto, razoavelmente mais aceita a teoria que recepção a coautoria para os empresários e não a autoria mediata.

Esse não é o objeto do presente trabalho, embora lhe seja necessário lógica e estruturalmente. Tratamos, outrossim, da possibilidade de encontrar critérios de delimitação da imputação quando estivermos diante de decisões colegiadas que possam implicar condutas típicas perfeitamente atribuídas ao conselho de administração de uma Sociedade Anônima ou de órgão gestor direto de uma sociedade limitada, e como, a partir daí, seria possível uma imputação subjetiva a seus membros.

Para o recorte específico do presente artigo, nos concentraremos apenas nas hipóteses em que a responsabilidade dos órgãos de direção da empresa seja evidente, mas haja divergência ou dúvida quanto ao concerto volitivo entre os sócios, perquirindo-se nesse ponto, se possível, a delimitação de princípios para imputação individual, segura e indubitável, quanto aos participantes desses órgãos. Com muita propriedade sobre o tema, diz a professora Susana Aires de Sousa: “As dificuldades de imputação individual dos fatos criminosos realizados no contexto empresarial crescem à medida que alargamos o campo de análise.”<sup>2</sup>

Por isso faremos o caminho inverso e restringiremos o campo de análise para, apenas, a questão da responsabilidade individual em contextos de decisões colegiadas, notadamente quando se trata de delimitação de critérios que possam evitar tanto a ampliação excessiva e inconstitucional do conceito de autor, quanto os conceitos que levam a um inevitável *déficit* de punibilidade e à falta de “efetividade preventiva”, segundo a mesma Pérez-Cepeda.

## ***2. Primeira questão preliminar: devem os princípios do Direito Penal Clássico sobre a imputação pessoal ser aplicados à realidade empresarial?***

A primeira questão que deve ser enfrentada, para que se estabeleçam princípios válidos sobre a imputação em delitos socioeconômicos, é exatamente se os princípios garantistas do Direito Penal Clássico devem nortear ou não a resolução dos impasses nesse tema. Isso importa na discussão sobre se há necessidade e possibilidade (política, sem dúvida) de serem delimitados critérios de imputação que sejam exclusivamente relativos e pertinentes aos crimes econômicos, afastando-se dos tradicionais conceitos e estruturas longamente construídas pela antiga dogmática criminal.

Duas correntes principais e antagônicas se formaram sobre o assunto, partindo de pressupostos distintos. A primeira delas ressalta que, dada a natureza peculiar dos delitos financeiros, é necessário serem flexibilizados e alterados os critérios clássicos de imputação aplicáveis aos crimes comuns. Alguns autores, como Mariano Longobardi, entendem como natural e fora de dúvida que: “la persecución penal de los ilícitos socioeconómicos demanda critérios de imputación propios que em algunos casos difieren radicalmente de los aplicables al Derecho Penal clásico.”

Esse pensamento parte do pressuposto de que a punibilidade, ou melhor, a persecução dos delitos que são cometidos no ambiente empresarial, resta prejudicada diante das dificuldades notáveis de imputação pessoal pelo instrumento repressivo estatal já existente. De fato, a realidade que permeia os ilícitos contra a ordem econômica em geral parece ter reordenado e redirecionado todas as discussões em Direito Penal e Criminologia.

Não resta dúvida de que novas estruturas vinculadas ao capitalismo globalizado alteraram sobremaneira as próprias formas de organização criminosa e de cometimento de ilícitos, que, por sua vez, atingem níveis potencialmente mais lesivos em termos sociais, políticos e econômicos.

Está claro, também, que várias dessas organizações econômicas mantêm um nível quase promíscuo e dúbio com atividades ilícitas, e que suas formações sociais e organizacionais favorecem a dificuldade alarmante de responsabilização criminal dos verdadeiros e relevantes mentores de crimes.

Os partidários da teoria de que é necessário o estabelecimento de regras de imputação próprias para os crimes econômicos partem dessas premissas, mas quase sempre identificam e equiparam essa criminalidade com

um tipo de organização criminosa que atua à margem do marco jurídico, como as máfias, cartéis, redes de lavagem de dinheiro e tráfico de drogas em geral, ainda que possam ter negócios duais, ou possuam em seu controle empresas legais convivendo com as ilegais.

O verdadeiro problema sobre imputação, no entanto, surge quando se discutem as condutas de empresas que atuam inteiramente na legalidade. Não há como negar que a problemática atual e recorrente de ilícitos empresariais desafia o sistema dogmático garantista em seus fundamentos, principalmente na sua ineficácia preventiva quanto ao cometimento desses delitos, cada vez mais destrutivos ao ambiente econômico.

Contrariamente, no dizer de Susana Aires de Sousa, a segunda corrente defende que:

os princípios e categorias clássicos do direito penal podem e devem ser chamados a participar da resolução destas dificuldades. Contudo, em diálogo com a especificidade que caracteriza estes problemas, aquelas categorias devem adaptar-se à realidade problemática de forma a refleti-la o mais fielmente possível no plano jurídico. Ou seja, acreditamos que os princípios e categorias do sistema penal referentes à matéria da autoria e participação se mantêm inteiramente válidos neste domínio, mas que devem ser repensados no quadro específico do contexto empresarial.<sup>3</sup>

Quando a referida autora portuguesa sugere “repensar” os princípios e categorias da dogmática criminal clássica, principalmente os referentes à autoria em delitos empresariais, passa a ponderar sobre os limites que uma ampliação desmedida da imputação deve ter (baseada exclusivamente no critério de necessidade de instrumentos punitivos). Ou seja, o argumento de que uma nova realidade fundamenta necessariamente o abandono das categorias do Direito Penal Clássico não pode prosperar sem que princípios políticos e constitucionais sofram graves riscos.

Se for verdade que os conceitos tradicionais podem não atender aos reclames e demandas pragmáticas nem serem passíveis de evitar novas figuras delituosas, também será verdade que princípios de garantias longamente sedimentados não poderão ser negligenciados sem a desnaturação da legitimidade do próprio Direito Penal.

Alguns autores chamam a atenção para esse risco, ressaltando a necessidade de adesão e de não abandono aos direitos e garantias fundamentais, bem como aos princípios basilares construídos pela doutrina penal

jus naturalista e liberal penal. Muñoz-Conde está entre eles, como se lê na passagem anotada por Pérez-Cepeda:

tendências que caracterizan el moderno derecho penal que en aras de una eficacia preventiva más simbólica que real, funcionaliza conceptos dogmáticos hasta unos límites claramente incompatibles con los principios de legalidade y intervención mínima característicos del derecho penal de un Estado de Derecho.<sup>4</sup>

Esse também é o entendimento da já citada professora Pérez-Cepeda, que se inclina na direção da completa separação de soluções para os diferentes tipos de criminalidade (organizada e econômica) quanto à adoção de critérios de determinação de autoria. Para a docente de La Rioja, a solução de igualar os crimes econômicos com os típicos de delinquência organizada pode redundar em prejuízo para a recepção dos princípios fundamentais de caráter constitucional, garantidos pela dogmática, que assim perderiam seu sentido.

Pérez-Cepeda ressalta que, sob a justificativa de se debelar mais eficazmente a criminalidade organizada e ampliar o rol das exceções previstas para a configuração da autoria na delinquência econômica, incorre-se no grave risco de que tais exceções acabem se estendendo a todo o Direito Penal e aos delitos comuns. A solução apontada pela autora seria a aceitação da teoria de autoria mediata apenas no tocante à criminalidade econômica, mantendo-se os critérios da dogmática tradicional para a preservação da legalidade constitucional.<sup>5</sup> Esse também é o pensamento do professor Carlos Pérez Del Valle, quando assevera que:

El marco constitucional del derecho penal económico no puede quedar colmado sin hacer referencia a los principios constitucionales esenciales em

los que se desenvuelve el derecho penal en general y a sus particularidades en el ámbito de la actividad económica.<sup>6</sup>

No mesmo diapasão, é preciso ressaltar que ainda que se aceite a possível existência de um Direito Penal autônomo, esse ramo do Direito teria também que trabalhar com elementos dogmáticos cuja valoração teria que estar vinculada aos princípios constitucionais, já que toda e qualquer valoração necessita estar balizada por princípios (se quiser contar com o requisito de legitimidade estrita).<sup>7</sup>

A existência inegável de particularidades e peculiaridades nos tipos de delitos econômicos, no entanto, não pode justificar o afastamento do que

Schünemann denomina de “otimização da proteção dos direitos fundamentais”. Sob a ideia de se fazer frente a demandas preventivas específicas, não estariam autorizadas ampliações de competências estatais, especialmente quando divorciadas dos critérios constitucionais delimitativos dos direitos fundamentais.

A observância dos princípios clássicos garantistas do Direito Penal impõe-se como medida necessária à vinculação do Direito Penal Econômico à legalidade e legitimidade democrática de um Estado de Direito.<sup>8</sup> Em matéria de delimitação de critérios de imputação, essa regra não pode ser negligenciada, tornando-se imperiosa a aplicação das construções da dogmática penal clássica às hipóteses de delinquência econômica.

### ***3. Da cautela de se observar caso a caso em matéria de crimes econômicos***

Outro ponto importante, antes da solução sobre quaisquer que sejam os critérios de imputação nos crimes econômicos, é o de se investigar sempre o caso concreto. Essa é uma ressalva, poder-se-ia objetar, extremamente elementar e válida previamente a qualquer imputação, mesmo nos crimes comuns. Em matéria de delinquência econômica, entretanto, ela ganha ainda mais vulto, na medida em que qualquer reducionismo a sistemas generalistas e funcionais pode redundar na consagração de responsabilidade penal objetiva.

Mesmo se for desenvolvida uma teoria própria sobre a responsabilidade dos dirigentes e os limites de suas imputações, nos casos das decisões oriundas de corpos colegiados, essa teoria não poderá prescindir de uma investigação particularizada e aprofundada sobre o caso específico daquela empresa, e não partir do pressuposto de que todas as empresas são iguais em suas organizações e distribuições de funções. É nesse sentido que se desenvolvem as observações feitas pelo festejado professor português Figueiredo Dias, secundadas por Susana Aires, nos seguintes termos:

Na verdade, a possibilidade de aplicar, no domínio da criminalidade empresarial, os princípios relativos à autoria passa, segundo cremos, por uma análise acentuadamente casuística. Com efeito, julgamos que só caso a caso será possível determinar qual o papel desempenhado por cada um dos intervenientes e, em particular, averiguar da responsabilidade dos órgãos dirigentes da empresa. Todavia, segundo cremos, os princípios clás-

sicos relativos à autoria e participação ainda cumprem um importante e necessário papel na resolução de alguns dos mais intrincados problemas que dominam a autoria criminosa no contexto empresarial.<sup>9</sup>

Da mesma autora, um pouco mais adiante, em seu estudo em homenagem ao professor Figueiredo Dias, já se referindo sobre sua posição em relação à teoria do domínio do fato em ambiente empresarial:

“Todavia, deve sublinhar-se que são as particulares circunstâncias de cada caso que determinam ou não a existência de um domínio do facto por parte do ‘homem sentado à secretária’. E essa deve ser a questão principal a ter presente, sob pena de os quadros teóricos e sistemáticos vigentes em matéria de autoria se imporem à realidade dos factos ao invés de serem dela seu reflexo.

Essa natural disposição talvez se explique por duas razões. A primeira diz respeito ao próprio mandamento de se ater à subjetividade para a legal e democrática delimitação da imputação. Isso, como já dissemos, tem que se referir a todo delito, seja de Direito Penal Clássico ou Econômico. A segunda se refere ao singular fato de que as naturezas organizacionais das empresas diferem muito entre si e não apenas da natureza das organizações criminosas em geral.

Muito se tem discutido sobre as dificuldades de estabelecer critérios de imputação para crimes econômicos, dadas as circunstâncias peculiares dos cenários empresariais. É extremamente delicado a simples transposição dos conceitos, especialmente os dogmáticos, do Direito Penal Clássico para a situação dos crimes econômicos. Há que se considerar, ainda, a estrutura das empresas; Gómez-Jara Díez aponta para o fenômeno atual da “descentralização e funcionalização das empresas”, que enseja “o estabelecimento de vínculos transversais em detrimento de uma hierarquia rigidamente linear”.<sup>10</sup> No mesmo texto, no parágrafo seguinte, constata o doutrinador:

En resumen, las especiales características de las empresas modernas – por lo menos aquellas con una complejidad considerable, que son las que plantean principalmente los problemas de imputación en derecho penal – conducen a una imposibilidad de la aplicación de la figura del ‘autor detrás del autor’.

(...)

El entendimiento actual de las empresas dificulta terriblemente observarlas como objetos sometidos al control de unas personas. Una vez que, en estrecha vin-

culación con el concepto de hierarquía, si comienza a observar el fenómeno de autoorganización empresarial, la pregunta sobre quién domina la organización recibe la siguiente respuesta: ella misma.<sup>11</sup>

Justifica-se, assim, o cuidado redobrado e especializado com a criminalidade empresarial, sendo que não se pode concluir que todo crime empresarial é igual, porque as empresas não são iguais. Há realidades muito distintas e que podem variar enormemente, sejam as empresas limitadas, de capital aberto etc. Neste último contexto, as formas de organização interna são extremamente díspares, não se podendo apontar uma invariável estrutura empresarial associativa, como aquela que fundamenta, e ponto universal basilar para o estabelecimento de uma teoria de imputação genérica.

Nesse sentido, antes de dizer se há autoria direta ou mediata (seja por critérios roxinianos ou não), se há participação em delitos empresariais ou não, é preciso levar a cabo a análise do caso concreto. Se, naquele determinado modo de estruturação de funções específicas, daquela empresa, naquelas circunstâncias fáticas, há ou não autoria e participação. Talvez por isso, mesmo aqueles que se posicionam a favor do reconhecimento da autoria mediata pelo domínio da organização empresarial, tomando de partida os conceitos de Roxin, também admitem que a significação do caso concreto é anterior à possibilidade de imputação genérica. Em recente artigo sobre o tema, Bruna Martins Amorim Dutra exemplifica essa posição:

Saliente-se que a construção roxiniana não pode ser vista como uma panaceia para a totalidade dos casos de delinquência empresarial, não cabendo sua invocação para justificar a imputação de todo e qualquer ilícito que ocorra

no seio da organização ao seu dirigente, sem que se perquirira acerca da contribuição conferida ao delito e da consciência e vontade no sentido do seu cometimento. Mostra-se indubitável que a utilização da teoria do domínio da organização como critério de imputação delictiva a título de autoria mediata deve respeitar o processo de imputação objetiva e subjetiva inerente a um direito penal garantista, respeitando-se, portanto, os direitos fundamentais da pessoa humana. (...)

Assentada essa noção, é cabível afirmar que a imputação penal do sujeito a título de autor delictivo exige a verificação do domínio do fato no caso concreto, aferindo-se se ele, efetivamente, detinha o controle da prática delictiva sob os pontos de vista subjetivo e objetivo.<sup>12</sup>

No mesmo sentido, pode-se ler também no livro de Hermann Mannheim, “Criminologia Comparada”, o seguinte:

uma vez aceite o princípio legal segundo o qual as pessoas coletivas são, como tais, sujeitos passíveis das reações criminais, importa examinar duas questões: em primeiro lugar, por que ações deverá a sociedade ser responsabilizada e, em segundo lugar, em que medida devem ser corresponsabilizadas e punidas as pessoas individuais que atuam em seu nome. Para responder à primeira questão, deve partir-se da chamada doutrina do alter ego, segundo a qual uma sociedade é responsável pelos atos dos seus órgãos, isto é, os diretores e outros empregados situados em posições hierarquicamente superiores com capacidade de decidir em nome da sociedade, sem esquecer que, em última instância, e em relação a cada caso concreto, competirá ao Tribunal marcar a linha de fronteira.<sup>13</sup>

Note-se como, mesmo para um autor como Mannheim, a preocupação e a constatação a que chegamos nesse tópico parece tranquila e evidente.

#### ***4. Sobre a definição de critérios de imputação para os Crimes Comissivos em ambiente empresarial***

Ressalvadas as observações feitas nos itens 2 e 3 do presente trabalho, referentes à necessidade de serem observados os princípios do Direito Penal Clássico garantista (como condição de validade democrática do Direito Penal Econômico) e de serem anotados os dados dos casos em concreto, passemos à primeira aproximação sobre a definição dos critérios de imputação em crimes dessa natureza. No estrito objeto desse artigo, apenas nos interessará aquele contexto de decisões empresariais colegiadas. No primeiro tópico trataremos dos delitos comissivos, quando a decisão sobre a ação delitiva parte de um órgão colegiado.

Sem dúvida, hoje em dia, parece descartada a teoria que entendia a existência do “delito colegial autônomo”.<sup>14</sup> Na verdade, tratava-se de um caso de imputação coletiva, partindo da ideia da responsabilização meramente por fazer parte de um colegiado. Assim, mesmo reconhecendo a existência de poderes de organização e de delegação nos conselhos de administração empresarial, a responsabilidade seria sempre de todos os componentes, independentemente do que cada um tivesse realizado ou omitido, no concerto com fins ilícitos.

Talvez justamente pela constatação da dificuldade, nos casos dos delitos empresariais, de individualização da imputação, em matéria probatória, e de outras impropriedades dogmáticas, é que essas primeiras doutrinas foram se formando, postulando um abandono à perquirição das responsabilidades individuais. Pode se objetar que o próprio formulador da teoria do delito colegial, o professor italiano Rende, chegou a reconhecer que a admissão de uma natureza unitária do ato colegial não poderia significar uma resposta penal igual para todos os membros do órgão colegiado, sem análise para cada um, “de qual tenha sido seu comportamento individual na adoção do acordo”.<sup>15</sup>

A responsabilização penal para o membro de um órgão colegiado por decisões criminosas oriundas deste não seria inevitável, mesmo para esse autor. Sobre o tema, assim concluiu a professora Pérez-Cepeda:

El propio autor de esta tesis reconoce que, e lacto colegial no puede constituir un haz que aglutine a todos los administradores tratándolos em igualdad de condiciones con independencia de cual ha sido su comportamiento individual en la adopción del acuerdo.<sup>16</sup>

As contradições da teoria de um suposto delito colegial, bem como das teorias unificadoras da autoria, nos levam ao reconhecimento de que partindo de um sistema penal que queira se ater às suas matrizes de legitimidade política, será forçosa a adoção da responsabilização sempre individual, que faça a distinção entre os diversos graus que a culpabilidade dos agentes envolvidos possa ter entre si, possibilitando respostas criminais também diferenciadas e individualizadas.

Isso fica bastante evidente quando estamos diante de uma hipótese de voto dissidente devidamente provado em ata de assembleia. A chamada “prova liberatória” confronta qualquer aspiração à adoção de uma teoria que estenda a responsabilização a todos os membros de determinado conselho, porque, essencialmente, contraria a própria ideia de responsabilidade colegial.

Quando se entende que provas liberatórias podem eximir de responsabilidade qualquer membro por sua decisão individual conflitante do “concerto criminoso”, isso necessariamente significa que o concerto de fato não existe ou, se existe, está sendo prematuramente igualado ao “*societas sceleris*”, o que é inadmissível como já registramos. Conclui ainda a professora Pérez-Cepeda, nesse ponto, que nos casos de decisões colegiadas é preciso que sejam observadas certas regras. Assim:

Las reglas generales de la autoría y participación antes mencionadas, que permiten considerar coautor al sujeto que en un organismo colegiado vote dolosamente en favor de acuerdo delictivo, exonerando de responsabilidad al miembro que votó en contra, se abstuvo o estaba ausente, salvo que pueda imputársele el delito en comisión por omisión, cuando assume un compromiso específico ante un riesgo concreto de impedir que se realice en el resultado.<sup>17</sup>

Para o objetivo do presente trabalho, não adentraremos na problemática sobre se há autoria, coautoria ou participação quando existem intermediários na execução do crime, estranhos ao órgão colegiado. Somente nos interessarão as hipóteses de delito advindos claramente da decisão de um conselho de administração, através da empresa e em seu próprio nome. A discussão sobre os casos de funcionários ou diretores que tenham recebido ordem para executar o delito, assim como as relações de delimitação dessa autoria, ficarão para outra oportunidade. É sobre a posição do dissidente ou do minoritário que nos ocupamos.

A conclusão é que, em delitos comissivos, desde que não haja dúvida sobre a origem da decisão (e quando não se possa remeter a imputação a subordinados diretamente do conselho), não podem responder penalmente aqueles que não tenham tido o domínio sobre a decisão ilícita, ainda que na fase preparatória. Ressalte-se que esse domínio se refere ao delito e não a um domínio que possa ser meramente representativo, em outros termos, o simples fato de compor um conselho não pode significar domínio do fato, mas sim uma atribuição e poder ou não poder votar de acordo com a vontade ilícita.

A mera proximidade e influência potencial sobre a decisão, no exercício de funções que de fato confirmam ao agente esse poder, não bastam para a fixação da imputação pessoal, pois o domínio do fato não significará ascendência administrativa, mas a efetiva atuação dolosa no materializar do delito em si. Não se pode falar, portanto, de um simples domínio da possibilidade de lesar o bem jurídico por meio de posições ou funções, mas somente de um domínio atuante específico para aquela infração. Caso contrário, estaríamos diante de uma verdadeira responsabilidade normativa pura, com riscos altamente apreciáveis de responsabilização objetiva.

Esse parece ser o sentido que o acórdão abaixo colacionado referendou, como se lê no seguinte trecho:

A desnecessidade de minuciosa indicação acerca da participação de cada agente nos impropriamente denominados crimes societários ou de autoria coletiva é tema assente na doutrina e jurisprudência, de onde se colhe orientação permissiva com relação à narrativa sintética, desde que minimamente demonstrado o nexo entre o agente e o crime, e compreendida a acusação, viabilizando o regular exercício do direito de defesa, o que se mostra salutar a fim de impedir que a complexa estrutura de uma pessoa jurídica sirva de entrave para a persecução penal quando evidenciada a materialidade.

Todavia, é também necessário que haja parâmetros para tal aferição, a fim de que não se permita nociva imputação de responsabilidade objetiva, de modo que, ainda que a narrativa seja genérica, tal não significa dizer que prescinde da demonstração dos suficientes indícios de autoria que devem pesar, se não sobre cada denunciado individualmente, ao menos sobre um grupo destacado e inequivocamente identificável.

Com relação à autoria, dada à espécie delituosa, temos que os estatutos societários são um início de prova para verificá-la, extraindo-se deles os indícios suficientes sobre quem detém o poder de gestão e decisão sobre o aspecto fiscal, assim identificando formalmente quem seriam os agentes com domínio final sobre o fato, para após a instrução buscar tal confirmação em profundidade.

Nesse prisma, não vejo obstáculos ao oferecimento de denúncia em face de todo o quadro de sócios, desde que se extraia do estatuto que todos detinham poderes de gerência sob o aspecto fiscal na data dos fatos, pois se as decisões forem assim deliberadas, há indícios de que todos estariam cientes da postura adotada pela empresa.

É nesse contexto que a análise dos documentos de fls. 1198/1230 (alterações contratuais) toma contornos relevantes, sobretudo porque, dos dez denunciados, apenas dois figuram com poderes de administração e gerência das sociedades, exatamente aqueles que tiveram a denúncia recebida (vide especificamente fls. 1200, 1206, 1209, 1216 e 1225).

Por outro lado, inexistem quaisquer outros indicativos na denúncia da atuação dolosa desses sócios minoritários para a consecução dos injustos narrados na inicial acusatória.

Nesse contexto, a denúncia conteve narrativa absolutamente insuficiente acerca da eventual conduta praticada pelos ora recorridos, [nem] sequer lhes possibilitando o exercício da defesa, uma vez que figuram na peça acusatória tão-somente por constarem no quadro societário, ainda que não tenham tido posição gerencial e mesmo sendo sócios minoritários.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de onde se extrai o entendimento sobre a possibilidade de denúncia não pormenorizada nesses casos, também é no sentido de avaliar o caso concreto e de não receber a denúncia oferecida sem um mínimo de liame do denunciado com a prática delituosa. Vejamos:

(...) SÓCIA QUOTISTA MINORITÁRIA QUE NÃO EXERCE FUNÇÕES GERENCIAIS - NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO DE DETERMINADO COMPORTAMENTO TÍPICO QUE VINCULE O SÓCIO AO RESULTADO CRIMINOSO. - O simples ingresso formal de alguém em determinada sociedade simples ou empresária - que nesta não exerça função gerencial nem tenha participação efetiva na regência das atividades sociais - não basta, só por si, especialmente quando ostentar a condição de quotista minoritário, para fundamentar qualquer juízo de culpabilidade penal. A mera invocação da condição de quotista, **sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que vincule o sócio ao resultado criminoso, não constitui, nos delitos societários, fator suficiente apto a legitimar a formulação da acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório.** (STF - HC 89427 – Rel. Ministro Celso de Mello - DJe-055 DI-VULG 27-03-2008 PUBLIC 28-03-2008)

(...)

Tampouco o fato de terem dado “carta branca” aos denunciados (fl. 1292) pode servir como imputação objetiva ou subjetiva, pois a escolha por um sócio-gerente **não necessariamente revela alguma conduta dolosa praticada por todos os sócios.** Entender em sentido contrário seria admitir a vedada responsabilidade penal objetiva da pessoa física.<sup>18</sup>

Note-se que a posição esposada neste recentíssimo acórdão se afina com a de Augusto Silva Dias, que, adotando a tese de coautoria para os casos do dirigente (quando há um subordinado), reforça o pensamento de Schüenemann, assim se expressando sobre o tema:

Coautor não pode ser qualquer dirigente, mas só aquele que opera no mesmo seguimento da organização em que a conduta é realizada e que, portanto, pode influenciar a execução e atualizar nela o seu contributo. Obtém-se desta forma uma espécie de 'domínio-da-organização-para-a-execução-do-fato', limitando o papel de coautor ao middle management.<sup>19</sup>

### ***5. Do estabelecimento sobre a posição de garante em crimes econômicos: aceitação e limites da teoria***

Da flagrante impossibilidade de se admitir a legitimação de uma figura de culpa coletiva, vem também a reserva quando se tratar do estabelecimento de limites dos deveres dos membros dos conselhos de administração. Essa reserva significa que ninguém pode ser responsabilizado pelo crime de outrem, mesmo que sua posição possa significar, na assunção de um dever, impedir risco ou perigo concreto para a empresa.

É certo, e ninguém duvida, que o dever do administrador não pode se estender à obrigação de impedir que os outros sócios deliberem a favor de um cometimento ilícito. Desde que fique provado que a conduta do sócio foi a de agir conforme o compromisso de não lesar o bem jurídico tutelado, sua incriminação torna-se inviável, respeitando-se os princípios da individuação e da culpabilidade. Esse o escólio de Pérez-Cepeda:

Aunque es cierto que, en ocasiones el deber de salvaguarda del bien jurídico es asumido conjuntamente por varios sujetos, nadie tiene la obligación de que los demás traten de evitar un resultado lesivo para el bien jurídico, sino sólo de comportarse él conforme al compromiso adquirido de impedir que un riesgo o un peligro concreto para la empresa, socios o terceros se realice en el resultado. Por ello, el interviniente en el acuerdo que vota en contra el ausente o, incluso, el que vota en blanco sólo serán responsables si tienen una posición de garante específica.<sup>20</sup>

Isso coloca em foco o debate sobre a posição de garante específico que possa ter o sócio, importando essa posição em um dever específico ante um risco concreto de impedir que se realize o resultado típico. Ainda que se entenda que, nesses casos, os minoritários vencidos, ausentes e os que se abstiveram possam ser responsabilizados, é preciso delimitar as condições de seus deveres e os limites dessa integração. Nessas hipóteses, não há como falar em participação na configuração da vontade delitiva, já que

os agentes não tomaram parte na deliberação da ação a ser tomada pela empresa.

Por outro lado, resta claro o dever de ter que evitar o resultado lesivo. Para esse impasse, o melhor é tentar visualizar o poder material, de fato, que possuía o sócio na causalidade do evento típico.

A partir daí, já é possível fazer algumas observações sobre os limites ao papel de garantidor nos crimes econômicos, apesar do tema ser muito controvertido na doutrina. O próprio reconhecimento da existência de um dever de garantia empresarial já é controvertido, como tem se visto principalmente na doutrina europeia. É claro que os limites ao papel de garantidor estão adstritos aos próprios limites principiológicos do Direito Penal Clássico e têm que se referir a um caso em concreto. Entretanto, eles podem ser entendidos como limitações mais atentas à realidade empresarial, justamente por levarem em conta as especificidades desse tipo de delinquência.

O primeiro limite diz respeito às funções concretas desempenhadas e controladas pelo sócio que se pretende imputar. É necessário que sua responsabilização apenas seja possível quando se referir ao âmbito de sua direção ou departamento ao qual o fato típico faça referência e seja diretamente relacionado. Um determinado seguimento de direção dentro da estrutura empresarial tem que ser passível, claramente, de absorver a responsabilidade pela conduta lesiva. O sócio a ser responsabilizado deve necessariamente participar do âmbito. Isso exclui pessoas que nem sequer exercem funções passíveis de potencial interferência na formação do concerto criminoso; mas, é claro que essa regra somente é válida para empresas cujas realidades sejam sofisticadamente complexas, e nas quais o poder de decisão seja extremamente fragmentário e disperso por diferentes órgãos diretivos.

Mais uma vez, Schünemann anda por esse caminho, como podemos ver em passagem citada por Susana Aires:

Os deveres de garantia de um membro do conselho de administração de uma direção empresarial organizada segundo o princípio da divisão de competências entre departamentos se limitam ao âmbito por ele dirigido e, por isso, apenas terão maior amplitude quanto a questões fundamentais que competem a toda a direção empresarial.<sup>21</sup>

O segundo limite se refere não à delimitação dos “espaços de responsabilidade”, mas à possibilidade de controlar os riscos sobre o resultado.

Está na potencialidade concreta de controle sobre as pessoas envolvidas e sobre as decisões de seus subordinados essa virtual possibilidade de se evitar o risco. A posição de garantia, portanto, não pode ser genérica, mas real, claramente deduzida dos fatos concretos e não de um dever simbólico e normativamente definido.

Nessa direção, vem se encaminhando a doutrina mais equilibrada da Europa, como se depreende em trecho de autoria da professora portuguesa Susana Aires de Sousa:

Deste modo, concordamos com Silva Sanchez ao defender que a posição de garantia reveste (e, quanto a nós tem de revestir) uma natureza muito mais específica na criminalidade da empresa: aparece como um compromisso de contenção de riscos determinados para bens jurídico penais, cabendo às regras de atribuição de distribuição de competência um decisivo papel na delimitação dos concretos riscos que o sujeito deve controlar, bem como na determinação das medidas que deve adotar para impedir um resultado jurídico-penalmente desvalioso sob pena de cometer um delito omissivo.<sup>22</sup>

A posição do garante em delitos empresariais se sujeita a critérios mais específicos, mais delimitados, portanto. As medidas necessárias para que se evite ou se contenham os riscos previstos pela lei penal têm que estar dentro da possibilidade real de influência do sócio, sendo certo que, se o mesmo é vencido no conselho (e isto se traduz em ter exaurido a potencialidade de evitar os riscos), não pode sofrer uma imputação criminal, pois no seu “âmbito de competência”, segundo Silva Sanchez, tomou todas as medidas tendentes a evitar o resultado desvalioso pela lei penal.

É lógico, entretanto, que todas essas conclusões apenas podem ser tiradas partindo-se de situações fáticas concretas, como ressaltamos no item 2.

O crime comissivo por omissão depende de clara confluência de poder decisório real e consciência da potencialidade do domínio do fato, de acordo com as atribuições do sócio em questão. A posição do garante nunca pode ser genérica, mas, ao contrário, dependerá sempre de interpretação pontual e determinada, se aquela pessoa específica honrou com a observância de seu compromisso de contenção do risco que envolvia sua posição ou qualidade. Se ela honrou seu compromisso pessoal mas os demais sócios não, e não havia possibilidade fática de nenhuma intervenção real que derogasse ou invertesse tais fatos, o risco de se estender a imputação a todo conselho é o da transcendência da pena, que perderia inevitavelmente seu

caráter individual, ferindo-se o disposto no artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal, como é elementar.<sup>23</sup>

## **6. Conclusão**

Não resta dúvida de que a chamada “criminalidade da empresa” suscita grandes discussões acerca de temas clássicos do Direito Penal, mormente sobre imputação. Há que se reconhecer que a delimitação da responsabilidade penal no âmbito empresarial não pode ter as mesmas bases teóricas inspiradoras dos conceitos clássicos, nascidos e construídos em contextos políticos, sociais e econômicos completamente diversos dos dias de hoje. A perplexidade que o assunto causa é notória na doutrina, inclusive na especializada, principalmente quando se constata que a realidade dos desenvolvimentos pelos quais as empresas passaram no seio do próprio capitalismo não pode ser devidamente retratada e abarcada pelo arcabouço dogmático disponível pelo Direito Penal.

Como observou a professora Elena Ceballos, as categorias clássicas sobre autoria e participação “*saltan em pedazos*”, se transplantadas sem adaptações às estruturas empresariais dominantes atualmente, fortemente hierarquizadas e difusas. Os problemas atinentes à delimitação da imputação criminal nesses tipos de delito são tantos que versam desde a questão se é possível a responsabilidade dos próprios órgãos empresariais, até a que título devem ser punidos administradores e sócios em contextos empresariais. Eles também abarcam as questões sobre qual a natureza do domínio do fato para gestores, e se é possível a fixação de um dever genérico de garante nessas situações, além de como definir o eventual dever.

A discussão sobre se há imputação a título de autoria direta, mediata por domínio da organização ou comissão por omissão é longa e vem se desenvolvendo de forma bastante rica, principalmente no Direito europeu, fato que vem concentrando os maiores e melhores debates no Direito Penal.<sup>24</sup>

É interessante ressaltar as hipóteses de sócios minoritários vencidos, ausentes ou que se abstiveram, pois aqui está a radicalização dos debates sobre os limites da imputação criminal. Com efeito, nesses casos, há uma nítida exposição de divergência de vontades, revelando quais são os paradoxos da adoção de algumas teorias de responsabilização. Revelam, também, um confronto em relação aos critérios constitucionais garantistas.

A própria ideia de criar a figura de garantidor especial para delitos econômicos esbarra nas advertências sobre os riscos de responsabilização obje-

tiva (e seus naturais efeitos colaterais políticos), sem a ressalva de se ater a alguma delimitação do que seja domínio individual do fato. Tanto quando Muñoz-Conde propõe uma analogia com a responsabilização por crimes contra a administração pública, ou quando Schünemann busca critérios hábeis para fundamentar a responsabilidade dos administradores e gestores empresariais, em ambos os casos se procura a definição de um conceito de domínio que, ao mesmo tempo, contemple uma nova realidade (e por isso mesmo não permita incongruências causadoras de “janelas de impunibilidade”).

A realidade citada significa uma estrutura hierárquica especial, uma divisão de trabalho, sistema de condutas, riscos assumidos e perigos fáticos e potenciais aos bens jurídicos tutelados do ambiente empresarial. Mas, também significa que essas categorias têm que ser analisadas nos casos em concreto. Também sob o prisma do campo de controle individual, ou seja, como elas ao mesmo tempo podem dominar o homem inserido em seus contextos. A pessoa domina e é dominada pelo mercado, pela empresa etc. O sócio controla e é controlado. Em algumas situações se vê inclusive tolhido de ação diante de circunstâncias particulares que só podem ser determinadas e deduzidas pela instrução probatória.

Em muitos aspectos, o sócio determina tarefas e tem poder de mando, mas também é comandado e controlado por forças nem sempre identificáveis. Embora seja válida, necessária e salutar a tentativa de se adotar uma teoria genérica sobre o estabelecimento de critério de imputação, como os de autoria mediata por domínio da organização ou de aceitação de um dever que fundamente uma estrutura de comissão por omissão, a verdade é que, a insuficiência e a fragilidade dessas teorias restam evidentes, pela própria realidade observável do mercado. Uma contradição interna conceitual determinada também fica clara e é exposta na doutrina quando alguns autores parecem querer derivar a responsabilidade de alguma natureza de domínio, que não pode deixar de ser nunca, filosófica e principiologicamente, pessoal e relativa ao âmbito anímico.

É sempre bom lembrar que, mesmo que se aceite a existência do compromisso de evitar determinados riscos inerentes às funções de membro de um conselho, restará pendente a questão sobre quais os seus limites. Ficará em aberto a ponderação sobre quais ações podem liberar o agente do resultado da não observância desse compromisso quando a vontade emana do conselho. Não é possível admitir a inexistência de compromisso sem indeclinabilidade de seu exercício ou que não possa haver uma escusa possível a um dever jurídico. Isso, em si mesmo, já seria um paradoxo.

O caso do voto vencido de algum sócio que se manifesta e toma todas as atitudes, ao seu alcance institucional, contra o cometimento de ilícitos pelo colegiado é um exemplo desse mesmo paradoxo doutrinário. O próprio Tiedman, defensor do reconhecimento de um dever jurídico extra penal para os administradores empresariais observou que:

Aunque es posible fundamentar una posición de garante de los miembros del consejo de administración, si existe una dirección colegiada de la empresa esta obligación de protección a la empresa de cualquier daño decae cuando existe una división horizontal de las funciones.<sup>25</sup>

Embora seja evidente a fragilidade da ideia de se fundamentar uma suposta qualidade de garantidor baseada em deveres extra penais, a passagem retrocitada foi colacionada para demonstrar como mesmo seus defensores reconhecem hipóteses de reservas conceituais e exceções aos princípios que pretenderam criar.

Qualquer que seja a justificação sobre a fundamentação do conceito de domínio, quer seja pelo poder de direção empresarial, quer pela organização, quer pela simples ingerência, o certo é que, o que quer que venha a ser “domínio”, precisa ser definido em circunstâncias concretas e finitas, sendo inaceitável ser garantidor todo e qualquer um que assuma uma fração de poder empresarial por si só. Sem que se analise detidamente a potencial amplitude de ação específica do agente será prematura ou arbitrária qualquer imputação criminosa.

Quando Schünemann aborda o domínio “fático” sobre os elementos perigosos do negócio, o conceito tem uma necessária base de referência individual e pessoal, o que se torna claro na expressão usada pelo alemão “parte de domínio”. Para maior clareza, vale a pena a transcrição do seguinte excerto:

Este dominio supone (...) un ámbito espacial de influencia acotado para el garante, en el que se encuentra el objeto peligroso; con la salida de este ámbito de influencia se extingue el dominio material y permanece todavía en todo caso un dominio personal con base en el derecho de dirección remanente.<sup>26</sup>

Ainda sobre o mesmo assunto, muito bem o retratando, o professor Pedro Correia Gonçalves arremata:

Por outro lado, para se responsabilizar, por comissão por omissão, o administrador ou gestor empresarial que não observou o seu dever de garante, é preciso que, para

além da sua responsabilidade em virtude do domínio que possui sobre a organização, que o autoriza a configurar o seu âmbito, exista uma conexão estreita entre o fato ilícito cometido pelo seu subordinado e o exercício das suas faculdades individuais de auto-organização. (...) Por outro lado, em caso algum se deverá desprezar as circunstâncias específicas ou particulares do caso concreto.<sup>27</sup>

Desta feita, o fundamento para a imputação criminal sempre tem que ser o “exercício da liberdade pessoal, ideia de responsabilidade como sinalagma da liberdade”.<sup>28</sup> O critério para o estabelecimento de qualquer princípio sobre imputação criminal tem que partir da natural “liberdade de conformação” do homem, respeitando sempre uma nítida e indubitável vinculação específica entre o fato típico e o “exercício das faculdades individuais de auto-organização”<sup>29</sup> do homem. Qualquer solução fora disso significaria uma renúncia inaceitável ao princípio da autonomia humana e a legitimação de um sistema de Direito essencialmente totalitário.

## **7. Notas**

<sup>1</sup> Professor de Direito Penal da Universidade Candido Mendes.

<sup>2</sup> “A Responsabilidade Criminal do Dirigente: Algumas Considerações acerca da Autoria e Comparticipação no Contexto Empresarial”.

<sup>3</sup> Sousa, Susana Aires de.

<sup>4</sup> “Criminalidad de empresa: problemas de autoria y participación”, p. 114.

<sup>5</sup> Id., *ibid.*, p. 119.

<sup>6</sup> “Introducción al derecho penal económico”, p. 29.

<sup>7</sup> Cf. Pavón, Pilar Gómez. Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidade y las remisiones normativas.

<sup>8</sup> Id., *ibid.*, p. 469.

<sup>9</sup> “Estudos em homenagem ao prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias”, p. 1010.

<sup>10</sup> Id., *ibid.*, p. 1021.

<sup>11</sup> “Responsabilidad penal de los directivos de empresa”, p. 171, 178.

<sup>12</sup> Cf. A aplicabilidade da teoria do domínio da organização no âmbito da criminalidade empresarial brasileira. In: Souza, Artur de Brito Gueiros (org.). Inovações no Direito Penal Econômico, p. 234, 242.

<sup>13</sup> Manheim, Hermann. *Criminologia Comparada*, II volume. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1985. p. 741, 742.

<sup>14</sup> Rende apud Pérez-Cepeda, p. 108.

<sup>15</sup> Id., *ibid.*

<sup>16</sup> Id., *ibid.*

<sup>17</sup> Id., *ibid.*, p. 109.

<sup>18</sup> TRF – 2ª Região, 1ª Turma Especializada, processo n.º 0809561-94.2010.4.02.5101. Voto vencedor do Des. Abel Gomes. Grifos nossos.

<sup>19</sup> Apud Sousa, Susana Aires de. *Ibid.*, p. 1019.

<sup>20</sup> Pérez-Cepeda, p. 109.

<sup>21</sup> Sousa, *ibid.*, p. 1033.

<sup>22</sup> Id., *ibid.*, p. 1035.

<sup>23</sup> Cf. Lascuráin Sánchez, Juan Antonio.

<sup>24</sup> Para um panorama mais abrangente dessa problemática: Lascuráin Sánchez, Juan Antonio.

<sup>25</sup> Apud Gonçalves, Pedro Correia. A responsabilidade por comissão por omissão dos administradores e gestores empresariais. In: *Revista Direito e Justiça*, Ano IX, nº 12, p. 161, março, 2009.

<sup>26</sup> Id., *ibid.*

<sup>27</sup> Id., *ibid.*, p. 170.

<sup>28</sup> Silva, Germano apud Gonçalves, 2009. p. 165.

<sup>29</sup> Lascuráin Sánchez, p. 166.

# A EXPERIÊNCIA ARGENTINA NO CONTROLE DO MEIO AMBIENTE COMO SUSTENTABILIDADE DO CRESCIMENTO

---

*Carlos Botassi<sup>1</sup>*

1. Introdução; pobreza extrema e meio ambiente; 2. A ideia: força do crescimento sustentável; 3. As chamadas “externalidades”; 4. O rol do Estado. Fomento e poder de polícia; 5. Competência nacional e provincial: 5.1. Princípio geral; 5.2. A matéria ambiental pela reforma constitucional de 1994; 5.3. O artigo 41 da Constituição Nacional; 5.4. Pressupostos mínimos de proteção; 5.5. A lei geral do ambiente da Nação; 5.6. Normas provinciais complementares; 5.7. Jurisdição administrativa e judicial; 6. Princípio de precaução e poder de polícia; 7. A experiência argentina; 8. Conclusão; 9. Notas.

## *1. Introdução: pobreza extrema e meio ambiente*

Coincidimos com Pigretti quando afirma que a luta contra a degradação do meio ambiente é antes de tudo uma questão econômica, e que o problema consiste em determinar com que meios vamos encará-la e quem deve pagá-la.<sup>2</sup> O aumento do P.B.I. não serve somente para melhorar a posição de um país no ranking mundial. As nações emergentes têm obrigação

de incrementar sua produção industrial para melhorar a qualidade de vida de seus habitantes<sup>3</sup>, mas devem fazê-lo de maneira sustentável, cuidando para não agredir em demasia o entorno, preservando-o para as gerações futuras.

Ao mesmo tempo, atendendo à reclamação básica de solidariedade universal, é preciso abandonar a indiferença coletiva e reclamar para que ninguém morra de fome em um planeta que – de acordo com estudos científicos credíveis – pode proporcionar comida em quantidade e qualidade à totalidade de seus habitantes.<sup>4</sup> No entanto, o aumento incessante do preço dos alimentos fez com que, no início do Século XXI, 50 milhões de pessoas ingressassem no círculo de pobreza extrema, considerando-se que mais de milhões vivem em condições sumamente precárias e em torno de 500 milhões de seres humanos têm uma esperança de vida de 40 anos.<sup>5</sup>

De acordo com informes da Comissão Econômica para América Latina e o Caribe (CEPAL), no ano de 2009, 34% da população da região se encontrava abaixo da linha de pobreza (em torno de 190 milhões de pessoas), rompendo uma tendência de diminuição que havia se prolongado entre 2002 e 2008.

No momento, dentro do concerto internacional, os chamados países em vias de desenvolvimento mostram diferenças socioeconômicas muito marcadas em relação às nações com alto grau de industrialização. Isso impõe uma abordagem diferente dos ambientes e maior esforço por parte dos que mais têm, que, como se sabe, também são os que mais contaminam. Existe uma comprovada relação direta entre a maior produção de bens manufaturados e a magnitude do dano causado ao meio ambiente. Por aplicação do clássico e fundamental princípio “contaminador-pagador”, os países ricos devem fazer o maior esforço para a preservação e restauração do ambiente, tanto em matéria de redução de emissões contaminantes como em matéria de aportes financeiros para impulsionar o desenvolvimento sustentável dos países com economias agrícola e de produção de gado.

Cabe sinalar que a pobreza, e com maior razão a miséria, seja de grupos sociais de um país ou de povos inteiros de nações subdesenvolvidas, não são apenas efeito mas também a causa eficiente do prejuízo ocasionado a determinados recursos e aspectos do problema ambiental (principalmente a flora, o solo e os serviços sanitários). Os exemplos são bem conhecidos:

- a) Destruição de selvas e bosques<sup>6</sup> para obter terras aptas para a agricultura e o gado.

- b) Erosão irreversível dos solos e desertificação em função de cultivos intensos e carentes de planificação.
- c) Migração para os centros urbanos em busca de trabalho e melhores condições de vida, gerando superlotação e insuficiência de serviços essenciais.

## ***2. A ideia: força do crescimento sustentável***

Um dos princípios consagrados na Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano (Estocolmo, 1972) se denomina “Desenvolvimento e meio ambiente”, e estabelece que

ao planificar-se o desenvolvimento econômico deve atribuir-se importância à conservação da natureza, inclusive a flora e a fauna silvestres. Deve aplicar-se a planificação aos assentamentos humanos com miras a evitar repercussões prejudiciais sobre o meio.

Desde aquele momento, sem pressa e sem pausa, a ideia de “eco desenvolvimento” ou de “desenvolvimento sustentável” ocupou um capítulo destacado nas especulações doutrinárias, nas legislações locais e, fundamentalmente, nos encontros de organismos internacionais.<sup>7</sup> Vinte anos mais tarde, teve lugar a “Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento”, ECO 92, celebrada no Rio de Janeiro com a participação de 178 países, representados por dez mil delegados, junto a 1.400 enviados de organizações não governamentais, sete mil jornalistas e por volta de duzentos mil visitantes autorizados. Sua transcendência em termos de relações internacionais resulta evidente na comparação com a Conferência de 1972: na de Estocolmo, dois chefes de Estado assistiram, na do Rio, 115 estavam presentes.

Seu ambicioso, e ainda pendente, objetivo foi consagrar “uma nova ordem ecológica” a partir da maior cooperação dos países desenvolvidos na preservação dos recursos naturais de nações emergentes, principalmente água, bosques e selva. Aludiu-se, então, à necessidade de alcançar uma

aliança mundial nova e equitativa, [destacando que] os países em desenvolvimento, em particular os menos adiantados e os mais vulneráveis desde o ponto de vista ambiental, deverão receber prioridade especial, [agregando que,] em vista de que tem contribuído em distinta medida à degradação do meio ambiente mundial, os Estados têm responsabilidades comuns mas diferencia-

das. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes corresponde na procura internacional do desenvolvimento sustentável, em vista das pressões que suas sociedades exercem no meio ambiente mundial e das tecnologias e os recursos financeiros que dispõem.

Na Cúpula do Rio se fez patente o problema das enormes assimetrias econômicas que existem entre as nações e sua condição perturbadora no momento de organizar políticas preservacionistas comuns. Durante as deliberações, se ouviram protestos dos países do chamado “terceiro mundo”, “subdesenvolvido”, “não industrializado”, “em vias de desenvolvimento”, “emergente” ou “periférico”, devido ao escasso ingresso *per capita* de amplos setores sociais, ainda que se trate de nações muito favorecidas se levada em conta quantidade e qualidade de seus recursos naturais.

Em consequência da exploração irracional, o entorno se encontra cada vez mais deteriorado, e no momento de repartir responsabilidades surge uma confrontação política quando as nações do sul (que albergam 80% da população mas só contam com 20% do ingresso mundial) sinalizaram que os países desenvolvidos do hemisfério norte apesar de usarem um modo de industrialização e de consumo degradante do ambiente, distam de contribuir seriamente com o melhoramento da situação.

Enquanto no plano internacional se aguarda o cumprimento dos referidos compromissos, no âmbito interno as autoridades devem adotar todas as medidas a seu alcance para promover o desenvolvimento industrial sem agredir em demasia o meio ambiente. No caso argentino – do qual nos ocuparemos nesse estudo –, é preciso abandonar a indiferença a respeito dos custos ambientais e disciplinar o setor empresarial para que assuma um compromisso real e efetivo de crescimento sustentável. A Lei Geral do Ambiente da Nação nº 25.675, em seu artigo 4, consagra o

princípio de sustentabilidade: O desenvolvimento econômico e social e o aproveitamento dos recursos naturais deverão realizar-se através de uma gestão apropriada do ambiente, de maneira tal que não comprometa as possibilidades das gerações presentes e futuras.

### *3. As chamadas “externalidades”*

No âmbito interno, empresas privadas ou públicas, nacionais, estrangeiras ou multinacionais descumprem as regras ambientais ao não corrigirem o prejuízo que causam ao entorno; terceirizam os custos que de-

mandariam neutralizar seus efluentes contaminantes. Essa economia no gasto com prevenção se divide injustamente com toda a população (se terceiriza), obrigando as empresas competidoras a suportarem o gasto – ao elaborarem seus produtos, invertem ao mitigar o dano ambiental – assim como as pessoas com baixos recursos têm que gastar para corrigir os efeitos nocivos de atividades das quais não participam nem recebem benefício. Famílias vizinhas, que não são ricas, padecem de enfermidades respiratórias que prejudicam suas capacidades laborais e lhes impõem gastos com medicamentos que nem sempre são cobertos pelo sistema público de saúde.

Existe um alto custo social em matéria ambiental e a única maneira de reduzi-lo é organizando e operando eficientemente mecanismos de controle que evitem e, no caso, sancionem a conduta contaminante, induzindo as empresas a lograr níveis ótimos de precaução.

No plano das relações internacionais ocorre o mesmo. As empresas dos países ricos investem em energias alternativas (salvo os países que possuem uma polícia ambiental atuante e respeitam de modo irrestrito as leis) e, com isso, as autoridades não se ocupam de modificar os hábitos de consumo de seus habitantes. Nesse caso, a degradação que provocam nas fronteiras se “externaliza”, e prejudicam os habitantes das nações menos favorecidas cuja capacidade de reação é escassa devido à precariedade de suas moradias, à desnutrição e ao pouco acesso que têm à saúde comunitária.

Essa situação deve ser corrigida urgentemente já que não resultaram suficientes as declarações de boa vontade contidas nos acordos internacionais. Assim, por exemplo, no plano regional, se focarmos o Mercado Comum do Sul, integrado por países como Brasil<sup>8</sup> e Paraguai<sup>9</sup>, advertiremos que o Preâmbulo do “Convênio Marco sobre Meio Ambiente do MERCOSUL”, ressaltou “a necessidade de cooperar para a proteção do meio ambiente e a utilização sustentável dos recursos naturais, com vistas a alcançar uma melhor qualidade de vida e um desenvolvimento econômico, social e ambiental sustentável”. Por seu artigo terceiro, os Estados participantes (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) se comprometeram a fomentar “a internalização dos custos ambientais mediante o uso de instrumentos econômicos e regulatórios de gestão”.

No âmbito global, cabe destacar que a inumerável quantidade de tratados internacionais sobre problemas ambientais específicos,<sup>10</sup> assim como os programas e organismos vinculados ao tema<sup>11</sup> requerem recursos financeiros de execução a serem oferecidos pelos países ricos, especialmente aqueles que geraram o problema. Os estudos para evitar a extinção de cer-

tas espécies de baleias, por exemplo, deveriam ser sustentados pelo Japão em sua qualidade de principal predador. A mitigação do efeito estufa e a preservação dos glaciares deve se financiar com aportes principais dos países que emitem enormes quantidades de CO<sub>2</sub>, conforme combinado nos acordos sobre mudança climática.

#### ***4. O rol do Estado. Fomento e poder de polícia***

Sem desconhecer o caráter fundamental do cumprimento dos deveres sociais de todos e de cada um dos indivíduos, o principal encarregado de cuidar do entorno é o Estado. Para encarar esse labor conta com duas ferramentas. Em primeiro lugar, a atividade de fomento, que desenvolve atuando diretamente sobre os elementos ambientais (ar, água, solo, clima e biodiversidade) ao organizar atividades de recuperação das características naturais. Em segundo, o poder de polícia mediante a regulação, fiscalização e sanção das condutas, reais ou potencialmente causativas de degradação ambiental (contaminação, liberação de gases de efeito estufa, desertificação, elaboração de produtos tóxicos, manejo de resíduos domiciliares e industriais patogênicos e perigosos, biotecnologia, radioatividade).

Em ambos os terrenos (fomento e poder de polícia) cabe advertir que o patrocínio estatal de determinadas atividades consideradas neutras em matéria ambiental e a proibição absoluta ou relativa daquelas que se estimam nocivas para o entorno, influem na evolução econômica de uma nação. O desafio consiste em encontrar mecanismos técnicos e jurídicos que acelerem o processo de industrialização das economias primárias sem impactar em demasia o entorno e, fundamentalmente, repartindo as cargas financeiras de maneira justa e equilibrada entre os atores principais do processo. Um exemplo simples dessa última asseveração é a cobrança de altos impostos das indústrias que sujam e a ameaça de severas sanções para aqueles que violam os estandes de emissão, são maneiras de lograr o ponto ótimo de prevenção e evitar a proliferação de externalidades negativas.

Na Argentina, as condições ambientais opostas a determinadas atividades econômicas tiveram que superar o obstáculo representado pela Constituição Nacional de 1853, categoricamente liberal, que consagrava como regra geral a liberdade de pensamento e ação e garantia o exercício de toda indústria lícita em seus artigos 14<sup>12</sup> e 19<sup>13</sup>. Naquela direção, a reforma constitucional de 1994 incorporou no artigo 41 a denominada “cláusula ambiental” de rico conteúdo:

Todos os habitantes têm direito a um ambiente saudável, equilibrado, apto para o desenvolvimento humano e para que as atividades produtivas satisfaçam as necessidades presentes sem comprometer às das gerações futuras; e têm o dever de preservá-lo. O dano ambiental gerará prioritariamente a obrigação de recompor, de acordo com o que estabeleça a lei.

As autoridades darão a proteção deste direito à utilização racional dos recursos naturais, à preservação do patrimônio natural e cultural e da diversidade biológica, e à informação e educação ambientais.

Corresponde à Nação ditar as normas que contenham os conteúdos mínimos de proteção, e às províncias, as necessárias para complementá-las, sem que aquelas alterem as jurisdições locais.

Proíb-se o ingresso no território nacional de resíduos atual ou potencialmente perigosos, e dos radiativos.

O ponto de justo equilíbrio foi estabelecido pela Corte Suprema de Justiça da Nação ao decidir que

os direitos e garantias consagrados pela Constituição Nacional não são absolutos, e seu exercício está submetido às leis que os regulamentem as que, se são razoáveis, não podem impugnar-se como inconstitucionais, dependendo da sua razoabilidade e de que se adêquem ao fim perseguido pela regulamentação, que não há de sofrer de uma iniquidade manifesta<sup>14</sup>

explicando que “o poder político tem a faculdade de restringir o exercício dos direitos estabelecidos na Constituição Nacional a fim de preservar o bem comum e outros bens também ponderados na atribuição que constitui a essência das potestades do Poder Legislativo”.<sup>15</sup> Em sentido contrário, quando a limitação da liberdade não se encontrar claramente justificada ao interesse do grupo ou parecer não razoável, a norma que a imponha será inconstitucional.

## ***5. Competência nacional e provincial***

### ***5.1. Princípio geral***

A forma de governo federal da Argentina acarreta que cada jurisdição territorial legisle sobre assuntos ambientais e administre os problemas derivados da gestão ambiental. As províncias conservam todo o poder, não

delegando ao governo federal (art. 121 CN), têm suas próprias instituições locais e se regem por elas (art. 122) de acordo com os princípios, declarações e garantias contidos na Constituição Nacional, se comprometendo a assegurar a administração de justiça, regime municipal e educação de primeiro grau (art. 5º e 123 CN). O Estado argentino é um Estado Federal caracterizado pela descentralização do poder em sua extensão territorial; as províncias, quando são autônomas, carecem de atribuições para legislar sobre aqueles assuntos que estão nas mãos das autoridades nacionais como, por exemplo, os denominados “códigos de fundo” (civil, comercial, penal, do trabalho, aeronáutico, de atividade mineira) e as demais faculdades enumeradas no artigo 75, entre as quais se destaca a circulação de pessoas e mercadorias e o comércio interprovincial e internacional. Nesses assuntos, o sistema adotado pela Constituição Nacional “consiste em fazer um só território para um só povo”<sup>16</sup> e os estados locais ou províncias não podem ditar leis nem regulamentos nem ordenanças que em forma direta ou indireta possam travar ou perturbar o livre trânsito pelo território nacional ou afetar o direito de regulamentar o comércio – conferido ao Congresso da Nação, com o caráter de faculdade exclusiva.

Cabe reiterar que todas as atribuições não delegadas ao Governo Federal se consideram reservadas às províncias, as quais legislam e administram com amplitude sem ingerências da autoridade central. Claro que se apresentam situações complexas, em que a atribuição de potestades resulta difusa, tornando necessária, assim, a intervenção da Corte Suprema de Justiça da Nação para dirimir o conflito.<sup>17</sup>

## *5.2. A matéria ambiental pela reforma constitucional de 1994*

A questão ambiental ingressou na Constituição Nacional na reforma de 1994, mas no texto original de 1853 já eram detectáveis algumas atribuições do Congresso Nacional que, modernamente, seriam vinculadas ao tema, como, por exemplo, promulgar o Código de Atividade Mineira, regulamentar o regime dos rios navegáveis, vender ou distribuir terra pública de domínio nacional; junto a uma atribuição genérica que, antes da sinalada reforma, foi invocada a favor da atribuição federal de ditar normas ambientais com vigência em todo o território da República Argentina: “prover aquilo conducente à prosperidade do país, ao adiantamento e bem-estar de todas as províncias.”<sup>18</sup>

Antes da reforma constitucional de 1994, a doutrina havia explicado com precisão e a jurisprudência havia decidido por unanimidade que a po-

testade de regular e fiscalizar o meio ambiente era partilhada entre a Nação e os estados locais; afinal, o conteúdo amplo do inciso 18º do artigo 75 refletia atividades que podiam ser assumidas tanto pelo Governo Federal como pelas autoridades locais.<sup>19</sup> Essas faculdades concorrentes reconhecem, em caso de conflito, a supremacia do interesse da Nação em seu conjunto. Nesse sentido, a Corte Nacional tem resolvido que o exercício das faculdades concorrentes por parte de uma província deve ceder se coincidir com as medidas adotadas na mesma matéria pelo Congresso Nacional.<sup>20</sup>

É claro que se um problema ambiental se encontra localizado e seus efeitos não podem se estender às jurisdições vizinhas, trata-se de um assunto de incumbência estrita da autoridade local. E, ao contrário, quando o problema do entorno pode afetar duas ou mais províncias, sua regulação, fiscalização e sanção competem exclusivamente à Nação.<sup>21</sup> Assim, por exemplo, o regime dos resíduos perigosos (que fora regulado sucessivamente pelas Leis 24.051 e 25.612) não só se aplica ao lixo gerado ou localizado em lugares de jurisdição nacional, como também se aplica aos resíduos de uma província destinados ao transporte fora dela, aqueles existentes dentro da província mas cujos efeitos transcendem o seu limite e podem afetar o ambiente além do território.<sup>22</sup>

Fora desses casos, em que a competência pode ser discernida em termos de exclusividade, o problema consiste em coordenar as atribuições da Nação e das províncias nas questões ambientais, de forma homogênea, em todo o território nacional sem vulnerar a autonomia dos estados locais, assunto que foi encarado pela reforma constitucional de 1994.

### ***5.3. O artigo 41 da Constituição Nacional***

O texto do terceiro parágrafo do artigo 41 da C. N. (texto de 1994), quando esta ainda não punha fim a todas as interpretações possíveis sobre determinados aspectos da questão, estabeleceu que “corresponde à Nação ditar as normas que contenham os pressupostos mínimos de proteção, e às províncias, as necessárias para complementá-las, sem que aquelas alterem as jurisdições locais”.

Se a concorrência de atribuições constitui regra em matéria de poder de polícia, o artigo 41 constitui a única oportunidade em que a Constituição Federal alude à maneira concreta de distribuir essa potestade compartilhada. A constituinte dispõe que, ao se compartilhar a competência ambiental, se reconheça o interesse prioritário do conjunto, garantindo determinados

níveis mínimos de tutela do entorno e, ao mesmo tempo, a fundamental correlação com as províncias, seus municípios e a Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Denomina-se a esta disposição “o parágrafo federal” do artigo 41.<sup>23</sup>

#### **5.4. Pressupostos mínimos de proteção**

Entende-se por orçamento mínimo, estabelecido no artigo 41 da Constituição Nacional, toda norma que concede uma tutela ambiental uniforme ou comum para todo o território nacional, e tem por objeto impor condições necessárias para assegurar a proteção ambiental. Em seu conteúdo, deve prever as condições necessárias para garantir a dinâmica dos sistemas ecológicos, e manter sua capacidade de carga e, em geral, assegurar a preservação ambiental e o desenvolvimento sustentável (Lei Geral do Ambiente da Nação nº 25.675, B.O. 28.11.2002, art. 6).

Diferentemente do que ocorre com os denominados “códigos de fundo” – a respeito dos quais se reconhece a potestade federal exclusiva para seu ditado, reservando-se para as províncias o atinente à regulação que os faz aplicáveis (códigos processuais ou leis de “forma”) –, em matéria ambiental, os dois âmbitos políticos se encontram habilitados para ditar a legislação de fundo e de forma, só que o Estado Nacional pode estabelecer uma série de “pressupostos mínimos” que as províncias não podem desconhecer, apenas “complementar”. *Esses* pressupostos mínimos podem referir-se a assunto substancial ou de fundo (v. gr. a obrigação de realizar estudos de impacto ambiental; um estande de emissão de gases à atmosfera; proibição de determinadas atividades em áreas glaciares) ou a questão ritual (obrigatoriedade de submeter audiências públicas a determinados empreendimentos com alto risco ambiental). Os estandes estão referidos a todas as atividades humanas que possam afetar o entorno, embora os mais conhecidos sejam aqueles estabelecidos nos regulamentos da polícia industrial, que fixam níveis máximos de resíduos estabelecendo o limiar acima do qual se nega licença, habilitação ou autorização para a localização e/ou funcionamento de determinada indústria. Mas, não se trata somente de fixar parâmetros quantitativos, já que o Congresso Nacional pode determinar “pressupostos mínimos” de outra índole, como planos de educação ambiental ou obrigações oficiais de proporcionar informação aos cidadãos.

### ***5.5. A lei geral do ambiente da Nação***

Com a sanção regulamentar, no ano de 2002, da Lei 25.675, no artigo 41 da Constituição Nacional, o Congresso Nacional produziu a legislação ambiental mais significativa da Argentina que inclui regras de fundo e de forma<sup>24</sup> de suma transcendência: a) Deve existir uma coordenação da política e da gestão ambiental desenvolvida entre os municípios, as províncias, a Ciudad Autónoma de Buenos Aires e a Nação (art. 9); b) Toda obra ou atividade que seja susceptível de degradar o ambiente deve ser precedida de um estudo de impacto ambiental (art. 11); c) Deve existir educação ambiental, como um processo contínuo e permanente (art. 14 e 15); d) Toda pessoa física ou jurídica, privada ou pública, está obrigada a fornecer a informação que se lhe requeira relacionada à qualidade ambiental e à atividade que desenvolva (art. 16); e) Toda pessoa tem o direito de ser consultada e de opinar nos procedimentos administrativos relacionados à preservação do ambiente; as autoridades devem instrumentalizar procedimentos de consulta ou audiências públicas que serão instâncias obrigatórias para a autorização de obras ou atividades que possam gerar efeitos negativos ao ambiente (art. 19 a 21).

### ***5.6. Normas provinciais complementares***

Conforme já mencionado, no artigo 41 da Constituição reformada, as províncias têm delegado à Nação a potestade de sancionar leis que fixem os standards mínimos de proteção dos recursos ambientais. Nos casos em que os estados locais também tenham estabelecido determinados níveis de contaminação, se estes estão acima dos standards mínimos (quer dizer, se são mais tolerantes com os agressores do entorno), deverão ser ajustados pelos que estabeleçam a legislação nacional. Trata-se da aplicação de uma regra clássica do Direito Constitucional argentino: uma vez sancionada a norma de polícia pelo Congresso Federal, supre a legislação local até então legítima.<sup>25</sup>

Mas, também, pode ocorrer – e de fato sucede frequentemente – que as províncias complementem as normas nacionais “de mínima” estabelecendo maiores níveis de proteção, quer dizer standards mais severos. Nesse último caso, dentro do limite territorial do estado local, se aplicarão suas disposições, ficando de lado a legislação nacional mais tolerante com o agente agressor do meio ambiente. Bidart Campos diz que a concorrência de potestades entre a Nação e as províncias impõe considerar

duas áreas: o mínimo e o máximo. No primeiro a competência é federal; no outro, provincial. Poderá, no mínimo, se dar à legislação a forma codificada, ou a de uma lei marco; e no máximo poderão as províncias ampliar e desenvolver para suas respectivas jurisdições aquele mínimo legislado pelo Congresso, assumindo-o sem contravi-lo<sup>26</sup>

A delegação de competência em matéria de poder de polícia ambiental se justifica dizendo das necessidades ambientais vinculadas ao interesse geral da Nação e se limita, então, aos pressupostos mínimos de proteção. A complementação – e ampliação, em seu caso – da tutela ambiental em função da situação e das necessidades locais segue reservada às províncias, as quais possuem responsabilidade primária na matéria.<sup>27</sup>

A Lei 25.612 (B.O. 29/7/2002), por exemplo, contém os pressupostos mínimos para a gestão dos resíduos perigosos de origem industrial e contém atividades de serviços. Essa Lei se relaciona com as precedentes, 11.459 e 11.720, da província de Buenos Aires, que deverão ser modificadas naqueles aspectos que forem contrapostos em matéria de precaução e de manutenção mínima da qualidade ambiental; mas, deverão impor-se à referida Lei nacional quando estabelecerem pressupostos, standards ou limites de contaminação mais exigentes ou menos permissivos.

Considerações semelhantes podem se efetuar com relação às seguintes normas nacionais: 1) Lei 25.670 (B.O. 19/11/02) que impõe a eliminação gradual dos PCB's utilizados como refrigeradores de transformadores elétricos de alta tensão; 2) Lei 25.688 (B.O. 3/1/03), referida à política hídrica nacional e aos comitês de cuencas<sup>28</sup>; 3) Lei 25.831 (B.O. 7/1/04) de acesso à informação ambiental.

Todas elas, assim como outras leis nacionais de menor repercussão, abordam matérias também reguladas pelas legislações provinciais, obrigando a realizar um exame pontual de compatibilidade.

### ***5.7. Jurisdição administrativa e judicial:***

O terceiro parágrafo do artigo 41 da Constituição Nacional expressamente aclara que a fixação de pressupostos mínimos por parte do Estado Central não alterará as jurisdições locais nem a aplicação concreta, portanto, das normas provinciais que as regulamentem. Em outras palavras, a fiscalização do cumprimento de toda a legislação ambiental, ainda que se trate de lei nacional, será de competência dos órgãos administrativos e ju-

diciais provinciais, exceto no caso em que a questão transcenda o interesse local, afetando duas ou mais províncias. Os artigos 7 e 32 da Lei marco-ambiental da Nação nº 25.675 reiteram e especificam o alcance da norma constitucional.<sup>29</sup>

O sistema resulta acertado. Os problemas ecológicos requerem atenção imediata e próxima conforme suas características pontuais. Assim, por exemplo, na Ciudad Autónoma de Buenos Aires, uma questão ambiental urgente é o nível excessivo de barulho nas zonas centrais da cidade, enquanto nos silenciosos recantos do interior da Província de Buenos Aires, o flagelo ambiental está nos cíclicos alagamentos que afetam milhares de hectares de campos férteis.<sup>30</sup>

Ambos os assuntos, naturalmente, são assumidos pelas autoridades administrativas locais e dirimidos pelos juízes ordinários provinciais. A Corte Suprema de Justiça da Nação tem decidido que as questões concernentes à proteção ambiental pertencem ao direito público local e resultam de competência dos poderes locais,

pois o respeito das autonomias provinciais requer que se reserve a seus juízes o conhecimento e decisão das causas que, no substancial, versam sobre aspectos próprios do direito provincial ditado em uso das faculdades reservadas às províncias (...). As autoridades provinciais têm a faculdade de aplicar os critérios de proteção ambiental que consideram conducentes para o bem-estar da comunidade para a que governam, como também valorar e julgar se os atos que levam a cabo suas autoridades em exercício de poderes próprios afetam o bem-estar perseguido.<sup>31</sup>

Esse verdadeiro princípio geral do Direito Público argentino (caráter local do poder de polícia, exceto casos de clara e concreta exclusividade do Estado Federal ou supostos de concorrência) não se encontra discutido na doutrina nacional e tem sido apoiado tanto por constitucionalistas como por administrativistas.

## ***6. Princípio de precaução e poder de polícia***

A Lei marco-ambiental da Nação nº 25.675, em sua artigo 4, expressamente alude ao princípio de prevenção, ao estabelecer que a interpretação de toda norma de execução da política ambiental deverá considerar que “as causas e as fontes dos problemas ambientais se atenderão em forma prioritária e integrada, tratando de prevenir os efeitos negativos que sobre o ambiente se podem produzir”.

Uma característica indiscutida e universalmente reconhecida do Direito Ambiental é seu caráter preventivo.<sup>32</sup> Na Comissão Europeia de Meio Ambiente, o princípio de Seguridade Nuclear e Proteção Civil “tem se convertido no lema chave do quarto programa de ação meio ambiental” da atual União Europeia.<sup>33</sup> No projeto de protocolo adicional ao Tratado de Assunção que deu origem ao Mercosul, aprovado em março de 1999, se considera que o princípio de precaução deve encabeçar o processo de harmonização da legislação interna dos países membros.

Resumidamente, um capítulo essencial da matéria impacto ambiental é a efetiva aplicação do princípio de precaução,<sup>34</sup> que se traduz na ideia de uma adequada política de Estado que deve estar a favor do desenvolvimento industrial, comercial e da prestação de serviços apesar desses gerarem um alto custo ambiental (disposição de resíduos de todo tipo, geração de energia nuclear, bioquímica, indústria farmacêutica e atividades contaminantes em geral); mas, ao mesmo tempo, essa política deve cuidar para que o desenvolvimento econômico obtido resulte ambientalmente sustentável.<sup>35</sup>

O poder de polícia, com sua atividade fiscalizadora característica e, eventualmente, sancionadora, constitui o marco adequado para cuidar da efetiva vigência do princípio de precaução. Em última instância, todas as atividades industriais, em menor ou maior medida, põem em risco a qualidade do ambiente; mas, quando se suspeitar que determinada conduta empresária irá provocar níveis preocupantes de contaminação, se deverá proibir, restringir ou condicionar de maneira a fazê-la sustentável.

## *7. A experiência argentina*

A Argentina suporta uma extensa lista de graves problemas ambientais. A ex-secretária de Meio Ambiente da Nação, em seu “Informe GEO ARGENTINA 2004”, enumerou o seguinte:

- 1º - Erosão. Anualmente se perdem, por erosão hídrica, mais de 150 mil hectares de campo fértil e mais de 500 mil por erosão eólica.
- 2º - Alagamentos. Na década de 1980, quase 5 milhões de hectares estiveram cobertos pelas águas durante meio ano, afetando sua capa de húmus.
- 3º - Bosques. Desmata-se aproximadamente um milhão de hectares por ano e se replanta cerca de 100 mil, apenas; ou seja, 10%.

- 4º - Contaminação. As duas bacias hídricas que rodeiam a Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Matanza-Riachuelo e Reconquista) suportam um alto grau de contaminação; bem como o Río de la Plata, que abastece de água potável mais de 5 milhões de pessoas.
- 5º - Serviços sanitários. Quase a metade da população, cerca de 18 milhões de pessoas, carece de rede de esgoto. Os resíduos? vão para os poços, que contaminam os aquíferos subterrâneos de onde se extrai água para beber, gerando enfermidades.
- 6º - Biodiversidade. Estima-se que em torno de cem espécies de animais e vegetais estejam em risco de extinção.

Como mencionado, para enfrentar tais flagelos existe uma abundante bagagem constitucional e legal. Há organização administrativa ambiental, pois na Nação existe uma carteira com competência específica na matéria, assim como nas províncias e nos municípios.

A deterioração do ambiente, contudo, não tem fim nem o descumprimento recorrente das normas de polícia. A impotência do Poder Administrador colocou no centro do problema o Poder Judicial, registrando uma abundante jurisprudência que não só tem penalizado os particulares contaminantes como também tem imposto ao Estado obrigações concretas. Assim, por exemplo, fica obrigado a sanear o contaminado Riachuelo, que divide a Ciudad de Buenos Aires e a Província de mesmo nome,<sup>36</sup> e fazer as obras necessárias para ampliar a capacidade da represa “Portezuelo Grande” sobre o rio Neuquén e, assim, evitar alagamentos.<sup>37</sup>

Frente à omissão (ou impotência) do Poder Executivo, tem surgido um notório e saudável ativismo judicial que se coloca como vanguarda em matéria da defesa do meio ambiente.<sup>38</sup>

## **8. Conclusão**

A questão ambiental, entendida como constante degradação do ambiente humano, permite um enfoque “macro” (ou universal) e outro “micro” (ou nacional). Em ambos os casos, as assimetrias econômicas provocam um debate essencialmente político de forte conteúdo ético no momento de se repartir os custos e, a com isso, geram-se políticas públicas de prevenção e restauração do entorno. Mostra-se inegável que, com toda urgência, devem adotar-se medidas de controle e de fomento a condições de vida mais dignas para os grupos sociais menos favorecidos.

No âmbito internacional, dado que o altíssimo nível de vida dos cidadãos de países desenvolvidos é pago com a degradação global do ambiente, a eles compete saldar essa dívida com a comunidade internacional. É preciso compreender que as declarações e os acordos programáticos carecem de significado se não são acompanhados de fatos concretos. Os compromissos de 1972 em Estocolmo não foram substancialmente diferentes dos de 1992 no Rio,<sup>39</sup> e, em 2012, a pobreza extrema de algumas regiões avança sem pressa nem pausa.

No plano nacional, as classes média e alta devem realizar um esforço contributivo maior ao desenvolvimento sustentável. Os donos de indústrias poluidoras, enquanto procuram instalar sistemas de neutralização de efluentes, devem contribuir para melhorar a situação dos assentamentos vizinhos. O Estado, por meio de seu poder de polícia, deve arbitrar os meios a seu alcance para lograr esse ambicioso objetivo.

Visivelmente, na década de 1970, a problemática ambiental parecia limitar-se à preservação da natureza, evitando a contaminação da atmosfera e da água; enquanto que nos anos 1990, há uma orientação para o desenvolvimento sustentável nos países industrializados e não industrializados, além da “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.”<sup>40</sup>

Esse é o desafio do momento no qual Argentina e Brasil parecem se encontrar bem encaminhados, se repararmos nas cifras oficiais gastas com a redução da pobreza; porém, também é certo, e basta olhar ao nosso redor, que ainda temos muito por fazer.

## 9. Notas

<sup>1</sup> Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidade Nacional de La Plata, Argentina). Professor titular por concurso de Direito Administrativo na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da U.N.L.P. Diretor e docente da Especialização em Direito Administrativo da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da U.N.L.P. Professor de Direito Público Provincial do Mestrado em Direito Administrativo da Universidade Austral. Presidente da Associação Bonaerense de Direito Administrativo (A.B.D.A.). Vice-presidente da Associação Ítalo-argentina de Professores de Direito Administrativo. Coordenador do Suplemento de Direito Administrativo da Revista *Jurisprudencia Argentina* (Edit. Abeledo-Perrot). Advogado.

<sup>2</sup> Pigretti, Eduardo A. Uma nova possibilidade: o Direito Fiscal Ambiental. *Rev. El Derecho*, Buenos Aires, 1979, t. 83, p. 827. No mesmo sentido, ressaltando que os altos custos são os maiores obstáculos para recuperar, manter e melhorar a qualidade dos recursos ambientais, tem-se também: Iannello, Pablo A. Algumas considerações em torno dos custos e da regulação ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, Lexis Nexis, Buenos Aires, nº 6. abril/junho 2006..

<sup>3</sup> O bem-estar social é, sem dúvida, o objetivo essencial do Estado democrático, qualquer que seja a ideologia política de seus governantes. A Constituição brasileira assinala como objetivo da República Federativa: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3), assinando competência comum à União, aos Estados e aos municípios em matéria de proteção ao meio ambiente (art. 23). A Constituição mexicana estabelece em seu artigo 4 que “toda pessoa tem direito a um meio ambiente adequado para seu

desenvolvimento e bem-estar”. O artigo 41 da Constituição argentina expressa que “todos os habitantes gozam do direito a um ambiente sano, equilibrado, apto para o desenvolvimento humano e para que as atividades produtivas satisfaçam as necessidades presentes sem comprometer as das gerações futuras”.

<sup>4</sup> O paradoxo existe também em países como a Argentina, com capacidade para alimentar 500 milhões de pessoas, no qual vivem 40 milhões sendo que 10% não se alimentam suficientemente para assegurar o correto desenvolvimento físico e mental.

<sup>5</sup> As razões do flagelo da pobreza são complexas, destacando-se que, geralmente, os que mais padecem são os países sem democracia, com governos corruptos, com disputas de poder por facções extremistas e sem recursos financeiros. Mas não é menos verdadeiro que países desenvolvidos não tenham vontade política para empenhar-se na erradicação da fome. Meia dúzia de nações investiram entre 4 e 7 bilhões de dólares para solucionar a crise do sistema bancário desatada nos EE.UU. no ano 2008. No início de 2010, para o salvamento financeiro de Grécia, Espanha e Portugal, a U.E. teve que investir um bilhão de dólares (750.000 milhões de euros). Em troca, a ajuda prestada pelo G8 para reduzir a fome do mundo é de 20.000 milhões de dólares desembolsados em quotas que levarão muitos anos. A diferença de magnitude dos investimentos demonstra o grau de interesse da economia mundial por cada problema.

<sup>6</sup> A expansão da fronteira agropecuária faz com que a média internacional de perda de floresta seja de 15%, sendo que em algumas regiões o valor tem chegado a níveis muito maiores, como é o caso da província de Córdoba, na Argentina,

onde o desmatamento alcançou a marca de 85% (diário “El Día”, La Plata, Argentina, 9.2.2011).

<sup>7</sup> Em rigor, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com escritório em Nova Iorque desde 19 de dezembro de 1966, já havia advertido que o direito à saúde física e mental também dependia do cuidado e da melhoria do meio ambiente (art. 12, numeral 2, apartado b).

<sup>8</sup> Mais de 8 milhões de km<sup>2</sup> de superfície e quase 200 milhões de habitantes.

<sup>9</sup> Mas de 400 mil Km<sup>2</sup> e 7 milhões de habitantes.

<sup>10</sup> A lista é interminável. Controle de traslado transfronteiriço de resíduos perigosos; proteção da camada de ozônio; proteção de fauna e flora silvestre; diversidade biológica; Biossegurança; desertificação; conservação dos humídais; conservação de recursos marinhos antárticos; regulamentação da caça de baleias; troca/variação climática; acordo-marco sobre meio ambiente do MERCOSUL; etc.

<sup>11</sup> As Nações Unidas, somente, registram meia centena de organismos relacionados de forma direta ou indireta com a questão ambiental. Uma lista exaustiva pode ser vista em Bibiloni – cf. Homero, M. Ambiente e política. Uma visão integradora para gestões viáveis. Buenos Aires: Edições RAP, 2008, p. 239.

<sup>12</sup> CN, art. 14: “Todos os habitantes da Nação gozam dos seguintes direitos, conforme as leis que regulamentam seu exercício; a saber: de trabalhar e exercer toda indústria lícita...” O submetimento dos direitos constitucionais às leis regulamentadas descarta a ideia da existência de direitos absolutos. Além disso, a referência à indústria “lícita” autoriza a proibição daquelas nocivas ao meio ambiente.

<sup>13</sup> CN, art. 19: “... Nenhum habitante da Nação será obrigado a fazer o que a lei não manda, nem privado do que ela não proíbe.” Sendo lógica, a “cláusula da liberdade” tem por limite o direito dos outros e ninguém pode invocá-la para prejudicar o próximo.

<sup>14</sup> CSJN, Fallos 303:1185.

<sup>15</sup> CSJN, Fallos 304:1259.

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justiça da Nação, *The South American Stores Gath y Chaves c/ Provincia de Buenos Aires*, 29.9.25, Fallos 149:137.

<sup>17</sup> No ano 1900, Joaquín V. González susteve ante a Câmara de Deputados da Nação que a distribuição de faculdades entre o Poder Federal e as províncias, em matéria de poder de polícia, era o tema que comprometia a maior quantidade de princípios constitucionais (González, Joaquín V. *Obras completas*. edic. Universidad Nacional de La Plata, 1935, t. V pág. 89).

<sup>18</sup> Art. 67 inc. 16º, Const. de 1853 (hoje art. 75 inc. 18º).

<sup>19</sup> CN, art. 75 inc. 18º: “Corresponde ao Congresso: ... Prover o conducente à prosperidade do país, ao adiantamento e bem-estar de todas as províncias... promovendo a indústria, a imigração, a construção de ferro-carreies e canais navegáveis, a colonização de terras de propriedade nacional, a introdução e estabelecimento de novas indústrias, a importação de capitais estrangeiros e a exploração dos rios interiores, por leis protetoras desses fins e por concessões temporárias de privilégios e recompensas de estímulo.”

<sup>20</sup> CSJN, Fallos 149:260; 302:231 e muitos outros.

<sup>21</sup> Carello, Luis A. *Problemas do poder de polícia em matéria de proteção do meio ambiente*. *Revista de Direito Adminis-*

trativo, nº 7/8, p. 392. Por fim, as leis de Vigilância Sanitária Animal, de Defesa Agrícola, de Resíduos Perigosos e de Gestão Ambiental de Águas atendem à interjurisdicionalidade dos problemas para assinalar o exercício do poder de polícia à Nação (ver Valls, Mario F. A Lei 25.688 de Regime de Gestão Ambiental de Águas, J.A. 2003-II-785, donde se explica que a indivisibilidade das bacias, quando abarca várias províncias, impõe à competência Federal sua regulação ordenada).

<sup>22</sup> A remoção de lixo desde a sua origem até as plantas de disposição, situadas em outros distritos administrativos, ocasiona um sem fim de problemas, como demonstra o grave conflito suscitado entre a Municipalidade da enseada?, os organismos não governamentais da zona e os próprios vizinhos ao se oporem que a empresa “Coordenadora Ecológica Área Metropolitana Sociedade do Estado” (CEAMSE) volque em sua planta de Punta Lara os resíduos domiciliares provenientes de Berazategui e Florêncio Varela.

<sup>23</sup> Rosatti, Horacio D. *Direito Ambiental Constitucional*. Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 111.

<sup>24</sup> O art. 30 da Lei estabelece um pressuposto mínimo de tipo processual que, se bem não se relaciona com o poder de polícia, reveste grande transcendência ao relacionar acertadamente a legitimação atora com a pretensão em jogo. Tratando-se de reclamar a “recomposição do ambiente danificado”, a demanda poderá ser entabuada pelo afetado, o Defensor do Povo, as associações não governamentais de defesa ambiental e os Estados nacional, provincial e municipal. Pretendendo-se cobrar uma indenização, o único legitimado é a vítima direta do fato danoso, aquela pessoa que pode pro-

var que tem sofrido um dano material e/o espiritual e que reconhece um nexo causal com a conduta agressiva do entorno. Solicitando-se, mediante ação de amparo, “o fim de atividades geradoras de dano ambiental coletivo”, a Lei contempla uma ação popular legitimando a demanda de “toda pessoa” em defesa da legalidade constitucional.

<sup>25</sup> Corte Nacional, Fallos 197:382; 199:130; etc.

<sup>26</sup> Bidart Campos, Germán J. *Tratado Elemental de Direito Constitucional Argentino*, t. VI (A reforma constitucional de 1994). Ediar, 1997, p. 303.

<sup>27</sup> Gambier, Beltrán e Lago, Daniel H. *O meio ambiente e sua recente recepção constitucional*. In: Cassagne, Juan Carlos (Director). *Estudios sobre a reforma constitucional*. Depalma, 1995, p.10.

<sup>28</sup> A própria Lei 25.688, em seu artigo 1º, estabelece que “os pressupostos ambientais mínimos para a preservação das águas, seu aproveitamento e uso racional”, ainda quando coincidimos com Valls, Mario F. A Lei 25.688 de Regime de Gestão Ambiental de Águas, J.A. 2003-II-785, em que o único “pressuposto mínimo” consagrado é o caráter indivisível (unidade ambiental) das bacias hídricas (art. 3).

<sup>29</sup> Lei 25.675, art. 7: “A aplicação desta lei corresponde aos tribunais ordinários de acordo com o território, a matéria, ou as pessoas. Nos casos em que o ato, omissão ou situação gerada provoque efetivamente degradação ou contaminação dos recursos ambientais interjurisdicionais, a competência será federal.” Art. 32: “A competência judicial ambiental será correspondente às regras ordinárias da competência...”

<sup>30</sup> Assunto tratado em: Botassi, Carlos. *Aspectos jurídicos dos alagamentos na*

Província de Buenos Aires. In: (obra coletiva) *Alagamentos na região pampeana*. Editorial da Universidad Nacional de La Plata, 2003, p. 251.

<sup>31</sup> Roca, Magdalena c/ Província de Buenos Aires, 16.5.95; a lei 1996-B-136, com nota de Walsh, Juan Rodrigo. A Corte Suprema pronuncia sentença em matéria de jurisdição ambiental.

<sup>32</sup> Goldenberg, Isidoro H.; Cafferatta, Néstor A. O compromisso social da empresa pela gestão ambiental; a lei 1999-C-834 e Dano Ambiental. Problemática de sua determinação causal. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 51; Mosset Iturraspe, Jorge; Hutchinson, Tomás; Donna, Edgardo A. Daño Ambiental. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, t. I p. 21; Esain, José. O Direito Agrário Ambiental e a questão dos *feed lots*. J.A. 2002-IV-397.

<sup>33</sup> Comissão Europeia, Direção Geral XI: Legislação Comunitária relativa ao meio ambiente. Volume I. Política General. Oficina de Publicações Oficiais. Luxemburgo, 1996, p. XIX.

<sup>34</sup> Um exaustivo estudo do tema, que inclui análise do Direito Comparado, seu tratamento nas Constituições provinciais e na legislação nacional e local – ver em Valls, Cláudia. *Impacto ambiental, Ciudad Argentina*, Buenos Aires, 2002.

<sup>35</sup> A minimização do dano ambiental é imposta pelo artigo 41 da Constituição Nacional ao consagrar o direito a um ambiente equilibrado e ao estabelecer que as atividades produtivas não devem comprometer a atenção às necessidades das gerações futuras.

<sup>36</sup> Corte Suprema de Justiça da Nação, Mendoza, Beatriz c/ Estado Nacional, 8.7.2008. Em um dos numerosos comentários que mereceu esta sentença se diz: “Por que uma questão que deveria estar dentro das funções do Congresso ou da Administração precisou ser resolvida por um tribunal? Em princípio, pela inação governamental” (Sola, Juan Vicente. A Corte Suprema e o Riachuelo. *Rev. A Lei* do 20.8.2008, p. 7.

<sup>37</sup> Corte Suprema de Justiça da Nação, Rozniatowski, Rosa c/ Estado Nacional, 3.3.2009.

<sup>38</sup> Ampliar em Cafferatta, Néstor. O tempo das Cortes Verdes, A Lei, 2007-B-423.

<sup>39</sup> Os textos do Princípio 21 da Declaração de Estocolmo e do Princípio 2 de Rio são idênticos apesar de transcorridos 20 anos entre um e outro.

<sup>40</sup> Declaração de Rio de 1992 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Princípio nº 5.

# AS VANTAGENS DO USO DA CLÁUSULA ARBITRAL NOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA<sup>1</sup>

---

*Carolina Leite Amaral Fontoura<sup>2</sup>*

No estágio atual de desenvolvimento econômico e social brasileiro, é inegável o aumento do número de parcerias firmadas entre a Administração Pública e particulares, os quais passaram a executar certas atividades antes exclusivamente estatais. Ao resultado desse acordo se dá o nome de parceria público-privada, que é o contrato administrativo de concessão de serviços públicos, conforme prescreve o normativo regulador da matéria, a Lei 11.079/2004.<sup>3</sup>

Os fatores determinantes para o estabelecimento e aumento do número de contratos de parceria estão na impossibilidade estatal de suportar o ônus custoso dos investimentos exclusivamente, bem como em atender a todas as necessidades sociais com eficiência. Sendo assim, o Estado não pode dispensar a colaboração financeira do ente privado, que também auferir vantagens nessa prestação, tendo ao longo do contrato o retorno do capital investido.

Por essa razão, o procedimento arbitral desses contratos tem sido muito debatido pelos juristas, tendo em vista a sobrecarga do Poder Judiciário e

a morosidade extrema na solução das demandas. Sabe-se da celeridade nas soluções da prestação arbitral e do nível de especialização e conhecimento dos árbitros julgadores.

A presente discussão apresenta grande relevância para a sociedade por afetá-la como um todo, pois as parcerias público-privadas fomentam desenvolvimento econômico e social levando infraestrutura e avanço para áreas nas quais o atendimento do Estado é incipiente. Dessa forma, com a junção Estado e setor privado, tornam-se concretos projetos anteriormente inviáveis, fazendo da prestação estatal melhor e mais efetiva aos cidadãos brasileiros, gerando empregos de forma direta e indireta. É de precípua interesse social que as obrigações do parceiro privado não resem paralisadas no poder judiciário, prejudicando a continuidade e a qualidade dos serviços oferecidos.

É preciso analisar os institutos jurídicos que dirimem a questão aqui analisada, visando demonstrar a necessidade de uso da arbitragem para a garantia da devida prestação do serviço e o pagamento do parceiro privado. De forma que, sem garantias de celeridade, de economicidade e da devida resolução do conflito, o contratante privado não terá a segurança de que o capital aplicado retornará, podendo ficar desinteressado em investir nesses projetos. Assim, é pela análise das vantagens auferidas no uso do procedimento arbitral, que é possível evidenciar que o mesmo é extensível aos contratos administrativos de parcerias, fazendo com que haja argumentos para a arbitragem figurar, na prática, como cláusula essencial dos mesmos.

Sabemos que historicamente a utilização da arbitragem remonta aos tempos primórdios como, por exemplo, na Roma antiga, sendo empregada no processo romano da seguinte forma: havia o pretor que preparava a ação e, após, passava-se ao julgamento da mesma por um *iudex* ou *arbiter*, que eram particulares idôneos incumbidos da função jurisdicional. Com a instauração da ditadura, o novo Estado Romano passou a estatizar a jurisdição detendo o pretor, que ganhou a autoridade de julgador, e foi nesse contexto que surgiu a figura do juiz como órgão estatal e a ideia de poder-dever de dizer o direito. Dessa forma, a arbitragem passou de obrigatória para facultativa, demonstrando que a existência dessa modalidade de solução de controvérsia antecede a própria noção que conhecemos hoje de Estado de Direito.

À guisa de exemplo, sobre a antiguidade da prática arbitral, cumpre citar contratos administrativos da época imperial nos quais houve uso da arbitragem, como na resolução do litígio entre concessionário e Adminis-

tração na concessão da estrada de ferro Santos-Jundiaí, quando foi proferido parecer que dizia:

A administração realiza muito melhor os seus fins e sua tarefa convocando as partes, que com elas contratarem, a resolver as controvérsias de direito e de fato, perante o juízo arbitral do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário. (Cavalcanti *apud* Lemes).<sup>4</sup>

Com relação à evolução do instituto no Brasil, afirma-se que também não é recente, tendo em vista que está presente em nossa prática jurídica desde os tempos da colonização, quando havia disciplina sobre o tema nas Ordenações Filipinas de 1603. Sobre a abordagem do assunto nas Constituições Brasileiras, afirma-se que, à exceção da Constituição de 1937, havia previsão expressa do instituto em todas as Constituições do Brasil. Visando exemplificar, temos a previsão de execução da sentença arbitral sem possibilidade recursal na Constituição de 1824, o que denota avanço significativo para época; também há uso da arbitragem como forma pacífica de solução dos conflitos internacionais, mesmo em tempos de repressão estatal, na Constituição 1967, tendo sido mantido pelo AI nº 5 de 1968; entre outras ocorrências.

Na Constituição atual, a de 1988, o preâmbulo faz menção à solução de conflitos por meio de arbitragem quando prega a forma pacífica de solução de divergências na ordem interna e externa, sendo tal disposição princípio fundamental. Ademais, no âmbito das disposições constitucionais, a arbitragem contribui para diminuir o grau de discórdia com o semelhante, bem como possibilita a duração razoável do processo (art.5º, LXXVIII, CF/88).

Desde então, o instituto da arbitragem vem percorrendo um longo caminho no sistema jurídico brasileiro em busca de aceitação legal e maturação para que possa ser visto como meio de solução dos conflitos, a ser usado inclusive pela Administração Pública. Com o advento da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem<sup>5</sup>), tivemos a primeira grande transformação no panorama brasileiro, com alterações no CPC vigente que trouxeram diversos avanços como a executividade da sentença que prescinde de homologação do Judiciário – faz coisa julgada entre as partes e, tendo cunho condenatório, é título executivo judicial apto a ensejar execução (artigo 585, CPC/1973). Ademais, cite-se que a mudança legislativa que possibilitou a necessidade de homologação apenas do STF em caso de sentença estrangeira foi de grande valia, pois é muito comum que os contratos de parceria

tenham um ente internacional em um dos polos (artigo 35, Lei 9.037/96).

Iniciada com a Lei de Arbitragem em 1996, a evolução para a aceitação da arbitragem, inclusive nos contratos em que figure a Administração em um dos polos, passa pela Lei de Concessão (Lei 8.987/1995).<sup>6</sup> Essa lei tem dispositivo que prevê como cláusula essencial dos contratos a relativa ao modo amigável de solução das divergências, o qual deve ser interpretado como menção à arbitragem porque, se pode a Administração resolver litígios por mecanismos de negociação, que dirá submeter os mesmos à decisão jurisdicional de um árbitro. Seguindo a orientação da Lei de Concessão, surgiram a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997),<sup>7</sup> que dispõe em seu artigo 93, XV sobre o modo extrajudicial de controvérsias contratuais; a Lei da ANP, que prescreve em seu artigo 43, X a aplicabilidade da arbitragem aos contratos de concessão pela ANP celebrados; e a Lei da ANTAQ (Lei 10.233/01),<sup>8</sup> em seu artigo 35, XVI estabelecendo que haverá cláusula arbitral nos contratos de concessão de transporte aquaviário.

Na linha de evolução da aceitação, temos a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2007)<sup>9</sup>, a qual é objeto do presente artigo, que pontua a arbitragem como mecanismo privado de resolução de disputas, aplicável a esse tipo de contrato administrativo de parceria. Diante do exposto, mostra-se como a arbitragem sempre existiu, embora, em seus primórdios, o procedimento não fosse regulado especificamente, mas, ao longo dos tempos, passou por um processo evolutivo culminando na legislação atual sobre o tema.

Percebe-se que não merece prosperar o argumento doutrinário de que não há autorização legal para utilização da arbitragem pelo Estado, constituindo-se afronta ao princípio constitucional da legalidade administrativa (artigo 37, caput, CF/88), na medida em que somente pode a atuação estatal se dar quando a lei expressamente a obriga ou permite. Tal assertiva constitui interpretação errônea do princípio da legalidade, pois, se empregado de forma geral e absoluta, gera engessamento dos atos estatais e isso não se coaduna com os outros princípios administrativos como o da eficiência, da razoabilidade e da economicidade. Esses princípios são alcançados com a arbitragem porque, havendo previsão editalícia e contratual nos casos de PPP, é possível que os participantes da licitação ofereçam preços menores diante da certeza de obter, em caso de lide, uma decisão rápida e eficaz para os serviços específicos que envolvem esses contratos de natureza complexa.

No tocante a essa permissão para atuação estatal, sabe-se que o Direito Administrativo vem sofrendo processo contínuo de modernização, apre-

sentando nova concepção na medida em que um Estado que age em prol dos interesses dos particulares, despidendo de certas formalidades dentro do limite da razoabilidade e proporcionalidade, está atendendo sua função social de atingir o bem comum. Ademais, temos que o Estado está adstrito à lei e, ao dispor de direitos patrimoniais para resolver da melhor forma o conflito com particular que presta serviço à população, não está de forma alguma atentando contra a lei.

Assim, aborda-se a ideia de que, se há tempos já se vislumbrava a possibilidade da Administração Pública fazer uso da arbitragem, a assertiva de que ela não pode fazê-lo por falta de autorização legal atinge por completo a finalidade de todo o processo evolutivo sofrido pelo instituto. É pelas razões apresentadas que se afirma que a submissão do Estado à arbitragem não é um absurdo jurídico e sim uma possibilidade em nossa legislação, não cabendo impor interpretação restritiva onde a lei não o fez, pelo contrário, a lei permite tal uso.

Utilizar-se desse argumento é ir de encontro à concepção moderna de flexibilizar o que for possível no âmbito da Administração considerando sempre os princípios a que ela está adstrita, em prol de atender bem à sociedade. Significa, ainda, atentar contra a especificidade dos contratos de parceria e sua demanda por celeridade, nos dizeres de Meireles (*apud* Lemes): “autorização legal, portanto existe. Facultativa é a sua utilização.”<sup>10</sup>

A utilização da arbitragem nos contratos estatais só vem corroborar a atualização que sofre o Direito Público, o qual recebe a noção de aproximação entre administrados e administrador resultando em atuação conjunta para a consecução do interesse público. Dessa maneira, o Estado abandona sua concepção autoritária de verticalização em relação à população para uma horizontalização, na qual cresce a ideia de concessão nas relações entre Administração e particular. Essa noção é muito nítida nos contratos de parceria sem que, contudo, haja renúncia às cláusulas exorbitantes que regem os contratos. É nesse cenário que a prática arbitral nas relações estatais ganha importância, sendo cada vez mais utilizada, tanto pela inclinação doutrinária a validar seu uso como pelas inúmeras vantagens que proporciona como a celeridade, que se coaduna com os princípios administrativos e com a nova concepção administrativista.

A análise da questão apresentada passa por dois momentos, um que busca evidenciar que o Estado tem capacidade de contratar e, sendo assim, também pode decidir por arbitrar suas lides (arbitrabilidade subjetiva) no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva).

Com relação ao primeiro momento, qual seja a análise da capacidade estatal, surgiram duas vertentes de pensamento, uma acerca da autorização legal para o uso, que restou demonstrada diante da evolução legal ocorrida, e outra com relação à capacidade estatal de contratar, especialmente no âmbito dos contratos de PPP.

Com relação à questão da capacidade estatal de contratação e de arbitramento, conseqüentemente, deve ser analisada no aspecto de capacidade, na acepção civil do instituto. Assim, pode se submeter à arbitragem a pessoa que esteja no gozo de seus direitos e deveres, e no direito administrativo seja como pessoa de direito público (por ex., estado e autarquias) ou privado (por ex., empresa pública, sociedade de economia mista), o ente a possui. Sendo necessário em relação à pessoa jurídica que tenha capacidade plena – resultante da obtenção dos atributos de personalidade, como: nome, domicílio, estado e patrimônio próprio, e da inexistência de limitações para comprometer-se –, podendo posteriormente submeter-se à decisão dos árbitros. Existe, conforme Grebler:

Uma extremidade conservadora que afirma ser o estado ente desprovido de vontade, discernimento ou mecanismo de defesa, o qual, à semelhança da pessoa civilmente incapaz, se encontraria impedido de agir livremente na esfera patrimonial.<sup>11</sup>

Não se pode afirmar que o Estado seja ente incapaz, porque ao impor vedação ao uso da arbitragem está, na verdade, restringindo a autonomia contratual do Estado, que é ente capaz de contrair direitos e deveres.

Realizando-se uma historiografia da admissibilidade da arbitragem no Estado, sempre foi tradição no Direito Brasileiro, desde as Ordenações Filipinas de 1603 até a legislação atual, vincular a capacidade de arbitrar à capacidade de contratar sem qualquer restrição, englobando todos os que por lei civil possam contratar. Tal ideia restou demonstrada por Pimentel (*apud* Lemes) ao afirmar que “no nosso direito privado – das Ordenações ao Código Civil – a restrição à capacidade de comprometer jamais se admitiu. Dispondo a lei filipina sobre ‘as partes’ que comprometem em algum Juiz, ou Juízes Árbitros (liv.III, tit, XVI, PR.)”.<sup>12</sup>

Se em tempos remotos já havia a noção de que era possível a utilização, não se pode falar em vedação nos tempos atuais e menos ainda nos contratos de PPP, nos quais o Estado age com poder de gestão, de empresário, equiparando-se à pessoa jurídica privada.

Impende, ainda, realizar abordagem prática e comparativa para demonstrar a evolução da arbitragem no Brasil e nos demais países da América Latina, bem como sua aplicação aos contratos de concessão. Conforme demonstram Araújo e Pires:

Em um quadro comparativo das legislações da América Latina e Caribe, há um atraso brasileiro em relação aos demais países latinos no tocante à previsão do uso da arbitragem, pois, enquanto naqueles há autorização expressa em lei para que entes públicos façam tal uso, no Brasil a previsão é genérica ensejando possíveis questionamentos.<sup>13</sup>

Grande parte da problemática com relação à possibilidade do Estado utilizar a arbitragem poderia ser dirimida se houvesse algo como o artigo 4º da Lei 1.770, de 10 de março de 1997, da Bolívia, que fala sobre a capacidade estatal nos seguintes termos: “O Estado e as pessoas jurídicas de direito público têm plena capacidade para submeter suas disputas à arbitragem nacional ou internacional, dentro ou fora do território nacional, sem necessidade de autorização prévia.”<sup>14</sup>

Visando embasar o argumento apresentado no presente, cita-se o afastamento da redação de proposta de emenda constitucional (PEC 96 de 1992)<sup>15</sup> que vedava o uso da arbitragem pelo Estado e demais pessoas de direito público; tendo sido rejeitada tal redação. Segundo Wald, essa emenda “representava, pois, um evidente retrocesso em relação à legislação vigente. Justifica-se, pois, plenamente, o repúdio que provocou nos meios jurídicos e financeiros do país e no próprio Ministério da Justiça”.<sup>16</sup>

Ocorre que, não é possível resolver a presente indagação apenas pela arbitrabilidade subjetiva, é preciso passar ao próximo momento, que é o da arbitrabilidade objetiva. Inicialmente é relevante apresentar o conceito de arbitragem, porque é a partir dele que se destacam os elementos necessários à compreensão da utilização daquela nos contratos administrativos, especialmente os que pressupõem parceria entre público e privado. Apresenta-se a arbitragem como meio alternativo, extrajudicial e voluntário para solução de controvérsias, entre pessoas físicas ou jurídicas capazes no âmbito dos direitos disponíveis, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.

Depois de feita a análise da capacidade estatal de submissão à arbitragem, passa-se à verificação dos elementos que compõem a noção de arbitrabilidade objetiva, ou seja, do que pode figurar como objeto da arbitragem. Essa necessidade se deve ao fato de o Estado não poder transa-

cionar interesses indisponíveis, interesses públicos primários e tal assertiva é pacífica na doutrina; nos dizeres de Grau (*apud* Lemes) temos a síntese da argumentação em questão, pois ele afirma que “sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem”.<sup>17</sup>

O interesse público pode ser classificado segundo a natureza da atividade desempenhada pelo Estado, sendo primário na atividade-fim e secundário na atividade-meio. Com relação à primeira, é desempenhada pelo Estado para a satisfação do interesse público primário, que surge das necessidades da sociedade, como saúde, segurança pública, entre outros; já a última surge na operacionalização dos interesses institucionais do Estado, ou seja, serve para satisfazer os interesses públicos secundários que são, por essa razão, disponíveis, podendo ser relativizados. Quando o Estado age para desenvolver sua atividade-fim o faz com poder de império, que está relacionado com interesses relevantes, supremos como educação e bem-estar da sociedade, que são destacados e definidos pelo ordenamento jurídico, competindo ao Estado a sua satisfação, não sendo negociáveis.

Já em relação à atividade-meio, o que se tem é o ente público agindo com poder de gestão, quando o Estado age na sua feição empresária sendo a negociação autorizada, afinal, são direitos patrimoniais e existem para satisfação do interesse primário. No entanto, durante a transação é preciso que a margem para negociar não agrida nem entre em conflito com o interesse público, pois se visa atender a esse. Nessas atividades negociais, o Estado ambienta-se em atmosfera contratual, embora exista certa dose de discricionariedade e certa prevalência daquele, devido às cláusulas exorbitantes tais como o poder de rescindir contrato unilateralmente. Os direitos aqui são os patrimoniais, conceituados como direitos negociáveis, quantificados em pecúnia, que tutelam interesses que não dizem respeito à sociedade como um todo. Quando se fala em disponibilidade para transacionar, não implica dizer que o Estado está negociando interesse público, e, sim, que está dispondo de interesse patrimonial que diz respeito ao contrato de que é parte.

O interesse público é atendido quando o administrador atenta para a celeridade na solução de um conflito, pois predomina hoje nova concepção da Administração, mais flexibilizada para atender melhor aos interesses da coletividade a que serve. Essa ideia nova contradiz o estigma antigo de que o Estado atende com lentidão às demandas e que tal comportamento é vantajoso para ele, essa atitude não se coaduna com os objetivos do Estado atual, que procura gerir e fomentar o desenvolvimento econômico e social.

Se analisado pelo enfoque dos contratos administrativos, especialmente as PPP's, quando temos uma parceria entre Estado e particular, não há espaço para morosidade, busca-se solucionar com rapidez os problemas visando atender ao interesse público.

Em síntese, existem três posicionamentos doutrinários sobre essa possibilidade de a Administração Pública usar a arbitragem nos contratos administrativos. São elas: a primeira que diz não ser possível o Estado transigir com o interesse público, estando impedido de arbitrar divergências e só podendo fazê-lo mediante autorização legislativa; a segunda generaliza a negativa, na medida em que o Estado não pode usar a arbitragem, mesmo para direitos disponíveis; e a última, que é a majoritária, afirma ser possível a utilização do arbitramento quando estivermos diante de atos *jus gestionis*, direitos disponíveis.

É preciso averiguar qual interesse está envolvido no contrato administrativo de parceria determinado e, também, avaliar se a relação entre Estado e parceiro particular reflete ato de natureza privada – quando a atuação dar-se-á em um cenário comercial e teremos possibilidade de transação. Como exemplo, temos o inadimplemento contratual decorrente do atraso na obra de responsabilidade do contratado e interpretação do reajuste contratual.

No âmbito dos contratos administrativos, no entanto, existem áreas incertas, em que dizer o que é direito disponível ou não representa certa dificuldade, sendo uma boa solução indagar se o objeto do conflito tem repercussão econômica e financeira no contrato. Em caso de resposta positiva, é possível submeter tal conflito ao árbitro, porém apenas no que tange ao aspecto econômico gerador de prejuízo e não em relação aos direitos indisponíveis.

Ao usar a arbitragem para essas questões, está se privilegiando o interesse público, pois o adequado cumprimento do contrato beneficia a administração e o parceiro privado. Com relação ao primeiro, que tem o dever de perseguir a boa administração, está interessado em buscar soluções justas e rápidas tendo em vista que, na maior parte das vezes, a outra parte presta um serviço à população. Já com relação ao parceiro privado, sabe-se que tem interesse em cumprir adequadamente o contrato, visando evitar eventuais punições contratuais e obter a remuneração pelo serviço prestado.

Há, então, disponibilidade de direitos dentro da Administração Pública, até porque não existe indisponibilidade absoluta, pois sem liberdade o Estado não consegue atingir seus fins sociais. Dessa forma, sendo disponí-

vel o direito sobre o qual recai o conflito, a Administração pode e deve usar da arbitragem, como tem ocorrido nos contratos de PPP atuais.

É de extrema importância para a presente exposição, abordar algumas questões sobre os contratos de parceria público-privada, conceituando e realizando esclarecimentos. Sobre os registros históricos do surgimento das PPP's, já era possível encontrar, em 1852, registros do que viria a se tornar essa modalidade de concessão. Na tradição do Direito Administrativo Brasileiro, o conceito de concessões públicas não se restringe às remuneradas apenas por tarifas (concessões comuns), porque as primeiras concessões, de âmbito ferroviário, já previam nos termos da Lei Geral 641, de 1852, como cláusula básica a “garantia de rentabilidade do capital investido de até 5% a.a”.<sup>18</sup> Dessa forma, podemos ver que já havia subsídio que garantia a rentabilidade do capital investido pelo particular, uma forma de estimular o desenvolvimento, como é hoje, embora com as influências do século XIX.

A conjuntura em que efetivamente se iniciou o delineamento do que viria a ser essa modalidade de contrato administrativo foi a crise de financiamento do Estado, na década de 1980, com a perda da capacidade do poder público de financiar diversas obras de infraestrutura e de garantir serviços vitais para o desenvolvimento do país. Nesse momento, surgiram as seguintes ideias: o Estado era menos eficiente que a iniciativa privada em certos setores; existiam serviços que poderiam ser prestados por particulares de forma satisfatória, os quais tinham interesse em investir nas áreas antes exclusivas do Estado pela rentabilidade que poderia advir desses empreendimentos. Alguns serviços públicos, então, foram delegados à iniciativa privada por meio da desestatização que imperou nas décadas de 1980 e 1990; contudo, as vantagens de lucratividade não superavam as dificuldades, quais sejam: falta de suporte financeiro por parte do Estado e necessidade de pagar valor pela outorga recebida, de forma que a remuneração do delegatário vinha apenas das tarifas pagas pelos usuários ao longo dos anos, o que caracterizava a modalidade de concessão comum.

Após esse momento inicial de desestatização, a conclusão que se poderia chegar é que o Estado estaria com mais recursos e investiria em áreas vedadas à exploração pelo particular, como construção de escolas públicas, uma vez que não havia rentabilidade nem lucro em tal projeto, ou que investiria em rodovias nas quais a tarifa não sustentasse o negócio. Ocorre que, mesmo depois das desestatizações supracitadas, a crise do Estado permaneceu, havendo dívidas internas e externas vultosas, deixando até mesmo os serviços essenciais sem prestação adequada, por falta de verba, que é obrigação garantida pela CF no artigo 175, IV. Dessa situação, surgiu uma

difícil questão, sintetizada nos dizeres de Aragão, “para crescer e sair da crise financeira o Estado tem que investir em infraestrutura, mas não tem como financeiramente realizar tais investimentos”.<sup>19</sup>

Nessa conjuntura, surgiu a ideia das parcerias público-privadas no Brasil, ou seja, da junção de gargalos na infraestrutura que impediam o crescimento e o desenvolvimento estatal com a existência de diversos serviços públicos que necessitavam de investimento e não eram autossustentáveis financeiramente, seja pelo Estado ou pela iniciativa privada. A noção de parceria público-privada surgiu da tentativa de partilhar os custos entre Estado e particular, o que, aliás, se configura como essência desse contrato no qual se resolve o problema da insuficiência de recursos estatais e da dificuldade do particular em obter rentabilidade apenas com a tarifa de certos tipos de atividades e de outras nas quais não há nem mesmo aquela.

Esses contratos de parceria se configuram, assim, como opção ao Estado, para que o mesmo não precise contrair um empréstimo com instituição financeira, mas, ao contrário, que contrate uma empresa privada para realizar uma operação de crédito por sua própria conta e, com isso, prestem-se os serviços públicos, em sua maioria precedidos por obra, por investimento inicial. Porém, muitas vezes a tarifa não é suficiente (concessões patrocinadas) ou não existe (concessões administrativas), tendo o Estado, ao longo da vigência do contrato, que amortizar tais investimentos por meio de subsídios que podem variar de acordo com a qualidade do serviço prestado.

Feita a análise acima, passa-se a demonstrar o argumento defendido nesse trabalho, qual seja de que a arbitragem apresenta inúmeras vantagens ao ser aplicada nos contratos de PPP. Ao analisar uma importante diretriz que rege os contratos de PPP, poder-se-á demonstrar uma das vantagens de usar arbitragem nos contratos. A diretriz está disposta no artigo 4º, inciso IV da Lei 11.079/2005, e é chamada de “responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias”,<sup>20</sup> que surgiu pelo receio de que as parcerias se tornassem meios de burlar as normas de responsabilidade fiscal, já que funcionam como uma forma de o Estado financiar projetos, integral ou parcialmente, por não poder arcar *per si* com o custo desses. Por esse mecanismo de agilidade, que é a PPP, poderiam surgir problemas na medida em que os contratos são de longo prazo, podendo chegar a 35 anos de vigência no máximo, e o Estado assume obrigação pecuniária (subsídio) perante o concessionário que, geralmente, é passada para a próxima gestão administrativa com o decurso do tempo.

O principal questionamento, quando da edição da Lei das PPP's, foi em torno da responsabilidade fiscal, sob a alegação de que era uma forma de os governos apresentarem resultados rápidos à população por meio de obras feitas com investimento inicial do concessionário, investimento esse amortizado pelo Estado, e a remuneração seria, em última análise, custeada pelos cidadãos contribuintes. Havendo ainda outra questão, a da possibilidade das PPP's permitirem a liberação do Estado para adquirir novas despesas públicas, já que não possui dispêndio inicial com projetos na assunção desses por particular delegatário.

Com isso, mesmo desobrigando o Estado inicialmente, ele teria que gastar após a disponibilização da obra ou serviço, para aos poucos amortizar o investimento inicial do concessionário. Somando as despesas públicas, estimuladas pela liberação em questão, às despesas com subsídio, teríamos um endividamento enorme não previsto inicialmente. Assim, encontrou-se a solução na diretriz da responsabilidade fiscal.

Sabe-se que a CF/88, em seu artigo 167, II, veda “a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou créditos orçamentários adicionais”.<sup>21</sup> Devemos explicar o que são esses créditos orçamentários adicionais, iniciando pela noção de que apenas se realizam as despesas que estão autorizadas previamente por Lei Orçamentária. Ocorre que diversos fatores contribuem para que algumas despesas deixem de ser previstas, sendo dois de grande importância para a questão aqui analisada, quais sejam: o orçamento ser elaborado com antecedência, antes do período de sua execução, de forma a ser previsível que haja esquecimentos e situações de imprevisto.

A importância das duas situações se deve ao fato de o tema do presente trabalho ser o uso da arbitragem nos contratos de PPP, e, assim, cumpre fazer a ligação entre responsabilidade fiscal e despesa com o uso do instituto. Sabe-se que a arbitragem se manifesta de duas formas, por cláusula arbitral e por compromisso arbitral, de forma que a primeira é prevista com antecedência nos editais e contratos, para o caso de haver litígio esse ser dirimido arbitralmente, e a segunda ocorre já após a existência do litígio, quando as partes acordam que irão submeter a lide à arbitragem. Dessa forma, fazendo a conexão com o dito acima, a cláusula pode se configurar na primeira situação, pois, embora previsível, não se pode determinar o momento de sua ocorrência e nem se chegará a ocorrer, levando ao esquecimento de sua previsão ou a equívocos na mesma. Já o compromisso arbitral se encaixa na segunda situação, porque é despesa imprevista que surge de acordo momentâneo, após surgir a lide entre as partes.

Conforme o exposto, podemos concluir que as despesas com arbitragem não são de fato previsíveis para estarem no orçamento, seja pela falta de precisão do momento de ocorrência ou pela falta de conhecimento do que iria ocorrer. São, assim, abarcadas pelos créditos adicionais, que servem para a realização de despesas que não estão autorizadas, conforme o artigo 40 da Lei 4.320/64, Lei de Responsabilidade Fiscal. Dentro desse gênero, destacamos as duas modalidades que se aplicam ao caso em questão, começando pelo crédito especial (artigo 41, Lei 4.320/64) que se destina às despesas que não possuem dotação orçamentária específica, ou seja, embora não houvesse a devida autorização durante o exercício financeiro se fizeram necessárias. É o caso da cláusula arbitral estabelecida nos contratos de PPP, que podem ser de longa duração, até 35 anos, e que nesse intervalo de tempo não é possível precisar sua ocorrência.

Já a segunda modalidade de crédito é o extraordinário, utilizado para viabilizar despesas imprevistas que necessitam de atendimento, previsto no artigo 167, parágrafo 3º da CF/88 nos seguintes termos: “3º - A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.”<sup>22</sup> Cumpre citar que é feita interpretação de que o dispositivo apenas cita exemplos, não sendo taxativo, e ainda que não é possível encaixar as despesas do compromisso arbitral como crédito especial, pois não é despesa previsível.

Ademais, estamos diante de projetos que envolvem prestação de serviço público de extrema relevância social e grandes valores, não podendo ficar o conflito ao alvedrio do tempo moroso do Judiciário, sendo preciso que o mesmo seja dirimido pela arbitragem e resolvido rapidamente; a resolução envolve o pagamento das custas do procedimento por meio dos créditos supracitados. Conclusivamente, cita-se o dispositivo que pôs fim à toda discussão acerca da Lei de PPP e da responsabilidade fiscal, o artigo 22 daquela que limitou os gastos dentro de tais contratos.

Diante da dinâmica das PPP's, em que o concessionário depende total ou parcialmente de que o Poder Público cumpra suas obrigações, no caso o pagamento do subsídio acordado inicialmente, é preciso citar que o fator confiança influencia muito o valor. Sabe-se que é prática comum na Administração Pública estabelecer como critério de julgamento, nos termos do artigo 12, II, “a” da Lei de PPP “menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública”,<sup>23</sup> ficando, desde já, estabelecido e, de certa forma, garantido que o Estado pagará valor determinado ao parceiro privado. Pelo exposto, somado ao fato da parceria pressupor essa

integração entre Estado e particular, uma relação de fidúcia é crucial para o projeto.

Com a fidúcia estabelecida entre os parceiros, o Estado é visto como ente confiável, fato que acaba prejudicado no âmbito de uma PPP. Isso porque os contratos ultrapassam o mandato de quem os celebrou, ficando pendentes para o governo seguinte, podendo ser interrompidos sob alegação de falta de verba pública. A arbitragem inspira essa confiança, na medida em que o foco não é oferecer vantagens ao parceiro particular, mas possibilitar a solução rápida da lide e garantir a devida prestação do serviço público.

Estabelece-se, assim, desde o início, o interesse estatal de pagar devidamente pois, pela via comum processual, o concessionário diante de conflito deve propor ação no poder judiciário, o que leva anos para ser concluída; e, ainda assim, ele receberia a sua parte por meio de precatórios, o que geralmente demora bastante também, diante da fila enorme para pagamento dos mesmos. Segundo Aragão “não há, obviamente, projeto de longo prazo viável em que, ao mesmo tempo, haja tamanha dependência de verbas de uma das partes, e impotência da outra em se necessário executá-las com alguma agilidade”.<sup>24</sup>

Desse modo, quanto maior a confiança, menor o risco e menor será o valor apresentado na proposta do concessionário durante a licitação, sendo o menor valor da contraprestação a ser paga, como já foi citado, um dos critérios de julgamento previstos em lei. Conclui-se que quanto mais credibilidade tiver o Estado menor risco para o investidor, ficando mais equilibrada a equação econômico-financeira da parceria, entre o que se gasta e o que se recebe dentro do contrato de PPP.

Acrescentando-se ao rol de vantagens, temos a questão recursal, pois há apenas um recurso que seria embargo de declaração, previsto no artigo 30 da Lei 9.037/96, em comparação à via ordinária, que oferece oito recursos previstos no artigo 496 do CPC. Nessa conjuntura, pelo artigo 29, Parágrafo Único da Lei 9.037/96, percebe-se a adequação perfeita aos contratos de PPP, que precisam de soluções rápidas para os conflitos surgidos, porque temos um recurso que possui prazo de dez dias para ser analisado e a sentença proferida, prazo que a via processual comum não oferece para nenhum recurso.

Além da questão temporal, podemos citar o ponto da especialidade em seus diferentes enfoques, sendo o primeiro: o fato de as partes poderem escolher as normas e os árbitros que julgarão sua demanda, nos termos do

artigo 2º, § 1º da Lei de Arbitragem. Através dessa condição, é possível atingir um grau de justiça mais adequado e próximo ao caso concreto, ressaltando-se que, estando o Estado como parte no processo, é preciso observar atentamente os princípios e normas inafastáveis na atuação estatal. Ademais, cite-se que há chance de os árbitros terem conhecimento jurídico e em outra área, pois podemos ter conflitos sobre apuração de subsídio e reequilíbrio econômico-financeiro. Assim, evidencia-se que as vias judiciárias comuns não são adequadas, ou pela morosidade ou pela falta de capacidade específica para resolver acertadamente uma lide dentro de uma PPP sem causar prejuízo à prestação do serviço.

Há, ainda, a questão da economicidade que oferece a arbitragem ao Estado, pois, se perdedor na demanda, deve reembolsar as despesas judiciais feitas pelo vencedor, sendo isento apenas de custas judiciais conforme artigo 4º, Parágrafo Único da Lei 9.289/96.<sup>25</sup> Pode haver um acordo de que o valor dessas despesas seja dividido entre as partes ou que seja descontado do valor do subsídio a ser pago ao concessionário. Tal entendimento foi endossado no recurso extraordinário de nº 253.885-0 do STF,<sup>26</sup> no qual a Corte máxima do país afirmou que a arbitragem pode representar economia ao Estado pelas razões citadas. Dessa forma, refutam-se as alegações de que a arbitragem representa necessariamente um alto custo e, por isso, é desvantagem para a Administração usá-la.

É feita a afirmação, também, no acórdão em voga de que quando o Estado usar a arbitragem estará aplicando o princípio da autotutela estatal, pois ele pode anular um ato ilegal sem formalidade especial ou interferência do Poder Judiciário, afirmando pela legalidade do juízo arbitral já debatida, bem como por sua vantagem. Destarte, resta demonstrado pela Corte o que se tenta evidenciar no presente, qual seja, que não merece prosperar a supremacia absoluta e inflexível do interesse público, e que é preciso respeitar os direitos fundamentais de todos, inclusive dos contratados. Citando-se que a rapidez na solução da lide é direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXVIII da CF/88.<sup>27</sup>

Entre os princípios administrativos, dos muitos que são exaltados por trazerem a opção de usar a arbitragem em uma PPP, destacamos os da eficiência e da economicidade, incessantemente almejados pelos administradores públicos em sua atuação. O primeiro está previsto no artigo 37, caput da CF/88, e significa atrelar necessidades sociais; celeridade; bons resultados e baixo custo; atender ao interesse público com economia de recursos públicos, vedando a má utilização desses – tão comum nos dias atuais, com obras essenciais paradas à espera da resolução de uma lide. Já

o segundo significa obter a melhor relação custo-benefício, que antes era aplicada somente no setor privado e agora pode ser utilizada no setor público, contornando a antiga acepção de Estado mau gastador, mau pagador e mau prestador de serviço público.

É possível afirmar que atualmente o Estado depende da iniciativa privada para oferecer serviço de qualidade e desenvolver a infraestrutura do país, ambos muito defasados, seja pela falta de expertise em técnica e especificidades seja pela falta de recursos. Nesse cenário, surgiram as PPP's como forma de viabilizar essas necessidades; de maneira que, o Estado para de tentar prestar os serviços que podem ser delegados, concentrando sua atuação e verbas nos indelegáveis, e fiscaliza a prestação desses. Por outro lado, abre-se mercado de atuação para a iniciativa privada; assim, temos uma junção entre público e privado em prol do bem comum, e nada mais justo que viabilizar esse contrato e esse projeto de prestação de serviços públicos, em última análise, pela arbitragem, conferindo confiança aos parceiros privados e serviços de qualidade à população.

No entanto, ainda há muito que se discutir, haja vista a complexidade do tema e tudo que envolve um contrato de PPP, figura nova no direito brasileiro, fruto da evolução administrativa. O uso de um instituto de transação nesse contrato, que é de longa duração, ensejará diversas situações surgidas através dos anos de sua execução, as quais serão analisadas caso a caso.

É possível expor algumas noções de grande valia para a aplicação da arbitragem nas PPP's: o ideal é que os contratos de parceria prevejam, em suas cláusulas arbitrais, o que é passível de arbitrar para evitar problemas de definição no caso concreto e na discussão entre as partes; o uso da arbitragem não é forma de atentar contra o interesse público mas, sim, de prestigiá-lo pois, diante de um conflito, deve-se resolvê-lo atendendo aos princípios da economicidade e da eficiência, sendo a arbitragem o método que oferece melhor solução à lide, por viabilizar o projeto, já que a morosidade do judiciário pode prejudicar a devida prestação de serviço público, afetando a coletividade.

## Notas

<sup>1</sup> O presente artigo deriva da monografia de graduação apresentada no curso de Direito da UCAM-Centro em dezembro de 2011, intitulada “As vantagens do uso da cláusula arbitral nos contratos de parceria público-privada”.

<sup>2</sup> Graduada pela Universidade Cândido Mendes- Centro, 2011. Advogada. carolina.fontoura@gmail.com

<sup>3</sup> BRASIL. Lei n. 11.079/2004, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 20 set 2011.

<sup>4</sup> Lemes, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos - arbitrabilidade objetiva, confidencialidade ou publicidade processual? Artigos jurídicos. Disponível em: [www.selmalemes.com.br](http://www.selmalemes.com.br) Acesso em: 23 set 2010.

<sup>5</sup> BRASIL. Lei n. 9.037, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) Acesso em: 27 nov 2010.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) Acesso em: 20 set 2011.

<sup>7</sup> BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) Acesso em: 12 jul 2010.

<sup>8</sup> BRASIL. Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação

dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) Acesso em: 15 jul 2010.

<sup>9</sup> BRASIL. Lei n. 11.079/2004, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br) Acesso em: 20 set 2011.

<sup>10</sup> Lemes, *ibid.*, p.113.

<sup>11</sup> Grebler, Eduardo. A Solução de controvérsia em contratos de parceria público-privada. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v.1, n. 2, p. 60-72, mai/ago, 2004. p.62.

<sup>12</sup> Lemes, *op. cit.*, p.118.

<sup>13</sup> Araujo, Helena Caetano de e Pires, José Cláudio Linhares. Regulação e arbitragem nos setores de serviços públicos no Brasil: problemas e possibilidade. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 34, n. 5, p.17-27, set/out, 2000. p.19.

<sup>14</sup> BOLÍVIA. Lei n. 1.770, de 10 de março de 1997. Dispõe sobre a arbitragem e conciliação.

<sup>15</sup> PEC nº 96 de 1992. Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário. Disponível em: [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br) Acesso em: 16 jan 2012.

<sup>16</sup> Wald, Arnaldo. A Infraestrutura, as PPP's e a Arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: RT, v.5. 2005.

<sup>17</sup> Lemes, *op. cit.*

<sup>18</sup> Aragão, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas-PPP's no direito positivo brasileiro. RT/Fasc. Civil, Rio de Janeiro, v. 839, p. 20, set, 2005.

<sup>19</sup> Id., *ibid.*, p.12.

<sup>20</sup> BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

<sup>21</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>22</sup> *Ibidem.*

<sup>23</sup> BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

<sup>24</sup> Aragão, *op. cit.*, p. 31.

<sup>25</sup> BRASIL. Lei n. 9.289, de 4 de julho de 1996. Dispõe sobre as custas devidas à União, na Justiça Federal de primeiro e segundo graus e dá outras providências.

<sup>26</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 253.885-0, da Primeira Turma do STF, Brasília, DF, 4 de junho de 2002. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) Acesso em: 24 nov 2011.

<sup>27</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

# A QUESTÃO SOCIAL E A GESTÃO DO TRANSPORTE COLETIVO

---

*Celmar Corrêa de Oliveira*<sup>1</sup>

*Carlos Honorato Schuch Santos*<sup>2</sup>

*Rita de Cássia Nugem*<sup>3</sup>

1. Introdução; 2. Procedimentos metodológicos; 3. A mobilidade urbana e o transporte ferroviário; 3.1. Problemas da mobilidade urbana; 3.2. Usuário de serviços públicos de mobilidade urbana; 3.3. O conceito atual de saúde e o transporte coletivo; 4. Discussão. Apresentação do modelo teórico da pesquisa e análise dos dados coletados; 4.1. Modelo teórico utilizado na pesquisa; 4.2. Análise das respostas dos questionários aplicados no Brasil e na Europa; 5. Considerações Finais; 6. Notas; 7. Referências Bibliográficas.

## *1. Introdução*

A cidade pode ser muito mais do que uma aglomeração de pessoas e construções em determinado espaço territorial. É o lugar para onde convergem os fluxos de capital econômico e social, advindos de várias localidades, que estabelecem com ela relações sociais, políticas e econômicas; onde

se concentram, enfim, os bens de produção do capital e a força de trabalho (Santos, 2011).

Considerando as migrações e as ocupações do solo nos últimos séculos, pode se dizer que as sociedades do século XXI estão se transformando em sociedades urbanas. Essa mudança se acelerou a partir do final do século XIX, e os problemas urbanos começaram a se acentuar. O êxodo rural foi, em parte, causado pela busca de oportunidades de trabalho, mas, com isso, se perdeu, de uma maneira geral, qualidade de vida. Várias cidades cresceram e se transformaram em metrópoles. Seus limites territoriais foram expandidos e se formaram conurbações (várias cidades inter-relacionadas em um tecido urbano contínuo). Com elas, surgiram algumas propostas que buscaram soluções para os problemas urbanos.

No Brasil, com a industrialização, a partir da década de 1940, e a instalação de rodovias, ferrovias e novos portos, integrando o território e o mercado, se ampliou a rede urbana em escala nacional. Até então, o país era formado por “arquipélagos regionais” polarizados por suas metrópoles e capitais regionais. As atividades econômicas, que impulsionaram a urbanização, desenvolveram-se de forma independente e esparsa pelo território. Com o passar dos anos, a periferia se expandiu e a precariedade do sistema de transportes urbanos levou a população de baixa renda a preferir morar em favelas e cortiços no centro das metrópoles (Menezes, 2004). Isso foi fortemente influenciado pela ineficiência do transporte público, que fez com que as pessoas preferissem morar perto do seu local de trabalho.

Nos últimos anos, especialmente na primeira década do século XXI, observou-se um crescimento surpreendente das cidades, em tamanho, população e densidade, o que trouxe a ampliação dos seus problemas, pois, o crescimento populacional demanda uma série de questões, entre elas, infraestrutura de transporte adequada e segura. No Brasil, segundo o IBGE (2010), cerca de 84% da população vive nas grandes cidades e nas regiões metropolitanas, e grande parte dessa população precisa se locomover diariamente.

Diante desse quadro, o problema em questão é: o transporte urbano da região metropolitana de Porto Alegre, oferecido pela Trensurb, leva em consideração o conceito de saúde na oferta dos seus serviços? Para responder ao problema da pesquisa, foram discutidos alguns temas, tais como: a mobilidade urbana, o usuário de serviços de transporte e o atual conceito de saúde. Buscou-se estabelecer, sempre que possível, uma comparação com os serviços oferecidos na Europa. Em um segundo momento, foram

avaliadas as respostas dos usuários da Trensurb relativas aos atributos que impactam de forma direta e indireta a “saúde” do usuário.

## ***2. Procedimentos metodológicos***

A pesquisa realizada pode ser caracterizada como exploratória e descritiva. É exploratória, pois trata de um tema relativamente novo, com poucas pesquisas a respeito. É descritiva, pois foram coletados e processados dados primários a respeito do atendimento da demanda por mobilidade urbana, segundo Gil (1999).

A partir da análise da literatura, foi construído um quadro teórico que serviu de sustentação para o desenvolvimento da pesquisa. A empresa Trensurb possui cinco diretorias que são divididas em catorze gerências. Considerou-se que cinco dessas gerências possuem relação direta ou indireta com a “mobilidade urbana”. São elas: a) mobilidade urbana; b) comunicação social; c) gerência de planejamento; d) superintendência de desenvolvimento e expansão; e) gerência de orçamento e finanças. No período que vai de 01 a 31 de outubro de 2011, foram agendadas entrevistas com os referidos gestores, mas apenas dois se disponibilizaram a responder às questões propostas. Paralelamente, cinquenta usuários da Trensurb responderam a um questionário com dez perguntas. Posteriormente, foi utilizada a técnica de análise de conteúdo (Bardin, 1977) para as respostas dos gestores e a técnica de tabulação para as respostas dos usuários. Com essas informações sistematizadas, foi possível realizar, como última etapa do processo, uma confrontação das respostas dos gestores e dos usuários.

## ***3. A mobilidade urbana e o transporte ferroviário***

A mobilidade urbana está relacionada com a capacidade de deslocamento de pessoas e bens no espaço urbano durante a realização de suas atividades cotidianas (trabalho, abastecimento, educação, saúde, cultura, recreação e lazer), em um tempo considerado ideal, de modo confortável e seguro.

O crescimento do espaço urbano, que tem se mostrado constante no último século, exige investimento e desenvolvimento de políticas públicas para garantir a mobilidade urbana como um direito, pois as pessoas deslocam-se diariamente por diversas razões, tais como: ir ao trabalho, à escola; agendar ou comparecer a consultas médicas em hospitais ou centros

de saúde distantes de suas residências; para atividades de lazer ou culturais; visitar amigos ou parentes etc.

A acessibilidade, que é a medida direta dos efeitos de um sistema de transporte e da facilidade para se atingir os destinos desejados, é um dos focos da mobilidade urbana. Não apenas a mobilidade urbana em si, que é o ato de ir e vir sem restrições, mas também a mobilidade urbana sustentável, resultado de um conjunto de políticas de transporte e circulação que visam proporcionar o acesso amplo e democrático ao espaço urbano, por meio da priorização dos meios de transporte coletivos e dos meios de transporte não motorizados, como as bicicletas.

Os problemas de circulação urbana também podem ser verificados quando há grande distância física e socioeconômica das regiões entre si (Santos,1979). A ida diária, as facilidades e tecnologias que existem nos centros urbanos, geram um movimento que pode ser definido como pendular. Várias pessoas deslocam-se dos bairros suburbanos, que na maioria das vezes são bairros dormitórios, em direção às localidades centrais, bem equipadas com serviços privados e públicos, tais como: comércio diversificado, hospitais, escolas, bancos entre outros serviços.

A mobilidade também pode e deve ser considerada objeto das políticas públicas de saúde, quando se tem o conceito de saúde ampliado, no qual esta é vista como um direito de todos e como um dever do Estado. A saúde não pode mais ser entendida apenas como ausência de doença, e sim como um conjunto de atributos que deve ser oferecido a todo cidadão, disponibilizando, entre outras coisas, um transporte seguro, confortável, pontual, digno, acessível etc. Precisa-se, desta forma, de uma estrutura coerente com a necessidade e o desejo dos usuários, tornando o deslocamento agradável e até mesmo saudável. Uma viagem em que o usuário possa permanecer sentado confortavelmente e, com isso, possa usufruir de momentos de leitura, apreciar a paisagem, ouvir música ou um rádio jornal será uma situação muito diferente e seguramente mais saudável. Com uma população maior de idosos, também é necessário ofertar mais assentos especiais, para que os mesmos possam ter uma viagem confortável, segura e digna.

O transporte tem papel fundamental na determinação da qualidade do meio ambiente físico. O modelo de transporte relativamente não poluente, a ferrovia, por exemplo, é um dos pilares chave dos esforços da Europa no sentido de encorajar a mobilidade sustentável. Com a ferrovia, a União Europeia conseguiu a redução das emissões de gases poluentes e a redução da dependência de importação de energia. A ferrovia provê uma resposta

“verde” aos congestionamentos das estradas, um problema que só tende a piorar à medida que o volume de transporte global aumentar. Seria, de fato, muito mais competitiva se comparada aos outros meios de transporte, considerando-se os custos ambientais reais. Hoje, os custos de desempenho (ou da falta de desempenho) em relação à poluição do ar, aos congestionamentos, aos acidentes e à poluição sonora não são completamente calculados e, por conseguinte, não são levados em conta no preço que os usuários pagam. Paralelamente, a ferrovia é também extremamente segura de uma forma geral. Com vistas a assegurar a boa qualidade do serviço e fazer das ferrovias “amigas do usuário”, a União Europeia está trabalhando para fortalecer os direitos dos passageiros e harmonizar os requisitos de segurança (European Commission, 2008).

### *3.1. Problemas da mobilidade urbana*

O eixo Porto Alegre-Novo Hamburgo situa-se entre dois importantes polos econômicos do Rio Grande do Sul. A dinâmica econômica da região atrai pessoas para Porto Alegre, pois há muitas oportunidades de negócios, de passeio, de comércio, de trabalho e de estudo. O mesmo acontece em relação a Novo Hamburgo, que também é um forte polo de atração. Esse movimento se dá, então, em função do poder de atração de ambos. No trajeto desse eixo, encontram-se as cidades de Canoas, Esteio, Sapucaia do Sul e São Leopoldo, que podem ser consideradas polos econômicos intermediários, pois também atraem muitas pessoas.

Na Europa, de forma semelhante, cidadãos e comerciantes beneficiar-se-ão com uma nova linha férrea de alta velocidade, ligando Paris e Bratislava via Strasburgo, Stuttgart, Munique e Viena — uma rota que cruza grandes áreas populosas no coração da Europa. Sendo um dos projetos prioritários da União Europeia (EU) para a Rede Transeuropeia de Transporte, a conexão aprimorada da ferrovia é esperada para ser concluída entre 2015-2020 e ajudará tanto passageiros como transportadores de carga, no que hoje é uma das vias mais congestionadas da Europa (European Commission – 2008).

Os migrantes vindos do êxodo rural, atrás do trabalho e da qualidade de vida que Porto Alegre oferecia, eram, em sua esmagadora maioria, trabalhadores desqualificados e mal remunerados, que foram se concentrando na periferia da cidade, em locais totalmente desprovidos de infraestrutura urbana. Com o passar do tempo, novos habitantes se instalaram nas cidades vizinhas, pois, adquirir uma moradia no grande centro era muito caro.

Continuavam, no entanto, trabalhando na cidade grande (metrópole) e, por conseguinte, demandando um serviço de transporte público que satisfizesse suas necessidades diárias (Prefeitura de Porto Alegre).

Hoje, especialmente depois dos anos 80, busca-se qualidade de vida. Segundo Menezes (2004), as maiores cidades brasileiras, assim como as grandes cidades dos países em desenvolvimento, foram adaptadas, nas últimas décadas, para o uso eficiente do automóvel. O sistema viário foi ampliado e foram criados órgãos governamentais responsáveis pela garantia de boas condições de fluidez. Esse processo ocorreu paralelamente à ampliação da frota de automóveis. Estes são, hoje, quase a única alternativa de transporte eficiente para as pessoas com melhores condições financeiras. Formou-se, assim, uma “cultura do automóvel”, que capturou muitos recursos para o atendimento de suas necessidades. Diferentemente, em outras regiões do mundo, a cultura do automóvel foi menos acentuada. Na Europa, por exemplo, o transporte ferroviário quase sempre foi uma alternativa para os indivíduos de praticamente todas as camadas sociais e financeiras.

No Brasil, os sistemas de transporte público, mesmo com investimentos importantes em locais específicos, permaneceram insuficientes para atender à demanda crescente. O setor tem vivenciado crises cíclicas relacionadas principalmente à incompatibilidade entre custos, tarifas e receitas e tem sofrido com as deficiências na gestão e na operação. Adicionalmente, experimentam declínio em importância, eficiência e confiabilidade junto ao público, tornando-se um “mal necessário” para aqueles que não podem dispor de automóvel.

Formou-se no país uma separação bastante nítida entre aqueles que têm acesso a automóvel e aqueles que dependem do transporte público, refletindo, na prática, as grandes disparidades sociais e econômicas da sociedade brasileira. Enquanto uma parcela reduzida desfruta, teoricamente, de melhores condições de transporte, a maioria continua limitada nos seus direitos de deslocamento e acessibilidade.

O usuário de transporte público necessita ter sua saúde levada em consideração, pois a condição física e mental é importante para o desempenho de suas atividades, principalmente as laborais. Se estiver com a saúde preservada, o indivíduo, com certeza, trabalhará melhor, terá lazer e viverá melhor. A Organização Mundial da Saúde (OMS) define saúde como: o estado completo de bem-estar físico, mental e social e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade. A saúde não se limita ao corpo. Inclui também a mente, as emoções e as relações sociais — a coletividade. A saú-

de de todos, além do caráter individual, também é impactada pelas estruturas sociais, incluindo necessariamente a questão da mobilidade urbana.

### *3.2. Usuário de serviços públicos de mobilidade urbana*

Primeiramente, cabe esclarecer uma importante questão, os conceitos de usuário e de consumidor de serviço público, apesar de aludirem a uma interpretação muito parecida, são juridicamente distintos. Quando se parte para a ideia de usuário, o conceito não parece tão simples, uma vez que não há definição legal geral para essa determinação, apesar da Lei nº 8987/95, em seu artigo 7º, descrever seus direitos e deveres, o que corresponde, de certa maneira, a uma definição jurídica (no âmbito dos serviços delegados). O usuário não precisa necessariamente ser o destinatário final de um serviço. São usuários tanto os indivíduos que recebem energia ou serviços de telecomunicações em sua residência, como uma pessoa jurídica que os utiliza como insumo em sua atividade comercial. Além disso, a posição do usuário não pressupõe onerosidade, ao contrário da do consumidor (Pereira, 2006).

Usuário, assim como cidadão, é uma expressão que contém vários sentidos. No Direito, geralmente indica o indivíduo que faz uso de determinado serviço. Se o serviço for prestado no desenvolvimento de atividade econômica, liberada à iniciativa privada, o usuário é, via de regra, protegido pelo Código de Defesa do Consumidor. Contudo, se for prestado um serviço público, o usuário irá passar da categoria de simples consumidor de determinado serviço para o *status* de cidadão, o que lhe confere mais direitos, dentre os quais o de “exercer controle sobre a organização geral do serviço, exigindo o funcionamento em seu benefício” (Medauar, 2005).

Medauar enfatiza que, à medida que o serviço público é uma atividade de interesse geral, ele é indispensável para a coesão social e para a democracia, precisando atender às necessidades coletivas essenciais. O usuário do serviço possui, portanto, vários direitos, não podendo ser equiparado a um simples cliente ou consumidor. As relações de mercado não se compatibilizam com a noção de solidariedade e, conseqüentemente, de igual acesso ao serviço público, que tem por finalidade a redução das desigualdades sociais, econômicas e culturais.

Entende-se com esse conceito que usuário é muito mais do que quem paga por um bem e/ou serviço. É um direito de cidadania, garantido pela constituição. Não um conceito excludente, já que o usuário tem igual aces-

so aos bens e serviços, diferentemente do sistema de uma empresa, que seleciona o seu público-alvo de acordo com a expectativa de mercado. Uma empresa pode e deve escolher quem serão os seus clientes. Já os usuários dos serviços públicos não podem ser escolhidos nem excluídos, uma vez que todos os cidadãos têm os mesmos direitos. Carr e Littman consideram, também, que usuário é tanto quem recebe um bem ou serviço quanto aquele que o produz e o entrega.

De acordo com o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257: A política de mobilidade urbana tem como objetivo contribuir para o acesso universal à cidade, por meio do planejamento e gestão do Sistema de Mobilidade Urbana. O Sistema de Mobilidade Urbana é o conjunto organizado e coordenado dos meios, serviços e infraestruturas que garante os deslocamentos de pessoas e bens na cidade. Algumas das infraestruturas de mobilidade urbana são: a) vias e logradouros públicos, inclusive metrô, ferrovias, hidrovias e ciclovias; b) terminais, estações e demais conexões; c) pontos para embarque e desembarque de passageiros e cargas; e d) equipamentos e instalações. Considera-se transporte público coletivo o serviço de transporte de passageiros acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e preços fixados pelo Poder Público; e transporte público coletivo intermunicipal de caráter urbano como um serviço de transporte coletivo entre Municípios que tenham contiguidade nos seus perímetros urbanos.

A gestão da mobilidade urbana pode ser definida como o conjunto de ações que o poder público promove com o intuito de ordenar e facilitar os deslocamentos de pessoas e bens nas cidades. O grande desafio para os gestores da maioria das metrópoles do mundo é a mobilidade precária encontrada no espaço urbano. Essa precariedade se deve à saturação das vias conjuntamente à falta de transporte público qualificado. A deficiência ocorre apesar dos investimentos em obras de infraestrutura e em tecnologias de sistema de controle, que visam a melhorar a capacidade da rede de transportes. Ações como essas são fundamentais, porém, insuficientes se não houver uma racionalização da demanda.

Existe uma relação positiva entre renda e diversidade/quantidade de viagens, assim como entre renda e uso de transporte individual. Além disso, as decisões pessoais sobre a forma como a necessidade individual de mobilidade será atendida são influenciadas por fatores externos, como: a) a estrutura física da cidade; b) a disposição física das construções e áreas de uso público; c) as horas de operação das atividades; e, d) a oferta de meios de transporte. A mobilidade cresce acentuadamente com a renda, repercu-

tindo na diversidade de atividades feitas pelas pessoas. Quando se consideram apenas as viagens motorizadas, a variação da mobilidade é bem maior, o que reflete o grande impacto da posse de um automóvel nos segmentos de renda mais alta. As distâncias percorridas aumentam, uma vez que essas pessoas dispõem de meios de transporte mais rápidos (Vasconcelos, 2001).

Segundo Vargas (2008), o mote da (i) mobilidade urbana passa a ser utilizado como já o foi a questão da segurança, tornando as pessoas reféns de uma situação de monopólio, de oferta única para alimentar-se, adquirir educação e consumir, tudo em um mesmo lugar. A (i) mobilidade interfere, assim, na liberdade de escolha (id., ibid).

A legislação da União Europeia, sobre os direitos dos passageiros, que entrou em vigor em dezembro de 2009, estabelece os padrões mínimos de qualidade que devem ser garantidos aos passageiros. Isso significa que os passageiros, de fato, terão uma cobertura básica dos seus direitos; por exemplo, a responsabilidade das companhias pelos passageiros e por suas bagagens, e o direito ao transporte para pessoas com mobilidade reduzida. Garantir os direitos dos passageiros e aperfeiçoar a qualidade dos serviços pode tornar a ferrovia “amiga do usuário”, ajudando a aumentar a quota do transporte ferroviário em relação aos outros tipos de transporte (European Commission).

### *3.3. O conceito atual de saúde e o transporte coletivo*

Em 1988, a Constituição Federal do Brasil passou a definir saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (Artigos 196 e 198).

Em 1986, realizou-se a 8ª Conferência Nacional de Saúde que trouxe novas contribuições à definição de saúde, como, por exemplo: “A saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse de terra e acesso a serviços de saúde.” A partir dessa definição, a saúde deixa de estar restrita a locais específicos, como hospitais e centros de saúde, para figurar em outros lugares: casas, escolas, análise do ar, da água, dos alimentos, do salário, do lazer e, também, dos transportes coletivos.

Assumindo que não é apenas da ausência de doença que se trata, tem-se que a redução do risco de doença e de outros agravos, pode, também, estar

associada ao estresse e ao cansaço oriundos de locomoções longas e desconfortáveis. Apesar do caráter essencial, tanto como infraestrutura para os processos de produção como para a qualidade de vida dos cidadãos, os transportes coletivos estão em crise em todos os grandes centros urbanos do país. Isso se manifesta pelos níveis elevados de congestionamento, poluição atmosférica, insegurança viária e por viagens desconfortáveis. Lembrando-se que o tempo maior de percurso aumenta o desconforto imposto aos usuários (Costa, 2007).

No Congresso “As Melhores Práticas em Sistemas Integrados e BRT na América Latina”, promovido pela Associação Latino-Americana de Sistemas Integrados e BRT (SIBRT), mostrou-se que saúde e transporte sustentável têm conexão forte e devem ser tratados de maneira conjunta para alcançar melhor qualidade de vida para as pessoas na América Latina e no mundo. No discurso de abertura do evento, Carlos Dora, Diretor de Saúde Pública e Meio Ambiente da Organização Mundial da Saúde (OMS), falou sobre a importância de levar em consideração a saúde dos cidadãos nos projetos de desenvolvimento de sistemas de transporte. Dora também comentou sobre a sinergia entre transporte público e saúde, salientando a importância do trabalho de análise mais específico das influências do transporte na saúde das pessoas.

Percebe-se, portanto, os vários fatores que podem interferir na saúde. Na esfera médica, já se discute formas de prevenir o “contágio de doenças”, embora raramente esse debate chegue no âmbito do transporte público. A queda da qualidade de vida em função da precariedade do transporte de massa ainda é pouco explorado, também. Provavelmente, em função da falta de percepção do “valor” do assunto, e dos usuários e gestores ainda não conseguirem relacionar adequadamente transporte e saúde.

#### *4. Discussão. Apresentação do modelo teórico da pesquisa e análise dos dados coletados:*

##### *4.1. Modelo teórico utilizado na pesquisa*

O modelo teórico utilizado é mostrado na figura 1. Na sequência, são mostrados cada um dos conceitos do modelo para análise posterior.



**Figura 1**

Pode-se distinguir, do modelo teórico apresentado acima, três áreas. A primeira compreende o perfil dos usuários, as capacidades e competências da organização e o produto organizacional. A segunda compreende a forma como são implementadas as ações organizacionais, para desembocar na terceira área, que são os resultados (esperados ou não).

Quando se pensa em administração estratégica (Certo e Peter, 1993; Wright, Kroll e Parnell, 2000), é fundamental que se “olhe para fora da organização”, para o que se denomina “ambiente organizacional”. Esse ambiente pode, por sua vez, ser subdividido em microambiente e macroambiente. Os usuários, ou clientes, fazem parte desse microambiente organizacional. Olhar para o usuário significa, entre outras coisas, conhecê-lo e conquistá-lo. Para isso, é fundamental conhecer seu perfil de necessidades e adequar o serviço de transporte. É importante lembrar que esse é um processo contínuo e sistemático, olhar para fora da organização e para a frente. Assim, é possível traçar rumos para o futuro, enfrentando os riscos e incertezas (Vasconcellos, 1982).

As capacidades e competências da organização podem ser entendidas como um olhar para dentro da própria empresa. Por trás da excelência das práticas de gestão, estão as pessoas. Segundo Dipe (2008), as pessoas multiplicam conceitos, aplicam e aperfeiçoam ferramentas e metodologias. Logo, desenvolver competências, reconhecer contribuições, fomentar comunicação efetiva entre as pessoas e comemorar resultados são atividades essenciais para propiciar a excelência nas organizações.

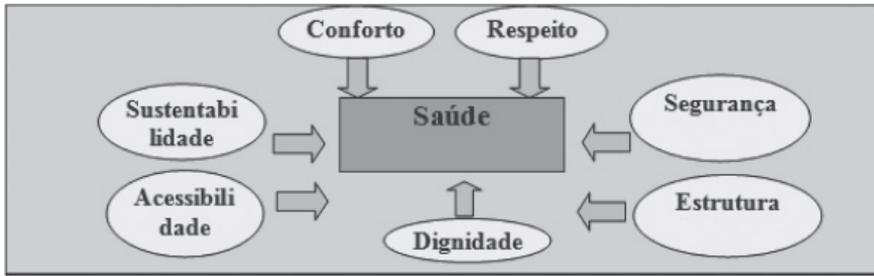
Os dois elementos, perfil do usuário e capacidades e competências da organização, são decisivos para a determinação do terceiro elemento do

modelo, a saber, o produto organizacional. Ele está relacionado com o que a organização produz. No tocante aos componentes do produto organizacional, Carvalho (2000) define um modelo de congruência contendo: a) o trabalho, tarefas básicas a serem feitas pela organização e suas partes; b) o pessoal, características dos indivíduos na organização; c) as disposições organizacionais formais, várias estruturas, processos e métodos formalmente criados para que as pessoas realizem tarefas; e d) a estrutura e processo informais, disposições que surgem, inclusive estruturas, processos e relações. O Produto da organização é a saída do sistema, que pode ser representado por um bem, um serviço ou o retorno econômico. Para fins desse estudo, considerar-se-á como produto organizacional, o serviço oferecido pela empresa Trensurb.

Por intermédio dos resultados, pode-se medir sua influência, tanto na saúde mental quanto na saúde física. Na saúde mental, como foi afirmado por Freud (1929), todo sofrimento é sensação, só existe na medida em que se sente, e é sentido em consequência de certos mecanismos pelos quais nosso organismo é regulado. O usuário, com efeito, é regulado pela organização e por seus pares. Assim se observa a realidade do sofrer, no corpo e na alma, direcionada à fragilidade e ao adoecimento.

Foram identificados atributos, abaixo descritos, que influenciam na saúde e na qualidade de vida do usuário. Quando bem geridos, os resultados, além dos financeiros, contribuem para a boa saúde ou, ao menos, não impactam negativamente. Os resultados da implementação, terceira etapa do modelo proposto, levarão em conta os chamados atributos. São eles: conforto, segurança, respeito, dignidade, acessibilidade, sustentabilidade, estrutura. Todos influenciam na saúde e na qualidade de vida do usuário, logo, precisam ser, de alguma forma, considerados e gerenciados.

Tem-se, portanto, os atributos como variável independente do modelo e a saúde como variável dependente. Todos os atributos, de alguma forma, impactam o que se definiu como saúde física e mental.



**Figura 2 - Atributos que impactam a saúde física e mental.**

a) Conforto: segundo Kolcaba (2003), existem quatro contextos de conforto - físico, psicoespiritual, sócio-cultural e ambiental. Sabe-se que, com o aumento do conforto, as condições de vida melhoram; b) segurança: na viagem (nesse contexto, a segurança é entendida como ausência de acidentes), e a oferecida nas estações e dentro dos vagões; c) respeito: valor que permite ao homem reconhecer, aceitar, apreciar e valorizar as qualidades do próximo e os seus direitos. Em outras palavras, o respeito é o reconhecimento do valor e dos direitos dos indivíduos e da sociedade; d) dignidade: valor moral e espiritual inerente à pessoa. Todo ser humano é dotado desse preceito, que constitui o princípio máximo do Estado Democrático de Direito. Ele está elencado entre os direitos fundamentais da Constituição Brasileira de 1988. Segundo Kant (2004), as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmo, e não como um meio (objetos); e) acessibilidade: segundo o Decreto nº 5.296, de 2004, a acessibilidade tem a ver com fornecer condições para a utilização total ou assistida, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos serviços de transporte e dos dispositivos, sistemas e meios de comunicação/informação, por parte do portador de deficiência ou de mobilidade reduzida; f) sustentabilidade: nesse conceito estão embutidos pelo menos dois princípios importantes - o das necessidades e o da limitação. O primeiro trata da equidade e o segundo se refere às limitações que a tecnologia e a organização social determinam ao meio ambiente. Já que as necessidades humanas são determinadas social e culturalmente, isso requer a promoção de valores que mantenham os padrões de consumo dentro dos limites das possibilidades ecológicas; g) estrutura: estrutura física dos vagões e de todas as estações de trem (se há proteção contra frio, calor, vento e chuva, se há escadas rolantes, elevadores, banheiros em boas condições, se as estações estão em bom estado, se o piso é adequado, se há goteiras, etc).

#### ***4.2. Análise das respostas dos questionários aplicados no Brasil e na Europa***

Sobre o atributo estrutura, 78% dos usuários responderam que estão insatisfeitos com ela. Na pesquisa realizada foram entrevistados dois gestores da empresa Trensurb ( $G_1$  e  $G_2$ ),  $G_1$  afirmou: “[...] algumas estações não possuem uma arquitetura adequada, visto que foram construídas na década de setenta. Em relação a banheiros, todas as estações possuem um, inclusive para deficientes. Sendo limpos diariamente” (Nugem, 2011). Muitos usuários, no entanto, estão insatisfeitos com a limpeza dos banheiros, e seria interessante investigar o serviço prestado pela empresa terceirizada e, até mesmo, contratar outra que ofereça um serviço adequado.  $G_2$  disse que “hoje o sistema é composto por dezessete estações, onde seis são consideradas estações tipo (que possuem arquitetura igual ou similar). As demais estações possuem projetos de acordo com as necessidades e adaptações do sistema no local”.

Na Europa, 72% dos usuários estão satisfeitos, e muito satisfeitos, com a estrutura das estações de trem. Em contraste com os 78% dos usuários da Trensurb que estão insatisfeitos.

As tabelas abaixo mostram o resultado das respostas dos usuários do Brasil (região metropolitana de Porto Alegre) e da Europa (vários países).

Região metropolitana de Porto Alegre					
Questões e atributos avaliação Brasil	Totalmente Insatisfeito (1)	Insatisfeito (2)	Regular (3)	Satisfeito (4)	Totalmente Satisfeito (5)
Estrutura	22%	78%			
Conforto	43%	29%	28%		
Segurança	14%	7%	22%	50%	7%
Respeito	14%	36%	36%	14%	
Dignidade	22%	29%	43%		
Acessibilidade	14%	7%	65%	14%	
Sustentabilidade	29%	29%	22%	6 %	14%

Europa (vários países)					
Questões e atributos avaliação Europa	Totalmente Insatisfeito (1)	Insatisfeito (2)	Regular (3)	Satisfeito (4)	Totalmente Satisfeito (5)
Estrutura		21%	7%	50%	22%
Conforto			21%	50%	29%
Segurança			7%	71%	22%
Respeito		14%	28%	35%	23%
Dignidade		7%	14%	64%	14%
Acessibilidade			28%	35%	37%
Sustentabilidade			64%	15%	21%

**Tabela 1 - Comparação das respostas dadas por brasileiros e europeus ao questionário aplicado – fonte Nagem, R. C. 2011**

Quanto ao atributo conforto, 43% dos usuários responderam que estão totalmente insatisfeitos e 29% responderam que estão insatisfeitos, compreendendo um total de 72% dos usuários. De acordo com Nagem, G<sub>1</sub> afirmou que “salienta-se que no seu planejamento Estratégico a empresa possui o objetivo: Aumentar a Satisfação do Cliente e Sociedade”, e G<sub>2</sub> respondeu que “esse número que usamos de 6 passageiros por m<sup>2</sup> foi convencional dentro da nossa estratégia de empresa e que é um número aceitável internacionalmente para o sistema. O sistema de metrô é feito para andar lotado, não adianta, não temos como disponibilizar um sistema

em que todas as pessoas se desloquem sentadas. [...] Não colocaremos mais vagões, a composição é de quatro vagões e continuarão os quatro vagões”.

Segundo Kolcaba, administradores não querem saber de conforto se isso não trazer lucro. Comparando a mesma questão com a resposta dos europeus, 79% da população de lá está satisfeita e muito satisfeita com o conforto dos vagões. Isso sugere que não há hiperlotação, e que os assentos são suficientes para todos os usuários, o que reflete positivamente na saúde das pessoas. Já com o percentual de 72% dos usuários da Trensurb afirmando que estão totalmente insatisfeitos e insatisfeitos com o conforto, por si só deveria ser motivo para repensar as condições do transporte. Não se pode esperar no Rio Grande do Sul o mesmo caos que ocorre em São Paulo e em outras capitais.

A União Europeia tem uma política ativa e equilibrada, que visa providenciar um serviço ferroviário de qualidade; encoraja o desenvolvimento de novas tecnologias para construir uma rede competitiva e moderna e fazer do transporte ferroviário um instrumento privilegiado para a integração europeia (European Commission). Enquanto no Brasil, no momento em que um gestor afirma: “não colocaremos mais vagões”, fica claro que não há preocupação formal com a saúde física nem mental dos usuários. Além do conforto, também são desconsideradas a dignidade e a segurança do transporte.

Saúde – Quantos usuários, em porcentagem, se sentem:	Usuários da Trensurb - RS	Saúde - Quantos usuários, em porcentagem, se sentem:	Europeus
Cansado	50%	Cansado	21%
Estressado	80%	Estressado	7%
Com dor nas pernas	70%	Com dor nas pernas	14%
Desconfortável pela lotação dos vagões	100%	Desconfortável pela lotação dos vagões	7%
Com dor nos braços	40%	Com dor nos braços	
Contágio por doenças de terceiros	50%	Contágio por doenças de terceiros	21%
Com dor nas costas	30%	Com dor nas costas	14%
A viagem não afeta a minha saúde	-----	A viagem não afeta a minha saúde	65%
Outros	Desconforto dos acentos	Outros	Gripes e resfriados constantes por causa do ar condicionado ao extremo.

**Tabela 2 - Fonte: Nagem, R. C. (2011)**

Sobre o atributo segurança, 50% dos usuários responderam que estão satisfeitos com a segurança das viagens.  $G_1$  afirmou que, quanto à circulação dos trens, em função dos sistemas ATC e ATS (Japoneses), “acidentes de trens são quase impossíveis”.  $G_2$  disse “que o trem é considerado um transporte seguro sob dois aspectos: a) segurança viária: por ser um transporte de via exclusiva, não está sujeito a acidentes de trânsito; e b) segurança nas estações: o sistema possui equipe de segurança própria que atua nas estações”. Por outro lado, 93% dos usuários europeus estão entre satisfeitos e muito satisfeitos com a segurança ofertada no serviço.

Ainda há alguns fatores que poderiam ser levados em consideração para que os usuários se sentissem mais seguros, tais como: a) comunicar claramente aos usuários qualquer defeito que esteja ocorrendo; as pessoas ficam nervosas quando não sabem o que está acontecendo; b) procurar resolver as constantes paradas nos trilhos, que duram entre 5 e 35 minutos, quando surgem problemas técnicos; e c) prever com antecedência os problemas e trabalhar nas correções necessárias.

Em relação ao atributo respeito, 36% dos usuários responderam que estão insatisfeitos com a atenção dada à saúde e 36% disseram que esse quesito é regular, somando 72% dos usuários.  $G_1$  afirmou que “o respei-

to se dá na modernização das estações dentro do projeto de Mobilidade Urbana para atender a legislação (Deficientes Físicos) e na comunicação”. Já o G<sub>2</sub> disse que “o respeito se dá, caso estrague um trem ou em caso de acidentes, através de um procedimento de operação emergencial, que quando isso acontece, e isso já aconteceu várias vezes, até em um determinado trecho o trem falhar, ele não conseguir mais transportar os usuários, e daí precisamos substituir o transporte do trem”. Segundo observações realizadas por Nagem, a operação emergencial é muito lenta, desorganizada e não atinge todos os usuários. É importante lembrar que respeito não é apenas atender aos deficientes físicos. Trata-se do reconhecimento do valor e dos direitos instituídos socialmente. Na Europa, 63% dos usuários responderam que o respeito está entre regular (28%) e satisfatório (35%). Comparando com a pesquisa da Trensurb, em que 72% dos usuários optaram por insatisfeito (36%) e regular (36%), ainda há muito que se trabalhar a respeito.

No atributo dignidade, 29% dos usuários responderam que estão insatisfeitos e 43% disseram que a dignidade é regular, somando 72% dos usuários. G<sub>1</sub> afirmou que “sendo uma empresa Pública, ligada a transporte de passageiros, trata a todos com dignidade, pois, na sua essência, tem como missão oferecer soluções em mobilidade urbana com segurança, pontualidade e responsabilidade socioambiental”. Já o G<sub>2</sub> disse que “essa questão da dignidade se mostra na forma como será a oferta de trens até NH [...]”. Mas, a princípio, trabalharemos com a frota que temos, de 25 trens, e hoje trabalhamos com 20 trens. Sabemos que nosso trem tem determinada capacidade, trabalhamos com um parâmetro utilizado internacionalmente para sistemas de metrô, de 6 passageiros por m<sup>2</sup>, e vemos se está dentro deste limite. A estimativa de carregamento para a expansão da linha é de aproximadamente mais 30 mil usuários”. Segundo observações realizadas por Nagem, esse número máximo de 6 passageiros por m<sup>2</sup> não é respeitado. O número é muito maior e gira em torno de 10. G<sub>2</sub> afirmou que o trem tem determinada capacidade, mas, ao mesmo tempo, não há estudo, pesquisa ou interesse em verificar se esse número comporta a demanda atual.

Quando o gestor diz que a composição de trens é de quatro vagões e que isso não será mudado, também mostra que não há uma visão clara do que ocorre na oferta do serviço. Paralelamente, 72% dos usuários acreditam que a dignidade não está no nível desejado de satisfação. Para os europeus, 78% estão satisfeitos e muito satisfeitos com a dignidade no transporte. Eles percebem que há investimento, e isso é que possibilita atender aos usuários de forma digna.

Do atributo acessibilidade, 65% dos usuários acreditam que é regular. G<sub>1</sub> afirmou que “a empresa vem trabalhando no sentido de atender à legislação”, enquanto G<sub>2</sub> disse que “atualmente o sistema está passando por um programa de modernização das estações, trens, terminais e entorno, que inclui o atendimento à NBR 9050, para adequação à acessibilidade universal”. Os gestores disseram que estão programando as reformas necessárias, e isso evidencia o problema de estrutura.

Grande parte das estações possui “passarelas”, dificultando, e muito, o acesso de deficientes físicos, idosos e de pessoas com algum problema de saúde. Além disso, dentro das estações os usuários encontram, na maioria das vezes, apenas uma escada rolante, que é utilizada para subir, não existindo a alternativa para descer até a plataforma. Na maioria das estações não há elevadores (em 12 das 17, o que representa 61% das estações de trem). O vão entre a plataforma e o trem também é outro fator de risco.

Não se pode mais conviver com as estruturas dos anos 1970, pois hoje tem-se outra realidade. É preciso olhar para fora da organização e enxergar o que está acontecendo, qual é a nova realidade e o que pode e deve ser feito para adequar-se a ela.

Na Europa, 72% dos usuários estão satisfeitos e muito satisfeitos com a acessibilidade oferecida. Isso mostra o atendimento à nova demanda. Ao contrário do que se vê no Brasil, lá os deficientes físicos utilizam, e muito, todos os transportes, pois há uma estrutura preparada para atendê-los. Em contraponto, aqui, essa é uma ideia recente; a adequação e as reformas são lentas. As únicas estações que possuem acessibilidade plena são as estações Mercado e São Leopoldo (2 de 17 estações, o que representam cerca de 11%). Nugem observa que, nas obras de construção de quatro novas estações em Novo Hamburgo (que devem ser disponibilizadas ao público entre 2012 e 2013), haverá acessibilidade plena.

Quanto ao atributo sustentabilidade, 29% dos usuários estão totalmente insatisfeitos e outros 29% estão insatisfeitos com a expansão até Novo Hamburgo, no que tange à sustentabilidade. Totalizando 58% dos usuários. Mas G<sub>1</sub> afirmou que “sim, quanto à ampliação da linha a Novo Hamburgo, há sustentabilidade”, enquanto G<sub>2</sub> disse que

aquela ideia está lá no projeto desde a implantação do sistema, mas ela só conseguiu ser viabilizada agora. O recurso realmente inviabiliza o sistema para que possamos expandir mais, para que possamos fazer mais projetos, e consigamos trocar a nossa frota de trens, então muitas vezes temos que nos adequar com o que temos e tentar trabalhar da melhor forma possível.

Segundo o IBGE (2011), em 1985 a população total da região metropolitana de Porto Alegre era de 2.692.743 de habitantes. Porto Alegre, Canoas, Esteio e Sapucaia do Sul foram as primeiras cidades beneficiadas com o transporte metroviário da Trensurb. Somando essas quatro cidades citadas, o número de habitantes era de 1.688.503. Nesse momento, a Trensurb contava com vinte e cinco trens novos para atender a essa população. Em 2011, o IBGE apontava que Porto Alegre, Canoas, Esteio, Sapucaia do Sul, Novo Hamburgo e São Leopoldo possuíam, no total, 2.397.917 habitantes. Tem-se, portanto, um aumento de 426.828 habitantes na população das seis cidades citadas, mas, considerando-se a entrada das novas estações tem-se um aumento de 709.414 novos usuários potenciais.

Na época em que a Trensurb iniciou suas atividades, em 1985, atendia uma população metropolitana de 1.688.503 de habitantes, com vinte e cinco trens. Hoje, atenderá, juntamente com a expansão até Novo Hamburgo, 2.397.917 de habitantes, com os mesmos vinte e cinco trens, que estão com quase vinte e sete anos de uso.

O desenvolvimento sustentável preconiza que as sociedades atendam às necessidades humanas em dois sentidos: a) aumentando o potencial de produção; e b) assegurando a todos as mesmas oportunidades (gerações presentes e futuras). Nessa visão, o desenvolvimento sustentável não é um estado permanente de equilíbrio, mas sim de mudanças quanto ao acesso aos recursos e quanto à distribuição de custos e benefícios. Pode ser definido como o que é, ao mesmo tempo, economicamente viável, socialmente justo e ecologicamente correto. Na Europa, 64% dos usuários acreditam que talvez haja sustentabilidade e garantia das mesmas oportunidades para as gerações futuras. Percebe-se que na Europa há toda uma preocupação em torno dos transportes ferroviários de passageiros, em torno da sustentabilidade e, mesmo assim, os usuários acreditam que poderia ser melhor. No Brasil, vê-se uma preocupação dos usuários com esse fator tão importante mas, ao mesmo tempo, há o contraponto dos gestores que afirmam estar tudo bem. Será que eles somente irão perceber que deveria haver um planejamento mais eficaz nessa expansão quando os trens tiverem uma pane por excesso de passageiros? Daí é que irão fazer uma pesquisa longa e demorada para descobrir o porquê, enquanto para os usuários já está claro.

Sobre a saúde, 50% dos usuários responderam que se sentem cansados com a viagem, 80% responderam que se sentem estressados, 70% sentem dores nas pernas, 100% se sentem desconfortáveis com a lotação dos vagões, 40% sentem dores nos braços, 50% já sofreram contágio de doenças por terceiros e 30% sentem dores nas costas. G<sub>1</sub> afirmou que

atualmente, visto ser esse o estudo internacional, a empresa consegue atender em mais de 95% do tempo o número de 6 passageiros por metro quadrado, pois realiza pesquisa de origem e destino. Temos que ter em mente que é um transporte de ‘massa’, carrega um grande número de pessoas. A solução é investir no aumento do número de linhas. Com certeza, interfere na saúde das pessoas, pois, aglomeração facilita o surto de doenças especiais, principalmente nas pessoas debilitadas.

Segundo observações realizadas, eles não atendem 95%; no máximo, atendem esse padrão em torno de 10 horas diárias de um período de 18 horas de oferta do serviço.

Já o G<sub>2</sub> afirmou que “isso sobre a saúde até eu vou te passar para a área de comunicação social”. Para ele, dessa forma, a saúde não é pensada no contexto da oferta de serviços, ainda é vista apenas como contágio por terceiros.

Paralelamente, quando o mesmo questionário foi aplicado aos europeus, identificou-se que 21% dos usuários se sentiam cansados pela viagem, 7% estressados, 14% sentiam dores nas pernas, 7% se sentiam desconfortáveis pela lotação dos vagões, ninguém respondeu sentir dores nos braços, 21% já sofreu contágio de doenças por terceiros e 14% sentiam dores nas costas. Sendo que 65% dos usuários responderam que a viagem não afeta em nada a sua saúde.

Comparando esses dados com os resultados obtidos com os usuários da Trensurb, percebe-se que a relação transporte-saúde possui muita sinergia e que, por isso, muito pode ser melhorado.

## *5. Considerações finais*

A Trensurb possui muitos aspectos positivos. O meio de transporte ferroviário é um dos melhores que existe. O que se precisa é de adequação às novas necessidades e aos direitos dos usuários. A sinergia entre saúde e transporte é muito maior do que realmente é percebido. Então, é possível modificar as regras do jogo para que todos ganhem.

A lei protege o usuário e normatiza a mobilidade urbana. Mesmo sendo um tema de abordagem recente, é de grande importância. A mobilidade, ou como diz Vargas a (i) mobilidade urbana, é tema de urgência, de discussões, de planejamento e, acima de tudo, de ação.

Considerando os resultados das respostas dos gestores e das respostas dos usuários, percebe-se que “eles não estão falando a mesma língua”. Enquanto de um lado se diz que há preocupações acerca de vários atributos, do outro, se percebe que muitos atributos não são considerados.

Na Europa, por sua vez, há um padrão de excelência que é percebido pelos usuários do transporte. Acredito que a meta brasileira deveria ser atingir o mesmo nível de satisfação que eles têm. Com o apoio de políticas públicas, para a oferta de um serviço de transporte adequado e saudável.

Sugere-se à empresa Trensurb que utilize, no mínimo, seis vagões, vindo da Estação São Leopoldo a Porto Alegre e vice-versa. No que se refere à expansão até Novo Hamburgo, é algo maravilhoso, se for gerido considerando a sustentabilidade, a dignidade e o conforto dos usuários. A maior preocupação é em relação aos vagões, que já virão lotados dessa cidade e, com certeza, mesmo com a utilização do Carrossel, tornará o serviço inviável aos poucos. Sugere-se o uso de oito vagões para amenizar o problema, no trecho Novo Hamburgo-Porto Alegre e vice-versa. Quanto aos intervalos, se fossem menores, de 5 em 5 minutos, desafogaria as estações e ofereceria maior conforto. Entretanto, com esse número de trens, acredita-se que isso não será possível de atender. Em relação à estrutura das estações mais antigas, da Estação Rodoviária até a Estação Unisinos, sugere-se uma reforma urgente, iniciando pela acessibilidade e, logo após, pela arquitetura das mesmas. Principalmente a arquitetura e a infraestrutura da estação Rodoviária. Até mesmo para que as estações não se tornem diferentes nos benefícios oferecidos, como a acessibilidade. Em relação às queixas e às sugestões dos usuários, sugere-se que sejam verificadas e analisadas suas implantações. E, tão logo quanto possível, a compra de novos trens, que ofereçam espaço mais amplo, com ar-condicionado e assentos melhores, causando menos impacto negativo na saúde.

Se, de cinco gestores selecionados para responder à entrevista, apenas dois tiveram disponibilidade para participar, acredita-se que a empresa nem sequer ouve seus usuários. Usuários esses que são o motivo da existência da empresa. Sabe-se que há muito de política nas empresas públicas, por isso a necessidade do controle social sobre as mesmas. Um controle feito por usuários cidadãos, esclarecidos, com o olhar voltado para fora da empresa, questionando e ajudando os gestores a construir um planejamento, e exigindo que atendam às suas necessidades e desejos.

## 6. Notas

<sup>1</sup> Doutor em Recursos Hídricos e Saneamento Ambiental no Instituto de Pesquisas Hidráulicas da UFRGS. Possui mestrado em Direito, linha de pesquisa: Direito Ambiental e Biodireito pela Universidade de Caxias do Sul (2002), especialista em Direito e em Educação e graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1992). Professor da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS).

<sup>2</sup> Doutor em Engenharia da Produção pela Universidade Federal de Santa Catarina (1998); em Administração Pública pela UFRGS (1992), mestrado em Administração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1992). Professor da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

<sup>3</sup> Graduada em administração de sistemas e serviços de saúde pela Universidade Estadual do Rio Grande do Sul- UERGS – Ambientalista com formação pela Kroge-rup Folkschool e Concito – Dinamarca. Graduanda de Ciências Sociais – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

## 7. Referências Bibliográficas

- ASSOCIACIÓN LATINO-AMERICANA DE SISTEMAS INTEGRADOS Y BRT - Transporte Urbano e Saúde, Modelos Operacionais e Tecnologia. In: Congresso “As Melhores Práticas de SIT e BRT na América Latina. Realizado em abril 2011. Disponível em: <http://www.sibrtonline.org/pt/noticias/26/>. Acesso em: 10 maio 2011.
- CARVALHO, Fábio C. A. Gestão do Conhecimento: o caso de uma empresa de alta tecnologia. Dissertação (Mestrado: Engenharia de Produção) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2000.
- CARVALHO, Pedro C. Administração mercadológica. 1ª edição. Campinas: Alínea, 1999.
- CERTO, Samuel C.; PETER, J. Paul. Administração Estratégica: planejamento e implantação da estratégia. São Paulo: Makron Books, 1993.
- CHOAY, Françoise. O Urbanismo, utopias e realidade, uma antologia. Trad. Dafene Nascimento. São Paulo: Perspectiva, 1965.
- COSTA, E. A.V.G. da; MONT’ALVÃO, Cláudia. Estudo dos constrangimentos físicos e mentais dos motoristas de ônibus urbano da cidade do Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado: Artes & Design) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2006.
- DALLABONA, Sílvia L. S.; DIRKSEN, Ivete T. A Importância do Planejamento Estratégico nas Organizações Públicas. 2011. Disponível em: [http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/Silvia\\_Leite\\_da\\_Silva\\_Dallabona\\_-\\_Ivete\\_Trapp\\_Dirksen.pdf](http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/Silvia_Leite_da_Silva_Dallabona_-_Ivete_Trapp_Dirksen.pdf). Acesso em: 24 ago. 2011.
- DIPE, Mara. Um olhar para dentro da Empresa. Artigo publicado em Excemp – Instituto Para Excelência Empresarial. São Paulo, ano 1, no. 03, 2008. Disponível em: [http://www.excemp.com.br/olhar\\_dentro\\_empresa.htm](http://www.excemp.com.br/olhar_dentro_empresa.htm).
- EUROPEAN COMMISSION – Directorate-general for energy and transport. Towards an integrated european railway area. European Communities, 2008.

- FERRAZ, A. C. P.; TORRES, I. G. E. Transporte Público Urbano. São Carlos: RiMa, 2001.
- FREUD, Sigmund (1929). Mal-estar na civilização. In: Edição Standard Brasileira das obras psicológicas completas. Vol XXI. Rio de Janeiro: Imago, 1997.
- GIL, A. C. Métodos e técnicas de pesquisa social. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 1999.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Censo demográfico 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/>.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 58.
- KOLCABA, Katharine Y. Comfort theory and practice. A vision for holistic health care and research. New York: Springer, 2003.
- MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 9ª edição: Revista dos Tribunais, 2005. p. 152
- MEIRELLES, Hely L. Direito Administrativo Brasileiro, 18ª edição. Malheiros, 1993.
- MENEZES, E. F. A geografia em primeiro lugar. Disponível em: [frigoletto.com.br](http://frigoletto.com.br). Acesso em: 26 maio 2011.
- NUGEM, R. C. A gestão da mobilidade urbana da região metropolitana de Porto Alegre e suas implicações na saúde: o caso da Trensurb. Monografia (Conclusão de curso: Administração de Sistemas e Serviços de Saúde) – Universidade Estadual do Rio Grande do Sul, 2011.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. Disponível em: <http://www.who.int/en/>. Acesso em 10 maio 2011.
- PEREIRA, César A. Guimarães. Usuários de Serviços Públicos. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE. Disponível em: [http://www2.portoalegre.rs.gov.br/portal\\_pmpa\\_cidade/?p\\_secao=3](http://www2.portoalegre.rs.gov.br/portal_pmpa_cidade/?p_secao=3). Acesso em: 10 maio 2011.
- SANTOS, A. F. Quantificando as Informações aos Usuários dos Serviços de Mobilidade Urbana Publicações na Internet em *Sites* Europeus e Norte-Americanos. Artigo da FATEC, São Paulo, 2005.
- SANTOS, J. L. C. Reflexões por um conceito contemporâneo de urbanismo. Artigo disponível em: [http://sburbanismo.vilabol.uol.com.br/reflexoes\\_urbanismo.htm](http://sburbanismo.vilabol.uol.com.br/reflexoes_urbanismo.htm). Acesso em: 27 maio 2011.
- SANTOS, M. O espaço dividido: os dois circuitos da economia urbana nos países subdesenvolvidos. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1979.
- TRENSURB. Disponível em: <http://www.trensurb.gov.br/home.php>. Acesso em: 20 abril 2011.
- VARGAS, HELIANA C. (I)Mobilidade Urbana nas Grandes Cidades. Revista URBS, São Paulo, ano XII, nº 47, p 7-11, jul-ago-set, 2008.
- VASCONCELLOS, E. A. Transporte urbano, espaço e equidade: análise das políticas públicas. São Paulo: Annablume, 2001.
- WRIGHT, P.; KROLL, M. e PARNELL, M. Administração Estratégica. São Paulo: Atlas, 2000.

# RESPONSABILIDADE DO SÓCIO PARTICIPANTE E DO SÓCIO OCULTO

---

*João Theotonio Mendes de Almeida Junior<sup>1</sup>*

Introdução; 1. Breve resumo histórico e natureza jurídica; 2. Sociedade em Conta de Participação; 3. Características da Sociedade em Conta de Participação e aspectos fiscais; 4. A responsabilidade dos sócios na Conta de Participação; 5. Considerações Finais; 6. Notas; 7. Referências Bibliográficas.

## *Introdução*

Este trabalho nasceu de um desafio pessoal, ou seja, escrever sobre algo novo e desconhecido. Não obstante a possível resistência ao novo, realizamos inicialmente uma incursão na doutrina básica para depois, feita a apresentação e os devidos acertos, procurar esmiuçar o tema de maneira mais específica.

O escopo do presente trabalho é analisar a questão da responsabilidade do socioparticipante e do sócio oculto na sociedade em conta de participação. O método adotado na composição foi baseado na utilização de fonte secundária, caracterizada por bibliografia na área de direito comercial, autores nacionais.

No primeiro momento, tecemos considerações quanto ao surgimento desse tipo societário, que se revela importante para o desenvolvimento de qualquer trabalho de direito.

Em seguida, tratamos da responsabilidade dos sócios nos mais diversos tipos societários, cotejando com aquela pertinente aos sócios ostensivo e oculto na sociedade em conta de participação.

Verificados os tipos e responsabilidades, demos enfoque mais abrangente à questão da responsabilidade do socioparticipante e do sócio oculto, na esperança de contribuir, ainda que timidamente, para o estudo do tipo societário em comento.

Por fim, encerramos com a conclusão sobre o tema, seguido de um apinhado de acórdãos sobre a sociedade em conta de participação.

Relevante à presente matéria, está o momento em que se encontra nosso país, após a mudança do Código Civil que incorporou grande parte do que era tratado pelo Código Comercial ainda em vigência.

Não obstante as críticas, e sem a menor pretensão de trazer algo que seja imprescindível para o estudo da matéria, valendo apenas como uma pequena contribuição à mesma, é que elaboramos esse trabalho.

### ***1. Breve resumo histórico e natureza jurídica***

Conforme devidamente corrigido pelo Professor José Gabriel Assis de Almeida, ao contrário de alguns autores que entendem que a origem das Sociedades em Conta de Participação estaria nos contratos gregos, em que os capitalistas forneciam numerários a comerciantes e estes se obrigavam a devolver a quantia emprestada acrescida de um valor maior, seu berço, entretanto, está vinculado aos contratos de comenda da Idade Média. Na oportunidade, o comércio era, em sua maioria, feito por mar, tal qual o contrato de comenda. Talvez por isso haja confusão entre os doutrinadores sobre a origem desse instituto.

Verificamos que a razão de existência desse tipo de contrato era em função dos capitalistas não comercializarem. Certamente não praticavam o comércio, já que a nobreza não se imiscuia nessas atividades nem também a Igreja permitia a prática da usura. Os nobres, todavia, desejavam investir e emprestavam seu dinheiro nas comendas, limitando sua responsabilidade ao próprio montante utilizado no negócio.

Nos contratos de comenda, o *comendador* permanecia oculto, uma vez que as negociações eram feitas sempre pelo *tractator*. Dessa forma surgiu também a sociedade em comandita, nascida do costume de depositar os nomes dos sócios no registro das corporações, a fim de evitar fraude contra terceiros, e, então, com uma pequena nuance, continuaram a praticar tais contratos inde-

pendente das identificações nos depósitos dos nomes dos sócios nos registros. Nascia assim o chamado sócio oculto.

Visto o surgimento desse tipo de sociedade, cabe também fazer um registro de sua natureza jurídica, embora não seja tão importante para o direito pátrio, já que aqui não há distinção entre sociedade e associação – ambas possuem o mesmo tratamento legal, ou seja, não importa a corrente que entende ser a SCP uma sociedade nem a outra que defende ser uma associação ou outra figura afim da sociedade.

## ***2. Sociedade em Conta de Participação***

Feito esse breve apanhado, nunca é demais lembrarmos que a Sociedade em Conta de Participação está regulamentada junto com os outros tipos societários no Código Civil Brasileiro, no Livro II – Do Direito de Empresa, Título II – Da Sociedade, Capítulo II – Da Sociedade em Conta de Participação, artigos 991 a 996, posto que o atual Código Civil revogou os artigos 1º a 456 do Código Comercial. A terminologia sócio ostensivo e socioparticipante, também conhecido como sócio oculto, é a denominação empregada aos participantes da Sociedade em Conta de Participação.

O Código Civil, em seu artigo 991, dispõe sobre a responsabilidade do sócio oculto, que responde somente em relação ao sócio ostensivo e não em relação a terceiros:

Art. 991 - Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes.

Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o socioparticipante, nos termos do contrato social.

O sócio oculto somente responde perante terceiros solidariamente com o sócio ostensivo se incidir no contido no artigo 993:

Art. 993 - O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade.

Parágrafo único. Sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o socioparticipante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com

terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier.

Deve-se ainda ser observado que se aplica subsidiariamente à Sociedade em Conta de Participação, o disposto para as sociedades simples no que lhe for compatível:

Art. 996 - Aplica-se à sociedade em conta de participação, subsidiariamente e no que com ela for compatível, o disposto para a sociedade simples, e a sua liquidação rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual.

Parágrafo único. Havendo mais de um sócio ostensivo, as respectivas contas serão prestadas e julgadas no mesmo processo.

### *3. Características da Sociedade em Conta de Participação e aspectos fiscais*

Podemos asseverar que a Sociedade em Conta de Participação é uma efetiva sociedade. Alguns entendem não se tratar de uma sociedade tecnicamente falando – simploriamente, podemos dizer que a SCP é um grande contrato de investimento, no qual as partes comungam esforços para atingir um objetivo comum. Ela é formada por dois tipos de sócios – ostensivo e participante –, sem possuir personalidade jurídica, por isso não há registro na Junta Comercial ou nos Registros de Pessoas Jurídicas, despossuída, portanto, de personalidade jurídica própria.

Os sócios ostensivos lidam com terceiros e, perante estes, se responsabilizam, enquanto os sócios ocultos não têm direitos nem obrigações para com terceiros. Esse tipo societário, ao contrário dos demais, não está sujeito às formalidades obrigatórias, ou seja, desde a sua constituição até seu término não são necessários registros nem atos obrigatórios em outras formas de sociedade.

O contrato de constituição não precisa ser reduzido a termo nem arquivado no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, nem antes, durante ou no fim de sua existência. O contrato não pode ser levado a registro, comercial, pois isso ocorrendo seria constituir Sociedade em Nome Coletivo, e a responsabilidade seria solidária e ilimitada para todos os sócios.

Alguns entendem ser conveniente o registro do instrumento contratual no cartório de títulos e documentos, para maior eficácia e garantia nas relações tributárias derivadas das operações de sociedade.

O sócio ostensivo administra a sociedade em seu próprio nome, e é como se não existisse a sociedade em relação a terceiros. A sociedade poderá ser extinta pela expiração do prazo ajustado; por deliberação dos sócios; ou por força de lei ou ordem judicial.

A sociedade em Conta de Participação não tem firma social nem denominação ou sinal de identificação; não aparece juridicamente aos olhos de terceiros; obriga-se perante terceiro somente o sócio ostensivo, como se esse estivesse realizando o negócio em nome próprio, salvo se o sócio participante exercer a atividade negocial em conjunto com o ostensivo, daí não tem autonomia processual, obrigacional e nem autonomia patrimonial, não pode ser decretada sua falência nem serem invocados os favores da concordata, hoje recuperação judicial – somente o sócio ostensivo poderá invocar os favores da recuperação judicial, e na hipótese de ser um empresário regular, e o sócio oculto se constituir em credor quirografário daquele –; poderá ser constituída para apenas uma única operação ou para várias, funcionando com forma e prazo indeterminados; sua liquidação resume-se a mera prestação de contas.

Basicamente, a liquidação desse tipo societário se dá pela simples prestação de contas realizada pelo liquidante, que pode ser o sócio ostensivo ou mesmo um preposto que tenha sido designado para ser o sócio-gerente. Nessa ocasião, será dividido o lucro, despesas e prejuízos dentre os sócios, assim como o patrimônio, na proporção de suas respectivas partes, como deverá estar expresso no contrato de constituição da sociedade.

Existem vantagens e desvantagens nesse tipo de sociedade, como, por exemplo: ser uma sociedade oculta e ter simplicidade e rapidez na sua constituição; não existir autonomias e haver restrição de acesso ao sócio oculto, especialmente em caso de cobrança de dívidas sociais.

Podemos afirmar, então, ser uma vantagem a utilização da SCP, uma vez que atualmente existem cada vez mais pessoas interessadas em investir em *venture capital* ou *private equity*. O capital de risco passou a ser uma grande oportunidade de negócios em nosso país, sendo crescentes os fundos ou as associações de pessoas tendentes a direcionar seus recursos para tais atividades, preterindo os investimentos clássicos como renda fixa, fundos de pensão ou mesmo o mercado de capitais.

Aparecem os investimentos nas chamadas empresas emergentes, empresas que, entre outras características, sinalizam um futuro promissor em termos de remuneração aos recursos, pelo menos aos olhos dos investidores. Essas empresas basicamente centram suas atividades sob uma base tecnológica. Ressaltando-se que tais negócios não podem envolver captação pública de re-

curso, o que apenas é lícito para empresas registradas na Comissão de Valores Mobiliários – CVM – ou para instituições financeiras.

No aspecto fiscal, cabe registrar que a inscrição do CNPJ não é obrigatória, conforme instrução normativa da Secretaria da Receita Federal nº 02/2001, embora seja equiparada à pessoa jurídica para efeitos fiscais (artigo 148, RIR), sendo que o sócio ostensivo será responsável pela escrituração e pagamento dos tributos (de forma destacada, mas não necessariamente individualizada, conforme art. 254 do RIR). Conforme pesquisa feita por Marcus Abraham, constata-se que o fisco não deixou de fora sua investida sobre esse tipo societário. São vários os registros que demonstram a presença da Receita Federal.

O artigo 8º da Instrução Normativa nº 390 da SRF de 30/01/2004, assim dispõe:

Os resultados das sociedades em conta de participação (SCP) deverão ser apurados com observância das normas fiscais aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Parágrafo Único: Compete ao sócio ostensivo a responsabilidade pela apuração dos resultados e recolhimento da CSLL pela SCP.

No Decreto nº 3000 de 26/03/1999 (regulamento do imposto de renda) verificam-se mais três artigos:

Artigo 148 – As sociedades em conta de participação são equiparadas às pessoas jurídicas (Decreto-Lei nº 2.303, de 21 de novembro de 1986, art. 7º, e o Decreto-Lei nº 2.308, de 19 de dezembro de 1986, art. 3º);

Artigo 254 – A escrituração das operações de sociedades em conta de participação poderá, à opção do sócio ostensivo, ser efetuada nos livros deste ou em livros próprios, observando-se o seguinte:

I – quando forem utilizados os livros do sócio ostensivo, os registros contábeis deverão ser feitos de forma a evidenciar os lançamentos referentes à sociedade em conta de participação;

II – os resultados e o lucro real correspondentes à sociedade em conta de participação deverão ser apurados e demonstrados destacadamente dos resultados e do lucro real do sócio ostensivo, ainda que a escrituração seja feita nos mesmos livros;

III – nos documentos relacionados com a atividade da sociedade em conta de participação, o sócio ostensivo

deverá fazer constar indicação de modo a permitir identificar sua vinculação com referida sociedade.

Artigo 515, RIR – O prejuízo fiscal apurado por Sociedade em Conta de Participação – SCP somente poderá ser compensado com o lucro real decorrente da mesma SCP.

Parágrafo único: É vedada a compensação de prejuízos fiscais e lucros entre duas ou mais SCP ou entre estas e o sócio ostensivo.

E ainda mais na Instrução Normativa nº 31 da Secretaria da Receita Federal de 29/03/2001:

Artigo 1º - A partir de 1º de janeiro de 2001, observadas as hipóteses de obrigatoriedade de observância do regime de tributação com base no lucro real previstas no artigo 14 da Lei nº 9.718 de 27 de novembro de 1998, as sociedades em conta de participação podem optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido.

Parágrafo primeiro – A opção da sociedade em conta de participação pelo regime de tributação com base no lucro presumido não implica a simultânea opção do sócio ostensivo, nem a opção efetuada por este implica a opção daquela.

Parágrafo segundo – O recolhimento dos tributos e contribuições devidos pela sociedade em conta de participação será efetuado mediante a utilização de Darf específico, em nome do sócio ostensivo.

Conforme o livro “Normas Práticas Contábeis no Brasil”<sup>2</sup>,

a escrituração das operações da SPC poderá, à opção do sócio ostensivo, ser efetuada nos livros deste ou em livros próprios da referida sociedade. Quando forem utilizados os livros do sócio ostensivo, os registros contábeis deverão ser feitos de forma a evidenciar os lançamentos referentes à SPC

tudo de modo a ficarem bem diferenciadas as duas contabilidades.

Os valores entregues ou aplicados na SPC pelos sócios, pessoas jurídicas, deverão ser por eles classificados em conta do ativo permanente, pois são investimentos, em conformidade com o disposto no artigo 179, item III, da Lei nº 6.404/76, estando sujeitos aos critérios de avaliação previstos na referida lei e no RIR.

Como se verifica dos artigos supracitados, a SCP é uma espécie “societária” com amplas possibilidades de adequação às necessidades do mercado e daqueles que dela fazem um instrumento lícito de geração de riquezas, pois tem uma estrutura simplificada e bem maleável, e seus participantes não sofrem ali bitributação.

#### ***4. A responsabilidade dos sócios na Conta de Participação***

Apontadas as características desse tipo de sociedade e o trato fiscal relacionado, cumpre retornar ao cerne do tema, que é a responsabilidade do socio-participante e do sócio oculto.

Não havendo nada que contrarie as disposições que regem a Sociedade em Conta de Participação, a responsabilidade perante terceiros que interagem com a sociedade somente se imputa ao sócio ostensivo, ao socioparticipante só se obriga – e aqui apenas perante o ostensivo – nos termos estritos do contrato de sociedade.

Frente ao mundo, portanto, responde apenas o sócio ostensivo, e mesmo no que diz respeito às responsabilidades tributárias, essas são encaradas de modo separado pelas Fazendas Públicas da União, dos Estados e dos Municípios.

Conforme aduz Mauro Brandão Lopes<sup>3</sup>:

não poderão as partes no contrato convencionar o uso de firma e domicílio social, diante de terceiros, embora possam eleger foro para as questões que entre eles surgirem; não poderão, afinal, pactuar a limitação da responsabilidade do sócio ostensivo, perante terceiros, pelas obrigações sociais, nas operações por ele praticadas, porque de um lado, responsabiliza todos os fundos sociais ainda mesmo que seja por obrigações pessoais, e, de outro, todo o seu patrimônio responde pelas obrigações sociais.

No que tange ao fundo social desse tipo societário e ao patrimônio particular do sócio ostensivo, ambos se confundem aos olhos de terceiros que desconheçam a sociedade, e esse princípio pode ser extraído da parte que foi extinta do Código Comercial, ou seja, o artigo 327, em que “o sócio-gerente responsabiliza todos os fundos sociais, ainda mesmo que seja por obrigações pessoais, se o terceiro com quem tratou ignorava a existência da sociedade”.

Mencionado isso, como ficaria se o terceiro soubesse que o seu devedor, sócio ostensivo, tinha conhecimento da sociedade? Conforme asseverado por

Luiz Carlos Aceti Júnior e Maria Flávia Curtolo Reis<sup>4</sup>, decerto “não poderá ter ação sobre o fundo social, pois não estão presentes os motivos que levaram o Código Comercial brasileiro a estender o direito de ação do terceiro ao fundo social”.

José Gabriel Assis de Almeida cita aqueles autores, tomando por base o padrão do homem comum, “de acordo com este padrão, o credor pessoal do sócio tem a obrigação de, com razoabilidade que se exigiria de um homem comum, indagar sobre o estado do conjunto patrimonial do devedor”.

Na hipótese de haver mais de um sócio ostensivo, a responsabilidade será ilimitada somente pelas operações em que ele estiver envolvido. Nada impede que em uma operação em que ele não figure como ostensivo sua responsabilidade passe a ser limitada como a de um sócio oculto.

Impende destacar que o sócio ostensivo tem por obrigação não expor os sócios ocultos da própria sociedade a terceiros. Se o fizesse, ele estaria vinculando os sócios ocultos à obrigação assumida, contrariando a finalidade desse tipo societário e se sujeitando a perdas e danos, no caso de ter agido com culpa ou dolo.

Segundo Fran Martins<sup>5</sup>, os credores não podem acionar os socioparticipantes, uma vez que estes não se comprometeram com aqueles. Revela notar que a regra da não responsabilidade do sócio oculto possui algumas exceções que surgem em situações especiais.

A primeira delas sucede quando os socioparticipantes, juntamente com os sócios ocultos, obrigam-se em um mesmo ato. Outra forma ocorre quando o sócio oculto ratifica de modo claro os atos do sócio ostensivo, tornando-se responsável perante terceiros.

Conforme atenta José Gabriel Assis de Almeida, na primeira hipótese apresentada, tal fato pode ocorrer em virtude do sócio oculto desejar levar vantagem além da garantia oferecida pelo sócio ostensivo; garantia que não bastaria. Nesse exemplo, o sócio oculto torna-se responsável ilimitadamente, assumindo posição igual a do sócio ostensivo.

Não há como não mencionar que só existe solidariedade quando a lei a impõe, ou quando as partes assim expressamente a estabelecem, uma vez que aquele vínculo específico não se presume, princípio inscrito na nossa ordem jurídica.

Anote-se, por fim, que uma das vantagens que a Sociedade em Conta de Participação hoje oferece é a de que, ao contrário do simples consórcio – onde

um recente e específico trato legal assim o instituiu –, um sócio não responde solidariamente pelo ônus fiscal do outro, mesmo este derivando das atividades conjuntas.

## ***5. Considerações Finais***

Como podemos observar, a Sociedade em Conta de Participação constitui instrumento de captação de recursos para o desenvolvimento econômico, tendo amplas aplicações dentro do moderno campo do Direito Empresarial.

O Código Civil não determina que o sócio ostensivo, em uma Sociedade em Conta de Participação, seja necessariamente um empresário individual ou uma sociedade empresária, do que deriva a possibilidade de utilização dessa figura na esfera civil, sendo certo que o socioparticipante que não revestir essa qualidade não estará sujeito à falência, mas, sim, à insolvência civil, nos moldes do Código de Processo Civil.

Como diria Sérgio Campinho, concordamos que a Sociedade em Conta de Participação, conquanto não seja tecnicamente uma sociedade e sim, mais propriamente, um contrato associativo ou de participação, pode servir como instrumento válido para a captação de recursos destinados ao desenvolvimento de muitos negócios, principalmente na área tecnológica, atraindo investidores para certas atividades, com a cautelosa limitação de sua responsabilidade, em um “business” que será executado sob o risco direto de um empresário ou sociedade empresária já existente, partilhando-se o lucro ao final e rateando-se despesas, conforme combinado contratualmente.

## **6. Notas**

<sup>1</sup> Diplomado pela Universidade de Direito Candido Mendes em 1991, pós-graduado pela Faculdade de Direito Candido Mendes em Direito Empresarial em 1994, membro efetivo do Conselho Fiscal da Câmara de Comércio, Indústria e Turismo Brasil - Rússia desde 1997, advogado do Fórum Universitário Candido Mendes - FUCAM de novembro a janeiro de 2000, assessor da Pró-Reitoria de Planejamento e Desenvolvimento da Universidade Candido Mendes e pós-graduado pela Universidade Candido Mendes - Centro em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho em 1999, Professor de Direito do Trabalho desde 2002 na Universidade Candido Mendes, membro do Instituto de Mediação e Arbitragem do Rio de Janeiro – IMARJ desde setembro de 2005, membro do Conselho Consultivo da Editora Lumen Juris desde agosto de 2006, membro da União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro - UJUCARJ desde setembro de 2007, mestre em Direito Regulatório pela Universidade Candido Mendes desde agosto de 2008, membro do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, desde agosto de 2009, membro da Associação Comercial do Rio de Janeiro, desde 2010.

<sup>2</sup> Fipecafi, 1994.

<sup>3</sup> Lopes, 1990, p.88

<sup>4</sup> Aceti Junior, vol. 794, p. 727/745.

<sup>5</sup> Martins, 1999.

## **7. Referências Bibliográficas**

- ALMEIDA, Amador Paes. Manual das Sociedades Comerciais. 10ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CAMPINHO, Sérgio. O direito de empresa à luz do novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CARLEZZO, Eduardo. Sociedade em conta de participação. Jus Navigandi, Teresina.. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4216>. Acesso em: 16 set. 2003.
- COELHO DA ROCHA, João Luiz. Direito Mercantil. Revista de Direito Mercantil industrial econômico e financeiro, São Paulo, vol. 105, janeiro/março, 1997.
- DORIA, Dylson. Curso de Direito Comercial. 13ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FIPECAFI, Arthur Andersen. Normas e práticas contábeis no Brasil. São Paulo: Atlas, 1994.
- HIGUCHI, Hiromi. Imposto de Renda das Empresas: Interpretação Prática: atualizado até a Lei nº 9.430/96, 22ª edição. São Paulo: Atlas, 1997.
- LOPES, Mauro Brandão. A Sociedade em Conta de Participação. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1990.
- SZTAJN, Rachel. Contrato de sociedade e formas societárias. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1989.
- TEBECHRANI, Alberto; CAMPOS, José Maria de; Machado, José Luiz Ribeiro; SILVA, Alfredo da. Regulamento do Imposto de Renda, atualizado até 31 de julho de 2003. São Paulo: Resenha Editora, 2003.
- ACETI JUNIOR, Luiz Carlos e REIS, Maria Flávia Curtolo. Sociedade em Conta de Participação. Revista dos Tribunais, nº 793, 2001.

**ANEXO - JURISPRUDÊNCIAS**

Publicado no DO TRT 5ª Região em 14/07/95, fls. 13.

0140139-58.2004.8.19.0001- APELAÇÃO

**1ª Ementa**

DES. JOSE CARLOS PAES - Julgamento: 08/06/2011 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. RECONHECIMENTO. SOLIDARIEDADE. DETERMINAÇÃO DA LEI OU VONTADE DAS PARTES. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA. 1. Na sociedade em conta de participação, os sócios ocultos apenas se obrigam, individualmente, com o sócio ostensivo, que negocia com terceiros em nome próprio, com a obrigação de prestar contas aos que forneceram os recursos necessários à operação por aquela realizada. 2. Solidariedade que não se presume, somente surgindo em decorrência de determinação legal ou da vontade das partes. 3. A segunda demandada admitiu serem devidos aos autores os valores que constaram do acordo homologado pelo Juízo da 39ª Vara Cível. Manifestação de vontade que faz nascer a obrigação solidária de saldar a dívida. 4. O termo a quo de incidência da correção monetária será a data da homologação do acordo em que o débito foi reconhecido. 5. O cálculo dos juros de mora ocorrerá da citação das rés, por força da natureza contratual da relação entabulada entre as partes. 6. Correção monetária e juros moratórios que devem incidir até o efetivo pagamento, descontando-se as parcelas já depositadas pela segunda ré. 7. Negado provimento aos recursos.

0014105-20.2009.8.19.0209- APELACAO

**1ª Ementa**

DES. MARIO ASSIS GONCALVES - Julgamento: 01/06/2011 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Consumidor. Compra e venda de veículo. Problemas no financiamento obtido pela anterior proprietária. Existência de vício na documentação, impedindo a transferência junto ao DETRAN-RJ. Rescisão. Devolução do valor pago. Danos materiais e morais. Ação ordinária visando indenização de danos materiais e morais proposta em face da revendedora em decorrência de compra e venda de automóvel, com parte do preço financiado, cuja transferência no órgão próprio resultou impossível, mesmo com a quitação integral do preço, em virtude de ação judicial envolvendo anterior financiamento então pela antiga proprietária, com apontamento feito no DETRAN-RJ. Alegação de ilegitimidade passiva que não prospera. A revendedora de veículos, na época da relação negocial (2003), tinha como sócios dois irmãos com o mesmo apelido profissional, incorporado ao nome fantasia da pessoa jurídica, da qual os mesmos se afastaram (2004), mas compartilhando o mesmo nome fantasia a nova pessoa jurídica por estes aberta. Sócio que inclusive recebeu o veículo de volta após infrutífera tentativa de resolução do problema com a legalização do bem objeto da ação. Pelo princípio da aparência, o autor acreditou sinceramente que o seu veículo

estava sendo adquirido pela “Chumbinho Veículos”, haja vista a relação de amizade e confiança existente entre o mesmo e o sócio da ré. Também é incontroverso que o veículo apresentava vício oculto, consistente em restrição judicial em decorrência de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária celebrado pela antiga proprietária do veículo e o Banco ABN-AMRO. Prescrição. O direito de ação decorre da lesão ao direito subjetivo do autor, sendo certo que o surgimento do direito de ação, neste caso, decorreu da busca e apreensão do veículo por determinação judicial (no ano de 2008), razão pela qual não há que se falar em incidência de qualquer prazo prescricional, considerando a data da propositura da ação (junho de 2009). Falha na prestação dos serviços pela revendedora que realizou a venda do veículo. Por se tratar de empresa de revenda de veículos, cuja primeira e rotineira preocupação deve ser a de verificar a integridade da documentação do veículo que depois vem a alienar, é dela a responsabilidade pela recomposição dos danos ao consumidor. Pedido de reembolso. Cabimento. Sentença que julga procedente o pedido, decreta a rescisão do contrato e condena a revendedora ré ao pagamento ao autor do valor da aquisição do bem objeto daquele contrato, R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), assim como ao pagamento de danos morais, ao fundamento de que a hipótese não envolveu apenas os aborrecimentos normais decorrentes de descumprimento contratual. A situação do autor desca mbou para um quadro de evidente desconforto, de ansiedade e de angústia, pelo fato que impediu a transferência da licença e uso do bem adquirido. Indenização arbitrada, de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de indenização dos danos morais que bem observou o princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Sentença que deve ser mantida. Recurso a que se nega provimento.

#### **1ª Ementa**

DES. MAURICIO CALDAS LOPES - Julgamento: 01/06/2011 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

CLUBE

EXCLUSÃO DE SÓCIO FUNDADOR

VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

DECLARAÇÃO DE NULIDADE

REINTEGRAÇÃO

Ação Anulatória c/c Obrigação de Fazer. Exclusão de sócio fundador de clube. Sentença de improcedência com fincas na inadimplência da autora e na legalidade da expropriação automática do título do clube, na forma prevista no § 3º, do art. 10 do Estatuto Social do clube. Apelação. Apelante que é sucessora, na condição de viúva, de sócio fundador do Icaraí Praia Clube, nos termos do art. 5º do Estatuto Social do clube réu e, por isso, em conformidade com a norma do § 2º, do art. 4º do aludido estatuto desfruta das regalias a esses reservadas, que o Estatuto, em qualquer de suas versões, jamais esclareceu quais fossem. Embora isso, e como anotado na decisão que decidira por antecipar parte da tutela de fundo, da autorizada lavra do eminente Desembargador Heleno Ribeiro Pereira Nunes (fls. 74/76), do cotejo dos art. 10, §

2º, art. 16, item “6” e art. 17, todos do mencionado Estatuto, se recolhe que a regra estatutária prevê como contribuintes apenas os sócios da classe “proprietário” e “contribuinte”, não assim o fundador. Precedentes desta Corte a respeito do tema. Mais contribui para fortalecer tal linha de ideias a omissão do clube réu em trazer aos autos a ficha individual e financeira do sócio que contribuiu para as despesas sociais na qual necessariamente estariam anotadas as contribuições pelo marido da autora, -- e depois por essa -- efetuadas ao longo de toda sua vida social, de modo a demonstrar que pelo menos em algum momento do passado remoto vertera também ele, sócio fundador que subscreveu a ata de fundação do IPC, contribuições como sócios de outras classes, repentinamente interrompidas. Tudo isso aliado ao escopo de “aumentar” a cota devida a cada um dos poucos sócios remanescentes, com a diminuição dos participantes do rateio, desnuda a falta de cuidado do réu ao excluir sócia sucessora de fundador, já há muito afastada da frequência de suas dependências - das mais tradicionais da Praia de Icarai, e agora substituída por mais uma das centenas de empreendimentos imobiliários que a atual administração municipal não trepida em autorizar, violando a mais não poder, quando pouco, a própria memória da cidade? O preço é caro por demais, e só falta agora erguerem onde hoje ainda sobrevive o Clube de Regatas Icarai e o Cinema Icarai -- ambos a uma ou duas centenas de metros do hoje demolido IPC --, novos empreendimentos imobiliários, em ordem a satisfazer a sanha despudorada das empresas do setor, e de seus “sócios ocultos” que pouco se preocupam com o já caótico e intransitável tráfego do município, menos ainda com sua memória e - pior que tudo - com o meio ambiente, já em seus estertores e que se constitui em direito de todos, de índole constitucional que não pode se ver assim tão maltratado. Enfatize-se, por fim, que mesmo quando assim não fosse, e devesse a autora algum tipo de contribuição, não poderia ela ser pura e simplesmente excluída dos quadros sociais do réu à própria revelia, isto é, sem que lhe fosse oportunizado o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, ainda quando se acenasse com o disposto no parágrafo 3º do artigo 10, e artigos 33, 34 e 35 do Estatuto Social do réu que, lembre-se, tinha - lamentavelmente, tinha apenas - sua sede em território nacional, sujeitando-se, por isso, às leis e à Constituição vigentes no país, em especial às garantias inscritas no artigo art. 5º, caput, XXII, LIV e LV da Constituição Federal. Recurso provido.

**Ementário:** 24/2011 - N. 6 - 22/06/2011 **Precedente Citado:** TJRJ AC 2009.001.60010, Rel. Des. Sergio Lucio Cruz, julgada em 27/10/2009, AC 2009.001.34997, Rel. Des. Marcos Alcino Torres, julgada em 17/08/2010 e AC 2008.001.19544, Rel. Des.Carlos Santos de Oliveira, julgada em 20/05/2008.

**0008630-54.2007.8.19.0209 - APELAÇÃO**

### **1ª Ementa**

DES. HORACIO S RIBEIRO NETO - Julgamento: 17/05/2011 - DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL

Direito Empresarial. Sociedade em conta de participação. Falta de prova pelo sócio oculto do valor pretendido a título de remuneração. Apelação desprovida. 1. É ônus do autor a prova do fato constitutivo de seu direito. 2. No caso vertente, logrou a apelante apenas comprovar a existência da sociedade em conta de participação, não

logrando demonstrar o valor que receberia por seu trabalho. 3. Ao contrário, a prova que trouxe aos autos lhe assegurava 30% da renda bruta, o que lhe foi pago. 4. Admite, ainda, que foi sua a iniciativa da rescisão, não tendo, portanto, direito aos lucros cessantes. 5. Por fim, não há ato ilícito praticado pela apelada e tampouco ofensa à dignidade da apelante, não havendo danos morais a serem compensados. 6. Apelação a que se nega provimento.

**1ª Ementa**

DES. FABIO DUTRA - Julgamento: 07/12/2010 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. SOBREPARTILHA. HAVENDO EVIDÊNCIAS DE QUE A APELANTE CONHECIA A EXISTÊNCIA DA EMPRESA DE QUE O APELADO ERA SÓCIO, E QUE SUPOSTAMENTE FORA OCULTO, NÃO HÁ DE SE FALAR EM SOBREPARTILHA, AINDA MAIS QUANDO DEMONSTRADO DE FORMA INEQUÍVOCA QUE, À ÉPOCA, AS PARTES TRANSIGIRAM SOBRE OS BENS ENVOLVIDOS. TRANSAÇÃO IMPLICA EM CONCESSÕES RECÍPROCAS. AGRAVO RETIDO REJEITADO. RECURSO DESPROVIDO.

**1ª Ementa**

DES. ELTON LEME - Julgamento: 25/08/2010 - SEXTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. TRANSFERÊNCIA DE COTAS. SÓCIO DE FATO. INEFICÁCIA. DANO MATERIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. 1. Uma vez que o autor não figura nos registros da Jucerja como sócio das empresas, é ineficaz o contrato de cessão de cotas por ele subscrito. 2. Na condição de sócio oculto de sociedade empresária, deve o autor assumir os ônus de tal situação, não podendo se beneficiar da própria condição irregular para obter vantagens ou onerar excessivamente a parte contrária. 3. Não demonstrado o aventado dano material e o alegado enriquecimento sem causa atribuído ao réu, não há como se falar na obrigação de indenizar. 4. Ausência de conduta ilícita e de ofensa à honra do autor, o que afasta a configuração de dano moral. 5. Desprovimento do recurso.

0042059-86.2009.8.19.0000 (2009.002.42601)- AGRAVO DE INSTRUMENTO

**1ª Ementa**

DES. JOSE CARLOS VARANDA - Julgamento: 19/05/2010 - DÉCIMA CÂMARA CÍVEL

Execução Por Título Extrajudicial. Pretensão fundada em cheque emitido em 13/02/2004 e aforada em 8/4/2004. Citação da devedora que não se conseguiu alcançar, inobstante várias diligências para tal. Pretendida citação então, de alegado sócio

oculto. Verificação agora da ocorrência da prescrição do direito em que se funda a pretensão. Reconhecimento de ofício. Extinção da execução.

0050685-94.2009.8.19.0000 (2009.002.38933)- AGRAVO DE INSTRUMENTO

## 2ª Ementa

DES. FERNANDO FOCH LEMOS - Julgamento: 20/04/2010 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. Ação de prestação de contas proposta por ex-sócios de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, ao argumento de que ora são ocultos, em face de atuais, a quem imputam a obrigação de prestá-las, eis que obrigados a lhes pagar o valor das respectivas cotas e pro labore. Decisão que rejeita preliminares de ilegitimidade ativa ad causam e de falta e interesse de agir, indeferindo, ainda, requisição de declarações de Imposto de Renda dos autores por entender que isso quebraria sigilos bancários e fiscais. Agravo de instrumento, a sustentar, dentre outras, a tese da impossibilidade legal de existência de sócio oculto. Pretensão principal de extinção do processo, sem resolução do mérito e alternativa de deferimento da diligência requisitória. 1. Não há interesse recursal no que concerne ao tema não versado na decisão agravada, no caso, a possibilidade ou não de haver sócio oculto em sociedade por cotas de responsabilidade limitada. 2. A legitimidade ad causam, como qualquer outra condição do direito de ação, é aferida in abstracto; se os autores afirmam que os réus se obrigaram a lhes pagar *pro labore*, apesar de não mais serem cotistas, por tal asserção demandantes e demandados têm pertinência subjetiva com a *res in iudicium deducta*, que é a resistência à prestação de contas por quem deve pagar as remunerações, a qual é obrigação ínsita a esta. 3. Abstratamente considerada a espécie, em tais circunstâncias a ação de que têm necessidade os autores é a de prestação de contas, obviamente a adequada a seu desiderato; portanto, há interesse de agir. 4. Sendo de evidente utilidade a requisição postulada pelos réus, negá-la implica cerceamento do direito fundamental à ampla defesa; deferi-la, com o cuidado e imprimir ao processo sigredo de justiça, resulta da ponderação de interesses que a espécie reclama, evitando o cerceio sem ferir o direito, da mesma natureza, de preservação da vida privada, no qual se inscrevem os sigilos fiscal e bancário. 5. Desprovimento da pretensão principal e provimento da alternativa. Unânime.

0013459-65.2004.8.19.0021 (2009.001.35265)- APELAÇÃO

## 1ª Ementa

DES. MARIO ASSIS GONCALVES - Julgamento: 01/12/2009 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

Consumidor. Compra de veículo. Vícios ocultos. Reparos. Existência de falha na documentação, impedindo a transferência junto ao DETRAN-RJ. Despesas. Danos materiais. Danos morais. Desistência de parte dos pedidos. Ação visando rescisão de con-

trato relativo à aquisição de automotor, tipo utilitário (Kombi, VW), com alteração de combustível (de álcool para gasolina) sem registro no DETRAN-RJ, impedindo a transferência da licença para o nome do consumidor adquirente. Vícios existentes. Despesas. Pedido de reembolso. Cabimento. Acordo extrajudicial, anterior à propositura do processo, sendo dito veículo colocado à venda, por consignação, e emprestado à parte autora, um automóvel, tipo Kadet, marca GM, para ser utilizado até a venda do veículo objeto da ação. Pedido de devolução deste automóvel à ré. Citação negativa. Empresa ré que se muda para lugar incerto e não sabido. Citação por A. R. (Aviso de Recebimento) remetida ao endereço de dois sócios. Não recebimento do aviso por estes. Citação por via edital. Contestação pela Curadoria Especial. Complementação da instrução. Audiência. Coleta de prova oral. Pedido do autor, formulado após a audiência, de desistência do pedido de rescisão e permanência apenas do pedido de condenação da ré à realização de transferência da propriedade junto ao DETRAN-RJ, ao reembolso dos danos materiais e do IPVA e aos danos morais. Sentença que julga procedente parcialmente o pedido e decreta a rescisão do contrato e condena a ré ao pagamento ao autor do valor da aquisição do bem objeto daquele contrato, assim como a condena ao pagamento dos danos materiais, mas não aos danos morais, ao fundamento de que a hipótese envolve apenas os aborrecimentos normais decorrentes de descumprimento contratual. Condenação da ré, como sucumbente, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios (10% sobre o valor da condenação). Não é procedente o inconformismo do autor quanto a não apreciação do seu pedido de desistência parcial. Citada a empresa ré, embora de forma editalícia, instaurou-se a instância, após o que é vedada a modificação do pedido. Danos materiais devidos, e estão corretos, fixados conforme o pedido. Danos morais que, entretanto, no caso concreto, também são cabíveis. A situação do autor descambou para um quadro de evidente desconforto, de ansiedade, de angústia, bastando que se atente para o vício que impediu a transferência da licença e uso do bem adquirido, dos defeitos que teve de suportar, da mudança e da não localização da ré, tudo indicando, ainda que de forma indiciária, incapaz de traduzir a recomposição das perdas morais e materiais. Arbitro em R\$ 3.000,00 (três mil reais), o valor a título de indenização dos danos morais. A autorização de devolução do veículo “emprestado” pelo autor à ré ou a remoção do mesmo para o Depósito Público está em harmonia com a efetividade da jurisdição, seja quanto à rescisão, seja quanto à devolução do preço e reembolso das despesas, pelo que deve ser mantida. Sentença que deve ser mantida quanto ao mais. Recurso a que se dá provimento parcial.

## INTEIRO TEOR

Íntegra do Acórdão- Data de Julgamento: 01/12/2009

10ª Decisão encontrada na pesquisa de um total de 16

0005151-34.2004.8.19.0023 (2007.001.67262)- APELAÇÃO

### 1ª Ementa

DES. LUIS FELIPE SALOMAO - Julgamento: 25/03/2008 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO OBJETIVANDO RELIGAR LINHA DE TELEFONE DIANTE DE COBRANÇAS EXCESSIVAS, COM CANCELAMENTO DE DÉBITO E NEGATIVAÇÃO INDEVIDA, ALÉM DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA, POIS A QUESTÃO DIZ RESPEITO À FALHA DO SERVIÇO E NÃO VÍCIO OCULTO. NO MÉRITO, HÁ COBRANÇAS EXCESSIVAS, CONSTANDO LIGAÇÕES QUE A AUTORA NÃO RECONHECE. INVERTIDO O ÔNUS PROBATÓRIO, RESTOU INCOMPROVADA A LEGITIMIDADE E CORREÇÃO DAS COBRANÇAS. EMPRESA RÉ QUE NÃO OBSERVOU O DEVER DE CUIDADO NO MOMENTO DO DESLIGAMENTO DA LINHA TELEFÔNICA. NEGATIVAÇÃO ABUSIVA DO NOME DA AUTORA, POR PERÍODO SUPERIOR A UM ANO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO FIXADA EM R\$12.000,00 (DOZE MIL REAIS), A FIM DE ATENDER AO PRINCÍPIO DA LÓGICA DO RAZOÁVEL, AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO E A CONDIÇÃO SOCIO-ECONÔMICA DAS PARTES. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DO DÉBITO RESTRITA AS LIGAÇÕES NÃO RECONHECIDAS E DEVIDAMENTE RELACIONADAS NOS AUTOS. RELIGAMENTO DA LINHA TELEFÔNICA QUE SE FAZ DEVIDO, CONDICIONADO AO PAGAMENTO DE EVENTUAL DÉBITO REMANESCENTE, NO PRAZO DE QUARENTA E OITO HORAS, SOB PENA DE MULTA NO VALOR DE R\$100,00. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

# JUSTIÇA CONSTITUCIONAL MATERIAL, RACIONALIDADE JUDICIAL E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

---

*Kelly Susane Alfien\**

1. Justiça Constitucional e Política Legislativa; 2. Os valores como fundamento da Constituição; 3. Justiça e valores constitucionais; 4. Corte constitucional e valores constitucionais; 5. Considerações finais; 6. Notas; 7. Referências Bibliográficas.

## *1. Justiça Constitucional e Política Legislativa*

A posição das Cortes Constitucionais é a mais delicada no âmbito do “paralelogramo das forças políticas”, no sentido de que as relações entre justiça constitucional e poder político representam um ponto delicado, porém comum a todos os ordenamentos contemporâneos que têm introduzido formas de controle de legitimidade constitucional das leis. Desse modo, uma gama tipológica de decisões declaratórias de inconstitucionalidade permite a introdução no ordenamento de outras normas extraíveis da mesma disposição.

Não obstante, a possibilidade de enfrentamento é conatural à decisão de introduzir no ordenamento jurídico normas sem um órgão supremo,

pois isso garante, de certo modo, a distribuição de competências e a articulação dos poderes estabelecidos pela Constituição. Essa possibilidade é apropriada à opção de opor um “contrapoder” jurídico à atividade política do legislador, de prever uma mediação jurisdicional para resolver conflitos entre os poderes políticos.

Pode-se afirmar que a justiça constitucional, desde que tem quebrantado o dogma da onipotência da lei reconduzindo também, dentro dos limites do princípio da legalidade, aos atos normativos primários dos supremos órgãos do Estado, não tem pretendido limitar o princípio democrático da soberania popular, mas, sim, o critério absolutista da onipotência da maioria política. Isso porque nos sistemas jurídicos contemporâneos, a lei não pode ser considerada expressão homogênea da vontade popular ou do interesse nacional, já que a lei tende, cada vez mais, a se transformar de ato de escolha em resultado de uma complexa expressão da exigência geral em termos de tutela dos interesses setoriais. Nesse sentido, uma contribuição fundamental ao estabelecimento de sistemas de justiça constitucional e dos valores fundamentais da Constituição tem sido a existência concreta de tribunais constitucionais, na medida em que, longe de alterar a via das instituições, desenvolve uma positiva ação de racionalização e de consolidação do ordenamento jurídico.

Na sede de sistemas jurídico-políticos em que há, de fato, tribunais constitucionais, estes já não se colocam mais como questão de debate, pois as reformas têm como objeto muito mais do que a limitação da autonomia nas relações com o poder político, mas, propriamente, versam sobre os aspectos jurisdicionais dos procedimentos constitucionais. Os tribunais têm adquirido, então, assaz relevância nos modernos sistemas constitucionais e nos diversos regimes políticos; sem se descurar das atribuições dos tribunais constitucionais, parecem constituir a consagração e o desenvolvimento de alguns postulados fundamentais que caracterizam a forma de Estado contemporâneo – Democrático e de Direito.

A justiça constitucional valora o princípio da legalidade, segundo o qual todos os atos das autoridades constituídas devem encontrar fundamento em norma legal prévia, não podendo contrapô-la. Assim, a justiça constitucional estabelece o alcance desse princípio: passando da atividade legislativa, a amplos setores da área estritamente política, as relações entre os órgãos máximos do Estado, convertendo em judicial, por meio da competência para julgar os conflitos das atribuições entre os poderes do Estado, a repartição do supremo poder estatal entre uma pluralidade de órgãos diversos – entre eles reciprocamente equiparados e independentes –, na qual

de *per si* se pode fazer consistir uma garantia à democracia. Além disso, a justiça constitucional realiza, em relação aos direitos fundamentais, a função de garantia procedimental contra os abusos do próprio legislador, pois os tribunais constitucionais não limitam a autonomia do poder político, mas contribuem para frear o absolutismo.

## ***2. Os valores como fundamento da Constituição***

Os sistemas de justiça constitucional vigentes levam o Estado Social a se encarregar da regulação da pluralidade dos interesses constitucionalmente tutelados, o que conduz, hodiernamente, a uma concepção de Constituição como pacto, como manifestação contratual que expressa o consenso em torno de valores, princípios ou regras fundamentais de comportamento. É a própria presença no texto constitucional de um complexo de valores que enfatiza o encargo do Supremo Tribunal Federal – no caso do sistema jurídico e judicial brasileiro – como garante do pacto constituinte, bem como por sua vigência.

Sua atuação assume uma natureza arbitral-discrecionária, eis que intenta solucionar os conflitos tendo como base os valores expressados normativamente – que têm dado vida ao processo constituinte. Particularmente, o caráter arbitral-discrecionário do controle de constitucionalidade se torna assaz solar se considerarmos que ao menos o juiz constitucional, ao decidir com base na interpretação da constituição de uma lei, não somente deve levar em conta a mera valoração de consonância entre uma norma constitucional e uma disposição de lei, mas também deve ponderar entre as diversas disposições constitucionais que contêm valorações tais como as relativas ao aspecto social (direitos sociais fundamentais) e econômico (direitos econômicos) ou, ainda, ponderar sobre os valores da pessoa humana (direitos individuais, tais como o de liberdade) e os valores da coletividade (direitos coletivos).

Isso significa dizer que as Constituições não albergam, unicamente, um conjunto de normas; elas contêm também a afirmação de princípios e valores que produzem uma *unidade* jurídico-política e social.<sup>2</sup> Por essa razão, o atual juiz constitucional tem o dever de produzir, na medida do possível, não apenas *integração* social no Estado, mas também garantir a unidade substancial do ordenamento, indo muito além, em sua atuação, de uma contribuição de sopesamento do absolutismo das maiorias governamentais. Diante disso, deve-se ter em consideração que a justiça constitucional tem representado – e representa – uma das principais e mais eficientes

respostas do Estado Democrático de Direito à exigência de assegurar uma tutela efetiva dos direitos humanos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

Constitucionalismo e justiça constitucional são hoje um binômio indissociável, com razão *a fortiori*, quando os direitos da pessoa humana se associam à atividade judicante-constitucional, não apenas porque esses direitos se constituem em limites à própria Administração executiva e judicial, mas também para o próprio legislador.

### ***3. Justiça e valores constitucionais***

Em muitos ordenamentos jurídicos, a atividade dos tribunais se caracteriza por sua jurisprudência em matéria de direitos da pessoa humana, podendo o juiz constitucional, inclusive, ser considerado como juiz da liberdade.<sup>3</sup> O mencionado liame existente entre constitucionalismo e justiça constitucional, e entre o reconhecimento de um direito e a tutela jurisdicional por parte do Tribunal Constitucional, que leva a se situar na tutela judicial constitucional o elemento principal que distingue os direitos da pessoa humana enquanto categoria e sua efetiva judicialidade como parâmetro que serve para diferenciar os direitos humanos fundamentais daqueles que assim não podem ser considerados como tais. Trata-se de uma tutela orgânica dos direitos reconhecidos e garantidos, que necessitam da justiça constitucional que se efetiva por uma *interpretação conforme aos tribunais*.<sup>4</sup>

Quando um juiz constitucional decide sobre recurso – no caso do Brasil, sobre ação constitucional estritamente – e recurso extraordinário, ele efetiva um direito concretizando-o por uma interpretação que introduz, de certo modo, uma regra que pode atuar como orientação para comportamentos futuros, tanto do juiz constitucional quanto dos juízes ordinários e do legislador.

Pode-se afirmar, em certo sentido, que o direito vivo está constituído não tanto pelas disposições abstratas codificadas nos catálogos constitucionais, mas pelas normas concretas derivadas da interpretação conforme aos tribunais, da concretização que juízes constitucionais têm estabelecido das disposições constitucionais e legais.<sup>5</sup> É pela interpretação judicial que se distingue o âmbito semântico e linguístico de uma disposição de seu âmbito normativo, sendo este último resultante de interpretação *estruturante em modelo dinâmico*.<sup>6</sup> É por meio das interpretações concretas das disposições

constitucionais em matéria de direitos humanos fundamentais, especialmente, que se pode assegurar uma constante síntese entre as disposições constitucionais e os valores contemporâneos, i.e., entre direito e história, entre direito e tradição.

O processo constitucional de *per si* se caracteriza por uma significativa flexibilidade das regras processuais, não tanto por faltarem normas expressivas sobre o processo constitucional, mas porque o juiz constitucional possui notável margem de interpretação e de aplicação das regras processuais. Em virtude de tal discricionariedade, pode inovar o próprio comportamento a respeito da práxis precedente, bem como derogar a normativa vigente com a finalidade de obter, da melhor forma possível, o resultado institucional almejado; consiste na plena atuação dos valores constitucionais. Como vemos, diversos caracteres da disciplina processual se submetem à aplicação precedente no Tribunal Constitucional. O juiz constitucional, apesar de ser um juiz – no sentido de que aplica a norma constitucional a um caso específico e concreto (representado por uma questão de constitucionalidade) –, realiza função eminentemente interpretativa, devendo individualizar entre os possíveis significados normativos aquele mais adequado e coerente com as disposições da lei.

A atividade do juiz constitucional é substancialmente vinculante para os operadores do direito, semelhante característica do juízo de constitucionalidade, que atribui às decisões dos Tribunais Constitucionais um alcance particular, bem diverso das sentenças de outros juízes: de produzir efeitos similares aos das fontes do direito.

#### **4. Corte constitucional e valores constitucionais**

No caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, consoante sua competência constitucional precípua, não é apenas julgador, mas, também, criador de normas jurídicas. Esse resultado se tem conseguido conjugando duas características fundamentais e típicas das decisões constitucionais: de uma parte, sua natureza de coisa julgada com eficácia *erga omnes*, e de outra, a adoção de uma gama tipológica de decisões nas quais a declaração de inconstitucionalidade permite a introdução no ordenamento de novas normas extraíveis da mesma disposição.

Nessa atuação interpretativa é relevante que a jurisprudência dos tribunais tenha em consideração, fundamentalmente, os valores constitucionais<sup>7</sup> – e como são percebidos pelo *corpus* social – acima da lógica interna

do processo de decisão política, especialmente porque a jurisdição constitucional está muito mais próxima dos ideais discursivos do que do processo político conducente à lei.

A jurisprudência dos tribunais [constitucionais] tem assaz importância na tutela dos direitos humanos fundamentais, bem como no que diz respeito aos cidadãos e à coletividade em geral, pois contribui para a promoção, na realidade cotidiana e social, do respeito aos princípios do Estado Democrático de Direito. Em outros termos, os juízes constitucionais cumprem uma função cívica, de educação para o exercício da cidadania democrática, por intermédio de sua consistente capacidade de instaurar a *cultura*<sup>8</sup> dos direitos humanos fundamentais, e tornar perceptível, diante da opinião pública, o significado e o valor contido nas disposições constitucionais em matéria de direitos humanos fundamentais. Muito além de sua função educativa, ainda cumprem um destacado papel informativo, considerando-se que a jurisprudência, em matéria de direitos humanos fundamentais, constitui um espelho emblemático da realidade social, de suas contradições e mutações. Os juízes constitucionais, portanto, exercem um papel determinante na modernização e democratização do ordenamento jurídico.

## *5. Considerações finais*

Em uma jurisdição constitucional tal qual a brasileira, particularmente, que tem raízes judiciais formadas nos contextos anglo-americano e europeu continental, levar os valores constitucionais em consideração como fundamento da Constituição via judicial antes de configurar qualquer “ativismo judicial” num sentido prejuístico, consagra o exercício da interpretação constitucional conforme os tribunais; o que é próprio de um sistema constitucional que tem raízes anglo-americana e europeia continental.<sup>9</sup> Mais ainda, é no âmbito da jurisdição constitucional que o juiz constitucional possibilita não apenas o desenvolvimento dos valores que fundamentam a Constituição, os quais são detidamente de ordem humanitária fundamental, mas, também, possibilita o desenvolvimento do próprio Direito Constitucional Jurisprudencial, haja vista o instituto da repercussão geral<sup>10</sup> e o instituto da súmula vinculante – ambos introduzidos pela EC. N. 45/2004 na Constituição Federal Democrática de 1988.

Se há *ponto de convergência* entre o sistema anglo-americano e o europeu continental, encontra-se nisto: no desenvolvimento jurisprudencial, na interpretação dos valores constitucionais pelos juízes constitucionais,

consagrando-se a cultura dos direitos humanos fundamentais e a garantia à própria Constituição democrática – na medida em que leva a efeito, dentre os valores constitucionais, o valor e o princípio da dignidade da pessoa humana, que não é apenas vetor interpretativo, mas uma filosofia a ser seguida na Ciência Jurídica.

## 6. Notas

\* Mestre em Direito Público pela Unisinos (1999) e Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade do Porto. Com 11 anos de atuação no Magistério Jurídico Superior, é atualmente Professora convidada dos cursos de Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público. É Consultora Científica Ad-hoc do Conselho de Justiça Federal, Membro Convidada do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Universidade do Porto (Portugal), Membro com assento na Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS) e Membro da Academia Brasileira de Direito. Autora da obra *Hermenéutica Jurídica y Concreción Judicial* (Colômbia) e tradutora da obra *Topik und Jurisprudenz* (de Viehweg). Membro da Comissão Permanente de Direitos Humanos Sobral Pinto da OABRS e de Relações Internacionais e do Mercosul. Avaliadora da Educação Superior (MEC/INEP), designada por Portaria. Integrante da lista aprovada pelo Conselho Federal da OAB para integrar o Conselho Nacional de Justiça (Poder Judiciário) e o Conselho Nacional do Ministério Público (DOU 23/03/2011).

<sup>2</sup> Hesse, 1995, p. 67.

<sup>3</sup> O Supremo Tribunal Federal, em sua plenitude jurisprudencial em matéria de direitos da pessoa e, particularmente, em sede de concretização do *principio da dignidade da pessoa humana*, conta com julgados que permitem se atribuir, aos magistrados constitucionais, o qualificativo de julgadores da liberdade, tal como se exemplifica com base nos julgados a seguir mencionados: STF, HC 91662/PR, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04/03/2008, DJ de 04.04.2008, pp. 599; STF, HC 92961/SP, Rel. Min.

Eros Grau, j. em 11/12/2007, DJ de 22/02/2008, pp.925; STF, HC 90074/CE, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 06/02/2007, DJ 08/06/2007, pp.625.

<sup>4</sup> Alflen Silva, 2006, p. 236-237. Ver ainda: Müller, 1993, p. 58.

<sup>5</sup> Com essa perspectiva, não há que se falar no Brasil de “ativismo judicial” como se fosse “politicagem judicial”, ou mesmo arbitrariedade, mas, exercício da atividade interpretativo-judicial, que é inerente à função judicial nos limites que a Constituição Federal possibilita à própria Corte Constitucional.

<sup>6</sup> Müller, op.cit., p. 121, 122, 138, 168-172, 175.

<sup>7</sup> Schapp, 2003, p. 221-222. No mesmo sentido: Chueca Sancho, Angel G. *Los Derechos Fundamentales em Unión Europea*, p. 33.

<sup>8</sup> Häberle, 1996, pp. 17-46.

<sup>9</sup> Fernández Segado, 2005, p. 39.

<sup>10</sup> O instituto da repercussão geral é aquele no qual, no recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. Destarte, o recurso extraordinário passou, assim, por uma mudança significativa.

## 7. Referências Bibliográficas

ALFLEN SILVA, Kelly Susane. *Hermenéutica Jurídica y Concreción Judicial*. Bogotá: Temis, 2006.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Del Control Político al Control Juris-*

- dicional. Evolución y aportes a la Justicia Constitucional en América Latina.* [Center for Constitutional Studies and Democratic Development]. Bologna: Libreria Bonmo, 2005, p. 39.
- HÄBERLE, Peter. Rectos actuales del Estado Constitucional. Oñati. Instituto Vasco de Administración Pública, 1996.
- HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, 1995.
- MÜLLER, Friedrich. Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fagen der Verfassungsinterpretation. Berlin: Duncker und Humboldt, 1993.
- SCHAPP, Jan. Die Menschenrechte als Grundlage der nationalen und europäischen Verfassungen. In: Juristen Zeitung. N. 58. Marz. 2003, p. 221-222.

# HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E COERÊNCIA SISTEMÁTICA DOS LIMITES E DA AUTORRESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

---

*Lauro Ericksen<sup>1</sup>*

1. Introdução; 2. As possibilidades de limitação e restrição dos direitos fundamentais; 3. A compatibilidade sistemática da aplicação de restrições às restrições dos direitos fundamentais: coerência restritiva no âmbito da interpretação constitucional; 4. Considerações finais; 5. Notas. 6. Referências Bibliográficas

## *1. Introdução*

O artigo em tela tem o escopo mais amplo de apresentar a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos e, em contraposição sistêmica, mostrar como é possível limitar, logicamente, essas restrições. Em acréscimo, e aprofundando o tema, surge como objetivo específico a análise pormenorizada das teorias (interna e externa) que postulam a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, expondo as aplicabilidades de cada uma, bem como, também, suas deficiências te-

óricas e práticas insertas no contexto constitucional de interpretação normativa. Outro objetivo específico do trabalho em comento diz respeito à demonstração de mecanismos efetivos de bloqueio às restrições excessivas dos direitos fundamentais, tais como a questão da proporcionalidade (razoabilidade), a postulação da dignidade humana como vetor interpretativo e a necessidade de um princípio de vedação ao retrocesso social.

Metodologicamente, fez-se premente recorrer ao estudo aprofundado da hermenêutica constitucional para poder adentrar-se em seus sistemas interpretativos e conseguir abstrair a coerência da necessidade limitativa da análise dos direitos fundamentais – combinada com a possibilidade de restrição daquilo que tem o escopo primordial de limitar as próprias normas atinentes a essa classe de direitos. A metodologia empregada na presente pesquisa simboliza, de maneira bastante singular, um desafio lógico à própria construção, desenvolvimento e aplicabilidade das normas constitucionais relacionadas com os direitos fundamentais.

Como resultados dessa pesquisa, há de se ressaltar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm se mostrado bastante inclinadas a assimilar esse plexo combinado de limites dos direitos fundamentais (para que as normas não gerem abusos) com a própria limitação das restrições, em complemento com o mesmo raciocínio sistemático de que tais normas necessitam ser delineadas de maneira razoável e adequada com todo o sistema jurídico-constitucional.

Estruturalmente, o artigo se divide em mais três seções, incluída nessa contagem a seção dedicada às considerações finais. A seção seguinte tratará precipuamente das possibilidades de limitação e restrição dos direitos fundamentais, escrutinando as principais teorias acerca dessa temática. A terceira seção tratará da coerência sistêmica de haver limitação aos parâmetros restritivos das normas de direitos fundamentais, esclarecendo conceitos como razoabilidade, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social, que são elementos (mecanismos) delimitadores dessa atividade de restrição. A derradeira seção dará fechamento a todos os pormenores abordados, explicitando a necessidade lógico-interpretativa de se ter elementos restritivos e autorrestritivos à interpretação constitucional dos direitos fundamentais dentro do sistema constitucional vigente.

## ***2. As possibilidades de limitação e restrição dos direitos fundamentais***

No tocante ao tema dos limites e das restrições aos direitos fundamentais, existem duas teorias: a interna e a externa. Para a teoria interna, não há limites fora do direito fundamental. Existe apenas um único objeto normativo, o direito fundamental em si com seus limites imanentes. Para a teoria externa, há o direito fundamental em si e, fora dele, restrições que eventualmente o afetam. Nesse caso, existem dois objetos normativos distintos, o direito fundamental e suas restrições (Borowski, 2003, p. 66-69).

A teoria interna considera que os direitos fundamentais e os respectivos limites são ínsitos a qualquer posição jurídica. Entende que há apenas o conteúdo definitivo do direito fundamental, que resulta da compreensão do direito devidamente delimitado. Consagra, geralmente, um conceito restrito do âmbito da proteção, reputando-o como correspondente à tutela efetiva do direito fundamental.

A teoria externa, por sua vez, considera que os direitos fundamentais e suas restrições são aspectos distintos, uma vez que estas são desvantagens impostas externamente àqueles. Ou seja, estabelece diferença entre o conceito jurídico fundamental *prima facie*, existente antes da consideração das restrições, e o conceito jurídico fundamental definitivo, configurado depois da incidência das restrições. Consagra, em regra, um conceito amplo do âmbito da proteção, mais extenso do que a tutela efetiva dos direitos fundamentais, na medida em que aquela resulta da aposição de restrições nestes.

A teoria interna adota algumas estratégias para definir de antemão o conteúdo dos direitos fundamentais. Esses recursos são essencialmente os seguintes: a cláusula de comunidade, segundo a qual os direitos fundamentais só podem ser invocados se não puserem em risco as exigências mínimas de vida em sociedade; a tese dos direitos titulados por outros sujeitos, de acordo com a qual os direitos fundamentais não podem ser exercidos em prejuízo dos direitos alheios, em afronta a determinados limites de não perturbação; a ideia das leis gerais, em que os direitos fundamentais podem ser delimitados por normas genéricas; a defesa da ordem pública, também chamada de cláusula geral de polícia, consoante a qual os direitos fundamentais não podem prejudicar as condições externas necessárias ao funcionamento regular das instituições e ao pleno exercício dos direitos; a noção de abuso de direito, segundo a qual não se admite o exercício de direitos fundamentais que contrarie seus fins econômico-sociais; as rela-

ções especiais de sujeição, que revelam uma supremacia específica do poder público frente ao particular, o qual, nessas situações, não pode exercer plenamente seus direitos fundamentais; o artigo XXIX, nº 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, afirma que, no exercício de seus direitos, a pessoa se sujeita aos limites legalmente previstos para assegurar o respeito aos direitos dos outros, bem como para satisfazer as exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática (Freitas, 2007, p. 83-138).

A teoria externa não se utiliza de meios que, preliminarmente, definam o conteúdo dos direitos fundamentais. Admite, apenas, a possibilidade de que os direitos fundamentais sejam restringidos. No entanto, salienta a necessidade de justificação constitucional para essas restrições dos direitos fundamentais.

A adoção de um conceito amplo do âmbito da proteção e do suporte fático de direitos fundamentais, derivada da prevalência da tutela desses direitos, os quais entram em colisão entre si em casos concretos, leva à rejeição da teoria interna e à aceitação da teoria externa. As críticas dirigidas à teoria externa – de contradição lógica, ilusão desonesta, irrealidade, inflação de pretensões, irracionalidade e insegurança jurídica, liberdade constituída e liberdade negativa, pensamento espacial, argumento simbólico e força legitimadora – derivam, em sua maioria, da desconsideração da diferença, essencial à teoria externa, entre direito fundamental *prima facie* e direito fundamental definitivo (Paula, 2010, p. 130-139). Ademais, a teoria interna, ao defender a ideia de limites imanentes a direitos fundamentais, esquivando-se de considerar e, conseqüentemente, de justificar eventuais restrições, padece de deficiência de fundamentação em comparação com a teoria externa.

Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 253) critica a teoria interna exatamente por excluir da exigência de fundamentação uma série de atos restritivos de direitos fundamentais, sendo que nessa teoria a restrição ocorre de forma disfarçada, baseada em uma exclusão *a priori* de condutas, estados e posições jurídicas de qualquer proteção. Tal teoria, ao excluir de antemão essa proteção, libera o legislador e o aplicador do direito de qualquer ônus argumentativo.

Há uma estreita relação entre teoria interna e limite, de um lado, e teoria externa e restrição, de outro. A propósito, ao comparar a teoria interna com a externa, Robert Alexy ressalta que: “Segundo ela, não há duas coisas – o direito e sua restrição –, mas apenas uma: o direito com determinado

conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite” (2008, p. 277, 278). A adoção da teoria externa leva à utilização do termo restrição para designar os direitos fundamentais afetados. O abandono da teoria interna faz com que se evite o uso do termo limite para nominar essas ingerências.

No plano jurídico-positivo, muitas vezes, a constituição mesma prevê a possibilidade de restrições aos direitos fundamentais. Existem restrições direta e indiretamente constitucionais. As diretamente constitucionais são aquelas estabelecidas pela própria constituição. Essas restrições normalmente constam do próprio dispositivo do direito fundamental correspondente, como no caso do artigo 5º, inciso IV, da Constituição de 1988, que prevê o direito fundamental à liberdade de manifestação do pensamento, mas restringe a posição jurídica em questão vedando o anonimato. Tais restrições, contudo, podem estar previstas em outros dispositivos constantes do catálogo de direitos fundamentais, como ocorre com o direito fundamental à propriedade, garantido no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição de 1988, o qual é restringido pelo princípio da função social da propriedade, previsto no inciso XXIII do mesmo artigo do texto constitucional. Elas também podem ser consagradas em dispositivos constitucionais situados em partes distintas do catálogo de direitos fundamentais, como acontece em relação à possibilidade de suspensão de direitos fundamentais no estado de sítio, conforme artigos 137 a 139 da Constituição de 1988.

Há, por outro lado, as restrições indiretamente constitucionais, que são aquelas cujo estabelecimento a constituição autoriza mediante mera referência a leis infraconstitucionais. Essas restrições indiretas podem ser previstas mediante reservas legais simples ou reservas legais qualificadas. As reservas legais simples, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, exigem “apenas que a restrição seja prevista em lei” (2000, p. 232). Através delas, a constituição não estatui requisitos ou objetivos para a lei restritiva, como ocorre em relação à liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz, que é garantida “nos termos da lei”, consoante o artigo 5º, inciso XV, da Constituição de 1988.

As reservas legais qualificadas se configuram quando a constituição fixa pressupostos ou finalidades para a lei restritiva, como no caso da liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão, que é assegurada desde que “atendidas às qualificações profissionais que a lei estabelecer”, nos termos do artigo 5º, inciso XII, da Constituição de 1988. Existem, ainda, as restrições não expressamente estabelecidas ou autorizadas pela constituição.

Como os direitos fundamentais não são absolutos, entrando em colisão entre e si e com os bens, interesses, valores coletivos ou comunitários constitucionalmente protegidos, reconhece-se que todos estão sujeitos a restrições, ainda que estas não se encontrem previstas direta ou indiretamente na constituição.

As restrições a direitos fundamentais também podem ser classificadas como legislativas e aplicativas. As restrições legislativas são realizadas por meio de leis, em caráter geral e abstrato. As restrições aplicativas são efetivadas por atos específicos e concretos. Normalmente, as restrições aplicativas pressupõem restrições legislativas.

### ***3. A compatibilidade sistemática da aplicação de restrições às restrições dos direitos fundamentais: coerência restritiva no âmbito da interpretação constitucional***

As restrições aos direitos fundamentais não são ilimitadas. Elas próprias se sujeitam a condições formais e materiais. Em regra, apontam-se as seguintes restrições às restrições dos direitos fundamentais: a reserva de lei, a razoabilidade, a proporcionalidade, o conteúdo essencial, a dignidade da pessoa humana e a proibição de retrocesso.

Há de se destacar que algumas constituições, como, por exemplo, a alemã, a espanhola e a portuguesa, preveem expressamente restrições determinadas a restrições dos direitos fundamentais. A Constituição alemã, em seu artigo 1º, nº 1, tutela a dignidade da pessoa humana, bem como, em seu artigo 19, nº 1 e nº 2, afirma que as leis restritivas de direitos fundamentais devem ter caráter geral e respeitar seu núcleo essencial. A Constituição espanhola, em seu artigo 10, nº 1, protege a dignidade da pessoa humana e, em seu artigo 53, nº 1, estabelece que os direitos fundamentais somente podem ser regulados por lei, que deverá respeitar o seu conteúdo essencial. A Constituição portuguesa, em seu artigo 1º, consagra a dignidade da pessoa humana e, em seu artigo 18, nº 2 e nº 3, estatui que as leis restritivas dos direitos fundamentais devem limitar-se ao necessário para resguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, bem como devem ter caráter geral e abstrato, não podendo apresentar efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial. A Constituição de 1988, à exceção do seu artigo 1º, inciso III, que trata da dignidade da pessoa humana, nada estabelece acerca do assunto; no entanto, a existência das restrições a restrições dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro decorre do sistema constitucional como um todo.

A reserva de lei estabelece que as restrições a direitos fundamentais devem ser feitas por meio de, ou com base em, normas legais. As leis restritivas de direitos fundamentais devem ter caráter geral e abstrato em atenção ao princípio da igualdade. Sobre esse tema, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco falam (2000, p. 276) em uma proibição de restrições casuísticas, isto é, as restrições aos direitos individuais devem ser estabelecidas por leis que atendam aos requisitos da generalidade e da abstração, evitando, assim, tanto a violação do princípio da igualdade material, quanto a possibilidade de que, através de leis individuais e concretas, o legislador acabe por editar autênticos atos administrativos.

As leis, em regra, não podem ser retroativas em respeito ao princípio da segurança jurídica. No sistema jurídico brasileiro, a reserva de lei restritiva dos direitos fundamentais pode ser inferida do artigo 5º, incisos II e XXXVI, da Constituição de 1988. Não se faz necessário, contudo, que a norma legal discipline todos os detalhes da medida restritiva; aplica-se ao caso a chamada teoria da essencialidade, segundo a qual a lei de ingerência pode dispor apenas sobre o básico, o importante, o essencial, deixando a apreciação das particularidades do caso para o concretizador da norma.

Sobre a teoria da essencialidade, formulada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 308) esclarece que, quando essa doutrina é aplicada, não é necessário que o Parlamento discipline as questões tratadas em lei de maneira detalhada e exaustiva, cabendo-lhe adotar as decisões básicas, restando ao Poder Executivo o poder de decisão no que se refere ao que não é essencial. Ao aplicar a teoria da essencialidade no domínio dos direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional alemão entende que, como regra geral, o essencial significa o “elementar para a realização dos direitos fundamentais”, ou seja, não há como se ponderar um elemento mais mezinheiro para que haja a plena concretização constitucional dos direitos fundamentais tal como eles estão escorreitamente transcritos na norma basilar.

A razoabilidade configura uma pauta axiológica tendente a realizar a justiça do caso concreto, inclusive no que tange às restrições dos direitos fundamentais. Humberto Ávila (2006, p. 138-148) destaca três sentidos principais da razoabilidade, um primeiro relacionado à equidade, um segundo relativo à congruência e um terceiro referente à equivalência.

A razoabilidade como equidade exige a harmonização da norma geral com o caso individual, levando-se em consideração o que normalmente

acontece, bem como as particularidades da situação, afastando, por exemplo, o ônus da apresentação de procuração ou de prova da respectiva condição funcional para que advogados públicos atuem em âmbito processual. A razoabilidade como congruência exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação, seja mediante a observação da efetiva existência de suporte empírico, seja por meio da verificação de conformidade entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada, excluindo, por exemplo, a concessão de gratificação de férias aos agentes públicos inativos. A razoabilidade como equivalência exige uma relação de correspondência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, impedindo, por exemplo, a cobrança de taxas excessivas ou a aplicação de penas exageradas, considerando-se as particularidades do ilícito e da culpabilidade do responsável.

A proporcionalidade consiste em parâmetro de análise da relação entre meios e fins das restrições aos direitos fundamentais. A proporcionalidade compõe-se de três elementos parciais: a adequação ou idoneidade, a necessidade ou exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A adequação ou idoneidade estabelece que o meio escolhido deve ser apto a atingir um fim constitucionalmente legítimo. A necessidade ou exigibilidade prescreve que o meio adotado há de causar menor dano aos direitos fundamentais envolvidos, fazendo-se indispensável diante da inexistência de outra medida, igualmente eficiente, menos gravosa. A proporcionalidade em sentido estrito estatui que se deve optar pelo meio que leve mais em consideração os interesses em jogo, os quais não de ser devidamente balanceados, de modo que apresentem uma eficácia ótima (Barros, 2000, p. 74-87).

Alguns autores, como Bodo Pieroth, Bernhard Schlink (2008, p. 81-85), Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2009, p. 179-209), excluem do critério da proporcionalidade a noção de proporcionalidade em sentido estrito e nele incluem dois outros elementos: a licitude do meio e a licitude do fim, que devem ser verificadas antes da adequação e da necessidade.

Nesse sentido, o conteúdo essencial protege o núcleo dos direitos fundamentais contra restrições excessivas. Na mesma esteira, o Supremo Tribunal Federal (STF) se posiciona afirmando a inadmissibilidade da exigência de diploma de curso superior para exercício da atividade de jornalista, ressalta que a lei restritiva da liberdade profissional submete-se às exigências de razoabilidade e proporcionalidade, além da necessidade de preservação do conteúdo essencial do direito fundamental em jogo, dizendo que:

A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das 'condições de capacidade' como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imaneente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Representação nº 930, Redator p/ o acórdão Ministro Rodrigues Alckmin, DJ, 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial (Recurso Extraordinário nº 511.961/SP. Recorrentes: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo e outro. Recorridos: União e outra. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 jun. 2009. Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 213, p. 605).

No compasso encartado pela corte excelsa brasileira, há de se ter em conta que a finalidade da proteção ao conteúdo essencial é para se evitar o aniquilamento de um direito fundamental. Acerca do conteúdo essencial, existem as teorias objetiva e subjetiva, bem como as teorias absoluta e relativa (Silva, 2010, p. 183-207).

Para a teoria objetiva, o conteúdo essencial deve ser definido com base no significado do direito fundamental para a vida social como um todo. Para a teoria subjetiva, o conteúdo essencial deve ser definido com base no significado do direito fundamental para determinado indivíduo.

Para a teoria absoluta, existe um conteúdo essencial próprio de cada direito fundamental, intangível e determinável em abstrato, dinâmico ou estático ao longo do tempo. Para a teoria relativa, o conteúdo essencial de cada direito fundamental somente pode ser identificado em casos concretos, em face da consideração de outros direitos antagônicos. A teoria relativa do conteúdo essencial afigura-se mais aceitável, superando a contraposição entre as teorias objetiva e subjetiva, bem como praticamente identificando a proteção ao conteúdo essencial com a proporcionalidade.

A dignidade da pessoa humana é equiparada por alguns autores ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Essa equiparação é operada, por

exemplo, por José Carlos Vieira de Andrade, que considera o conteúdo essencial dos direitos fundamentais como uma “projecção direta e ineliminável da dignidade da pessoa humana” (2009, p. 311). Ou seja, para o referenciado autor português, a dignidade da pessoa humana não é simples abstração teórica ou conceitual que o direito deve ter por norte em suas perquirições mais altas e elevadas; esse é um princípio que possui uma diretiva bastante singular e deveras prática; a projeção desse direito inalienável do ser humano não pode ser extirpado do plexo ou da plêiade de direitos que envolvem a sua personalidade, de modo que suas diretivas se afiguram bastante concretas no plano mais direto da aplicabilidade dos direitos humanos.

Como se costuma apontar, no entanto, a existência de alguns direitos fundamentais que não têm a dignidade da pessoa humana como base axiológica, revela-se mais adequado tratá-la separadamente do conteúdo essencial. A dignidade da pessoa humana, consagrada no artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988, protege a integridade física e moral do ser humano, bem como lhe assegura um mínimo existencial, que abrange a assistência em caso de necessidade, a saúde básica, a educação fundamental e o acesso à justiça (Barcellos, 2002, p. 305). Não o faz, contudo, de forma ampla e irrestrita, pois, o que a dignidade da pessoa humana exige é que homem e mulher sejam tratados como fins e não como meios, como sujeitos e não como objetos.

Para melhor compreender tal assertiva, há de se fazer um breve resgate histórico-filosófico para se demonstrar que o pensamento de Immanuel Kant (2009, p. 239-241) é a origem da ideia de que o ser humano deve ser considerado como fim em si mesmo, e não como meio, o que constitui a base de sua dignidade. As ponderações kantianas, inspiradas no modernismo da revolução francesa, tentam dar concretude a um entendimento intersubjetivo que capacite toda a humanidade a compreender os elementos igualitários de sua filosofia, pois, diferentemente dos filósofos anteriores, como, por exemplo, Platão, sua filosofia não é elitista e deveria ser compreendida como um elemento de completude intelectual.

Apenas através desse entendimento (Verstand) é que o princípio do tratamento digno, não objetificado do ser humano pode galgar ponderações ainda mais espraiadas e contundentes nos meandros sociais, principalmente na seara jurídica. Desse modo, se depreende que as restrições aos direitos fundamentais não podem levar à consideração do ser humano como meio ou como objeto.

Há, no entanto, de se ponderar que, apesar de sua relevância, a invocação à dignidade da pessoa humana tem sido banalizada. Constata-se a utilização injustificada desse valor fundamental em situações corriqueiras cristalizadas em decisões jurisdicionais e em outros atos de caráter administrativo perpetrados pelo Estado, situações despidas de razoabilidade e plenamente centradas no vilipêndio a esse valor maior. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já chegou a considerar que a instauração indevida de inquérito policial ofende a dignidade da pessoa humana do investigado, quando decidiu que: “A mera instauração de inquérito, quando evidente a atipicidade da conduta, constitui meio hábil a impor violação aos direitos fundamentais, em especial ao princípio da dignidade humana” (Habeas Corpus nº 82.969/PR. Paciente: Luiz Alberto Alvim Gerhardt. Impetrante: Banco do Brasil S/A. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 03 set. 2003. Diário da Justiça da União, 17 out. 2003, p. 37).

Com essa decisão, o STF clarificou o entendimento de que várias condutas praticadas, supostamente sob o véu da legalidade, servem apenas como entremeio para aniquilar, calcinar e suplantar direitos básicos e fundamentais, que encontram guarida na tomada mais efetiva da dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo constitucional prevalente.

A proibição de retrocesso configura princípio segundo o qual, atingido determinado padrão de realização de direitos fundamentais, não pode haver posteriores recuos, inclusive por meio de medidas restritivas, sem que existam correspondentes providências compensatórias ou, pelo menos, justificativas constitucionais para tanto. Procura-se, assim, assegurar a progressão ou, pelo menos, a manutenção do patamar de efetivação dos direitos fundamentais.

Tratando dos fundamentos da vedação de recuos na proteção dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 450) afirma que:

A proibição de retrocesso assume (como parece ter sido suficientemente fundamentado) feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica), quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.

Nessa toada, há de se ter em mente que a proibição de retrocesso tem especial aplicação no âmbito dos direitos fundamentais sociais, como afirma o Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>: O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo contra a eles serem ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado.

Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não apenas de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de projetar inadequadamente um elemento de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los em sua inteireza conceitual, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.

Há de se depreender, conclusivamente, que o princípio da vedação do retrocesso social atua como agente duplo na sistemática interpretativa constitucional. Isto porque ele tanto age como catalisador das normas constitucionais que visam à promoção de direitos fundamentais – impedindo que outras disposições normativas venham tomar o seu lugar e projetando, assim, efeitos concretizadores sobre aquelas determinações já instituídas –, quanto serve como elemento de bloqueio, para que o efetivo vilipêndio das normas constitucionais protetoras dos direitos fundamentais venha a, possivelmente, se verificar na sua aplicabilidade mais prática.

Esse princípio, em suma, tolhe a existência de decréscimos de ordem minimamente qualitativa nas disposições normativas atinentes aos direitos fundamentais. Sempre se tendo em relevo que há necessidade, voltada para a coerência do sistema, de se postular tais restrições às restrições como um mecanismo autorregulador das possíveis arbitrariedades que possam vir a ser cometidas quando apenas se restringe a aplicabilidade dos direitos fundamentais, sem a devida contrapartida de rever tais posicionamentos de tolhimento.

#### *4. Considerações finais*

O sistema jurídico necessita de elementos que contenham estruturas para a sua própria contenção; caso o contrário, haveria uma produção de

elementos “protetivos” bastante simplória, que não galgaria a posição de efetivamente proteger aqueles direitos que realmente merecem ser protegidos e resguardados.

Nessa toada, é importante compreender que também se faz necessário, contrária e diametralmente, haver outros mecanismos, igualmente fortes e pujantes, que sirvam para tolher os abusos restritivos que porventura venham a ser praticados. Nesse sentido, por mais que devam existir limites à aplicação dos direitos fundamentais, o tracejado dessa aplicação deve ser sempre pautado por uma correção sistemática de suas próprias restrições; sem esse mecanismo de adequação, o próprio sistema garantidor se torna desarrazoado e injusto.

É importante, então, que os direitos fundamentais possuam elementos limitantes de suas progressões no campo social, para que aquilo que é tido como direito validamente legítimo não se convole em mais um abuso. Até porque, em função de coerência sistemática, é premente que as próprias limitações dos direitos fundamentais estejam condicionadas a estruturas autolimitantes, que promovam as restrições necessárias para a harmonização dessa dinâmica socialmente relevante. Desta feita, as limitações operadas nessa seara necessitam, conseqüentemente, de mecanismos instrumentais que tolham a limitação das limitações para que novos abusos não venham a decorrer da pura e simples restrição outrora necessária.

Na observância do tema tratado, em todo o seu desenvolvimento teórico, foi fácil perceber que tais mecanismos de restrição das restrições são amplamente divulgados e aplicados na prática decisória jurisdicional. O próprio direito necessita deles para que a ordem constitucional seja legitimada e posta, minimamente, em prática.

Decidir segundo parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, tendo como norte o vetor interpretativo do princípio da dignidade da pessoa humana, são alguns dos elementos comezinhos dessa sistemática. Sem o necessário e inarredável aprofundamento dessas questões de natureza hermenêutica e constitucional, não é rasteiramente viável se conceber um sistema ético-normativo que aponte para a proteção dos direitos humanos e que faça dessa premissa básica a sua pedra de toque interpretativa.

Ademais, há de se apontar, de maneira conclusiva, que o simples tolhimento às restrições não é algo plenamente efetivo. É necessário que políticas públicas sejam implementadas para que os direitos já estabelecidos não venham a sofrer retrocesso; essa é a ponderação essencial do princípio da vedação do retrocesso. Princípio esse que não apresenta, portanto, apenas

o caráter negativo, de bloqueio às inovações danosas na sistemática interpretativo-constitucional. Ele serve, também, de espeque concretizador e prático de disposições normativas que buscam o próprio desenvolvimento social inerente aos direitos fundamentais, tão prestigiados pela Carta Constitucional vigente.

## 5. Notas

<sup>1</sup> Mestre em Filosofia, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia (PPGFIL) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM-RJ). Graduado em Direito (UFRN) e Tecnologia de Controle Ambiental (IFRN). Graduado em Filosofia (UFRN). Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional da 3ª região (Minas Gerais).

<sup>2</sup> Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337/SP. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 ago. 2011. Diário da Justiça Eletrônico, 14 set. 2011.

## 6. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2009.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis

Restritivas de Direitos Fundamentais. 2ª edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BOROWSKI, Martin. La Estructura de los Derechos Fundamentales. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Extenado de Colombia, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337/SP. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 ago. 2011. Diário da Justiça Eletrônico, 14 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Segunda Turma. Habeas Corpus nº 82.969/PR. Paciente: Luiz Alberto Alvim Gerhardt. Impetrante: Banco do Brasil S/A. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 03 set. 2003. Diário da Justiça da União, 17 out. 2003, p. 37.

\_\_\_\_\_. Pleno. Recurso Extraordinário nº 511.961/SP. Recorrentes: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo e outro. Recorridos: União e outra. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 jun. 2009. Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 213, p. 605.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Direitos Fundamentais: Limites e Restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Trad. Gui-

- do Antônio de Almeida. São Paulo: Barcarola, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: Uma Contribuição ao Estudo das Restrições aos Direitos Fundamentais na Perspectiva da Teoria dos Princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais: Direito Estadual II*. Trad. António Franco e António Francisco de Sousa. Lisboa: Universidade Lusíada, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

# OS ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS E A TEORIA DO DIREITO – BREVES CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS A PARTIR DE CHAÏM PERELMAN

---

*Leonardo Monteiro Crespo de Almeida\**

1. Introdução: esquemas argumentativos como ponto de partida metodológico; 2. Possibilidade de leitura das teorias do Direito enquanto contraposição entre esquemas argumentativos; 3. A força dos esquemas argumentativos e a importância do contexto histórico; 4. Esquemas argumentativos e problemas jurídicos: reflexões sobre as fronteiras do Direito; 5. Considerações finais: o caráter retórico das teorias do Direito; 6. Notas; 7. Referências Bibliográficas.

## *1. Introdução: esquemas argumentativos como ponto de partida metodológico*

Dos vários aspectos que integram as teorias voltadas para a compreensão do direito, um dos mais emblemáticos consiste na própria conceituação do direito; trata-se do momento em que o teórico esboça uma autocompreensão de sua própria área. A princípio, a elaboração da teoria é tarefa

predominantemente especulativa, com poucas ressonâncias no cotidiano forense do jurista, ou seja, naquilo que habitualmente se entende por prática jurídica. Esse distanciamento, porém, nos parece pouco preciso pelas razões subsequentes.

Se, no cotidiano forense, é exigido do operador do direito o uso contínuo de inúmeros tipos de argumentação e de técnicas probatórias, tais elementos se repetem, ainda que com nomenclatura diferenciada, nas discussões teóricas acerca do direito. A principal diferença, e aí reside o cerne de nosso trabalho, consiste em dois aspectos específicos da dogmática jurídica: 1. pontos de partida compartilhados e 2. possibilidade de decisão última.

Com o aspecto ‘pontos de partida compartilhados’, nós entendemos a impossibilidade do jurista, no exercício prático de sua profissão, questionar a legitimidade do ordenamento jurídico, bem como dos elementos adjacentes que lhe compõem e servem de base para a sua instrumentalização, como as leis. Já no domínio da teoria do direito, não deixa de ser plausível a alegação de que a lei não deve ter importância tão destacada entre as fontes do direito, sendo os costumes igualmente importantes e até mesmo mais democráticos.

O exercício da liberdade crítica é o que torna a teoria do direito um campo vasto e diversificado, fornecendo conceitos e argumentos para a sustentação de teses das mais divergentes. Na aplicação do direito, porém, essa liberdade precisa ser limitada por motivos de ordem prática, sendo de indiscutível importância os chamados pontos de partida compartilhados. Estes terminam por impor restrições quanto ao espaço de questionamento do jurista em relação às teses adversárias.

É legítimo que um advogado questione a aplicação de determinado dispositivo do Código Penal quando outro, que lhe pareça mais pertinente, deva ser aplicado em seu lugar. Mas, confrontar a legitimidade do Código Penal, por outro lado, não se faz viável por meio da dogmática jurídica, uma vez que assim se atenta contra os pontos de partida que devem ser compartilhados entre as partes. O sucumbente poderá sentir-se insatisfeito com a decisão que lhe frustra as pretensões, mas essa insatisfação ficará restrita ao âmbito pessoal se não existir alguma forma de concretizá-la juridicamente.

Caso os pontos de partida compartilhados deixem de ser elemento básico para a própria dogmática jurídica, a possibilidade dos conflitos práticos se transformarem em discussões teóricas intermináveis aumenta consideravelmente. Haja vista que cada ponto de partida questionado ne-

cessita de justificação prévia, isto abre novo espaço para questionamentos. Uma simples ação trabalhista, por exemplo, poderia muito bem se transformar em uma discussão sobre as relações entre o Direito brasileiro e o capitalismo mundial, inviabilizando a resolução técnica do litígio. Chaïm Perelman escreve:

Ora, em direito, toda nova regra se inspira em alguns princípios mais gerais que ela precisa e estrutura, toda decisão é fundamentada em alguma regra que a justifica: assistimos a uma dialética constante entre a razão e a vontade, entre as estruturas que fixam os âmbitos de uma ação e as decisões que precisam, adaptam e até modificam esses âmbitos, se forem incompatíveis com regras mais bem assentes.<sup>2</sup>

Com o segundo aspecto, ‘possibilidade de decisão última’, queremos ressaltar que os conflitos de interesses jurídicos podem ser tecnicamente solucionados mediante respostas fornecidas pelo próprio ordenamento jurídico. Discussões dogmáticas encontraram seu fim na apreciação de um juiz de última instância, não importa quantos recursos, ou modificações, venham a integrar o andamento processual: a discussão encontra-se limitada por uma série de regras e preceitos técnicos que atuam como suporte na decisão.

As coisas são completamente diferentes num sistema jurídico. O juiz é amarrado pelo sistema de direito que ele deve aplicar; nos Estados modernos, ele não tem poder legislativo. Mas, por outro lado, impõem-lhe a obrigação de julgar: todos os sistemas de direito modernos contêm disposições atinentes ao delito de denegação de justiça.<sup>3</sup>

Por esse motivo Perelman afirma: “Quando existe um critério, o cálculo ou a experiência, para dirimir as contendas, as discussões são supérfluas e a dialética não está em seu lugar.”<sup>4</sup> Se as discussões teóricas não possuírem nenhuma dessas limitações, como é possível a resolução do conflito entre posições adversas? Dito de outro modo, perante o conflito entre duas teorias do direito, o que se tem é um jogo de “soma-zero”, no qual uma termina por minar a relevância da outra? Em que condições é possível dizer que determinada teoria do direito procede como mais adequada, ou mais correta, do que outra?

Em sua obra *Retóricas*, o autor mencionado, ao investigar a história da retórica e o modo como ela encontrou-se inserida na tradição filosófica ocidental, tece o seguinte comentário:

Todo sistema filosófico se desenvolve, assim, graças ao uso de um ou do outro esquema argumentativo. É a eliminação, pelo menos na parte construtiva do sistema, dos outros tipos de argumentação que normalmente podem contrariar o sistema adotado, que confere ao pensamento filosófico seu aspecto demonstrativo. Em contrapartida, os adversários do sistema em questão recorrerão, em sua crítica, aos outros esquemas argumentativos.<sup>5</sup>

No presente trabalho, consideramos também a teoria do direito enquanto sistema filosófico comprometido com descrições acerca dos fenômenos jurídicos. Além disso, sustentamos que um esquema argumentativo envolve não apenas todos os componentes explícitos de uma teoria do direito, como também as premissas e suposições que tendem a lhe informar os argumentos, dando-lhes consistência e os tornando apropriadamente persuasivos.

Um esquema argumentativo determina não apenas como um conceito específico poderá ser utilizado, mas, ainda, a sua posição com relação a um segundo conceito. Ao analisar os chamados conceitos emotivos (justiça, liberdade, realidade), por exemplo, Perelman escreve:

É ao querer fazer com que admitam sua definição pessoal dessas noções prestigiosas que a pessoa procura impor sua concepção do mundo, sua própria determinação do que vale e do que não vale. Cada qual definirá, portanto, essas noções à sua maneira, o que lhes acarretará a irremediável confusão.<sup>6</sup>

A confusão ocorre quando, para um conceito, apontam-se dois significados distintos que atuam de maneira estratégica a partir dos respectivos esquemas argumentativos. Ilustremos no momento essa situação a partir da análise dos possíveis usos e conteúdos dos conceitos de liberdade e igualdade, expondo inclusive as consequências derivadas dessas opções.

O conceito de liberdade pode ser definido como a minimização da interferência estatal na vida privada de cada um, assim como a limitação aos constrangimentos físicos. Ele poderá subordinar o conceito de igualdade, sendo o mais importante e característico conceito de uma sociedade democrática, atribuindo a igualdade aos regimes totalitários, tendo como principal aspecto a desumanização do próprio homem.

Caminho inverso pode ser utilizado pelo conceito de igualdade com o intuito de reverter o argumento acima. Bastaria mostrar que, no pano-

rama político-econômico do capitalismo tardio, o excessivo zelo perante uma concepção de liberdade associada ao consumo e à produção cada vez mais intensificada de bens materiais possui consequências nefastas para a coletividade. Essas consequências abrangem não apenas a produção de danos ao meio ambiente, como acabam por transformar o homem em objeto massificado, desumanizado. Neste caso, também o homem acaba por ser desumanizado. Ou seja, por caminhos divergentes, a mesma conclusão fora alcançada.

## ***2. Possibilidade de leitura das teorias do Direito enquanto contraposição entre esquemas argumentativos***

Na medida em que mobilizam argumentos e conceitos, as teorias do direito almejam a adesão do interlocutor acerca de um ponto de vista que não pode ser comprovado pelos meios científicos ditos objetivos. Ao fazerem uso de esquemas argumentativos, valem-se, pela própria força ou fraqueza, do convencimento daqueles em que elas buscam adesão. A coerência sistemática de uma teoria do direito depende, portanto, da contraposição entre a perspectiva teórica que ela defende e as outras que lhe são adversas.

A noção de esquemas argumentativos, pensada através da obra de Perelman, encontra-se inserida em um pano de fundo retórico; portanto, esses esquemas não são passíveis de serem empiricamente verificados para que, então, venha a ser desvelada a sua verdade – isso se venhamos a concebê-la como adequação aos fatos.<sup>7</sup> O autor é enfático ao distinguir a necessidade de persuasão da necessidade de verificação empírica, sendo a primeira o espaço por excelência da própria retórica.

*A primeira é que a retórica procura persuadir por meio do discurso. Quando recorremos à experiência para obter a adesão a uma afirmação, não se trata de retórica. É verdade que, para obter a adesão ao enunciado de um fato, a experiência é insuficiente sem um acordo prévio sobre o sentido das palavras utilizadas no enunciado.<sup>8</sup>*

Dois componentes orientam recorrentemente as argumentações sustentadas por essas teorias: a razoabilidade e a utilidade. Nesse sentido, escreve Perelman: “Toda argumentação visa, de fato, a uma mudança na cabeça dos ouvintes, trate-se de modificar as próprias teses às quais aderem ou simplesmente a intensidade dessa adesão, medida pelas consequências posteriores que ela tende a produzir na ação.”<sup>9</sup>

Por razoabilidade, entendemos que as teorias devem conter no mínimo uma consistência interna entre os seus argumentos, além de premissas que possam ser esclarecidas caso venham a soar obscuras ou ambíguas aos olhos do interlocutor. Trata-se de uma concepção de racionalidade menos rígida do que aquela frequentemente associada às ciências da natureza. Por outro lado, evita-se cair em qualquer forma de dogmatismo na qual as teorias podem ser aceitas ou rejeitadas baseadas somente em alguma predileção pessoal do interlocutor, sendo as razões pouco relevantes.

A razoabilidade de uma teoria está relacionada ao modo como ela consegue justificar suas predileções e conclusões. Perelman nos lembra, baseando-se no trabalho do filósofo escocês David Hume, que toda forma de justificação é eminentemente prática e encontra-se vinculada à possibilidade de valorização, ou desvalorização, daquilo que buscamos justificar. Aliás, é na hipótese de um confronto com nossas predileções que o papel da justificativa torna-se mais relevante, na medida em que oferece razões que suportam determinada opção em detrimento de outra. A justificação apenas faz sentido perante a pluralidade de opções que podemos escolher.

A justificação só diz respeito ao que é a um só tempo discutível e discutido. Daí resulta que o que é absolutamente válido não deve ser submetido a um processo de justificação e, inversamente, o que se tende a justificar não pode ser considerado incondicional e absolutamente válido.<sup>10</sup>

Teorias do direito podem concorrer entre si na medida em que discorrem sobre um mesmo objeto, mas a partir de preocupações e influências teóricas distintas.<sup>10</sup> Em nosso entendimento, a razoabilidade de uma teoria do direito encontrar-se-ia relacionada não apenas com a sua consistência interna, mas também com a força de sua justificação. Não basta que a teoria seja, no todo, coerente e sistemática: ela precisa ser capaz de convencer aqueles a quem ela se direciona e almeja adesão.

Por utilidade, entendemos as razões que ilustram os efeitos de cada uma das teorias do direito em contextos específicos. Ao produzirem uma descrição acerca do mundo e do direito, as teorias terminam por intervir na relação que o jurista trava com o seu meio. Seu componente pragmático consiste na diferença que ela fará para aqueles que a aderirem. Sendo um composto de argumentações, estas devem ser orientadas para a transformação de ordem prática daqueles que buscam adesão:

Toda argumentação visa, de fato, a uma mudança na cabeça dos ouvintes, trata-se de modificar as próprias teses

às quais aderem ou simplesmente a intensidade dessa adesão, medida pelas conseqüências posteriores que ela tende a produzir na ação.<sup>11</sup>

Teorias tidas como pertinentes são capazes de realizar esse tipo de mudança, difundindo um esquema de conceitos e argumentos que não apenas tendem a se reproduzir com consistência, como também acabam por moldar as discussões presentes no espaço em que atuam. Apenas para mencionar uma circunstância ilustrativa, a ascensão dos problemas referentes à jurisdição constitucional, no contexto jurídico brasileiro, acaba por destacar cada vez mais teorias que têm como foco tanto a argumentação jurídica como os processos de interpretação que integram a tomada de decisão judicial. Nesse cenário, teorias do direito que retratem a tomada de decisão como subsunção de um caso a uma norma vão se mostrar menos eficientes, já que se baseiam em suposições e necessidades que não se fazem mais presentes, ou, então, se tornaram menos relevantes do que a própria teoria supõe.

A aproximação entre direito e ética, no pós-segunda guerra, produziu verdadeira reconsideração do papel sócio-político desempenhado pelo jurista: seria ele figura conservadora, sempre disposta a defender e reproduzir as disposições normativas resultantes do *status quo*, ou haveria aí uma consciência crítica capaz de ser mobilizada em prol da transformação do espaço social? Essas indagações historicamente situadas chamam atenção para o vínculo existente entre as teorias do direito e o contexto histórico em que elas buscam atuar.

### ***3. A força dos esquemas argumentativos e a importância do contexto histórico***

A difusão de uma teoria do direito, como até agora investigamos, relaciona-se tanto com aspectos retóricos, ilustrado por sua habilidade de cativar e convencer seus potenciais aderentes, como com pragmáticos, em termos das repercussões e efeitos que ela é capaz de gerar. Refletem, assim, o próprio exercício do direito, no qual a atividade especulativa compõe a resolução de casos concretos mediante o auxílio da legislação posta, da jurisprudência, e até mesmo dos costumes locais. Entretanto, todas essas informações precisam ser organizadas de maneira que sejam convincentes, produzindo os efeitos esperados pelo jurista, seja na tomada de decisão, como é o caso do magistrado, seja na justificação de uma tese a que se busca adesão, a exemplo do advogado.

O aspecto pragmático e o retórico encontram-se inseridos em uma rede de acontecimentos, eventos, crenças que tanto podem vir a favorecer quanto a desfavorecer propostas teóricas do direito. Nomeamos esse tipo de contexto como histórico, e o entendemos como peça fundamental na autocompreensão do papel do jurista perante o tipo de atividade a que ele é chamado a desempenhar na sociedade.

A atenção aos contextos responsáveis por abranger a justificação fornecerá os critérios capazes de torná-la forte ou frágil, critérios que obviamente tendem a mudar conforme o passar do tempo, bem como as necessidades mais expressivas da comunidade. Enquanto esquemas argumentativos, as teorias precisam levar em consideração as pressuposições hegemonicamente compartilhadas pelo contexto histórico em que elas se encontram. Daí o papel fundamental do conceito de auditório para as preocupações da retórica, afinal de contas, a eficiência de um argumento dependerá de sua persuasão, sendo necessário conhecer bem aquele a que se dirige.<sup>12</sup>

O contexto histórico fornece toda uma linguagem comum ao campo da investigação teórica, sendo responsável também por limitar, e até mesmo obstruir, determinados percursos teóricos. Formas de explicação acerca dos fenômenos jurídicos, em um contexto medieval, que não contemplassem a presença do divino no direito seriam imediatamente desconsideradas por ignorarem um traço que era tido como fundamental nas crenças socialmente difundidas naquela época.

A sustentação de uma teoria jusnaturalista no século XX, por exemplo, deverá, além de expor a pertinência de suas teses, trabalhar com as objeções levantadas pelas abordagens positivistas do direito,<sup>13</sup> como as de Hans Kelsen, H.L.A. Hart e Joseph Raz, apenas para mencionar as mais difundidas. Sem tal confronto, essa teoria possivelmente encontrará dificuldades na sustentação de sua relevância diante das críticas enunciadas pelos autores mencionados, correndo o risco de tornar-se uma posição exótica, ainda que bem defendida.

Se os esquemas argumentativos utilizados pelas teorias não podem contar com a comprovação empírica, eles precisam maximizar as características que os fazem ser aceitos, sendo o modo como resistem a questionamentos um desses pontos.

Na medida em que as teorias se encontram baseadas em esquemas argumentativos, sua força depende da atenção despendida às necessidades teóricas e práticas do jurista no contexto histórico em que se encontram,

ou seja, quanto mais elas são capazes de acolher e pensar essas necessidades, nas duas manifestações aqui ilustradas, mais bem acolhidas tenderão a ser.

As mudanças históricas e sociais do século XX, por exemplo, fizeram com que a decisão jurídica fosse repensada segundo preceitos distintos daqueles que lhe serviram de norte no século IX. Distanciando-se de uma abordagem na qual o papel da lei tende a ser central e a apreciação do caso concreto adquire importância secundária, Margarida Maria Lacombe Camargo destaca:

O método do direito é, portanto, o método tópico-hermenêutico. Cada situação deve ser compreendida em função do problema que apresenta e da tradição histórica na qual se insere. Mas o seu instrumental é argumentativo. Dessa forma, podemos dizer que o direito consiste na realização de uma prática que envolve o método hermenêutico da compreensão e a técnica argumentativa.<sup>14</sup>

Uma importante alteração introduzida pelo contexto histórico na própria estrutura das teorias do direito consiste no modo como o conjunto de crenças socialmente compartilhadas, em um dado momento, tende a fortalecer ou até mesmo a desconsiderar certas teorias. Disso se segue que uma teoria não pode ser pensada tão somente a partir dos elementos internos que lhe compõem, mas também deve ser levado em consideração o contexto espacial e temporal que ela busca intervir.<sup>15</sup>

#### ***4. Esquemas argumentativos e problemas jurídicos: reflexões sobre as fronteiras do Direito***

Toda teoria do direito, nós acreditamos, inicia seu percurso visando um ou mais problemas que supõe pertencerem ao campo do direito. Por trás delas, encontramos questões que buscam ser contempladas, se possível solucionadas, pelo raciocínio especulativo do jurista, tendo aí a teoria como o principal produto dessas reflexões. No entanto, resta a dúvida acerca do modo que problemas que não pertencem ao “mundo jurídico” podem ser classificados como pertencentes, utilizando aqui uma metáfora para apontar o espaço amplo e indeterminado que envolve as preocupações tipicamente jurídicas. Nesse caso, os problemas não podem integrar o núcleo da teoria do direito, posto não serem propriamente jurídicos, sendo relegado o seu estado a outras disciplinas, até distantes do próprio direito.

Na medida em que é necessário justificar o porquê de serem trabalhadas certas questões e não outras, o que aponta, portanto, para a existência de uma fronteira relativamente determinada entre jurídico e não jurídico, a retórica mostra sua face nesse ponto: a própria distinção jurídico e não jurídico, nós sustentamos, pode ser mobilizada para que certas perguntas, talvez por serem inconvenientes ou excessivamente inquietantes, sejam banidas do campo da teoria do direito e transferidas para uma área que lhe é mais afastada.

Haja vista que a teoria do direito não apenas discorre acerca do espaço do direito, como também se coloca no complexo papel de lhe determinar as fronteiras, a teoria se encontra intrinsecamente vinculada aos problemas jurídicos, por mais vago que seja o entendimento sobre o que constituem essas espécies de problemas.

A expressão “problema jurídico” é, portanto, vacilante: seu significado termina por variar conforme o tipo de teoria do direito que a expressão se vincula. Seu uso é acompanhado por certa sensação de autoevidência, como expressão que carece de qualquer tipo de controvérsia, mas, quando investigada a fundo, revela-se não apenas ambígua como estratégica para os propósitos retóricos.

O contexto histórico possui importante papel nesse jogo de enquadramentos, mesmo que sua intervenção seja indireta. Como já observamos, o contexto histórico pode tornar viável, ou não, um questionamento mais incisivo em torno de certos aspectos do cotidiano jurídico. O horizonte que guia nossa observação histórica tanto viabiliza quanto restringe o campo da reflexão do jurista.<sup>16</sup>

A compreensão adequada de uma teoria do direito, ao que pese a diversidade de abordagens inscritas em um mesmo momento histórico, demanda três percursos. Primeiro, uma compreensão geral desse momento; segundo, o grupo de problemas, se possível comuns, a que se referem essas teorias; e, por último, o conjunto de indagações que tendem a orientar essas teorias.<sup>17</sup>

Na medida em que toda teoria precisa ser alicerçada em torno de uma série de pressuposições que integram os esquemas argumentativos, segue-se que aí também se faz presente todo um modo de organização das questões que são jurídicas, e quais, dentre elas, são as que devem ser centrais para a reflexão teórica do jurista. Nesse sentido, a descrição confunde-se com a prescrição, o fato com o valor: descrições sobre o direito e seus problemas

inevitavelmente apresentam a marca do teórico, e sua concepção acerca do que é crucial de ser pensado no campo jurídico.

Tendo sido pacificado o que pode ser pensado pelo jurista como um problema de sua área, introduz-se a partir daí uma verticalização na importância das questões, havendo, assim, uma proximidade com as argumentações empreendidas pelos próprios filósofos. Vejamos o que diz Perelman:

Certos metafísicos, tais como Bergson e Heidegger, consideram que a metafísica é o único conhecimento que conta. É porque chamam assim à sua própria filosofia. Mas grande número de metafísicos eminentes, entre outros Descartes, Spinoza, Kant, Fichte e Hegel, só sentiam desprezo pela metafísica: desqualificavam, por meio dessa palavra, a filosofia dos adversários. Já d'Alembert constatava que aqueles a quem chamamos de metafísicos faziam pouco caso uns dos outros. “Não duvido”, acrescentava ele, “que este título logo seja uma injúria para nossas pessoas sensatas, como o nome sofista, que entretanto significava sábio, aviltado na Grécia pelos que o traziam, foi rejeitado pelos verdadeiros filósofos”.<sup>18</sup>

Essa construção retórica de qualificação e desqualificação das questões com base em critérios fornecidos pela própria teoria já se encontra informada por algum tipo de entendimento prévio, por mais vago que seja, acerca dos problemas a serem pensados.<sup>19</sup> A reconsideração relativamente recente dos problemas éticos,<sup>20</sup> desta vez a partir do próprio referencial prático do jurista, introduz também uma expressiva modificação naquilo que o teórico do direito vai conceber como seu principal eixo de reflexão. Por exemplo, se antes era a norma jurídica que integrava o centro das preocupações do teórico do direito, contemporaneamente é a relação do direito com os valores morais, sobretudo no contexto da decisão jurídica e da jurisdição constitucional, que passará a assumir esse espaço.

O que vislumbramos como fronteira do direito indica nada menos do que a separação dos conteúdos a serem analisados pelo jurista, daqueles que extrapolam não apenas as suas preocupações como também qualquer tipo de repercussão prática, e relevante, para a sua área.<sup>21</sup> Sendo múltiplos os auditórios a que se dirige a argumentação, cabe acrescentar que cada um deles possui características e especificidades, o que compreendemos como o conjunto de teses anteriormente admitidas pelos ouvintes. Sem o conhecimento dessas teses, o teórico arrisca-se a argumentar de maneira pouco eficiente perante os ouvintes que integram o seu campo de conhecimento:

As teses admitidas serão ora as do senso comum, tal como é concebido pelo auditório, ora as dos praticantes de uma determinada disciplina, científica, jurídica, filosófica ou teológica. O conhecimento dessas teses, que devem servir de fundamento para a argumentação, é uma condição indispensável da eficácia desta.<sup>22</sup>

A ausência de ponto final, um dos aspectos que mencionamos ser indispensável para a própria dogmática jurídica, não necessariamente fará do espaço teórico um campo mais livre ou, mesmo, destituído de impedimentos que inviabilizem a circulação das teorias. Ao revelar a relação entre a eficácia da argumentação e as teses compartilhadas por campos de conhecimento específicos, Perelman passa a destacar também o âmbito social da argumentação. Ora, tendo em vista que as teses a serem conhecidas encontram sua pertinência no consenso entre os membros de uma comunidade, não se pode ignorar que funcionam como construções hegemônicas, fortalecendo abordagens que nelas encontram o seu acordo na medida em que tendem a enfraquecer outras tantas.

Com o objetivo de ressaltar a proximidade da retórica da hegemonia, cabe observar que em um espaço teórico marcado pelo positivismo jurídico, por exemplo, o papel da norma torna-se muito mais preponderante do que um conceito como o de justiça, cujo caráter metafísico impediria qualquer tipo de formulação objetiva a seu respeito.<sup>23</sup> Contudo, disso não se segue que não existam importantes considerações acerca da temática da justiça, apenas que elas não se fazem tão visíveis. Para que uma teoria seja persuasiva, faz-se necessária ao menos a compreensão das principais teses e premissas compartilhadas no campo em que buscará intervir.

### *5. Considerações finais: o caráter retórico das teorias do direito*

Diferente das discussões dogmáticas, em que início e fim encontram-se previamente delimitados pelo texto legal, controvérsias teóricas demandam do jurista, antes de tudo, que ele elabore teorias ao mesmo tempo sofisticadas, coerentes mas, também, persuasivas. É esse elemento de persuasão, em que a vontade do teórico transforma-se na representação desinteressada do mundo, das relações jurídicas, do próprio direito, enfim, que aqui se encontra em evidência.

Sob o ponto de vista retórico, as teorias do direito precisam se mostrar como não retóricas, descrições fidedignas da realidade jurídica, ou então

como respostas desinteressadas, visando apenas ao alargamento do saber.<sup>24</sup> Qualquer tipo de interesse particular do jurista passa a integrar as pressuposições da teoria, permanecendo na maior parte das vezes implícito.

Pensar teorias como sistemas filosóficos sustentados por esquemas argumentativos de início irá exigir que venhamos a analisar esses elementos menos visíveis, vislumbrando não apenas a importância que eles têm no sucesso, ou não, de determinada teoria do direito, como também as relações que são travadas com dado campo profissional e científico.

Não sendo suscetíveis de serem verificadas empiricamente, resta a essas teorias a adesão por uma comunidade em particular como sinal da eficiência das soluções que tendem a propor. Examinando retoricamente as teorias do direito, podemos desvendar de que maneira, sob determinado campo, elas podem ser mais ou menos persuasivas, além dos interesses implícitos a que elas terminam por se subordinar e atender.

Investigadas a partir dessa perspectiva, as teorias do direito terminam por perder a áurea de impessoalidade, que tende a assegurar sua integridade científica, para virem a adquirir feições de narrativa voltadas para a legitimação de certos pontos de vista perante a comunidade a que elas se endereçam. As atividades práticas e teóricas do jurista, portanto, não devem ser vistas como tão destoantes entre si,<sup>25</sup> uma vez que ambas são pautadas pelos interesses das partes, além de levarem em consideração um dado campo de atuação, seja a comunidade acadêmica ou mesmo a jurisprudência dos próprios tribunais. Ambas as atividades podem ser concebidas como retóricas na medida em que dependem da persuasão para a concretização dos seus objetivos.

## 6. Notas

\* Mestre em Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Barros Melo/FIBAM. Bacharel em Filosofia pela Universidade Federal de Pernambuco/UFPE. E-mail: leonardoalmeida222@gmail.com.

<sup>2</sup> Perelman, 1996, p. 371.

<sup>3</sup> Id., 1997, p. 349.

<sup>4</sup> Id., *ibid.*, p. 6.

<sup>5</sup> Id., *ibid.*, p. 12.

<sup>6</sup> Id., 1996, p. 6.

<sup>7</sup> Nesse sentido, já se encontra aceita a distinção entre linguagem e mundo, como entre sujeito e objeto, mostrando que a própria análise de uma teoria já mobiliza uma série de elementos que, em grande parte, não são explicitados. Critérios como os de verdade, adequabilidade e utilidade, por exemplo, podem ser avariados, o que implica no favorecimento, ou não, de certas teorias perante outras.

<sup>8</sup> Perelman, 1998, p. 141.

<sup>9</sup> Id., 1997, p. 304.

<sup>10</sup> Id., *ibid.*, p. 169.

<sup>11</sup> A concorrência entre teorias é importante uma vez que serve para destacar ainda mais as posições perante determinado assunto. Como já mencionamos, a coerência de uma teoria envolve a sua distinção com as concepções que lhe são opostas.

<sup>12</sup> Perelman, 1998, p. 143.

<sup>13</sup> Bobbio, 1995, p. 131-133.

<sup>14</sup> Camargo, 2003, p. 22.

<sup>15</sup> Dada a finalidade eminentemente prática do direito, não temos como conceber a ideia de uma teoria do direito desco-

nectada do momento histórico em que ela se situa, além de não ter a mínima pretensão de vir a transformá-lo de algum modo. Sustentamos que toda teoria do direito, na medida em que faz uso de esquemas argumentativos consistentes, é potencialmente capaz de intervir e modificar a prática cotidiana do jurista.

<sup>16</sup> Coreth, 1973, p. 105-107.

<sup>17</sup> A aproximação com as mais recentes compreensões da hermenêutica, sobretudo aquela proposta por Hans-Georg Gadamer, é justificada na medida em que, como já fora mencionado, pressuposições, muitas delas não explicitadas, tendem inevitavelmente a conduzir as argumentações estruturadas pelos teóricos do direito.

<sup>18</sup> Perelman, 1997, p. 131.

<sup>19</sup> Não apenas a circunstância histórica e social em que o teórico já se encontra inserido, que podemos conceber como a influência do coletivo perante o indivíduo, como também seus valores e crenças pessoais podem ser computados nesse ponto em particular.

<sup>20</sup> Nesse sentido, encontram-se as teorias da argumentação formuladas pelo próprio Chaïm Perelman, como também Robert Alexy, Theodor Viehwieg, Neil MacCormick, Aulus Aarnio, dentre outros.

<sup>21</sup> Perelman, *op.cit.*, p. 305.

<sup>22</sup> Id., *ibid.*, p. 305, 306.

<sup>23</sup> Isso na medida em que adotamos o referencial das ciências da natureza, ou empíricas.

<sup>24</sup> Nos casos das áreas dogmáticas, a exemplo do direito do trabalho, esse é um ponto especialmente importante, na medida em que certas teorias terminam por enfatizar o empregado, enquanto outras ten-

dem à defesa do empregador. O mesmo tende a ser válido para a seara tributarista, na qual certas teorias são voltadas para a mobilização do contribuinte e outras, para a defesa do Fisco. O ideal, porém, é que nada disso seja explicitado para que a objetividade científica venha a se fazer presente na exposição dessas teorias.

<sup>25</sup> Bourdieu, 1989, p. 219, 220.

## **7. Referências Bibliográficas**

- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOURDIEU, Pierre. A Força do Direito – Elementos para uma Sociologia do Campo Jurídico. In: *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

# OS DIREITOS HUMANOS E O ENFOQUE DO SISTEMA INTERAMERICANO SOBRE DIREITOS HUMANOS

---

*Mona Carolina Sodré Rodrigues Branco<sup>1</sup> \_<sup>2</sup>*

1. Introdução; 2. Sistema Universal de Direitos Humanos; 2.1. Declaração Universal de Direitos Humanos; 3. Sistemas Regionais de Direitos Humanos; 4. Sistema Interamericano de Direitos Humanos; 4.1. Carta da Organização dos Estados Americanos; 4.2. Convenção Americana de Direitos Humanos; 5. Comissão Interamericana de Direitos Humanos; 6. Corte Interamericana de Direitos Humanos; 7. Conclusão; 8. Notas; 9. Referências Bibliográficas.

## *1. Introdução*

O presente estudo visa contemplar uma análise do Sistema Interamericano de Direitos Humanos passando, inicialmente, pela abordagem histórica relativa à questão e por seu despoite como fator balizador para o entendimento dos indivíduos enquanto possuidores de direitos relativos à dignidade da pessoa humana.

Parece-nos adequado, mesmo neste momento superficial, que se aborde o surgimento dos direitos humanos no plano internacional, apontando as

principais cartas enunciadoras de direitos, e chegando finalmente à criação dos sistemas de proteção, mais especificamente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos e seus órgãos de atuação. Cabe ressaltar que por último serão estabelecidos, através do estudo das estruturas da Comissão e da Corte, os contrapontos em suas atuações.

Os direitos humanos nascem como uma reação ao cenário desastroso do Pós-Guerra no século XX, como uma tentativa de estabelecer balizamentos de conduta numa realidade em que as pessoas eram descartáveis, separadas por critérios que as diminuía como seres humanos, apesar de há muito tempo serem reconhecidas como possuidoras de direitos inerentes à sua natureza; contudo, estavam à mercê de uma realidade que lhes submetia a atrocidades e horrores do nazismo.

Originalmente, o movimento internacional sobre a questão dos direitos despontou com a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, que, por meio de uma compilação dos apontamentos preexistentes sobre a matéria, em diferentes instrumentos, conseguiu propulsionar a estruturação de organizações capazes de colocar em prática o que havia sido elaborado normativamente.

Durante o século XX, percebeu-se que os direitos humanos eram especialmente frágeis e manipuláveis por interesses particulares e coletivos – como os regimes totalitaristas que utilizavam da publicidade e da força para afirmar suas convicções. Vemos, assim, ser criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos em um contexto de instabilidade, demonstrando a preocupação veemente com a restauração do direito como um todo, e a ascensão de novos indivíduos no papel de legitimados processuais no plano internacional. A partir desse cenário se construiu o Sistema Global de Direitos Humanos, buscando preservar a paz e garantir os direitos.

A normatização dos direitos humanos significava o reestabelecimento do indivíduo como centro das relações, um referencial para essa nova ordem internacional que se pretendia ver posta em prática. Tal mudança parecia ser possível apenas com regras expressas, de alcance geral e de conhecimento de todos, que tivessem uma atratividade tal que levasse os Estados a aderir-las, criando uma sensação de segurança jurídica para o bem da vida. Desde o princípio, a ideia da intervenção do plano internacional no âmbito do direito doméstico dos Estados visou o fortalecimento dos direitos fundamentais, sem, contudo, sobrepor-se ou suprimir as peculiaridades de cada sistema, aplicando sempre a norma mais benéfica.

Ao longo dos anos passariam a coexistir inúmeros instrumentos internacionais de proteção, de origens, natureza e efeitos jurídicos distintos ou variáveis (baseados em tratados e resoluções), de diferentes âmbitos de aplicação (nos planos global e regional), distintos também quanto aos seus destinatários ou beneficiários (tratados ou instrumentos gerais, e setoriais), e quanto a seu exercício de funções e a seus mecanismos de controle e supervisão (essencialmente, os métodos de petições ou denúncias, de relatórios, e de investigações). Formou-se, assim, gradualmente, um complexo *corpus juris*, em que, no entanto, a unidade conceitual dos direitos humanos veio a transcender tais diferenças, inclusive quanto às distintas formulações de direitos nos diversos instrumentos. (p. 24)<sup>3</sup>

Entendeu-se com o tempo que os direitos discutidos são inerentes ao ser humano e não poderiam ser disponibilizados mediante o interesse de minorias situacionais – qualquer organização política ou social –, sua proteção é prioritária, não se esgota na ação do Estado, deve ser dada capacidade de agir aos órgãos de supervisão internacional por meio da complementariedade dos instrumentos globais e regionais de proteção, ampliando a possibilidade de proteção das supostas vítimas.

Reforçando tal entendimento, coloca-se Richard B. Bilder:

O movimento do direito internacional dos direitos humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações.<sup>4</sup>

Tal colocação traz a ideia de que os direitos humanos não deveriam ser de controle exclusivo dos Estados, pois estando sob a tutela da jurisdição doméstica seriam de fácil manipulação, enquanto que estando submetidos a uma ordem internacional deveriam ser fiscalizados e respeitados por todos. Por suposto, não era um objetivo a ser alcançado sem maiores discussões, sugerir uma ordem superior significava trazer a ideia de relativização da soberania dos Estados, permitir que uma intromissão externa estabelecesse o comportamento do Direito Interno; aceitar uma responsabilização internacional em caso de violação do acordado. Como sabemos, o assunto se tornou controverso, mas por fim foi levado a cabo.

Um único documento não seria suficiente para garantir a proteção dos direitos que se pretendiam ver resguardados; sendo assim, ao longo dos

anos foram se ajuntando diversos instrumentos internacionais de proteção, de diferentes origens e dimensões de aplicabilidade, com destinatários e mecanismos específicos, formando um complexo *corpus juris* que, no entanto, não se percebia como conflitante, sobretudo como complementar, por entender que eram enunciados de direitos inerentes ao homem, logo, superiores a qualquer empecilho no que tocasse à organização dos Estados.

## ***2. Sistema Universal de Direitos Humanos***

Durante anos foi cogitada a criação de um organismo internacional. O nome Nações Unidas foi sugerido pelo então presidente norte-americano, Franklin Roosevelt, e utilizado pela primeira vez na Declaração das Nações Unidas de 1942, momento em que 26 representantes de Estados decidiram assumir o compromisso de combater as atuações do Eixo.

Em 1945, surge a Organização das Nações Unidas, por meio da Conferência de São Francisco, com a finalidade de discutir a criação de um organismo de atuação mais completo, que contasse com a participação de todos os Estados independentes para viabilizar: a paz internacional, a garantia dos Direitos Humanos, promover o desenvolvimento socioeconômico das nações, incentivando a autonomia das etnias e fortalecendo os laços entre os países soberanos.

O que se pretendia era uma Carta Internacional de Direitos Humanos, na qual a Declaração deveria ser a primeira parte. O Sistema ONU permite o fortalecimento da própria ideia de direitos humanos e dos meios para se ampliar e fortalecer a realização dos direitos; para alcançar tal objetivo, pauta-se nos instrumentos normativos do Sistema Global de Direitos Humanos, que são eles: Declaração Universal de Direitos Humanos; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – os pactos representam a jurisdição da Declaração Universal dos Direitos Humanos na medida em que ampliam e detalham os direitos nela contidos.

A formação do Sistema Global de Direitos Humanos, como visto, se dá pelo uso de instrumentos normativos e de mecanismos práticos (convencionais e extraconvencionais), que, utilizados conjuntamente com as normas dos sistemas domésticos dos Estados, permitem uma postura diferenciada quanto à questão da proteção dos direitos humanos.

As Nações Unidas agem de acordo com o princípio da igualdade de soberania dos seus membros, que estão obrigados a cumprir de boa fé os

compromissos da Carta das Nações Unidas, de forma que as controvérsias internacionais devem ser solucionadas pacificamente, abstendo-se da ameaça ou do uso da força. Igualmente, cabe aos Estados-membros auxiliarem as Nações Unidas a atuarem conforme se fizer necessário, assim como não podem agir de forma a amparar Estados que estejam sendo sancionados pela Organização.

Percebe-se que os Estados são coniventes ou ineficientes quanto às respostas das violações dos direitos humanos, sendo necessária a intervenção do Sistema ONU para prevenir conflitos internos. Vale ressaltar que a intervenção não implica abandono dos mecanismos nacionais, tampouco submissão, retrata um fortalecimento das estruturas disponíveis garantidoras dos direitos individuais no âmbito interno.

### *2.1. Declaração Universal de Direitos Humanos*

Em 1948, adotou-se, por meio da Resolução n. 217 A (III) da Assembleia Geral, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com aprovação de 48 Estados e abstenção de outros oito, dentre eles: Bielo-Rússia, Polônia, Arábia Saudita, Ucrânia, União Soviética, África do Sul e Iugoslávia— considerando que os mesmos foram os maiores violadores dos direitos humanos no decorrer da história, nada que não seja compreensível quando analisado dentro de seu contexto histórico. Cabe ressaltar que não houve nenhuma reserva ou questionamento ao texto proposto, trazendo a ideia de que pela primeira vez os Estados trabalhavam de maneira coesa.

A Declaração é uma norma comum que visa à proteção absoluta dos direitos humanos. Estabelece que tais direitos devem ser compreendidos de forma universal e indivisível, entendendo que a dignidade da pessoa humana é o elemento justificador para que a aplicabilidade desses direitos enunciados seja imediata e de maneira ampla, pois não se fala mais em direitos civis e políticos, defendem-se igualmente os direitos econômicos e sociais, colocando-os no mesmo plano de importância.

Equiparar liberdade com igualdade, pela primeira vez, dá à Declaração o ar contemporâneo do que se entende por direitos humanos, ou seja: as dimensões de direitos não se sobrepõem, mas se complementam, acumulam e expandem. Ultrapassamos as categorias formais para chegarmos ao plano prático, no qual sem a garantia de um direito todos os outros estarão prejudicados.

### 3. Sistemas Regionais de Direitos Humanos

Prevendo que o controle universal das questões relativas à defesa dos direitos humanos tornar-se-ia, com o tempo, tarefa árdua de ser realizada se mantida centralizada, o movimento de elaboração de normas regionais lentamente foi sendo delimitado aliando-se ao fortalecimento dos Estados Democráticos, que reconheciam a importância de sua sobrevivência.

As Cartas de Direitos Humanos eram o indicativo desse processo que se iniciava, seguidas pela criação das Convenções, que tratavam especificamente da proteção dos direitos e garantias fundamentais tão desejados. Tal processo tem início a partir da Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, seguida da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1967, e da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981.

Cada sistema regional surgiu em um momento histórico específico, de acordo com as realidades de seu continente, fugindo, portanto, de uma universalidade, de uma uniformização. O sistema global e o regional são complementares e fundamentados na mesma base funcional, por isso, seu conteúdo normativo, a princípio, ser similar, refletindo os apontamentos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O instrumento global deve conter um *standard* normativo mínimo, enquanto que o instrumento regional deve ir além, adicionando novos direitos, aperfeiçoando outros, levando em consideração as diferenças peculiares em uma mesma região ou entre uma região e outra. (...) cabe ao indivíduo que sofreu a violação de direito a escolha do aparato mais favorável, tendo em vista que, eventualmente, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional, ou ainda, de alcance geral ou especial. Nessa ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. (p. 79) <sup>5</sup>

Fica claro que essa formatação visa dar maior capacidade de defesa aos indivíduos; vale a primazia da norma mais favorável. Nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada para limitar qualquer direito ou liberdade dados pelo Estado-parte.

A aceitação de novos mecanismos de responsabilização e de controle internacional sobre a violação de direitos fundamentais, atuam na insuficiência ou na falha das instituições nacionais, levando à democratização do cenário internacional quanto aos sujeitos do Direito Internacional.

#### ***4. Sistema Interamericano de Direitos Humanos***

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos decorre de dois documentos: a Carta da Organização dos Estados Americanos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

##### ***4.1. Carta da Organização dos Estados Americanos***

No que tange à Carta da Organização dos Estados Americanos, cabe retroceder alguns passos para que se clarifique o surgimento do Sistema Interamericano. Antes do Sistema, ocorreu a integração americana no final do século XIX, que visava alcançar os seguintes objetivos: segurança coletiva; cooperação econômica; relações harmônicas quanto às questões políticas, culturais e ideológicas. Tal cenário data de 1826, época em que se vislumbrou a construção de uma confederação entre os Estados Americanos para se resguardar a independência e manter a paz entre eles.

Em 1889, com a Primeira Conferência Internacional Americana, houve uma movimentação para a criação do Sistema Interamericano, na qual foram discutidos os meios pacíficos para se atingir um maior desenvolvimento de seus membros, por meio da política de solução de controvérsias e da cooperação econômica.

Surge durante a 9ª Conferência Internacional Americana, na cidade de Bogotá em 1948, contando com a participação de 21 países americanos, o processo que adequava a então vigente estrutura do Sistema Interamericano com o que havia sido proposto pela Organização das Nações Unidas, em 1945. Neste momento, surgem a Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta de Bogotá); o Pacto de Bogotá e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que entraram em vigor a partir de 13 de dezembro de 1951.

A Carta da OEA tinha por objetivo não apenas a busca pela paz e pela justiça, mas também a obtenção de um tratamento solidário entre os países. Pretendia possibilitar que a soberania fosse destacada como algo a ser tratado em colaboração e defendido por todos os membros da Organização, abrindo espaço para o surgimento de democracias representativas, nas quais fosse possível atingir a integridade e a independência dos países americanos.

#### ***4.2. Convenção Americana de Direitos Humanos***

O Sistema Interamericano, por outro lado, também é regido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, que entrou em vigor apenas em 1978, quando o 11º instrumento de ratificação foi depositado, conforme previsão contida na própria Convenção sobre sua efetivação.

A Convenção representa o instrumento de maior relevância no Sistema, versando primordialmente sobre direitos de primeira dimensão, visto que pretendeu evitar as reiteradas violações dos direitos relacionados à liberdade e à integridade dos indivíduos que estavam sob a jurisdição dos países do Continente Americano, conforme já havia sido observado no decorrer da história de alguns de seus membros contra os governos ditatoriais. Em momento posterior, vieram a ser integradas ao conteúdo normativo outras dimensões dos direitos humanos, através de protocolos.

Em 1998, a Assembleia Geral da OEA adotou o Protocolo de São Salvador, que cuidava dos direitos econômicos, sociais e culturais, vinculandoos Estados-partes a criar meios, cooperando entre si, para progressivamente efetivar os direitos, fomentando educação, ciência e cultura, de acordo com os recursos disponíveis, por meio de instrumentos de qualquer ordem, inclusive por via legislativa.

Cabe aos Estados-partes manter, a qualquer tempo, o respeito aos direitos e às liberdades enunciados na Convenção e nos respectivos protocolos ratificados por ela, trabalhando de forma a atingir plenamente toda pessoa que esteja sob sua jurisdição, seja cidadão ou não daquele Estado.

Compete também ao Estado organizar seu aparato governamental, prevenindo, investigando e punindo as possíveis violações que venham a acontecer, garantindo juridicamente a retratação devida e, quando possível, a justa indenização à vítima. Relembramos que o Estado não pode invocar as disposições de seu direito interno ou normas de conduta social para justificar o não cumprimento de um tratado internacional. Além disso, pode ser condenado por ação ou omissão – referente a ato de seus agentes ou a tolerância aos atos praticados por particulares.

O Brasil ratificou a Convenção por meio do Decreto Legislativo nº 27, aprovado pelo Congresso Nacional e colocado em vigor pelo Decreto Presidencial nº 678, de 1992, estando de acordo com os tramites enunciados na Convenção, trazendo a este documento força normativa.

O Sistema Interamericano é composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, servindo como estruturas responsáveis pelo monitoramento e implementação dos direitos enunciados na Convenção. A Convenção Americana de Direitos Humanos veio fortalecer a Comissão Interamericana, que existia desde 1960 como estrutura autônoma da OEA.

### ***5. Comissão Interamericana de Direitos Humanos***

A Comissão é um órgão central e autônomo da Organização dos Estados Americanos, que atua na supervisão e monitoramento das obrigações internacionais dos Estados-membros da Organização em matéria de direitos humanos no âmbito regional, agindo com órgão consultivo. Cabe à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a função de receber as denúncias de violações que são apresentadas, proteger as supostas vítimas e dar publicidade dos fatos ocorridos para a comunidade internacional.

Compõem a Comissão sete membros eleitos pela Assembleia Geral da Organização, para o período de quatro anos, capazes de se reeleger uma única vez, estando impedidos, durante o mandato, de exercer qualquer atividade que possa afetar sua independência e imparcialidade, ou afetar a dignidade e o prestígio de seu cargo na Comissão. Ficam igualmente impossibilitados de representar vítimas e familiares e tampouco Estados em medidas cautelares, petições ou casos individuais perante a Comissão.

É permitida à Comissão atribuir tarefas ou mandatos específicos a um de seus membros, ou grupo de membros, visando preparar o período de sessões ou de execução de programas, estudos e projetos especiais. Cabe designar também um membro ou grupo deles para exercer a relatoria do país. Assegura-se a cada Estado-membro da OEA um relator, podendo ter relatorias temáticas ou relatores especiais, que defina previamente as atividades a serem desenvolvidas e as metodologias a serem aplicadas.

Tem como prerrogativa a acessibilidade ao maior número possível de indivíduos, pois diferentemente do que acontece com a Corte Interamericana, que apenas aceita denúncias dos Países-membros e da própria Comissão, esta se abre às supostas vítimas, a qualquer pessoa ou organização não governamental legalmente reconhecida, em nome próprio ou de terceiros, que se sintam violadas em quaisquer direitos que sejam enunciados pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pelo Protocolo Adicional à

Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), pelo Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que estejam em conformidade com as regras do Estatuto e do Regulamento da Comissão, e que deseje buscar respostas que não tenham sido obtidas no âmbito interno.

Apresenta como possibilidade a utilização de medidas cautelares frente às situações de gravidade e urgência. A Comissão pode, por iniciativa própria ou a pedido da parte, solicitar que um Estado adote medidas, individuais ou coletivas, para prevenir danos irreparáveis às pessoas ou a um objeto que estejam, ou não, relacionadas a um processo de petição ou de caso pendente. Ao Estado é permitido, a qualquer momento, requerer mediante fundamentação o cessar da medida cautelar, cabendo à Comissão investigar junto aos beneficiários analisando as provas apresentadas pelo Estado que corroborem a ideia de saneamento do problema ou motivo adequado que permita a interrupção da medida.

A petição individual, tal como no sistema global, deve responder a determinados requisitos de admissibilidade, tais como: prévio esgotamento dos recursos internos; injustificada demora processual; a legislação doméstica não promover o devido processo legal; existência de litispendência internacional. Requer que se prove que todos os recursos tenham sido empregados, ou então que inexista legislação interna no Estado que garanta a proteção do direito ou dos direitos que se presumem violados, não tendo sido permitida à suposta vítima o direito de acessar os recursos da jurisdição interna, ou se, tendo atingido, tenha sido impedida de esgotá-los ou, ainda, que o tempo para decidir seja injustificado. Se for inviável ao peticionário provar os requisitos de admissibilidade, caberá ao Estado denunciado provar que são falsas as alegações.

O prazo para entrega da petição é de seis meses, contados a partir da data em que se presume que a suposta vítima tenha sido informada da decisão que esgota os recursos internos, ou dentro de prazo razoável quando se perceber as hipóteses acima enumeradas que excepcionam a regra do esgotamento dos recursos internos.

No que tange à admissibilidade, após analisados os pré-requisitos, será encaminhada denúncia ao Estado acusado, para que, tendo conhecimento das acusações, possa se defender e encaminhar as informações pertinentes – no prazo de dois meses, prorrogáveis até no máximo três meses, caso se

comprove real necessidade de prorrogação. Anúncio este que não representa ainda aceitação da denúncia feita. Antes de se pronunciar pela admissibilidade da petição, as partes são convidadas a apresentar informações adicionais, por escrito ou em audiência.

As petições individuais devem, obviamente, incluir elementos como nome, moradia e assinatura da alegada vítima ou do seu representante legal. Se a petição ou comunicação não preencher esses requisitos ou for, por exemplo, “manifestamente infundada”, a Comissão irá declará-la inadmissível. Caso contrário, será declarada admissível, o que implica que a Comissão solicitará às partes o fornecimento de informação adicional que lhe permita uma análise mais aprofundada do caso. Poderá também proceder a uma investigação no local e ouvir depoimentos orais, para além das exposições escritas. Nessa fase, a Comissão pode, ainda, declarar a petição ou comunicação inadmissível, improcedente ou infundamentada.

A Comissão atua, a priori, como órgão consultivo, mas também como uma etapa processual para o acesso das petições individuais à Corte, recebendo a denúncia das supostas vítimas, processando-as de acordo com os requisitos estabelecidos no Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e, se considerá-las válidas, dando prosseguimento ao exame para, posteriormente, fazer as recomendações aos Estados-membros da Convenção, podendo até requisitar o cumprimento de medidas cautelares, decidindo, ao final, se encaminha ou não o caso à Corte Interamericana.

Para os Estados que não aceitaram a cláusula de jurisdição da Corte Interamericana, a Comissão se torna o único meio de solução de conflitos, tendo sua atuação ligada à Carta da OEA, e do Estatuto da Comissão, além da Convenção Americana, concentrando em si o recebimento da denúncia, a investigação dos fatos, a análise dos argumentos jurídicos das partes e a aplicação de uma possível sanção.

Aos Estados-membros da OEA que não fazem ainda parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Comissão dispõe de competência para receber petições que aleguem violação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Cabe à Comissão, por ser a princípio um órgão consultivo, buscar a solução dos conflitos de forma amistosa, fazendo recomendações ao governo dos Estados, solicitando a adoção de medidas adequadas à proteção dos direitos enunciados na Convenção, conciliando conflitos entre os governos e os indivíduos ou grupos sociais que se sintam violados e que tenham

se manifestado por meio de petições individuais, ou, ainda, elaborando estudos e relatórios, requisitando informações aos governos sobre as medidas por eles realizadas com vistas a cumprir o previsto pela Convenção e, quando percebidas irregularidades, submetendo à Assembleia Geral da OEA relatório que reporte a não correção das falhas apontadas anteriormente, seja por intermédio de relatórios ou após visita *in loco*, e, por fim, encaminhando o caso à Corte.

A Comissão poderá, por maioria absoluta de votos, emitir sua própria opinião e conduzir o caso, apontando recomendações e prazos para o Estado tomar as medidas cabíveis para a solução do problema. Findando o prazo, a Comissão pode votar se as medidas recomendadas foram adotadas, publicando o informe por ela elaborado. No prazo de três meses, contados a partir do dia da remessa do relatório ao Estado denunciado, o caso poderá ser encaminhado à Corte. Não ocorrerá se o Estado reconhecer os fatos por declaração expressa e específica.

(...) os poderes da Comissão passaram a compreender, a par do sistema de relatórios (de tipos distintos, como relatórios de sessões, relatórios anuais e relatórios sobre determinados países), o exame de comunicações, visitas a Estados (com sua aquiescência), e preparo de estudos e seminários. Seus poderes originalmente limitados expandiram-se mediante o processo de interpretação liberal e extensiva; o fato de que seus membros atuavam em sua capacidade pessoal – e não como representantes de seus respectivos Estados – certamente favoreceu a interpretação liberal e ampla do Estatuto e Regulamento da Comissão. (p.28) <sup>5</sup>

## ***6. Corte Interamericana de Direitos Humanos***

A Corte Interamericana é um órgão jurisdicional do sistema regional, sediada em São José, na Costa Rica. Sua atuação é aplicável nos Estados que a tenham reconhecido expressamente, devido à cláusula de adesão ser facultativa. Ela não prevê uma substituição dos tribunais internos e tampouco serve como tribunal recursal, ou para cassação de decisões dos tribunais internos.

A Corte é composta por sete juízes, escolhidos à título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos e que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais de acordo com a Lei do

Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos. Os juízes da Corte podem ser indicados ou eleitos pelos Estados-partes da Convenção, mas não precisam ser nacionais destes, mas devem ser nacionais de um Estado da OEA.

Não poderá haver dois juízes de mesma nacionalidade, e cada juiz terá mandato de seis anos, renováveis por uma única vez. Devido ao Princípio da Identidade Física do juiz, aqueles que tiverem casos sob seu conhecimento e que estejam em fase de sentença ainda não decidida, estarão a estes vinculados não podendo ser substituídos mesmo após o término de seus mandatos.

Para que um caso possa ser reconhecido, faz-se necessário que os trâmites na Comissão tenham sido concluídos ou que um Estado tenha efetuado denúncia contra outro membro.

A atuação da Corte reforça o dever dos Estados-partes de organizar um aparato governamental com vistas a assegurar o pleno exercício dos direitos humanos, sendo estes responsáveis por prevenir, investigar e punir qualquer violação dos direitos enunciados, sempre que possível restaurando-os, sob pena de sanção. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando for necessário para evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, pode adotar medidas provisórias que lhe pareçam pertinentes. Cabe atuação do Tribunal, também, quanto às medidas provisórias pedidas pela Comissão, mesmo nos casos em que não tenha chegado ao conhecimento da Corte.

Diferentemente da Comissão, a Corte tem competência consultiva e contenciosa. No plano consultivo, qualquer membro da OEA tem capacidade de solicitar um parecer quanto à interpretação da Convenção ou de outro tratado sobre a proteção dos direitos humanos. Tal ponto vem sendo, ao longo do tempo, alvo de críticas, visto que infla a atuação da Corte, tirando o foco de competência. Essa atuação excessiva desvia seu atuar como órgão de controle dos direitos garantidos na Convenção. A Corte pode, ainda, opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais.

Quanto à sua função contenciosa, a competência da Corte restringe-se ao julgamento de casos em que os Estados-partes da Convenção a reconheçam. Cabe lembrar que a legitimação para provocar a Corte é da Comissão Interamericana e dos Estados, sendo expressamente proibido aos indivíduos qualquer tipo de manifestação autônoma (art.61, Convenção Americana).

A Corte tem jurisdição para examinar casos que envolvam a denúncia de que um Estado-parte violou direito protegido pela Convenção. Se reconhecer que efetivamente ocorreu violação à Convenção, determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado. A Corte pode ainda condenar o Estado a pagar uma justa compensação à vítima. (...) A decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. Se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado. (p. 98) <sup>6</sup>

Na função contenciosa, a Corte apresenta duas fases a serem vencidas, sendo a primeira, a escrita, na qual a demanda é apresentada por escrito, citando o direito violado, as pessoas envolvidas, descrevendo fatos, apontando provas, fundamentos de direito, listando as pessoas designadas pela Comissão para representar o caso perante a Corte e assinalando algumas conclusões.

Após a apresentação da denúncia, abre-se ao Estado, no prazo de três meses, a oportunidade de declarar as exceções preliminares, apontando possíveis incompatibilidades no pedido ou arguindo falta de admissibilidade da causa. Vale dizer que as exceções têm momento próprio para acontecer, apenas são aceitas na contestação, e deverão expor os fundamentos de fato e de direito, as conclusões e os documentos de apoio, bem como a menção dos meios de prova que o autor da exceção pretenda se utilizar.

As exceções não causam efeito suspensivo no processo. Considerando pertinente, a Corte pode anunciar uma audiência especial para que se discutam as exceções preliminares, decidindo então sobre as mesmas. Caso seja possível, atentando-se ao princípio da economia processual, poderá a Corte, também, decidir sobre o mérito, se seus membros entenderem que já existem provas suficientes para que dele se extraia uma conclusão.

Após a fase escrita segue-se a fase oral, na qual se iniciam os julgamentos do caso, com os respectivos representantes das supostas vítimas, do Estado e da Comissão. É permitido aos juízes formular perguntas que considerem pertinentes a toda pessoa que compareça perante a Corte.

Cabe ressaltar que, diferentemente das decisões da Comissão, as sentenças da Corte são definitivas e inapeláveis. Esta se pronuncia sobre a responsabilidade do Estado demandado pelos fatos apresentados e sobre o

dever de garantir à vítima o gozo dos direitos e liberdades violados. Decidem ainda sobre as reparações, indenizações e os pagamentos das custas.

A Corte vem se pronunciando sobre os direitos humanos fundamentais consagrados na Convenção, relacionando-os com a obrigação legal do Estado-parte, decorrente da assinatura da Convenção, de adotar as medidas legislativas ou quaisquer outras cabíveis para o pleno reconhecimento desses direitos. Entretanto, percebe-se que a Corte ainda precisa se fortalecer quanto à cobrança de realização de medidas de direito interno que respaldem preventivamente os danos que possam vir a ser cometidos.

## **7. Conclusão**

Como pode ser observado, o presente artigo caminhou primeiramente pelo contexto histórico dos direitos fundamentais no plano internacional, de forma a justificar a existência das Cartas enunciativas de direitos ligados ao indivíduo e, principalmente, a sua dignidade como pessoa humana. Apontou-se a formação do Sistema Universal de Proteção aos Direitos Humanos, ligado à atuação da Organização das Nações Unidas, e, por fim, abordou-se também a relevância da criação dos Sistemas Regionais de Proteção, especificamente do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Ressaltamos que, ao ampliar o âmbito de atuação quanto aos direitos humanos (no plano universal ou regional) por meio desses sistemas, seja em caráter consultivo, como ocorre na Comissão, ou em caráter consultivo e contencioso, como é observado na Corte, estando propositalmente fora do domínio dos Estados, permite-se que haja uma segurança jurídica maior no que diz respeito à garantia dos bens jurídicos tutelados pelas Convenções e Acordos ligados aos sistemas de proteção.

Ampliar a jurisdição desses tribunais, não objetivando superar a jurisdição doméstica dos Estados, assim como servir como um revisor de decisões, permite aos indivíduos que seja garantida a discussão dos direitos enunciados e a certeza de que não se quedarão impunes os Estados – além de não respaldarem seus cidadãos ou qualquer indivíduo que estiver, mesmo que temporariamente, sob sua jurisdição, ainda são coniventes com a morosidade proposital de seu sistema judiciário ou expressamente indiferentes ao reconhecimento de uma violação de direitos.

No que tange à análise do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, buscamos demonstrar os aspectos técnicos dos órgãos que compõem o mesmo de forma a salientar que toda a estrutura utilizada visa, sobretudo,

a maior segurança jurídica dos indivíduos. No entanto, no decorrer de nossos estudos, foi possível perceber que há uma diferença relevante entre os legitimados com acesso à Comissão e a Corte.

Quanto à Comissão, entendemos que permitir que a recepção das petições individuais das supostas vítimas, ou de qualquer pessoa ou organização governamental reconhecida agindo em nome próprio ou de terceiro, é um grande avanço se comparado ao rol de legitimados, por exemplo, da Corte Europeia, que só permite a participação dos Estados signatários e somente dá acesso aos particulares contra o Estado caso haja o reconhecimento do direito de recurso individual. A ampliação dos peticionários demonstra um caráter democrático do sistema, uma tentativa de alcançar o maior número de possíveis vítimas, discutindo e ampliando a efetividade dos direitos humanos.

No caso da Corte Interamericana, no entanto, a situação se inverte. Reduzindo o rol de peticionários, acreditou-se que seria possível obter um refinamento no recebimento das denúncias. A Corte, como sabemos, só admite casos encaminhados pela Comissão Interamericana e pelos Estados. Contudo, entendemos que a restrição de entrada de pedidos individuais se mostra um entrave à reparação dos direitos violados em determinadas situações. Caberia, segundo nossa análise, que se permitisse ao menos o petitionamento individual direto em casos de relevância e urgência observáveis de plano, para assim democratizar ainda mais a Corte. Tal comportamento causaria maior celeridade aos processos em trâmite na Corte, evitando que o indivíduo ou grupo de indivíduos que se sinta violado tenha que passar por um processo de admissibilidade complexo, possibilitado o início de novo processo no qual o Estado violador poderá ser sancionado.

Apesar de reconhecermos os mecanismos de medidas cautelares disponíveis para a própria Comissão, entendemos que em determinados casos eles não são justos o suficiente, visto que a suposta vítima já passou por todo o processo de discussão da violação do bem jurídico tutelado no âmbito interno da jurisdição de seu Estado, e ainda precisa passar pela avaliação da Comissão, para só então chegar a Corte. Processo muito longo para quem já sofreu demais; em nome da dignidade da pessoa humana, deveríamos estabelecer meios mais céleres e eficientes para tornar esse processo justo.

## 8. Notas

<sup>1</sup> Aluna do 5º período do Curso de Direito da Universidade Candido Mendes - Centro.

<sup>2</sup> Este trabalho é resultado de pesquisa realizada no Núcleo de Pesquisa Jurídica da Universidade Candido Mendes - Centro, coordenado pelo Professor Farlei Martins Riccio e sob orientação do Professor Igor Luís Pereira.

<sup>3</sup> Trindade, 2000.

<sup>4</sup> Piovesan, 2010.

<sup>5</sup> In: "Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: legislação e jurisprudência". 2001.

<sup>6</sup> Ibid.

## 9. Referências Bibliográficas

DOUZINAS, Costas. O Fim dos Direitos Humanos. Trad. Luiza Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

GALLI, Maria Beatriz; DULITZKU, Ariel. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o seu papel central no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. GALLI, Maria Beatriz; KRSTICEVIC, Viviana; DULITZKU, Ariel. A Corte Interamericana de Direitos Humanos: Aspectos Procedimentais e Estruturas de seu funcionamento. LIMA JR., Jayme Benvenuto. O Sistema de Proteção dos Direitos Humanos.

PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: A Convenção Americana de Direitos Humanos.

\_\_\_\_\_. Temas de direitos humanos. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n.28, fevereiro, 1999. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1634>. Acesso em: 3 maio 2012.

SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: legislação e jurisprudência*. (Série Estudos, n. 13). São Paulo: 2001. 856 p.

SEGALIN, Gabriele Rigo; SEGALA, Guilherme de Oliveira. A organização dos Estados Americanos. Site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria-RS. Disponível em: <http://www.ufsm.br/direito/artigos/internacional/oea.htm>. Acesso em: 26 maio 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas. (Série Prometeu / Edições Humanidades). 2ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. 214 pp.

ZANELATTO, Natália V.B.; CORDEIRO, Douglas A. Os direitos humanos como normas imperativas de direito internacional e a Corte Europeia de direitos humanos.

## Sites da internet

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/>.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/>.

# A REGULAÇÃO ESTATAL DA VIGILÂNCIA EM SAÚDE: TRANSPARÊNCIA E ACCOUNTABILITY À LUZ DA LEI COMPLEMENTAR 141/2012

---

*Sérgio Guerra'*

**Introdução;** 1. O sistema de vigilância em saúde no Brasil; 2. Organização administrativa brasileira hierarquizada: do modelo weberiano e a busca pela administração gerencial; 3. Práticas gerenciais na estrutura administrativa do Estado no Reino Unido; 4. Modelo de entidades independentes dos Estados Unidos da América; 5. O modelo de regulação da vigilância em saúde: a ANVISA e suas competências regulatórias; 5.1. Competências da ANVISA; 5.2. Autonomia regulatória da ANVISA; 5.3. Autonomia regulatória versus a atuação da Advocacia-Geral da União – AGU; 5.4. Limites de normatização regulatória pela ANVISA; 6. Conclusão; 7. Notas.

## *Introdução*

Muito se debate acerca da forma ideal de atuação da administração pública brasileira nos tempos atuais. Parece ser unânime que essa deve ser moderna; deve ter como vetor de sua atuação a necessidade de ser ágil, eficiente, transparente e, assim, ter capacidade para resolver os problemas cotidianos da população.

Mas, por que a forma de atuação da organização administrativa brasileira vem se intensificando e pautando os debates mais recentes sobre a atuação da administração pública? Um fato é, entre nós, de capital importância para essa ordem de questões.<sup>2</sup> Despontou no Brasil, nas letras promulgadas da Carta Cidadã de 1988, o desenho de um novo Estado de Direito, agora democrático, estruturando a ordem social focada no trabalho, bem-estar e justiça social, e a ordem econômica sobre os pilares da livre-iniciativa e da valorização do trabalho humano.

Sob o ideal de que compete ao Estado formular políticas públicas visando, cumulativamente, regular a competitividade nos mercados e promover o bem comum da sociedade (meio), o foco, a meta maior, passa a ser alcançar instrumentos de elevação e proteção da dignidade da pessoa humana (fim).

Presencia-se um novo e instigante sistema, em que o protagonismo do Poder Executivo, o conhecido intervencionismo exacerbado no campo econômico, cede lugar à atuação estatal regulatória, com desafios atinentes à alta complexidade cotidiana e questões sociais que demandam novas soluções para atingir o bem-estar do cidadão.

Um dos principais traços dessa fase por qual passa a sociedade brasileira está no fato de que a atuação estatal em determinado aspecto do conjunto social tende a produzir reflexos em outro segmento e a afetar o direito individual. Isto é, diante da enorme diversidade de interesses contrapostos, a implementação de políticas públicas, regra geral, não atende satisfatoriamente a todos os desejos e expectativas dos brasileiros.

Diante desses desafios, trazidos, em parte, pela forte complexidade cotidiana, mas também impostos pela Constituição Federal de 1988, não há dúvida de que as ações governamentais em saúde necessitam de maior eficácia, de melhor aplicação dos recursos orçamentários, ao contrário do que, em muitos casos, ainda ocorre sob o rótulo da vetusta *escolha discricionária*.<sup>3</sup>

O Estado deve funcionar de maneira eficiente; isto é, deve ser um instrumento para o desenvolvimento nacional e prestar contas de suas atividades. Áreas que abrangem políticas públicas voltadas à melhoria na gestão da saúde, programas de infraestrutura para moradia e saneamento básico devem ser a base central do planejamento, imposto, de forma aberta, aos governos pelo atual sistema constitucional.

Ademais, vive-se, sob a forma de Estado Regulador, uma fase em que a organização pública não é capaz de planejar, financiar e executar, isolada-

mente, todos os investimentos estratégicos necessários para o desenvolvimento do país.

É necessária, como vem ocorrendo nos últimos anos, a formação de consórcios e parcerias entre governos das diferentes esferas (União, Estados e Municípios), entidades da administração indireta, organismos internacionais, organizações não governamentais e empresas privadas. Apenas assim o Governo poderá viabilizar a execução de diversos programas estruturados nas políticas públicas voltadas à saúde.

Recentemente, esses aspectos passaram a fazer parte da estrutura normativa e regulatória do sistema de saúde brasileiro. Foi editada a Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012, dispondo acerca das ações e serviços públicos de saúde.

Por meio dessa norma, foram estruturadas as ações e serviços públicos de saúde; os critérios para o repasse, a aplicação, a movimentação de recursos financeiros da União e dos Estados; a ideia de transparência, visibilidade, fiscalização, avaliação e controle da gestão dos serviços de saúde; tudo, como mencionado, visando trazer mecanismos de *accountability* para esse importante serviço público.

Essa normativa inovou ao tratar da **vigilância sanitária**, trazendo o conceito de **vigilância em saúde**, mais amplo pois passa a incluir os aspectos epidemiológicos, cujo teor dispõe o artigo 3º: Art. 3º Observadas as disposições do art. 200 da Constituição Federal, do art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 e do art. 2º desta Lei Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a: I - **vigilância em saúde**, incluindo a epidemiológica e a sanitária.

Para enfrentar todos esses desafios, como está estruturada a organização administrativa brasileira em termos de **vigilância em saúde**? Neste artigo, busca-se examinar, inicialmente, a estrutura do modelo alienígena que inspirou a criação das entidades reguladoras brasileiras, para, assim, investigar a natureza jurídica da atual agência responsável pela vigilância em saúde, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Será analisada a sua competência, a sua autonomia diferenciada frente às demais entidades autárquicas (não especiais) que estão estruturadas sob a forma hierarquizada e os limites de atuação nesse novo desafio da regulação da saúde estatal, denominado **vigilância em saúde**.

## ***1. O sistema de vigilância em saúde no Brasil***

Antes de examinarmos a estrutura do modelo alienígena que norteou a criação das Agências Reguladoras brasileiras e, conseqüentemente, a ANVISA, cumpre verificar a evolução do sistema de **vigilância em saúde**, no Brasil.

Pelo Decreto nº 79.056/76, foi criada a Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária, SNVS, com o objetivo de proteger a saúde do consumidor, por meio de ações no controle da qualidade dos produtos de interesse da saúde: alimentos, cosméticos, domissanitários e medicamentos.

Para dar suporte às ações da vigilância sanitária foram editados alguns textos legais, referentes ao comércio de drogas. Dentre as normas, destacam-se: a) Lei nº 5.991/73, regulamentada pelo Decreto nº 54.170/74, que dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos; e b) Lei nº 6.360/76, regulamentada pelo Decreto nº 74.170/77, que dispõe sobre a produção de medicamentos, e a Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, que configura infrações à legislação sanitária federal e estabelece as sanções respectivas.

A SNVS, por deficiência estrutural – já que faltavam recursos humanos e administrativos, assim como normas para operacionalização e laboratório –, não supria a demanda das empresas fabricantes dos produtos regulados, tornando-se um cartório ineficiente. O desenvolvimento industrial acelerado exigiu maior agilidade da SNVS. Tais práticas resultaram na liberação para o comércio de alguns produtos sem critérios técnicos e científicos, sendo os registros aprovados sem maiores estudos e análises.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a vigilância sanitária ganhou importância dentro do capítulo da Saúde, que foi reforçado pela Lei Orgânica da Saúde nº 8.080/90 (lei que disciplina os preceitos constitucionais do SUS - Sistema Único de Saúde) ao se integrar ao conjunto das competências do SUS.

Dentre os avanços sociais, perpetrados pela Carta de 1988, a necessidade da criação de um sistema amplo de tutela da saúde pública não passou despercebida pelo legislador constituinte originário. A Carta política reservou, em especial, a Seção II do Capítulo II, do Título VIII, que trata da Ordem Social, para fixar os comandos normativos a serem observados nas disposições relativas à saúde, definida no caput do artigo 196 como “direito de todos e dever do Estado”.

A especial atenção dada pelo legislador Constituinte à saúde pública também se reflete na competência outorgada a todos os entes da federação para legislarem sobre essa matéria, *ex vi* do inciso XII, do artigo 24 e incisos I e II, do artigo 30, ambos da Constituição da República.

Com efeito, além de definir a saúde como um direito a todos assegurado, o legislador constituinte foi adiante, e, a fim de dar efetividade às suas disposições, estabeleceu diretrizes básicas do sistema de tutela desse direito fundamental.<sup>4</sup> Ao Sistema Único de Saúde, o legislador constituinte originário atribui competências específicas, conforme dispõe o artigo 200 da Constituição da República.<sup>5</sup>

Cumprindo a imposição constitucional de criação de um Sistema Único de Saúde, regionalizado e descentralizado em cada esfera de governo, conforme dicção expressa da Constituição da República, e diante das competências a ele atribuídas, o legislador ordinário editou a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Essa normativa dispôs sobre a participação da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios na composição do Sistema Único de Saúde, cada um exercendo suas atribuições específicas, conforme determina a repartição constitucional de competências.<sup>6</sup>

Destarte, para o exercício das competências específicas, fixadas pela Carta Magna e disciplinadas na legislação inferior, coube a cada ente da Federação adequar a sua estrutura de saúde às imposições do Sistema Único. Em especial, buscou-se a adequação quanto ao poder de polícia da vigilância sanitária, tendo em vista a sua peculiar natureza, que comporta ações que vão desde a proteção da saúde local no menor e mais longínquo dos municípios brasileiros, até aquelas que demandam uma atuação em âmbito nacional.<sup>7</sup>

A competência para legislar sobre saúde pública, e, portanto, sobre vigilância sanitária, está na esfera de todos os entes federativos: na esfera da União e dos Estados, em razão da competência concorrente prevista no artigo 24, XII; e na dos Municípios, em razão da competência residual do artigo 30, I, ambos da Constituição da República. Nesse sentido, abordando a repartição do poder de polícia administrativa entre os entes federativos, na qual se insere a vigilância sanitária, colhe-se a cátedra de Celso Antônio Bandeira de Mello, in *verbis*:

As três entidades jurídicas de capacidade política, União, Estados e Municípios, desempenham atividades de polícia administrativa. O problema que se coloca é o

de saber quais os campos em que incidirá a atuação de cada uma delas. Como critério fundamental, procede dizer-se que é competente para dada medida de polícia administrativa quem for competente para legislar sobre a matéria. Assim, a União exercerá em caráter exclusivo polícia administrativa sobre o que estiver arrolado no art. 22 da Constituição e concorrentemente com os Estados e Distrito Federal sobre o que consta no artigo 24. Estados irão exercitá-la em caráter exclusivo nas hipóteses abrangíveis no §1º do artigo 25 ou em concorrência com a União nas do art. 24, precitado. Municípios têm seu campo exclusivo de polícia administrativa no que disser respeito ao seu peculiar interesse, notadamente as matérias previstas no art. 30. O Distrito Federal, a quem compete, por força do art. 32, §1º, atribuições correspondentes à dos Municípios e às dos Estados (salvo no que concerne ao §1º do art. 25), exercerá polícia administrativa em caráter exclusivo no mesmo caso em que os Municípios a exercem e concorrentemente nas hipóteses do art. 24. Sucede que a recepção do critério lembrado exige certas precisões, para prevenir equívocos. Com efeito, muitas matérias há relacionadas com a competência da União que, quando ao fundo, só a elas são pertinentes, mas que repercutem diretamente sobre interesses peculiares do Município e por isso mesmo são suscetíveis de serem por ele reguladas e asseguradas nos aspectos que interferem com a vida e a problemática municipais. Eis por que este exercerá sua atividade de polícia na salvaguarda dos interesses pertinentes ao seu âmbito de ação mesmo quando, à primeira vista, em exame menos arguto, pudesse fazer parecer tratar-se de problema afeto a Estados ou União, nos termos da discriminação constitucional.

Contudo, notadamente no que se refere ao plano federal, na década de 1990 foi lançado pelo governo Collor o projeto INOVAR, com o objetivo de agilizar o processo de registro dos medicamentos. O Projeto, entretanto, acabou gerando análises técnico-científicas apressadas e deficientes. Apesar da espantosa quantidade de produtos colocados no mercado, esse momento caracterizou-se por uma crescente participação da sociedade civil e pela visão da vigilância sanitária como ação da cidadania numa *sociedade de risco*.<sup>8</sup>

Somente em 1999, por meio da Lei nº 9.782 e em substituição à Secretaria Nacional, foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e, recentemente, com a promulgação da Lei Complementar

141, de 13 de janeiro de 2012, dispôs-se acerca das ações e serviços públicos de saúde.

Por meio dessa normativa, foram estruturadas, agora sob a ótica da vigilância em saúde, as ações e serviços públicos para esse setor, bem como os critérios para o repasse, a aplicação, a movimentação de recursos financeiros da União e dos Estados, tudo inserido na ideia de transparência, visibilidade, fiscalização, avaliação e controle da gestão dos serviços de saúde.

Importante investigar, portanto, qual modelo foi seguido pelo Brasil na estruturação de entidade reguladora dotada de autonomia frente o poder público central.

## ***2. Organização administrativa brasileira hierarquizada: do modelo weberiano e a busca pela administração gerencial***

Sem prejuízo de algumas leis especiais e disposições constitucionais que disciplinam a matéria, o marco legal da organização administrativa brasileira ainda é disposto, em grande parte, pelo Decreto-Lei nº 200/67. Assim, o Brasil, em termos de organização administrativa, está próximo do modelo ainda não totalmente superado de administração *weberiana*<sup>9</sup> – não plenamente alcançada –, com ilhas de excelência, rotulada de pesada, lenta e ineficiente, que acaba por frustrar a sociedade.

Sabe-se que a administração pública ensaiou a adoção de um modelo mais eficiente, que, efetivamente, não foi implantado. Seguindo tal posicionamento, órgãos da administração federal passariam a trabalhar sob novo formato de atuação: a *administração gerencial*.

O modelo de *administração pública gerencial* emergiu na segunda metade do século XX, como tentativa de resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior.<sup>10</sup>

A eficiência da administração pública – a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário – tornava-se, então, essencial. Assim, pretendeu-se criar na administração pública brasileira uma nova mentalidade, uma cultura gerencial nos moldes do que já era praticado pelas organizações que enfrentavam os desafios da modernização.<sup>11</sup>

O paradigma gerencial contemporâneo, fundamentado nos princípios da confiança e da descentralização da decisão, exige: formas flexíveis de

gestão; horizontalização de estruturas; descentralização de funções; incentivos à criatividade. Contrapõe-se à ideologia do formalismo e do rigor técnico da burocracia tradicional. À avaliação sistemática, à recompensa pelo desempenho e à capacitação permanente, que já eram características da boa administração burocrática, acrescentam-se os princípios da orientação para o cidadão-cliente, do controle por resultados e da competição administrada.<sup>12</sup>

Como a função regulatória e seu modo de execução, por meio de órgãos com ou sem autonomia, não foi explicitada na Carta de 1988, esta afeta a discricionariedade legislativa. Apenas no artigo 20, XI, e no artigo 177 da Constituição Federal está prevista a criação de órgãos reguladores para os serviços públicos de telecomunicações e para as atividades monopolizadas da indústria do petróleo. Ambas as previsões não constavam do texto original, decorrendo de emendas constitucionais.

Assim é que, dentre algumas ações governamentais visando alcançar um modelo de *organização administrativa gerencial*, foram criadas (ou reestruturadas), no bojo do processo de desestatização, *entidades reguladoras independentes* (autarquias especiais vinculadas e não subordinadas ao Poder Público central), compondo, em parte, a chamada administração descentralizada ou indireta.

Na tentativa de estruturação desse modelo, foram criadas dez Agências Reguladoras federais. São elas: *Agência Nacional de Energia Elétrica* – ANEEL; *Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustíveis* – ANP; *Agência Nacional de Telecomunicações* – ANATEL; *Agência Nacional de Vigilância Sanitária* – ANVISA; *Agência Nacional de Águas* – ANA; *Agência Nacional de Saúde Suplementar* – ANS; *Agência Nacional de Cinema* – ANCINE; *Agência Nacional de Transportes Terrestres* – ANTT; *Agência Nacional de Transporte Aquaviários* – ANTAQ e *Agência Nacional de Aviação Civil* – ANAC.

Também foram reestruturadas entidades como o *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – CADE (criado em 10 de setembro de 1962 e recentemente alterado pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011) e a *Comissão de Valores Mobiliários* – CVM (criada em 7 de dezembro de 1976), trazendo, praticamente, a esses entes estatais as mesmas características das Agências Reguladoras.<sup>13</sup>

A criação de entes estatais reguladores seguiu tendência internacional<sup>14</sup> de reformar a administração pública mediante a elaboração de novas ferramentas gerenciais, jurídicas, financeiras e técnicas.<sup>15</sup>

Como se vê, buscou-se, no início da segunda metade da década de 90 do século passado, a implantação de novo marco teórico para a administração pública, que substituiu, em parte, a perspectiva burocrática *weberiana*. O modelo até então seguido (Decreto-lei nº 200/67) – sob a ótica de um corpo burocrático clássico – encontrava-se hierarquicamente em posição *subordinada* aos interesses governamentais. Entidades reguladoras, ao contrário, foram apenas *vinculadas* ao Poder Público central, com foco na implementação continuada das políticas de Estado (busca da separação entre formulação e execução de políticas públicas).

Naquele contexto histórico, partiu-se da ideia de que havia questões em que a visão política, inerente ao ciclo eleitoral, poderia afetar a adoção de práticas que precisam de continuidade e segurança jurídica.<sup>16</sup> São, por isso, consideradas práticas de Estado – e não de Governo.<sup>17</sup>

Essa ideia de descentralização governamental ocorrida no Brasil adveio do movimento estruturado no Reino Unido, denominado de “*New Public Management*” – NPM, adiante examinado.

### ***3. Práticas gerenciais na estrutura administrativa do Estado no Reino Unido***

O movimento estruturado no Reino Unido, denominado de “*New Public Management*” – NPM, foi adotado lá a partir da década de oitenta visando modernizar a organização administrativa, sendo utilizado para descrever a onda de reformas do setor público no período.

Com efeito, naquele período vários países – entre eles o Brasil – tentaram reformas que permitissem maior agilidade e flexibilidade à atividade estatal. Os diversos planos de melhora que, como dito, receberam a denominação comum de Nova Gerência Pública, e seus principais enunciados foram sintetizados em relatório da OCDE (1996). Tratavam-se de medidas destinadas a dotar a administração pública de um comportamento gerencial que aliviasse a máquina ou o aparelho do Estado.<sup>18</sup>

Os pontos centrais desse movimento se referiam à adaptação e à transferência dos conhecimentos gerenciais desenvolvidos no setor privado para o público, pressupondo a redução do tamanho da máquina administrativa, com ênfase crescente na competição e no aumento de sua eficiência.<sup>19</sup>

O programa do NPM pode ser resumido, de forma objetiva, nas seguintes medidas: (i) diminuir o tamanho do Estado, inclusive do efetivo

de pessoal; (ii) privatização de empresas e atividades; (iii) descentralização de atividades para os governos subnacionais; (iv) terceirização de serviços públicos (*outsourcing*); (v) regulação de atividades conduzidas pelo setor privado; (vi) transferência de atividades sociais para o terceiro setor; (vii) desconcentração de atividades do governo central; (viii) separação de atividades de formulação e implementação de políticas públicas; (ix) estabelecimento de mecanismos de aferição de custos e avaliação de resultados; (x) autonomização de serviços e responsabilização de dirigentes; (xi) flexibilização da gestão orçamentária e financeira das agências públicas; (xii) adoção de formas de contratualização de resultados; (xiii) abolição da estabilidade dos funcionários e flexibilização das relações de trabalho no serviço público.<sup>20</sup>

No âmbito das reformas administrativas, trazidas pelos governos Margaret Thatcher e John Major, foram criadas diversas entidades regulatórias. Destaque-se a “*Office of Telecommunication*” – OFTEL, na área de telecomunicações, criada no ano de 1984; a “*Office of Gas*” – OFGAS, para regular o setor de gás; e a “*Office of Electricity Regulation*” – OFFER, regulando o setor elétrico. Essas entidades, após a fusão no ano de 1999, transformaram-se na “*Office of Gas and Electricity Markets*” – OFGEM, abrangendo os setores de gás e eletricidade.<sup>21</sup>

Foram criadas a “*Water Services Regulation Authority*” – OFWAT<sup>22</sup>, para o setor voltado aos recursos hídricos; a “*Office of Rail Regulation*” – ORR<sup>23</sup>, para o sistema ferroviário; a “*Civil Aviation Authority*” – CAA<sup>24</sup>, para o setor aéreo; a “*Office of Fair Trading*” – OFT<sup>25</sup>, atuando na defesa da concorrência; e uma agência responsável por loterias, a “*Office of The National Lottery*” – OFLOT, sucedida pela “*National Lottery Commission*”.<sup>26</sup>

Veja-se que isso passou a ser uma tendência internacional. As *entidades reguladoras independentes*, com suas características próprias, estão implantadas em diversos países. A título exemplificativo, identificam-se as seguintes “agências”: “*independent regulatory commissions*”, estadunidenses; “*autorités administratives indépendantes*”, francesas; “*autorità indipendenti*”, italianas; “*administraciones independientes*”, espanholas; “*régies*”, canadenses; “*ambetswerk*”, suecas e finlandesas; e “*ministerialfreien Raums*”, germânicas<sup>27</sup>.

Cumprir, ainda, que o processo de unificação europeia tornou quase que imperativa a necessidade de coordenar a atividade das diversas agências reguladoras de cada país. Assim, foram criadas inúmeras instituições com esse objetivo.

Cite-se a *Agência Europeia para a Segurança da Aviação* – EASA. Essa entidade foi criada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da Europa no ano de 2002.<sup>28</sup> Vale destacar a *Autoridade Europeia de Segurança Alimentar* – EFSA, também criada no ano de 2002 pelo Conselho da Europa. É um órgão comunitário com personalidade jurídica própria, independente das instituições da comunidade.<sup>29</sup>

Cabe ressaltar a existência da *Agência Europeia de Segurança Marítima* – EMSA, criada em 2002 com o objetivo de reduzir o risco de acidentes marítimos, a poluição produzida por navios e a perda de vidas humanas no mar.<sup>30</sup>

Outro ente criado em 2003 é o *Grupo Europeu de Reguladores de Eletricidade e Gás* – ERGEG (*European Regulators Group for Electricity and Gas*), que surgiu no âmbito da Comissão Europeia como grupo assessor das autoridades reguladoras independentes de cada país, de forma a apoiar a Comissão na consolidação do mercado europeu de eletricidade e gás<sup>31</sup>; e, também, o *Grupo Europeu de Reguladores de Redes e Serviços de Comunicação Eletrônica* – ERG Telecom<sup>32</sup>, criado pela Comissão Europeia em 2002 com os objetivos de fomentar a cooperação e coordenação das autoridades nacionais de regulação com a Comissão, de promover o desenvolvimento do mercado interno de redes e serviços de comunicação eletrônica, e de lograr a aplicação efetiva, em todos os Estados-membros, das determinações do novo marco regulatório.

#### ***4. Modelo de entidades independentes dos Estados Unidos da América***

Para além do “*New Public Management*”, sofremos, no Brasil, direta influência estadunidense quanto à estruturação dos entes regulatórios autônomos. Com efeito, os Estados Unidos da América experimentaram um amplo e contínuo desenvolvimento da regulação setorial desde 1887, quando surgiu a “*Interstate Commerce Commission*”, com competência regulatória do transporte ferroviário interestadual.

Diante da experiência acumulada com tantas décadas de regulação setorial descentralizada, cumpre examinarmos os principais aspectos jurídicos relacionados a esses entes com independência frente ao Poder Executivo central.

Os “*Independent Establishments*” são entes estatais autônomos, dirigidos por um colegiado composto por *commissioners* eleitos pelo chefe do Poder

Executivo e investidos para exercer o múnus público por meio de mandato fixo. Desse modo, esses dirigentes somente podem ser exonerados em caso de falta grave.

Os mandatos dos *commissioners* variam, sendo certo que sempre são determinados por prazos escalonados, de forma que os mandatos não sejam coincidentes. A nomeação do *chairperson*, que preside o órgão colegiado, compete ao chefe do Poder Executivo, com prévia aprovação do Senado Federal.

*No modelo de “Administrative Agencies”, podemos encontrar, atualmente, as seguintes entidades norte-americanas: “Administrative Conference of the United States”, “Advisory Council on Historic Preservation”, “African Development Foundation”, AMTRAK (National Railroad Passenger Corporation), “Central Intelligence Agency” (CIA), “Commission on Civil Rights”, “Commodity Futures Trading Commission”, “Consumer Product Safety Commission” (CPSC), “Corporation for National and Community Service”, “Court Services and Offender Supervision Agency for the District of Columbia”, “Defense Nuclear Facilities Safety Board”, “Director of National Intelligence”, “Environmental Protection Agency” (EPA), “Equal Employment Opportunity Commission” (EEOC), “Export-Import Bank of the United States”, “Farm Credit Administration”, “Federal Communications Commission” (FCC), “Federal Deposit Insurance Corporation” (FDIC), “Federal Election Commission” (FEC), “Federal Energy Regulatory Commission”, “Federal Housing Finance Board”, “Federal Labor Relations Authority”, “Federal Maritime Commission”, “Federal Mediation and Conciliation Service”, “Federal Mine Safety and Health Review Commission”, “Federal Reserve System”, “Federal Retirement Thrift Investment Board”, “Federal Trade Commission” (FTC), “General Services Administration” (GSA), “Institute of Museum and Library Services”, “Inter-American Foundation”, “International Broadcasting Bureau” (IBB), “Merit Systems Protection Board”, “Millennium Challenge Corporation”, “National Aeronautics and Space Administration” (NASA), “National Archives and Records Administration” (NARA), “National Capital Planning Commission”, “National Council on Disability”, “National Credit Union Administration” (NCUA), “National Endowment for the Arts”, “National Endowment for the Humanities”, “National Labor Relations Board” (NLRB), “National Mediation Board”, “National Railroad Passenger Corporation” (AMTRAK), “National Science Foundation” (NSF), “National Transportation Safety Board”, “Nuclear Regulatory Commission” (NRC), “Occupational Safety and Health Review*

Commission”, “Office of Compliance”, “Office of Government Ethics”, “Office of Personnel Management”, “Office of Special Counsel”, “Office of the Director of National Intelligence”, “Office of the National Counterintelligence Executive”, “Overseas Private Investment Corporation”, “Panama Canal Commission”, “Peace Corps Pension Benefit Guaranty Corporation”, “Postal Regulatory Commission”, “Railroad Retirement Board”, “Securities and Exchange Commission” (SEC), “Selective Service System”, “Small Business Administration” (SBA), “Social Security Administration” (SSA), “Tennessee Valley Authority”, “U.S. Trade and Development Agency”, “United States Agency for International Development”, “United States International Trade Commission” e “United States Postal Service” (USPS).

### ***5. O modelo de regulação da vigilância em saúde: a ANVISA e suas competências regulatórias***

Identificada a origem e a influência alienígena, cumpre examinar as competências conferidas pelo legislador à ANVISA para regular o sistema de vigilância em saúde.

A ANVISA é uma autarquia de regime especial, possuindo autonomia em relação ao Poder Público. O regime especial – *i.e.*, diferenciado – significa que, à ANVISA, são conferidos privilégios específicos visando aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública.<sup>33</sup>

A natureza jurídica da autarquia não é nova no direito brasileiro. A descentralização autárquica, depois de certo declínio, ressurgiu restaurada como a melhor solução encontrada para conciliar a atuação típica de Estado, no exercício de manifestações imperativas, de regulação e de controle.<sup>34</sup> Essas atividades demandam personalidade jurídica de direito público com flexibilidade negocial, que é proporcionada por uma ampliação da autonomia administrativa e financeira, pelo afastamento das burocracias típicas da administração direta e, sobretudo, pelo relativo isolamento de suas atividades administrativas em relação à arena político-partidária.<sup>35</sup>

No direito positivo local, as autarquias surgiram com a edição do Decreto-lei nº 6016, de 22 de novembro de 1943, como um serviço estatal descentralizado com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei.

Em 1949, a Lei nº 830, de 23 de setembro daquele ano, que reorganizou o Tribunal de Contas da União ao fixar normas acerca do disposto no artigo 97 da Constituição Federal então vigente, definiu, em seu artigo 139, as entidades autárquicas como sendo: (i) o serviço estatal, descentralizado, com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio, independente do orçamento geral; e (ii) as demais pessoas jurídicas especialmente instituídas por lei para execução de serviço de interesse público ou social, custeadas por tributos de qualquer natureza ou por outros recursos oriundos do Tesouro.

Por sua vez, o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, definiu autarquia como o serviço autônomo com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, criado por lei para executar atividades típicas da administração pública que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. Exatamente por serem pessoas de direito público, as autarquias podem ser titulares de interesses públicos, ao contrário de empresas públicas e sociedades de economia mista. Estas, em sendo pessoas de direito privado, podem apenas receber qualificação para o exercício de atividades públicas, não, porém, para titularizar as atividades públicas.<sup>36</sup>

É justo concluir que a ANVISA tem natureza jurídica de direito público, criada com o objetivo de executar atividades típicas da administração pública (exercício de funções exclusivas de Estado). Além das atribuições de competência regulatória, com a ampliação das funções normativas e judicantes da administração pública indireta, pode-se congrega, em resumo, os seguintes elementos confirmadores da autonomia da ANVISA: organização colegiada; impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes; autonomia financeira e orçamentária; e, por último, a independência decisória.<sup>37</sup>

### **5.1. Competências da ANVISA**

Como mencionado, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) foi criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde.<sup>38</sup>

A ANVISA tem estrutura similar e natureza jurídica das demais entidades reguladoras independentes. É dirigida por uma Diretoria Colegiada, composta por até cinco membros, sendo um deles o seu Diretor-Presidente-

te. Os diretores devem ser brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação prévia do Senado Federal nos termos do art. 52, III, “f”, da Constituição Federal<sup>39</sup>, para cumprimento de mandato de três anos, admitida uma única recondução.

O Diretor-Presidente da Agência é de livre escolha e nomeação pelo Presidente da República, dentre os membros da Diretoria Colegiada. O Presidente é investido na função por três anos, ou pelo prazo restante de seu mandato, admitida uma única recondução por três anos.

Todos os dirigentes recebem mandato e, por isso, a exoneração imotivada somente poderá ser promovida nos quatro meses iniciais do mandato, findos os quais será assegurado seu pleno e integral exercício, salvo nos casos de prática de ato de improbidade administrativa, de condenação penal transitada em julgado e de descumprimento injustificado do contrato de gestão da autarquia. Nesse formato, a estrutura organizacional ultrapassa o viés hierarquizado típico do modelo *weberiano*.

A Agência tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

Compete à ANVISA, dentre outras atribuições, coordenar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; fomentar e realizar estudos e pesquisas no âmbito de suas atribuições; estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária; estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde.

Suas funções envolvem a capacidade de intervir, temporariamente, na administração de entidades produtoras, que sejam financiadas, subsidiadas ou mantidas com recursos públicos, assim como na dos prestadores de serviços e dos produtores exclusivos ou estratégicos para o abastecimento do mercado nacional; autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação e anuir com a importação e exportação de produtos mencionados na sua lei de criação; conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação; conceder e cancelar o certificado de cumprimento de boas práticas de fabricação; exigir, mediante regulamentação específica, a certificação de conformidade no âmbito do Sistema Brasileiro de Certificação (SBC) de produtos e serviços sob o re-

gime de vigilância sanitária segundo sua classe de risco; exigir o credenciamento, no âmbito do SINMETRO, dos laboratórios de serviços de apoio diagnóstico e terapêutico e outros de interesse para o controle de riscos à saúde da população, bem como daqueles que impliquem a incorporação de novas tecnologias.

No rol de atribuições ainda compete à agência exigir o credenciamento dos laboratórios públicos de análise fiscal no âmbito do SINMETRO; interditar, como medida de vigilância sanitária, os locais de fabricação, controle, importação, armazenamento, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços relativos à saúde; proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos; cancelar a autorização de funcionamento e a autorização especial de funcionamento de empresas, tudo isso no caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde.

Compete, ainda, coordenar as ações de vigilância sanitária realizadas por todos os laboratórios que compõem a rede oficial de laboratórios de controle de qualidade em saúde; estabelecer, coordenar e monitorar os sistemas de vigilância toxicológica e farmacológica; promover a revisão e atualização periódica da farmacopeia; manter sistema de informação contínuo e permanente para integrar suas atividades com as demais ações de saúde, com prioridade às ações de vigilância epidemiológica e assistência ambulatorial e hospitalar; monitorar e auditar os órgãos e entidades estaduais, municipais e distrital que integram o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, incluindo-se os laboratórios oficiais de controle de qualidade em saúde; coordenar e executar o controle de qualidade de bens e produtos relacionados em lei, por meio de análises previstas na legislação sanitária, ou de programas especiais de monitoramento da qualidade em saúde; e, por fim, atuar e aplicar as penalidades previstas em lei.

## ***5.2. Autonomia regulatória da ANVISA***

A questão da indicação dos membros da Diretoria da ANVISA é de capital importância, haja vista que se trata de uma entidade autônoma em relação ao poder central, sendo, em termos<sup>40</sup>, detentora de independência decisória.

Essa autonomia é necessária, conforme leciona Vital Moreira<sup>41</sup> que aponta diversas razões. A primeira seria a separação entre a política e a economia, de modo que a economia não permaneça nas mãos do Governo; a

segunda seria a garantia de estabilidade e segurança no quadro regulatório (inamovibilidade do mandato dos reguladores), de modo a não depender do ciclo eleitoral, mantendo a confiança dos agentes regulados quanto à estabilidade do ambiente regulatório. Segue sustentando, como razão para a autonomia, o favorecimento do profissionalismo e a neutralidade política mediante o recrutamento de profissionais especialistas, em vez de correligionários políticos dos governantes. Tem-se, ainda, a separação do Estado-empresário do Estado regulador, com o indispensável tratamento isonômico entre os operadores públicos e os privados. Destaca-se a “blindagem” contra a captura regulatória, mediante a criação de reguladores afastados das constrições próprias da luta partidária e do ciclo eleitoral, proporcionando melhores condições de resistência às pressões dos regulados e, por fim, a garantia do autofinanciamento, de modo que a entidade reguladora potencialize a sua autonomia em relação ao Governo e aos regulados.

Analisando, em apertada síntese, esses traços que garantem a autonomia e a independência decisória da ANVISA, podem-se trazer as seguintes observações: sua organização, como dito, estruturou-se de forma que as decisões definitivas da agência observam, em regra, a forma colegiada. O Conselho Diretor é composto pelo Diretor-Presidente e demais Diretores, com *quórum* deliberativo por maioria absoluta. As nomeações desses dirigentes, feitas por mandatos com prazos certos e não coincidentes,<sup>42</sup> não permitem exoneração *ad nutum*.<sup>43</sup>

A autonomia financeira e orçamentária da ANVISA está assegurada na lei instituidora, em que pese o contingenciamento de recursos (retardamento ou inexecução de parte da programação de despesa prevista na Lei Orçamentária) que essa autarquia vem experimentando nos últimos anos. Os recursos da ANVISA advêm da denominada taxa de fiscalização ou regulação paga por aqueles que exercem as respectivas atividades econômicas reguladas, de modo a que inexista dependência de recursos do orçamento do Tesouro.<sup>44</sup> Finalmente, a independência decisória da ANVISA representa o estabelecimento do Conselho Diretor como última instância decisória, haja vista a sua vinculação administrativa (e não subordinação hierárquica) ao Ministério da Saúde.

### ***5.3. Autonomia regulatória versus a atuação da Advocacia-Geral da União – AGU***

Em termos constitucionais, a Carta de 1988, ao relacionar as atividades representativas das funções essenciais à justiça, dispõe acerca dos membros

do Ministério Público, dos advogados privados e dos defensores públicos. Sobre a parte específica que interessa diretamente ao presente artigo, a Constituição Federal, nesse mesmo capítulo definidor das funções essenciais à justiça, também dispõe sobre as atividades e a estrutura da advocacia pública no âmbito federal e, em seguida, no âmbito estadual e distrital.

Sobre a advocacia pública federal, dispõe o texto de 1988:

A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

A AGU foi definida como sendo o órgão criado para: (i) defender, judicial ou extrajudicialmente, os interesses da União; (ii) realizar as atividades de consultoria; (iii) responder pelo assessoramento jurídico. Vale ressaltar que ato normativo recente, expedido pelo Advocacia-Geral da União – AGU, provocou certa polêmica envolvendo a autonomia da ANVISA e demais Agências Reguladoras.

Por meio da edição da Lei Complementar 73/1993, foram disciplinadas as funções desse órgão, envolvendo: (i) o controle interno da legalidade dos atos administrativos; (ii) a fixação da interpretação da Constituição, das leis, tratados e demais atos normativos; (iii) a unificação da jurisprudência administrativa, com a solução de controvérsias entre órgãos jurídicos da Administração Federal, bem como a edição de enunciados de súmula administrativa resultante da jurisprudência iterativa dos tribunais.

Em 2002, por meio da Lei nº 10.480/2002, foi criada a Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à AGU, a quem compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais. A partir de então, foram integrados à estrutura da AGU esses serviços de representação judicial e consultoria jurídica. Nesse contexto, a AGU editou a Portaria 164, de 20 de fevereiro de 2009, por meio da qual se atribuiu à Adjuntoria de Contencioso da Procuradoria Federal a representação judicial de autarquias e fundações públicas federais junto aos tribunais superiores (STF e STJ) e na Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais.

Assim, a representação judicial dos interesses das Agências Reguladoras, pela AGU, passou a ser considerada medida que, em tese, pode macular a autonomia desses entes autárquicos, haja vista que, originalmente, as

Agências Reguladoras eram representadas em juízo por procuradores dos seus próprios quadros.

#### ***5.4. Limites de normatização regulatória pela ANVISA***

Diante da abertura normativa acerca da competência da ANVISA, esta tem estado, nos últimos tempos, no centro de amplo debate sobre os limites da sua atuação reguladora descentralizada.

Constata-se que a lei atribui, expressamente, capacidade normativa para a ANVISA. Diante dessa competência, já surgiram inúmeros casos relatados em reportagens na imprensa<sup>45</sup> dando notícia sobre restrições impostas pelas *normas* expedidas pela ANVISA a determinadas atividades econômicas por meio de Deliberações do seu órgão colegiado. A título exemplificativo, podem-se citar as restrições à publicidade de alimentos pouco nutritivos e de bebidas alcoólicas, as restrições nas farmácias (serviços bancários e produtos não relacionados à saúde), dentre outras, sempre seguidas de questionamentos por entidades e por empresas reguladas.

Malgrado a competência legal para editar atos normativos referentes à vigilância sanitária, os equívocos perpetrados pela ANVISA decorrem do fato de que a mesma não observa que a *regulação sanitária* é diferente da *regulação de setores complexos*, a exemplo das telecomunicações ou do sistema financeiro. Com efeito, na vigilância sanitária busca-se do agente estatal uma atuação normativa, fiscalizatória e sancionatória sobre o exercício de determinadas atividades econômicas privadas, previstas na lei de sua criação, configurando o clássico *poder de polícia sanitário*.

A regulação sanitária *não* se enquadra na ideia de haver imperiosa regulação estatal descentralizada sobre serviços públicos, contra barreiras às pressões políticas e sociais, estruturada para promover o *equilíbrio sistêmico* do setor regulado. Por isso, a ANVISA – diferentemente de outras Agências Reguladoras – não carece de *maleabilidade legislativa* para agir e, assim, coibir excessos eventualmente cometidos pelos agentes regulados em longos contratos administrativos.

Nesse importante setor, não se deve desconsiderar os possíveis e sérios problemas para a saúde que impõem uma atuação estatal atenta e célere; contudo, não pode ser considerado um risco sistêmico como ocorreu, em 2008, no mercado financeiro dos Estados Unidos da América, e como já ocorreu, entre nós, no período em que houve racionamento de energia elétrica (mais conhecido como “apagão”).

Nesse sentido, a ANVISA, ainda que sob a forma organizacional de entidade reguladora com autonomia frente ao chefe do Poder Executivo, *detém poder de polícia sanitária vinculado à lei*, que consiste em um conjunto de intervenções no intuito de disciplinar a atuação de determinadas atividades econômicas, objetivando prevenir ou reprimir perturbações à saúde pública.

O poder de polícia, detido pela ANVISA, afastado da ideia de *flexibilidade legiferante*<sup>46</sup> presente em outras Agências Reguladoras, é uma função instrumental da administração pública para condicionar e restringir os possíveis abusos do particular em relação ao Estado e, conseqüentemente, em relação à coletividade.

Rafael Bielsa<sup>47</sup> leciona que poder de policía é “el conjunto de servicios organizados por la Administración pública con el fin de asegurar el orden público y garantizar la integridad física, y aun moral, de las personas, mediante limitaciones impuestas a la actividad individual y colectiva de ellas”. De fato, a sociedade em que vivemos goza de um regime de liberdades, assegurando aos cidadãos os seus direitos individuais, constitucionalmente protegidos. Com efeito, o exercício de direitos e liberdades individuais não pode, igualmente, ser entendido como tendo caráter absoluto e deve ser interpretado de forma compatível com os interesses gerais da sociedade juridicamente organizada.

Por ter o Estado avocado para si a obrigação de manter incólume os direitos individuais, é indispensável o uso do poder de polícia para disciplinar os aspectos da vida social e dotar a administração pública de ferramentas para restringir o direito e proibir o abuso. Bem por isso, há necessidade de que os “direitos-liberdades” sejam assegurados e regulamentados pelo Estado, de forma que o mesmo passe a gozar de coercibilidade.

E o poder de polícia sanitária é disciplinado pela lei, que, definindo o limite de competência da autoridade, permite que o Direito torne ilícito – e afaste – o abuso ou desvio de poder, interditando excessos, a irrazoabilidade, a desproporcionalidade e a arbitrariedade do administrador público, independentemente do grau de autonomia que o mesmo titula.

Dessa forma, a ANVISA deve, *de acordo com os limites da lei*, (i) condicionar o exercício de direitos individuais, (ii) delimitar a execução de atividades, e (iii) condicionar o uso de bens que afetem a coletividade ou contrariem a ordem jurídica estabelecida ou se oponham aos objetivos permanentes da nação nos limites constitucionais.

É relevante destacar que a normatização da ANVISA, em dissonância com regra legal, já foi submetida à Advocacia Geral da União. Ocorreu quando a ANVISA pretendeu editar resolução para disciplinar a propagação de bebida alcoólica. Com efeito, a Diretoria Colegiada da agência acreditava que possuía competência para alterar o conceito de bebida alcoólica e, assim, restringir as propagandas desse produto por meio de uma *resolução normativa*, que tratava das “*restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas*”. A ANVISA se baseava na já cotada Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999.<sup>48</sup>

Instada, então, formalmente pela ANVISA sobre a sua competência para dispor sobre a matéria, a Advocacia Geral da União, por meio da nota nº AGU/GV-16/2007, nos autos dos processos nºs 00400.001339/2007-03 e 00400.001244/2007-81, tendo como interessados não apenas a ANVISA, mas, também, o CONAR, concluiu que apenas um projeto de lei ou uma medida provisória podem alterar o conceito de bebida alcoólica para restringir as propagandas desse produto.

O parecer supra, da AGU, foi submetido ao Consultor Geral da União (Despacho nº 249/2007) que, de forma expressa, afirmou que a questão está submetida à reserva absoluta da lei. Em textual:

1. Estou de acordo com a NOTA Nº AGU/GV – 16/2007, de autoria do Consultor da União, Dr. Galba Velloso, que dirime as dúvidas de natureza jurídico-constitucional formuladas, de parte a parte, pela ANVISA e pelo CONAR, no que concerne à constitucionalidade e à legalidade de eventual resolução da Anvisa que restringisse a propaganda de bebidas alcoólicas. 2. As dúvidas são suscitadas a partir dos conceitos de bebidas alcoólicas previstos, de forma contraditória, no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.294, de 1996, e no item III do Anexo I do Decreto nº 6.117, de 2007, que aprova a Política Nacional sobre o Alcool. 3. Tal definição possui extrema relevância, pois está diretamente relacionada à disciplina de propaganda de bebidas alcoólicas de que trata o art. 4º da Lei nº 9.294, de 1996, que abrange, inclusive, o horário de sua veiculação pelas emissoras de rádio e de televisão. 4. Parece-me correta a posição do douto Consultor ao afirmar que somente por lei ou medida provisória pode o conceito de bebidas alcoólicas, previsto no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.294, de 1996, ser alterado. 5. É o que se extrai da dicação do § 4º do art. 220 da Constituição Federal que determina que “a propaganda comercial de tabaco, be-

bidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. 6. Concordo, também, com a manifestação referente à constitucionalidade, oportunidade e conveniência de a alteração do conceito de bebidas alcoólicas ser efetivada por medida provisória, tendo em vista a presença dos requisitos de relevância e urgência. 7. É que, a despeito do tempo decorrido desde a publicação da Lei nº 9.294, de 1996, a ser alterada, houve flagrante modificação do quadro de saúde pública, que se agravou ultimamente, motivado pelo aumento da ingestão de bebidas alcoólicas, consoante se depreende da análise da Exposição de Motivos do Decreto nº 6.117, de 22 de maio de 2007, reproduzida às fls., da NOTA em comento. 8. Assim, respondendo de forma objetiva à consulta, seria ilegal a resolução da Anvisa que restringisse a propaganda de bebidas alcoólicas com base a definição contida no Anexo I do Decreto nº 6.117, de 2007. O respaldo legal e constitucional para essa eventual resolução seria a alteração do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.294, de 1996, proposta por projeto de lei ou medida provisória e submetida à apreciação do Congresso Nacional. À consideração. Brasília, 22 de junho de 2007 - Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior - Consultor-Geral da União. (grifamos)

Esse pensamento está alinhado com decisão do egrégio Superior Tribunal de Justiça, no acórdão proferido nos autos do Resp 906.175, em que foi Relator o Ministro Castro Meira, em julgado publicado no Diário Oficial do dia 24/06/2008. O caso foi julgado em uma ação declaratória, com pedido de tutela antecipada, ajuizada com o objetivo de ver declarado o direito de a Parte Autora importar e requerer autorização de importação de substâncias controladas que lhe servem de matéria-prima (heliotropina, substância química utilizada como fixador de aromas, retirada do óleo de sassafrás), sem que tenha que observar os prazos para importação previstos na Portaria nº 344/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (arts. 11,12,14,15 e 17).

Sustentou a parte autora que a ANVISA limitou a importação do produto (óleo de sassafrás) a oito meses por ano, fato que lhe acarretava inúmeros prejuízos, além de não encontrar previsão legal. Nesse sentido, entendeu ser ilegal a Portaria, impondo restrições não previstas em lei, com o que requereu fosse julgado procedente o pedido.

Deu-se provimento à apelação em 2º grau – posteriormente reformada pelo STJ – decidindo-se pela inconstitucionalidade da Resolução da ANVISA por extrapolar a lei e inviabilizar a atividade da empresa recorrente, nos termos do acórdão.<sup>49</sup> Admitido o apelo, subiram os autos ao Superior Tribunal de Justiça, que decidiu no sentido de que não houve ilegalidade na expedição da norma à luz do poder de polícia.<sup>50</sup>

Diante do exposto, é jurídico inferir que a ANVISA, no exercício do poder de polícia sanitária, não poderá editar normas contrárias aos comandos legais. Apenas poderá expedir atos normativos secundários sobre tema submetido à lei caso a regra legal silencie sobre os temas, sujeitos à intervenção estatal, constantes da Lei nº 9.782/99.

## **6. Conclusão**

Muito em função da crise do financiamento do Estado e dos processos de democratização no mundo, o modelo intervencionista brasileiro, ancorado na atuação direta do Estado em diversos setores, cedeu espaço a um modelo temperado, inserido em um movimento, dito neoliberal, que surgiu no continente europeu na década de 1980.

O modelo então adotado seguia, em parte, a estrutura proposta por Marx Weber sob a ótica da burocracia racional-legal. Surge o modelo de Estado Regulador, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo como eixo a busca da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a Constituição Brasileira de 1988 pautou a ordem econômica sob o princípio da livre-iniciativa e da valorização do trabalho humano (art. 170), reservando ao Estado funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174). Buscando ajustar-se a esse novo modelo, o Brasil implementou amplo processo de desestatização (notadamente, privatizações), transferindo, para a iniciativa privada, diversas atividades econômicas e a concessão de serviços públicos.

Pode-se concluir que foi com o aparecimento desses novos operadores privados na execução de atividades econômicas, que se adotou uma posição política, num ambiente globalizado, em que deveria haver uma “segregação” das funções de regulação daquelas típicas funções de governo.

A estrutura, de viés hierarquizado, deixaria, nessa fase por que passou o Estado brasileiro, de ser uníssona no bojo da administração pública. O Estado, seguindo influxos do “*New Public Management*”, procurou dar um viés de *administração pública gerencial* e, dentre outras medidas, criou au-

tarquias especiais próximas ao modelo estadunidense para regular alguns setores econômicos e a prestação de serviços públicos.

As Agências Reguladoras receberam uma série de competências não livres de controvérsias, tanto em sede doutrinária quanto em sede pretoriana, à luz da clássica teoria tripartite de separação de poderes (já mitigado, constitucionalmente, com o Ministério Público e o Tribunal de Contas).

Com efeito, na década de 1990 do século passado e diante da forte crise econômica, o governo brasileiro desenvolveu consistente esforço político e institucional para implantar o modelo constitucional de Estado regulador sem se valer da regra clássica da hierarquia; isto é, criou uma espécie de entidade estatal sem subordinação ao poder central e que teria, nas suas decisões, o “poder” de dizer a última palavra em sede administrativa.

É fato que esse processo gerou significativas mudanças práticas na organização administrativa do governo; mudanças que trazem, em seu bojo, expressivas transferências de “poder” para novos atores.

Pode-se inferir que o fator fundamental para a adoção desse modelo estava atrelado à premente necessidade de atrair investimentos, sobretudo estrangeiros; gerar salvaguardas institucionais que significassem, para o setor privado globalizado, um compromisso com a manutenção de regras e com contratos de longo prazo.

Com aquele gesto, o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, com a aprovação do Congresso Nacional, na verdade, pretendeu demonstrar que a regulação deixava de ser assunto de Governo para ser assunto de Estado. Isto é, a regulação deveria ser efetiva, sem percalços inerentes aos processos político-partidários.

Os agentes políticos (eleitos pelo povo) liberariam parte de seus “poderes” a favor da ANVISA e demais entidades autônomas, não eleitas, para tentar reduzir o “risco regulatório”.<sup>51</sup> Essas entidades passariam, na prática, a serem capazes de mitigar até mesmo as decisões das autoridades que passaram pelo crivo das urnas (freios e contrapesos), ou de empresas estatais, como, por exemplo, vem ocorrendo nas multas aplicadas à Petrobras pela ANP ou nas decisões contrárias ao Banco do Brasil pelo CADE.

No complexo setor de saúde, por exemplo, o Congresso Nacional, pela história brasileira, não teria condições de, a todo instante, deliberar sobre questões técnicas e lograr êxito no equilíbrio sistêmico setorial. Até porque, a lei, em sentido estrito, deve conter as decisões políticas fundamentais, traçando rumos e fixando objetivos, mas sem engessar a atividade

administrativa; deve, sim, conferir-lhe maior agilidade e aptidão na escolha de meios para atingir os fins legalmente estabelecidos.

É possível afirmar ser indisputável o distanciamento do circuito legiferante das inúmeras especificidades a serem decididas no sistema de vigilância de saúde, paulatinamente, no curso da regulação econômica mediante a tentativa de suprimento das falhas provocadas pelas forças do mercado sob forte competição.

Ao contrário do que ocorreu no modelo liberal positivista, em muitas situações, a busca de exaustiva regulação de atividades econômicas por meio da norma primária, decorrente do processo legislativo, pode, inclusive, produzir consequências nefastas ao interesse público.

Contudo, a ANVISA não tem competência legal para editar atos normativos referentes à vigilância de saúde de forma primária. Se de um lado ela detém poder de polícia sanitária, com atuação normativa, fiscalizatória e sancionatória sobre o exercício de determinadas atividades econômicas privadas, previstas na lei de sua criação, de outro, a regulação sanitária *não* se enquadra na ideia de haver imperiosa regulação estatal descentralizada sobre serviços públicos, contra barreiras às pressões políticas e sociais, estruturada para promover o *equilíbrio sistêmico* do setor regulado.

Assim, é possível inferir que a ANVISA – diferentemente de outras Agências Reguladoras de serviços públicos – não carece de *maleabilidade legislativa* para agir e coibir excessos eventualmente cometidos pelos agentes regulados em longos contratos administrativos. Com a recente edição da Lei Complementar 141, a ANVISA passa a ter maior responsabilidade em termos de buscar transparência na regulação da vigilância em saúde. Em diversas situações, ainda se depara com certa opacidade na regulação do setor, nessa que é uma das áreas mais importantes para o desenvolvimento da sociedade e de cada cidadão.

Em resumo, se o Estado brasileiro passa a ser Regulador, com objetivos bem definidos em termos de respeito aos direitos fundamentais e reserva de atividades econômicas ao setor privado, a sociedade atual necessita de uma governança pública em termos de vigilância de saúde orientada, especialmente, para a transparência dos resultados alcançados com a ação regulatória.

O acompanhamento dos resultados da ANVISA deve, sempre que possível, ser realizado objetivamente, por meio de indicadores de desempenho, por métricas e índices que, de alguma forma, abandonem o casuísmo

e traduzam as consequências das ações políticas, das escolhas públicas, em melhores condições de vida para a população. Esses resultados devem ser passíveis de serem avaliados, mensurados e controlados pela sociedade, sendo, com certeza, um dos melhores mecanismos do “poder” a chegar às mãos dos cidadãos nos termos da Constituição Federal de 1988.

## 7. Notas

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Administração Pública (FGV/EBAPE). Doutor (UGF) e Mestre em Direito (UCAM). Vice-Diretor de Ensino, Pesquisa e Pós-Graduação e Professor Titular de Direito Administrativo da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Diretor-executivo da Revista de Direito Administrativo – RDA.

<sup>2</sup> Conforme debate trazido em nosso GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>3</sup> GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 57.

<sup>4</sup> Constituição Federal (1988). “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo a execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também por pessoa física ou jurídica de direito privado. Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única e em cada esfera de governo.”

<sup>5</sup> Constituição Federal (1988). “Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador.”

<sup>6</sup> Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. “Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições: XX – definir as instâncias e mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder de polícia sanitária; Art. 16. À direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) compete: III – definir e coordenar os sistemas: d) vigilância sanitária; VII – estabelecer normas e executar a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo a execução ser complementada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios; VIII – estabelecer critérios, parâmetros e métodos para o controle da qualidade sanitária de produtos, substâncias e serviços de consumo humano;”

<sup>7</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002. p.719.

<sup>8</sup> Nesse campo de questões, e sob o ponto de vista da gradativa subsidiariedade (a responsabilidade pelas suas necessidades começa no indivíduo, passa à comunidade e, só depois, passa para o Estado) é que a sociedade contemporânea recebe de alguns autores (em que foi pioneiro o sociólogo alemão Ulrich Beck, em 1986) a denominação de *sociedade de riscos*, edificada após os efeitos simbolicamente apresentados pela queda do muro de Berlim, em 1989. A sociedade de riscos tem os traços conformados pela “ambivalência, insegurança, a procura de novos princípios e o redesenho do relacionamento entre as atribuições das instituições do Estado e da própria sociedade”. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 177.

<sup>9</sup> Sobre o modelo racional-legal: WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Vol. 2.

Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. p. 144.

<sup>10</sup> BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Estado. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/publi\\_04/COLECAO/PLANDI2.HTM](http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI2.HTM). Acesso em: 21 out 2010.

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> Sobre a lista de Agências Reguladoras criadas no Brasil (União, Estados e Municípios), recomenda-se a obra CUÉLLAR, Leila. *Introdução às agências reguladoras brasileiras*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.38 ss.

<sup>14</sup> Para uma análise comparativa entre as entidades reguladoras independentes nos Estados Unidos da América, Reino Unido, Alemanha, França, Itália e Espanha, ver a obra doutrinária de SALVADOR MARTÍNEZ, Maria. *Autoridades independentes*. Barcelona: Ariel, 2002.

<sup>15</sup> Sobre o tema, cf.: PIMENTA, Carlos Cesar. A reforma gerencial do estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, vol. 32, n. 5, p. 173-199, 1998 e cf.: REZENDE, Flavio da Cunha. *Por que falham as reformas administrativas?* Rio de Janeiro: FGV, 2004.

<sup>16</sup> “A partir da perspectiva de governança pública, as agências reguladoras independentes são entidades dotadas de um poder significativo e com certo nível de autonomia em seu processo de tomada de decisões. Isso corresponde a uma etapa posterior na descentralização da administração pública, promovida pela *Nova Gestão Pública*. No entanto, os reguladores independentes diferem significativamente das agências descentralizadas por causa desse poder de tomada de decisões, que é supe-

rior ao da administração descentralizada e por causa de outros poderes delegados que detêm, os quais tradicionalmente é uma prerrogativa do Poder Executivo. A vantagem das agências reguladoras independentes é que elas podem isolar as atividades regulatórias das considerações políticas de curto prazo e a influência de interesses especiais públicos ou privados, particularmente das empresas reguladas.” ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Relatório sobre a Reforma Regulatória no Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento. Paris e Brasília, 2008. (Grifo nosso).

<sup>17</sup> Bresser Pereira sustentou essa dicotomia entre Estado e Governo ao afirmar que as agências executivas e reguladoras são organizações estatais descentralizadas que implementam políticas. Quando a lei define claramente a política, tem-se uma política de Estado; quando deixa a definição precisa para a administração vigente, tem-se uma política de governo. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 305.

<sup>18</sup> SARAVIA, Enrique. Governança social no Brasil contemporâneo. *Revista Governança Social* – IGS, Belo Horizonte, ano 3, ed. 7, dez. 2009/mar. 2010, p.22.

<sup>19</sup> PECI, Alketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia. Governança e New Public Management: convergências e contradições no contexto brasileiro. *O&S* - vol.15 - n. 46, julho/setembro, 2008.

<sup>20</sup> COSTA, Frederico Lustosa da. *Reforma do estado e contexto brasileiro: crítica do paradigma gerencialista*. Rio de Janeiro: FGV, 2010. p. 154.

<sup>21</sup> Disponível em [www.ofgem.gov.uk](http://www.ofgem.gov.uk). (Acesso em: 13 dez. 2010).

<sup>22</sup> Disponível em [www.ofwat.gov.uk](http://www.ofwat.gov.uk) (Acesso em: 13 dez. 2010).

<sup>23</sup> Disponível em [www.rail-reg.gov.uk](http://www.rail-reg.gov.uk) (Acesso em: 13 dez. 2010).

<sup>24</sup> Disponível em [www.caa.co.uk](http://www.caa.co.uk) (Acesso em: 13 dez. 2010).

<sup>25</sup> Disponível em [www.oft.gov.uk](http://www.oft.gov.uk) (Acesso em: 13 mar. 2012).

<sup>26</sup> Disponível em [www.natlotcomm.gov.uk](http://www.natlotcomm.gov.uk) (Acesso em: 13 mar. 2012).

<sup>27</sup> Para análise detalhada sobre esses entes, cf.: CARDOSO, José Lucas. *Autoridades administrativas independentes e constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

<sup>28</sup> Disponível em <http://www.easa.eu.int/language/pt/home.php> (Acesso em: 10 mar. 2012).

<sup>29</sup> Disponível em <http://www.efsa.europa.eu/> (Acesso em: 10 mar. 2012.).

<sup>30</sup> Disponível em <http://www.emsa.eu.int/> (Acesso em: 10 mar. 2012).

<sup>31</sup> Disponível em [http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER\\_HOME](http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER_HOME) (Acesso em: 10 mar. 2012).

<sup>32</sup> Disponível em <http://ec.europa.eu> (Acesso em: 10 mar. 2012).

<sup>33</sup> Nesse sentido, ver MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18ª edição. São Paulo, Malheiros, 1993. p. 315.

<sup>34</sup> “Havia uma nova compreensão dos limites da expansão liderada pelo Estado. O setor público, limitado por uma crise fiscal e pela necessidade de estabilizar as finanças públicas, precisou reduzir as transferências de capital para empresas estatais. O governo encarava limites claros sobre seu poder de investimento. O que levou à busca de investidores privados que pudessem fornecer novos investimentos à infraestrutura. Isso, por

sua vez, exigia uma nova estrutura regulatória, com mudanças de uma grandeza que provavelmente não havia sido imaginada no princípio. Os objetivos iniciais da reforma regulatória e da privatização eram facilitar as condições e atrair novos investimentos, inclusive do exterior, para aumentar a eficiência e reduzir a dívida pública. Porém, havia tensão entre o objetivo orçamentário de curto prazo e a necessidade de facilitar futuros investimentos e oferecer um cenário orientado ao crescimento.” ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Relatório sobre a Reforma Regulatória no Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento. Paris e Brasília, 2008. (Grifo nosso).

<sup>35</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 147.

<sup>36</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 139

<sup>37</sup> Luís Roberto Barroso resume bem a questão ao denotar que “é desnecessário, com efeito, enfatizar que as agências reguladoras somente terão condições de desempenhar adequadamente seu papel se ficarem preservadas de ingerências externas inadequadas, especialmente por parte do Poder Público, tanto no que diz respeito a suas decisões político-administrativas quanto a sua capacidade financeira. Constatada a evidência, o ordenamento jurídico cuidou de estruturá-las como autarquias especiais, dotadas de autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira”. Cf.: BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. *In*: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 121.

<sup>38</sup> Sobre um balanço das atividades da ANVISA, cf.: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Insulamento burocrático, *accountability* e transparência: dez anos de regulação da Agência Reguladora de Vigilância Sanitária. *Revista do Serviço Público*, Brasília, vol. 60, n. 4, p. 337-364, out./dez. 2009.

<sup>39</sup> “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição; b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República; c) Governador de Território; d) Presidente e diretores do banco central; e) Procurador-Geral da República; f) titulares de outros cargos que a lei determinar.

<sup>40</sup> Cf.: Alexandre Santos de Aragão quando adverte que a qualificação de independente conferida a muitas das Agências Reguladoras deve ser entendida em termos. Em nenhum país em que foram instituídas possuem independência em sentido próprio, mas apenas uma maior ou menor autonomia, dentro dos parâmetros fixados pelo ordenamento jurídico. ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação dos poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais.

*Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 786, pp. 11-56, abr. 2001.

<sup>41</sup> MOREIRA, Vital. Por uma regulação ao serviço da economia de mercado e do interesse público: a “declaração de condeixa”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, nº 01, pp. 252-253, jan./fev./mar. 2003.

<sup>42</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello é radicalmente contra a garantia dos mandatos dos dirigentes das Agências Reguladoras por prazo posterior ao fim do mandato do chefe do Poder Executivo que o nomeou. “Isso seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do futuro Governo. Ora, é da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo, se o desejar, possa eleger novos governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. cit., p. 153.

<sup>43</sup> Ver ADI 1949-RS, em que essa matéria foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Vale registrar sobre o tema que a Lei nº 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, padronizou a forma de escolha dos seus dirigentes.

<sup>44</sup> Acerca das questões orçamentárias em cotejo com a Lei de Responsabilidade Fiscal, em que se discutiu os limites de atuação do Poder Executivo em relação aos órgãos constitucionalmente independentes, ver o debate travado na ADI 2238-MC/DF.

<sup>45</sup> Como, por exemplo: “Resolução publicada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) na semana passada determina que as propagandas de alimentos com alto teor de gorduras, sódio ou açúcar e bebidas com baixo po-

der nutritivo sejam veiculadas com frases de advertência sobre os males à saúde que podem provocar quando consumidos em excesso. As empresas têm 180 dias para se adaptar. No caso do sódio, a exigência será válida para alimentos com quantidade igual ou superior a 400mg por 100g do produto. Para o açúcar, valerá para 15g ou mais por 100g do produto. Para gordura saturada, 5g ou mais por 100g. E para gordura trans, 0,6g ou mais por 100g. A maior preocupação é preservar as crianças do grande apelo para o consumo de alimentos industrializados, com baixo teor nutritivo e com alta dosagem de substâncias que, quando consumidas em excesso, são prejudiciais à saúde. A medida, no entanto, não vale para as embalagens de alimentos. Segundo a ANVISA, os rótulos têm de ser harmonizados nos países integrantes do Mercosul e, por isso, mudanças não podem ser feitas unilateralmente. A resolução é considerada um avanço para a saúde pública, mas veio em uma versão bem mais branda que a proposta inicial. No texto original, propagandas desses alimentos, além de serem feitas com advertências, somente poderiam ser veiculadas das 20 horas às 6 horas. Ficavam proibidos o uso de desenhos e personagens admirados pelas crianças nos comerciais, além da distribuição de brindes e promoções. No texto final, desenhos e distribuições de brindes são permitidos, mas terão de vir acompanhados das advertências” (TOLLEDO, Karina. Propaganda de alimentos pouco saudáveis terá alerta. *O Estado de São Paulo*, 04 jul. 2010). Disponível em: <[http://www.estadao.com.br/estadao-dehoje/20100704/not\\_imp576073,0.php](http://www.estadao.com.br/estadao-dehoje/20100704/not_imp576073,0.php)>. Acesso em: 18 dez. 2010.

<sup>46</sup> Segundo Laubadère, a *flexibilidade* inerente ao direito administrativo econômico traduz-se pelo lugar dado às possibilidades de mudança e de adaptação de

regras, atos, situações jurídicas. “Mutabilidade, plasticidade, direito móvel ou flexível ou movediço, estas expressões são vulgarmente empregadas para caracterizar um dos aspectos [...] da maleabilidade do direito administrativo econômico.” LAUBADÈRE, André de. *Direito público econômico*. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985. p. 114.

<sup>47</sup> BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 1939. p.1

<sup>48</sup> A consulta foi formulada à AGU nos seguintes termos: “*Senhor Consultor-Geral, Atendendo a sugestão de Vossa Senhoria, indago sobre a legalidade de uma possível resolução da ANVISA que restringisse a propaganda de bebidas alcoólicas com teor abaixo de 13° Gay Lussac, em face do disposto na Lei n. 9294/1996 e no Decreto n. 6.117/2007. Atenciosamente, DIRCEU RAPOSO DE MELLO - Diretor-Presidente.*”

<sup>49</sup> “ADMINISTRATIVO. SECRETARIA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. PORTARIA 34498 - PRAZOS PARA IMPORTAÇÃO. PODER REGULAMENTAR QUE EXTRAPOLA A LEI. A adoção de prazos procedimentais pela agência, exceto no que diz com o pedido de importação e requerimento de autorização, extrapola o poder concedido pelo legislador, bem ainda, inviabiliza o exercício da atividade da empresa importadora.”

<sup>50</sup> “ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO PARA IMPORTAÇÃO PELA ANVISA. SUBSTÂNCIA PRECURSORA DE DROGAS ILÍCITAS. LEGALIDADE. 1. Não há eivas de ilegalidade na Portaria 34498, com a redação da RDC 22901, que obriga a empresa importadora a solicitar à Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde a fixação de Cota Anual de Importação de substâncias constantes das listas “A1” e

“A2” (entorpecentes), “A3”, “B1” e “B2” (psicotrópicas) e “D1” (precuroras), até 30 de novembro de cada ano, para uso no ano seguinte. 2. Recurso especial provido.”

<sup>51</sup> O relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) foi apresentado em seminário realizado pela Casa Civil da Presidência da República, no dia 28 de maio de 2008. O estudo realizado em 2007 analisa os marcos regulatórios e o desempenho das agências reguladoras nos setores de energia, telecomunicações, transportes terrestres e assistência suplementar à saúde no Brasil. Pela pesquisa, as agências

reguladoras contribuíram para a criação de um ambiente de concorrência e para o bom desempenho da economia brasileira. Segundo a pesquisa: “Em termos gerais, depois de dez anos de experiência institucional, a situação macroeconômica melhorou e o progresso feito pelas agências reguladoras setoriais também foi satisfatório. Houve uma tendência de diminuição do risco regulatório.” ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Relatório sobre a Reforma Regulatória no Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento. Paris e Brasília, 2008.

## RESUMOS E ABSTRACTS

---

---

**Discricionariedade  
administrativa: natureza,  
justificativa, localização e o  
seu controle judicial**

*Carlos Roberto Marques*

**Resumo:** A questão relativa ao controle judicial da discricionariedade administrativa é assaz tormentosa, de forma que a doutrina e a jurisprudência estão longe de pacificarem-se. O presente trabalho tem por objetivo examinar as tendências doutrinárias e jurisprudenciais referentes ao controle judicial daquilo que se logrou denominar de “mérito do ato administrativo”. Antes, contudo, de ingressarmos no exame do objeto, mister se faz analisarmos a natureza do fenômeno, sua justificativa e localização.

**Palavras-chave:** discricionariedade administrativa; natureza; justificativa; localização; controle judicial.

**Administrative discretion:  
nature, justification, location  
and judicial control**

**Abstract:** The issues concerning judicial control of administrative discretion are quite difficult so that's why doctrine and jurisprudence are far from mutual understanding. This study aims to examine doctrinal trends and jurisprudence relating to judicial control of what is so called “merit of the administrative act”. However, before the examination of its object, is much important to analyze the nature of the phenomenon, its justification and location.

**Keywords:** administrative discretion; nature; justification; location; judicial control.

\* \* \* \* \*

**A legitimação extraordinária  
para a proteção dos direitos  
do consumidor**

*Durval Pimenta de Castro Filho*

**Resumo:** O tema objeto de pesquisa foi alvo de precuciente estudo no âmbito da Disciplina Tutela Processual da Livre Concorrência e do Consumidor, ministrada pelo Prof. Dr. Nelson Luiz Pinto, durante o curso de Mestrado em Direito Econômico e Desenvolvimento da Universidade Candido Mendes, sob a direção do Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim, do qual participa o subscritor na qualidade de pesquisador e discente. O empreendimento se justifica haja vista o tópico em alusão ter merecido especial referência da academia jurídica, principalmente sob o pálio do Direito Consumerista, disciplina em que, inculavelmente, a defesa dos interesses coletivos do fragilizado signatário da relação contratual recebeu do legislador especial proteção, sob a égide do artigo 82 da Lei nº 8.078/90. Destarte, a denominada legitimação extraordinária se traduz por fidedigno instrumento de exercício da cidadania.

**Palavras-chave:** legitimação; defesa; consumidor.

**Extraordinary legitimation for  
consumer's protection**

**Abstract:** The above-mentioned theme has been thoroughly studied in the course entitled “Procedural Tutelage of Free Competition and of the Consumer”, ministered by Prof. Dr. Nelson Luiz Pinto, throughout the Master's Degree Course in Economic Law and Development at Candido Mendes Uni-

versity, under the guidance of Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim, in which the undersigned participates in the capacity of researcher and member of the student body. The enterprise may be justified having in view that the above-mentioned topic has deserved a special reference from the legal academy, particularly under the terms of consumer's Law, a course in which undoubtedly the collective interests defense of the weakened signatory of the contractual relation has received from the legislator a special protection, under article 82, of Law no. 8078/90. Therefore said extraordinary legitimation represents a faithful instrument for exercising one's citizenship.

**Keywords:** legitimation; defense; consumer.

\* \* \* \* \*

## Arte, religião e filosofia em Hegel

*Flavia Luiza Bruno Costa de Carvalho*

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo expor a relação existente entre a filosofia, a religião e a arte no pensamento hegeliano, mostrando que essas são as três dimensões da vida espiritual que tem a mesma finalidade, qual seja, exprimir o divino, "a vida absoluta do espírito".

**Palavras-chave:** Filosofia; arte; religião; Hegel.

## Art, religion and philosophy in hegel

**Abstract:** This article aims to expose the relationship between philosophy, religion and art in hegelian's thought, showing that these are the three dimensions of spiritual life that has the same

purpose, namely: express the divine, "the absolute life of the spirit".

**Keywords:** Philosophy; art; truth; Hegel.

\* \* \* \* \*

## O Direito em tempo de terror

*Igor Pereira*

**Resumo:** O filósofo Jacques Derrida enfrentou o problema do terror no ensaio "Filosofia em Tempo de Terror". Este artigo apresenta uma contextualização jurídica sobre o tema.

**Palavras-chave:** Derrida; desconstrução; justiça criminal; terrorismo.

## The law in a time of terror

**Abstract:** The philosopher Jacques Derrida has faced the problem of terror at the essay "Philosophy in Time of Terror". This article presents a juridical contextualization of this theme.

**Keywords:** Derrida; deconstruction; criminal justice; terrorism.

\* \* \* \* \*

## Populações Invisíveis

*José Augusto Galdino da Costa*

**Resumo:** O artigo visa trazer à discussão um tema sob o qual estão encobertas as populações "invisíveis" e as "invisibilidades" de certas camadas sociais ou indivíduos. Aqui, a aparente contradição cede lugar à análise do paradoxo, que parece ser o tom da sociedade em que vivemos.

**Palavras-chave:** População; indivíduos; invisibilidade.

## Invisible population

**Abstract:** This article aims to shed light on a subject under which are hidden the so called “invisible population” and the “invisibility” of certain extracts of the social fabric or individuals. Here, the contradiction surrenders to the exam of the paradox, which seems to be the tone of the society we live in.

**Keywords:** Population; individuals; invisibility.

\* \* \* \* \*

## Reflexões sobre a questão de gênero: violência e igualdade na atualidade

*Roberta Duboc Pedrinha*

**Resumo:** O presente trabalho analisa a questão de gênero na contemporaneidade. Informa o papel que a mulher ocupa na sociedade brasileira. Enfoca o estudo da violência doméstica, de modo a comentar a criação da Lei 11.340 de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, e alguns dos relevantes pontos que nela versam, como, em certos casos, a opção por respostas punitivistas a problemas culturalmente enraizados. Nessa área serão averiguados os aspectos de gênero presentes no Código Penal atual e no Novo Anteprojeto de Código Penal, que tramita no Congresso Nacional, além das premissas previstas no Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH<sub>1</sub>, PNDH<sub>2</sub> e PNDH<sub>3</sub>). Por fim, a violência de gênero será retratada no contexto da difícil relação de igualdade que se encontra na trincheira das reminiscências do modelo patriarcal. Nessa direção, refletiremos sobre as necessárias políticas públicas a serem tomadas, que têm o condão de efetivamente colaborar para a inclusão das mulheres e para

a dimensão constitutiva e garantista dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** gênero; violência doméstica; Lei Maria da Penha; igualdade e políticas públicas.

## Thoughts on the question of gender: violence and equality in the present

**Abstract:** This paper examines the issue of gender in the contemporaneity. Reports about the role that women occupy in the Brazilian Society. Focuses on the study of domestic violences that comments the creation of Law 11.340 of 2006, known as Maria da Penha Law, and some of the relevant points that with it as well, in some cases, the choices of punishing answers to the problems culturally rooted. In this area, will be investigated aspects of gender found in the Penal Code and the Current Draft of the New Criminal Code, which deal in Congress, beyond the premises under the National Plan for Human Rights (PNDH<sub>1</sub>, PNDH<sub>2</sub>, PNDH<sub>3</sub>). Finally, gender violence is portrayed in the context of the difficult relation of equality, which is reminiscent from the trenches of the patriarchal model. In this direction, we will reflect about the necessary policies to be taken which have the power to effectively collaborate for the inclusion of women and for the garantism and the constitutive dimension of fundamental rights.

**Keywords:** gender; domestic violence; Maria da Penha Law; equality and public policy.

\* \* \* \* \*

## **Anotações sobre a delimitação de critérios de imputação criminal de sócios por atos de conselhos de administração**

*Rafael de Castro Alves Atalla Medina*

**Resumo:** O presente trabalho procura entender as relações entre as formas de criminalidade em ambientes societários. A teoria do concurso de agentes e os critérios de imputação no direito penal econômico brasileiro são rapidamente analisadas para, logo em seguida, empreender-se uma tentativa do estabelecimento de critérios objetivos de imputação criminal. Uma breve análise de casos europeus e brasileiros, completa o artigo, delimitando o tema e fornecendo uma visão panorâmica do tratamento judicial dos crimes econômicos modernamente.

**Palavras-chave:** Direito penal econômico; critérios de imputação; direitos fundamentais; direito penal europeu; concurso de agentes.

## **Notes on the limits of criminal acts of boards of directors**

**Abstract:** The present paper aims to understand the relations between all forms of criminality and civil forms of society, especially in open companies. The study of criminal participation in all kind of cases is the main question. How to establish secure forms of criminal imputation in economic crimes, and rules to determinate specific hypothesis for a formal procedure under the criminal justice, are the goal of this brief reflection. Thus, a superficial analysis of the modern European criminal law serves as a guide for a comparative study on economic repression efforts. A short review

of brazilian leading cases ends the work, elaborating a panoramic about this issues among us.

**Keywords:** Economic penal law; Imputation; fundamental rights; European penal law;

\* \* \* \* \*

## **A experiência argentina no controle do meio ambiente como sustentabilidade do crescimento**

*Carlos Botassi*

**Resumo:** A luta contra a deterioração do meio ambiente é, antes de tudo, uma questão econômica e os governos devem direcionar os investimentos para a sua preservação, melhorando assim a qualidade de vida de seus habitantes. Median- te a atividade de fomento (incentivo às indústrias limpas por meio de créditos e isenções fiscais) e o exercício do poder de polícia (penalização das atividades poluidoras), os Estados contam com ferramentas fundamentais para impulsionar o desenvolvimento sustentável ou eco- desenvolvimento. Na Argentina, existe, nesse sentido, uma norma constitucional (art. 41) e uma Lei Geral do Ambiente nº25.675, do ano 2002, que consagra o “Princípio de sustentabilidade”.

**Palavras-chave:** Argentina; meio ambiente; desenvolvimento sustentável.

## **La experiencia argentina en el control del medio ambiente como sustentabilidad del crecimiento**

**Resumen:** La lucha contra el deterioro del ambiente es, ante todo, una

cuestión económica y los gobiernos deben encaminar sus inversiones hacia la preservación del entorno para, de esa manera, mejorar la calidad de vida de sus habitantes. Mediante la actividad de fomento (impulso a las industrias limpias por medio de créditos y exenciones impositivas) y el ejercicio del poder de policía (penalización de las actividades contaminantes), los Estados cuentan con herramientas fundamentales para impulsar del desarrollo sustentable o ecodesarrollo. En la Argentina existe, en este sentido, un mandato constitucional (art. 41) e una Ley General del Ambiente nº 25.675, del año 2.002, consagra el “Principio de sustentabilidad”.

**Palabras llaves:** Argentina; medio ambiente; desarrollo sustentable.

\* \* \* \* \*

### As vantagens do uso da cláusula arbitral nos contratos de parceria público-privada

*Carolina Leite Amaral Fontoura*

**Resumo:** A Arbitragem surge como uma solução para os problemas de morosidade no Judiciário atual, sendo de suma importância para os contratos de PPP. Devido à natureza dos conflitos que podem originar, tais contratos necessitam de soluções rápidas e específicas. Pretende-se, neste artigo, demonstrar as vantagens de se usar a arbitragem nos contratos administrativos de parceria, bem como a possibilidade legal de tal uso pelo Estado. Através da análise histórica e da aplicação prática da arbitragem, investiga-se como inseri-la em tais contratos, visando obter eficácia na atuação estatal sem olvidar dos limites que pautam a arbitragem. Para otimizar e garantir a devida prestação de serviços públicos no

âmbito das PPP's, de forma a atender ao interesse público, conclui-se que é essencial usar a arbitragem.

**Palavras-chave:** Parceria Público-Privada; arbitragem; estado; interesse público.

### The advantages of using arbitration clause in contracts for public-private partnership

**Abstract:** The arbitration arises as a solution to the problems of the current sluggishness of the judiciary, which is extremely important for the PPP contracts, which due to the nature of the conflicts that may result, needs a quick and specific solution. It is intended in this article demonstrate the advantages of using arbitration in administrative contracts for partnership as well as the legal possibility of such use by the State. Through historical analysis and the practical application of the arbitration, it was also addressed how to insert arbitration clause in such contracts to obtain efficiency in state action without forgetting the limits that govern this. To optimize and secure the proper provision of public services in Public-Private Partnerships in order to serve the public interest, it appears to be essential to use arbitration.

**Keywords:** Public-Private Partnership; arbitration; state; the public interest.

\* \* \* \* \*

## **A questão social e a gestão do transporte coletivo**

*Celmar Corrêa de Oliveira*

*Carlos Honorato Schuch Santos*

*Rita de Cássia Nugem*

**Resumo:** O presente *paper* analisa a mobilidade urbana da região metropolitana de Porto Alegre, também conhecida como Grande Porto Alegre, que no seu total reúne trinta e dois (32) municípios do estado do Rio Grande do Sul. Mais especificamente, o trabalho foi realizado na Trensurb (Empresa de Trens Urbanos de Porto Alegre S.A.), tendo sido ouvidos os gestores e os usuários. Porto Alegre forma com seus municípios limítrofes uma mancha urbana contínua. Atualmente compreende 10.097.186 km<sup>2</sup> e, segundo censo do IBGE (2010), possui 3.979.561 habitantes. Possuem uma distribuição desigual de agentes econômicos e de equipamentos urbanos como transporte, saúde, educação, habitação e saneamento. Como referência, o mesmo questionário aplicado aos usuários dos serviços da empresa avaliada, foi também aplicado aos usuários dos serviços de transporte ferroviário em algumas regiões da Europa. Estes, em função do seu pequeno número e dos pontos escolhidos por acessibilidade, não são representativos do universo, mas são suficientemente adequados para sinalizar a percepção dos usuários quanto aos pontos analisados. Como resultado do trabalho, chega-se a conclusão de que os usuários locais percebem de forma bastante diferente dos europeus as questões relacionadas com a saúde, o que mostra que os serviços são realmente bastante distintos e as expectativas dos usuários também.

**Palavras-chave:** Trensurb; mobilidade urbana; saúde; gestão.

## **Social issues and the management of public transport**

**Abstract:** This paper examines the urban mobility in the Porto Alegre's metropolitan area, also known as Great Porto Alegre, which in total brings together thirty-two (32) municipalities of Rio Grande do Sul. Porto Alegre with its surrounding cities form a continuous urban sprawl. Currently comprises 10.097.186 km<sup>2</sup> and, according to the IBGE's census (2010), has 3.979.561 inhabitants. They also have an unequal distribution of economic agents and urban facilities such as transport, health, education, housing and sanitation. For reference, the same questionnaire was administered to the Trensurb's users, was also applied to the users of railway services in some parts of Europe. The latter, according to their small number and sites selected for accessibility, are not representative of the universe, but they are adequate enough to signal the users' perception about the points analyzed. As a result of the work, one comes to the conclusion that local users perceive quite different from European issues related to health which shows that the services are actually quite different and the expectations of users as well.

**Keywords:** Trensurb; urban mobility; health; management.

\* \* \* \* \*

## **Responsabilidade do sócio participante e do sócio oculto**

*João Theotonio Mendes de Almeida Junior*

**Resumo:** O presente trabalho pretende abordar a responsabilidade do sócio-participante e do sócio oculto na socie-

dade em conta de participação, dando ênfase a sua responsabilidade perante a sociedade e perante terceiros, sem deixar de abordar o histórico desse tipo societário especial e sua efetiva natureza jurídica. Ao final, serão colacionados alguns acórdãos relativos ao tema.

**Palavras-chave:** sociedade em conta de participação; responsabilidade; sócio oculto.

### **Responsibility of the participant partner and of the occult partner**

**Abstract:** The present work intends to approach the participant partner's responsibility and of the occult partner in the society in participation bill, giving emphasis the subject of its responsibility before the society and before third, without leaving of approaching the historical of that special type of corporate and its effective juridical nature. At the end, they will be collated some relative judgment to the theme.

**Keywords:** society in participation bill; responsibility; occult partner.

\* \* \* \* \*

### **Justiça constitucional material, racionalidade judicial e jurisdição constitucional**

*Kelly Susane Alflen*

**Resumo:** O presente artigo versa sobre o paralelogramo entre Justiça e Política Legislativa, bem como sobre a interpretação e o raciocínio judiciais com supedâneo nos valores constitucionais como fio condutor da concreção do

poder decisório no âmbito da jurisdição constitucional.

**Palavras-chave:** Justiça política; judicialidade; jurisdição constitucional; raciocínio judicial.

### **Constitutional court material, and judicial rationality constitutional jurisdiction**

**Abstract:** This article deals about the parallelogram of Justice and Legal Policy, as well as on the interpretation and legal reasoning with footstool in constitutional values as a guide to the concretion of the decision making power within the constitutional jurisdiction.

**Keywords:** Justice policy; judicialidade; constitutional jurisdiction; judicial reasoning.

\* \* \* \* \*

### **Hermenêutica constitucional e a coerência sistemática dos limites e da autorrestrição aos direitos fundamentais**

*Lauro Ericksen*

**Resumo:** Este trabalho tem como objetivo geral escrutinar a questão da limitação normativa dos direitos fundamentais em seu contexto constitucional e a possibilidade de serem aplicadas restrições a tais limitações. Os objetivos específicos dele são: explorar as teorias limitativas dos direitos fundamentais (a interna e a externa) e expor a coerência de se engendrar um parâmetro de autolimitação para que os direitos fundamentais continuem a ser desenvolvidos. Metodologicamente, faz-se mister combinar na presente análise mecanismos de hermenêutica cons-

titucional para desenvolver os elementos limitativos dos direitos fundamentais e seus consequentes elementos de limitação e de autorrestrição normativa. Como resultado dessa pesquisa, há de se compreender que a questão dos direitos fundamentais não pode ser posta sem nenhuma limitação, e que também a excessiva limitação de tais direitos se converte em algo danoso ao sistema constitucional. O núcleo interpretativo dessa questão deve levar em conta a combinação de restrições e de restrições às restrições para que se possa conseguir alcançar uma adequação normativa apropriada. conclui-se que o sistema normativo-constitucional requer esse tipo de limitação autolimitante para que os direitos fundamentais sejam compreendidos e interpretados es-

**Palavras-chave:** Direito Constitucional; hermenêutica; direitos fundamentais.

### **Constitutional hermeneutics and the sistematic coherence of limitation and auto- restrains of fundamental rights**

**Abstract:** This work seeks to scrutinize as a main objective the question of normative limitation of fundamental rights and the possibility to restrain these limitations. Specific objectives are pointed: to explore the limitation theories (internal and external ones) of fundamental rights and to expose the coherence necessity to engender an auto-limitation parameter to unfold the fundamental rights. Methodologically, it is necessary to combine relevant mechanisms of constitutional hermeneutics to develop the limiting and the consequent auto-limitation elements. As result of the research, it

is understood that the fundamental rights cannot be analyzed without any limitation, and also, the excessive limitation of its content shall be also considered something harmful. The interpretation core should combine restrains and restrains of its restrains in order to achieve a well succeed normative interpretation. It concludes that the normative constitutional system requires this kind of limitation and auto-limitation for a good development of the fundamental rights.

**Keywords:** Constitutional Law; hermeneutics; fundamental rights.

\* \* \* \* \*

### **Os esquemas argumentativos e a teoria do direito – breves considerações metodológicas a partir de Chaïm Perelman**

*Leonardo Monteiro Crespo de Almeida*

**Resumo:** O presente artigo pretende desenvolver uma relação entre as teorias do direito e o conceito de esquema argumentativo presente na obra de Chaïm Perelman. Ao concebermos teorias do direito enquanto sistemas filosóficos de crenças, nós reconhecemos que cada uma dessas teorias apresenta um esquema argumentativo, que é também um veículo para os próprios preconceitos dos teóricos do direito. Esses esquemas exercem tanto a função retórica, na medida em que almejam persuadir o interlocutor, como também a pragmática, uma vez que buscam realizar certas transformações no campo do direito que se supõem importantes e até necessárias. A análise das teorias do direito por essa ótica permite ao teórico vislumbrar tanto as relações que as teorias travam entre si, como também o modo como correspondem, ou não, às exigências práticas dos contextos que

buscam se inserir. Desse modo, podem tanto atuar contestando as crenças vigentes, propondo assim uma reformulação de nossa atual compreensão do direito, como podem fortalecer o conjunto de crenças hegemônicas.

**Palavras-chave:** teorias do direito; argumentação; Chaïm Perelman

### **Argumentative schemes and legal theory – brief methodological considerations from chaïm perelman’s work**

**Abstract:** This present article intends to develop a relation between legal theories and the concept of argumentative scheme as it is present in Chaïm Perelman’s work. Just as we conceive legal theories as philosophical systems of beliefs, we acknowledge that each theory poses an argumentative scheme which is also a vehicle for the theoretical pre-conceptions of the legal theorist. These schemes carry out functions that are rhetoric and pragmatic: not only theories seek to be persuasive, but they also pretend to transform certain characteristics of the legal field, an operation deemed to be important and, in some cases, necessary. An examination of legal theories within this theoretical perspective allows the legal theorist to perceive not only the complex relations that theories establish between themselves, but also if they meet the practical requirements from the context which they seek to intervene. Legal theories can be important to contest the established beliefs of a specific field by reformulating our present understanding of Law, or, unlike, to strengthening the hegemonic beliefs.

**Keywords:** legal theories; argumentation; Chaïm Perelman.

\* \* \* \* \*

### **Os Direitos Humanos e o enfoque do sistema interamericano sobre Direitos Humanos**

*Mona Carolina Sodré Rodrigues Branco*

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo estudar a evolução dos Direitos Humanos, sob o enfoque dos sistemas de proteção desenvolvidos em Convenções e Acordos que visam resguardar os direitos enunciados nessas cartas, ampliando a quantidade de legitimados que deles podem se valer. Apesar da abordagem global, analisaremos especificamente a estrutura e os recursos do Sistema Interamericano, no que tange à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** direitos humanos; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### **The human rights and the perspective of the inter-american system of human rights**

**Abstract:** This article aims to study the evolution of Human Rights, from the standpoint of protective systems developed by Conventions and Agreements which aim to protect the rights, increasing the amount of people who can legitimately claim. Despite the global perspective at first, we will specifically analyze the structure and resources of the Inter-American System, as regards the Inter-American Commission on Human

Rights and the Inter-American Court of Human Rights.

**Keywords:** human rights; Inter-American System of Human Rights; Inter-American Commission on Human Rights; Inter-American Court of Human Rights.

\* \* \* \* \*

## **A regulação estatal da vigilância em saúde: transparência e accountability à luz da Lei Complementar 141/2012**

*Sérgio Guerra*

**Resumo:** Este artigo visa examinar como está estruturada a organização administrativa brasileira em termos de vigilância em saúde – novo conceito trazido para a regulação da vigilância sanitária em recente lei complementar que dispõe sobre o repasse, a aplicação, a movimentação de recursos financeiros da União e dos Estados, baseado nas ideias de transparência, visibilidade, fiscalização, avaliação e controle da gestão dos serviços de saúde.

**Palavras-chave:** Direito Público; Direito Administrativo; regulação; agência reguladora; vigilância em saúde.

## **Regulation of state health surveillance: transparency and accountability in the light of complementary law 141/2012**

**Abstract:** This paper aims to examine how the organization is structured in terms of administrative Brazilian health surveillance – new concept brought to the regulation of health surveillance by

the recent supplementary law which provides for the transfer, application, handling financial resources of the Union and States, based on the idea of transparency, visibility, monitoring, evaluation and control of the management of health services.

**Keyword:** Public Law; Administrative Law; regulation; regulatory agency; health surveillance.

## NORMAS PARA O RECEBIMENTO E PUBLICAÇÃO DOS TRABALHOS

---

A Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes recomenda a seus colaboradores que enviem seus artigos da seguinte forma:

1. Os originais devem ser enviados ao Conselho Editorial por meio de carta, com cópia impressa e em *compact disk*, ou por *e-mail*.
2. Os textos devem ser digitados utilizando-se o Microsoft Word, seguindo os parâmetros abaixo:
  - Fonte Times New Roman, espaçamento 1,5.
  - Tamanho: 12.
  - Configurações das margens em 3,0 cm superior, inferior e laterais em papel A4.
  - Títulos e subtítulos numerados conforme a ordenação.
  - Não utilizar a tabulação em nenhum ponto do texto.
3. No cabeçalho devem constar: título do artigo e autor(es). Outras informações devem ser colocadas como nota no final do artigo.
4. A ordem do artigo deve obedecer ao seguinte padrão: título, autoria, texto, notas, referências bibliográficas, título em português, resumo, palavras-chave, título em inglês, *abstract* e *keywords*.
5. Os trabalhos, ao serem publicados, devem vir acompanhados de um resumo em português e de outro em inglês, cada um com no máximo 150 palavras além das palavras-chave, que não devem exceder 5 palavras.

6. Toda citação de até três linhas deverá estar entre aspas. Quando exceder, esta deverá ser colocada em outro parágrafo, recuado, sem aspas, com espaço simples e letra Times New Roman, tamanho 10.
7. As notas devem ser marcadas com números no alto à direita da palavra e colocadas no final do texto, antes da referência bibliográfica, com letra tamanho 10.
8. A referência bibliográfica deve obedecer às normas NBR 6023:2002.
9. Os artigos devem conter no mínimo 10 e no máximo 20 páginas. Antes de sua publicação, serão revisados pelo Conselho Editorial.
10. A revista possui as seguintes modalidades: artigos de membros do corpo docente, artigos do corpo discente e colaborações de outras instituições de ensino superior.
11. O Conselho Editorial da Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes se reserva o direito de realizar, quando necessário, pequenas modificações nos artigos, visando a melhor adequá-los aos padrões da revista ou a tornar seu estilo mais claro. A qualidade dos trabalhos será atestada por, no mínimo, dois consultores *ad hoc*, especialistas na área, indicados pelo Conselho.
12. Os conceitos emitidos nos artigos são de inteira responsabilidade do(s) autor(es).
13. Os casos omissos serão resolvidos pelo Conselho Editorial.
14. Enviar, com os artigos, autorização assinada pelo autor ou seu procurador para que o trabalho seja publicado em versão impressa e divulgado na *homepage* da Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes.
15. O Conselho Editorial se reserva o direito de recusar os trabalhos que não atendam às normas estabelecidas ou que não sejam pertinentes ao projeto editorial. Os autores receberão dois exemplares do número que contiver sua colaboração.

## NORMAS PARA AS REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS (NBR 6023: 2002)

---

As referências bibliográficas ao longo do texto devem respeitar o seguinte padrão: sobrenome do autor, data, página. Ex: (Bobbio, 1995, p. 73).

As referências bibliográficas ao fim do artigo devem seguir os modelos e exemplos abaixo:

### **MONOGRAFIAS (LIVROS, FOLHETOS E TRABALHOS ACADÊMICOS):**

AUTOR. Título: subtítulo. Edição. Local de publicação (cidade): Editora, data (ano). Número de páginas ou volumes.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 259 p.

AUTOR. Título: subtítulo. Número de folhas ou volumes. Tipo de trabalho. Categoria (grau e área de concentração) – Instituição, data (ano) da tese.

BENTES, H.H.S. *A teoria grega de justiça na interface com os trágicos:*

dos pré-socráticos a Platão. 380 p. Tese (Doutorado: Filosofia do Direito) – PUC-SP, 2000.

### **CAPÍTULOS DE LIVRO:**

AUTOR DO CAPÍTULO. Título do capítulo. In: AUTOR DO LIVRO. Título do livro: subtítulo. Edição. Local de publicação (cidade): Editora, data (ano). Número de páginas. Páginas inicial e final do capítulo.

AUER, Andreas. *O principio da legalidade como norma, como ficção e como ideologia*. In: HESPANHA, Antonio (Org.). *Justiça e litigiosidade: historia e perspectiva*. Lisboa:

Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 119-138.

#### **TRABALHOS APRESENTADOS EM EVENTOS:**

**AUTOR DO TRABALHO.** Título do trabalho. In: NOME DO EVENTO, número., ano, local de realização (cidade). Título... Local de publicação (cidade): Editora, data de publicação (ano). Páginas inicial e final do trabalho.

**GENRO, T.** Os espaços públicos não estatais. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS, 16, 1996, Fortaleza. Anais... Brasília: OAB, 1996. p. 151-157.

#### **ARTIGOS E REVISTAS:**

**AUTOR DO ARTIGO.** Título do artigo. Título da revista, local de publicação (cidade), número do volume, número do fascículo, páginas inicial e final do artigo. Mês e ano do fascículo.

**BATISTA, Nilo.** Os sistemas penais brasileiros. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, Rio de Janeiro, ano 6, n. 6, 163 – 178p. novembro, 2001.

#### **INFORMAÇÃO OBTIDA VIA CD-ROM:**

**AUTOR.** Título. Local de publicação (cidade): Editora, data (ano). Tipo de suporte.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Biblioteca Central. Normas.doc. Curitiba, 1998. 1 CD-ROM.

#### **INFORMAÇÃO OBTIDA VIA INTERNET:**

**AUTOR.** Título. Disponível na Internet. Endereço. Data de acesso.

**SILVA, Ines Gande da.** Pena de morte para o nascituro. O Estado de São Paulo, São Paulo, 19 set. 1998. Disponível em: [http://www.providafamilia.org/pena\\_morte\\_nascituro.htm](http://www.providafamilia.org/pena_morte_nascituro.htm). Acesso em: 19 set. 1998.

#### **DOCUMENTOS JURÍDICOS (DE ACORDO COM A NBR 6023:2002):**

##### **Constituição Federal:**

**BRASIL.** Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

##### **Emenda Constitucional:**

**BRASIL.** Constituição (1988). Emenda constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995. Lex: legislação federal e marginália, São Paulo, v. 59. p. 1966, out./dez. 1995.

##### **Medida Provisória:**

**BRASIL.** Medida provisória n. 1.569-9, de 11 de dezembro de 1997. Diário Oficial [da] Repúbli-

ca Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 dez. 1997. Seção 1, p. 29514.

**Decreto:**

SÃO PAULO (Estado). Decreto n. 42.822, de 20 de janeiro de 1998. Lex: coletânea de legislação e jurisprudência, São Paulo, v. 62, n. 3, p. 217-220, 1998.

**Resolução do Senado:**

BRASIL. Congresso. Senado. Resolução n. 17, de 1991. Coleção de leis da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, v. 183, p. 1156-1157, mai./jun. 1991.

**Consolidação de Leis:**

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943. Suplemento.

**Código:**

BRASIL. Código Civil. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

**Quando necessário, acrescentam-se elementos complementares à referência para melhor identificar o documento:**

**Emenda Constitucional:**

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Lex: legislação federal e mar-

ginália, São Paulo, v. 59. p. 1966, out./dez. 1995.

**Medida Provisória:**

BRASIL. Medida provisória n. 1.569-9, de 11 de dezembro de 1997. Estabelece multa em operações de importação e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 dez. 1997. Seção 1, p. 29514.

**Decreto:**

SÃO PAULO (Estado). Decreto n. 42.822, de 20 de janeiro de 1998. Dispõe sobre a desativação de unidades administrativas de órgãos da administração direta e das autarquias do Estado e dá providências correlatas. Lex: coletânea de legislação e jurisprudência, São Paulo, v. 62, n. 3, p. 217-220, 1998.

**Resolução do Senado:**

BRASIL. Congresso. Senado. Resolução n. 17, de 1991. Autoriza o desbloqueio de Letras Financeiras do Tesouro do Estado do Rio Grande do Sul por meio de revogação do parágrafo 2º, do artigo 1º da Resolução n. 72, de 1990. Coleção de leis da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, v. 183, p. 1156-1157, mai./jun. 1991.

**Consolidação de Leis:**

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consoli-

dação das leis do trabalho. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943. Suplemento.

**Código:**

BRASIL. Código Civil. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

**JURISPRUDÊNCIA  
(DECISÕES JUDICIAIS):**

**Apelação Cível:**

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Apelação cível n. 42.441 – PE (94.05.0169-6). Apelante: Edilemos Mamede dos Santos e outros. Apelada: Escola Técnica Federal de Pernambuco. Relator: Juiz Nereu Santos. Recife, 4 de março de 1997. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 558-562, mar. 1998.

**Habeas-corpus:**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* n. 181.636-1, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 6 de dezembro de 1994. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 236-240, mar. 1998.

**Súmula:**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.14. In: -----, Súmulas. São Paulo: Associação dos Advogados do Brasil, 1994. p. 16.

**Quando necessário, acrescentam-se elementos complementares à referência para melhor identificar o documento:**

**Apelação Cível:**

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Administrativo. Escola Técnica Federal. Pagamento de diferenças referente a enquadramento de servidor decorrente da implantação de Plano Único de Classificação e Distribuição de Cargos e Empregos, instituído pela Lei n. 8.270/91. Predominância da lei sobre a portaria. Apelação cível n. 42.441 – PE (94.05.0169-6). Apelante: Edilemos Mamede dos Santos e outros. Apelada: Escola Técnica Federal de Pernambuco. Relator: Juiz Nereu Santos. Recife, 4 de março de 1997. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 558-562, mar. 1998.

**Habeas-corpus:**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Constrangimento ilegal. *Habeas-corpus* n. 181.636-1, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 6 de dezembro de 1994. Lex: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 236-240, mar. 1998.

**Súmula:**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 14. Não é admissível

por ato administrativo restringir, em razão de idade, inscrição em concurso para cargo público. In: -----  
Súmulas. São Paulo: Associação dos Advogados do Brasil, 1994. p. 16.

**Doutrina:**

BARROS, Raimundo Gomes de. Ministério Público: sua legitimação frente ao Código do Consumidor. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v. 19, n. 139, p. 53-72, ago. 1995.

**DOCUMENTO JURÍDICO EM MEIO ELETRÔNICO**

LEGISLAÇÃO brasileira: normas jurídicas federais, bibliografia brasileira de Direito. 7. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 1999. 1 CD-ROM. Inclui resumos padronizados das normas jurídicas editadas entre janeiro de 1946 e agosto de 1999, assim como textos integrais de diversas normas.

BRASIL. Regulamento dos benefícios da previdência social. In: SISLEX: Sistema de Legislação, Jurisprudência e Pareceres da Previdência e Assistência Social. [S.I.]: DATAPREV, 1999. 1 CD-ROM.

**Legislação:**

BRASIL. Lei n. 9.887, de 7 de dezembro de 1999. Altera a legislação tributária federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 dez. 1999. Disponível em: . Acesso em: 22 dez. 1999.

**Súmula em Homepage:**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 14. Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão de idade, inscrição em concurso para cargo público. Disponível em: . Acesso em: 29 nov. 1998.

**Súmula em Revista Eletrônica:**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 14. Não é admissível, por ato administrativo, restringir, em razão de idade, inscrição em concurso para cargo público. Julgamento: 1963/12/16. SUDIN vol. 0000-01 PG00037. Revista Experimental de Direito e Telemática. Disponível em: . Acesso em: 29 nov.1998.