Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes

Ano 18, n. 18, 2013

Universidade Candido Mendes
Reitor: Candido Mendes
Vice-Reitor: Luiz Fernando 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
Gramma 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: Clarisse Cintra

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

CORPO DOCENTE

Análise discursiva da linguagem retórica punitiva de crianças e adolescentes infratores: linguagem e poder
Aderlan Crespo, *Renata Dutra*, *Carlos Nicodemos*, *Christina Aguiar*, *Marilha Garau* e *Tatiana Omerich* 1

Liberdade dos antigos aos modernos: antes, durante e depois de Thomas Hobbes
Daniel Brantes Ferreira 21

O princípio do devido processo legal como inarredável paradigma do estado democrático de direito
Durval Pimenta de Castro Filho 39

As organizações sociais na gestão da saúde pública
Fábio Carlos Nascimento Wanderley 59

A exaltação da arte por uma nova ideia de forma
Flavia Bruno 81

A recuperação de ativos e a cooperação penal internacional: estratégias criminais pragmáticas para a defesa, a assistência e a representação das vítimas
Igor Pereira 91

Qualificação jurídica de contrato
Leonardo Mattietto 105

Apontamentos sobre vitimologia na atualidade
Roberta Duboc Pedrinha 117

CORPO DISCENTE E COLABORADORES EXTERNOS

Mecanismos de solução coletiva de conflitos e tutela coletiva: a experiência norte-americana
Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e *Larissa Clare Pochmann da Silva* .. 135

Os instrumentos jurídico-econômicos em prol da proteção do *ouro azul*
Ana Alice De Carli 151

A aplicação do agir comunicativo de Habermas na mediação comunitária: o diálogo como instrumento transformador
Ana Paula Bustamante 175

O ócio como crime: vagabundos e vadios à luz do direito penal português medieval
Beatris dos Santos Gonçalves 195

Considerações sobre socioeducação como mecanismo de autonomia: críticas sobre as medidas socioeducativas em tempos de SINASE
Celeste Anunciata Baptista Dias Moreira 213

Uma sociedade global e um novo tempo
Charles Alexandre Souza Armada 225

Efetividade da tutela ao direto fundamental ao meio ambiente
Luciana Costa Poli e *Bruno Ferraz Hazan* 243

O direito à educação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
Matheus Farinhas, *Thayanna Cardoso* e *Igor Pereira* 263

La cláusula de protección ambiental y el derecho humano al agua en la Constitución Nacional Argentina
Oscar E. Defelippe e *Adriana N. Martínez* 277

A extrafiscalidade tributária num contexto de crise econômica globalizada
Ricardo Romanini Alchaar 295

Caso Omar Al Bahir: um precedente que se abre no sistema jurídico brasileiro
Priscila Fett 317

Ponderações sobre o regime diferenciado de contratação: legitimidade, procedimento, proveitos e inconveniências
Tainá Ribeiro Pellacani e *Thayanne Borges Estelita* 339

Resumos e Abstracts 355

Normas para o recebimento e publicação dos trabalhos 369

Normas para as referências bibliográficas 371

Análise discursiva da linguagem retórica punitiva de crianças e adolescentes infratores: linguagem e poder

Aderlan Crespo,[1] *Renata Dutra,*[2] *Carlos Nicodemos,*[3] *Christina Aguiar,*[4] *Marilha Garau*[5] *e Tatiana Omerich*[6]

1. Introdução

O presente texto decorre da investigação acadêmica realizada pelo grupo de pesquisadores formado em 2012, na Universidade Candido Mendes, Campus Centro, para executar o Projeto de Pesquisa sobre o tema análise do discurso nas sentenças judiciais sobre Ato Infracional. Este projeto de pesquisa foi concebido pela parceria entre o Núcleo de Iniciação Científica (NIC) da Universidade Candido Mendes e a Organização de Direitos Humanos Projeto Legal, que disponibilizou o material de pesquisa (processos findos que atuou por meio de sua equipe do projeto Atitude Legal-Programa Justiça Juvenil).

A pesquisa foi realizada pelas alunas Christina Aguiar, Marilha Garau e Tatiana Omerich, alunas do curso de direito, do campus Centro. A pesquisa voltou-se sobre o objeto do projeto, visando encontrar possíveis características linguísticas nas sentenças sobre ato infracionais, notadamente as aplicadoras de medidas de internação.

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2013/18) n.18: 1-20 - UCAM (Rio de Janeiro)

A ideia surgiu a partir do interesse de encontrar nas elaboradas decisões, com teor técnico em abundância, os possíveis símbolos de linguagem, característicos da autoridade, subliminarmente ou não, que agregam o ato de poder, sustentadamente imparcial.

Assim, para além da técnica judicial, é possível que exista uma tendência, pré-formada, de concepção subjetiva, internalizada de alguma maneira no processo de formação do sujeito, que apareça no momento da decisão judicial?

Esta indagação também direciona a reflexão para o tipo de sujeito para à qual se destina a decisão (aqui o réu o adolescente autor de infracional, ou, como símbolo linguístico, simplesmente "delinquente"), pois os sentidos humanos permitem defesas automáticas que nos dão os sinais de ameaça. Desta forma, a visão e a oralidade transformam-se em mecanismos de ação sobre o "outro", seja na medida em que o "avalio" pela aparência", seja quando eu o "julgo" por palavras.

A simbolização, consciente ou não, nos processos de linguagem foi desencadeada fundamentalmente por Ferdinand Saussure, nas suas reflexões sobre a sincronia ou diacronia dos termos e formas gramáticas, que a humanidade cultua a partir de padrões vigilantes. Em sua análise sobre o simbolismo, Saussure aponta para a interferência da linguística sobre as demais ciências, assim como ocorre inversamente, como demonstra Hilda Costa (2009, p. 79): "A linguistica tem relações bastante estreitas com outras ciências, que tanto lhe tomam emprestado como lhe fornecem dados. Os limites que a separam das outras ciências não aparecem sempre nitidamente."

A questão do símbolo, objeto da análise do historicismo antropológico, demarca "tipo de tribos", mas sugere, sobremaneira, ainda, "marcas" de nossa forma de pensar e agir. O que justificou a investigação nessa prática investigativa foi a possibilidade de as "autoridades", principalmente os juízes, utilizarem a linguagem, na forma técnica, para fundamentar suas "escolhas" em relação ao outro. Desta forma, as dúvidas surgem a partir dos seguintes aspectos: a) Existe similaridade discursiva entre os juízes, identificáveis nas decisões? b) A condição do "outro", destinatário da decisão judicial, aqui utilizado o termo "escolha" da autoridade judicial, compromete a ideia de imparcialidade, neutralidade humana do juiz enquanto perito da lei?

A relação entre o argumento, enquanto construção linguística da ideia, e o público leva em consideração, possivelmente, o grupo para o qual se dirige o agir comunicativo do emissor. Perelman (2005, p. 237), em sua obra *Tratado da argumentação*. *A nova retórica,* destaca o papel político do autor da ideia expressada: "A argumentação efetiva tem de conceber o auditório presumido tão próximo quanto o possível da realidade."

Nesta perspectiva, podemos perceber que aquele que constrói a ideia, a mensagem, considera, inevitavelmente, o público à que se destina, como forma de convencer, até para que se mantenha legitimado na sua ação. No caso do juiz, a sua decisão (escolha) visa fazer com o que as partes (principalmente a parte "perdedora") aceite o seu ato, que nada mais é do que decidir por um argumento e não por outro. Todavia, essa decisão (escolha) precisa ser fundamentada.

A questão, pois, nos remete à forma pela qual o juiz constrói a sua edificante argumentação, pois na técnica do direito (pode ser avaliada também por profissionais de outras áreas) pode ser avaliada, e, portanto, confirmada ou não. A ação judiciante é uma ação não só particular das partes, mas politicamente pública.

Ainda utilizando a contribuição de Chaim Perelman sobre o estudo da linguagem, raciocínio lógico ou simplesmente do discurso, podemos observar os efeitos residuais de sua afirmação sobre a importância do domínio da técnica argumentativa, como a problematização do termo simbólico "realidade".

A terminologia "realidade" pode significar (na proposta da relação entre significado e significante, ou seja, do que pode ser ou do que é): algo dado, concreto, induvidoso.

Assim, quando o autor da ideia/mensagem atua como sujeito do diálogo, ordinariamente ele considera sua percepção como a percepção do outro, como se não houvesse variações. Ou, no mínimo, ele tenta fazer com que a sua percepção seja aceita pelos demais. Essa percepção é a sua tradução acerca do fenômeno, ou, da realidade, isto é, da sua "realidade". Mas, o que é realidade?

Sobre a invenção das teorias, ou sobre a avaliação da vida, Nietzsche considerou importante a postura dialética, na medida que deveria postar-se estranhamente diante das afirmações determinantes, como pretendia Kant em seu esforço para criar "modelos" de condutas baseadas em regras inquestionáveis. Autores como Peter Berger e Thomas Luckmann desafiam a tendência de determinações da realidade considerando a possibilidade de que as nossas percepções são resultados de um processo pessoal sobre as construções humanas, isto é, somos expectadores da produção do outro, ao mesmo tempo que somos autores de ações observáveis pelo público externo. Para tanto, na obra *A construção social da realidade*, utilizam esses autores a irreverência filosófica de Nietzsche (2012, p. 18): "Nietzsche desenvolveu sua própria teoria da "falsa consciência" em suas análises da significação social do engano e do autoengano e da ilusão como condição necessária da vida."

É desta forma problematizada, verbalizada por este produto do Núcleo da Iniciação Científica (NIC) da Universidade Candido Mendes, em conjunto,

neste projeto em específico, com a Organização de Direitos Humanos Projeto Legal (ODHPL), que se buscou analisar os conteúdos argumentativos nas decisões judiciais, contra os supostos autores de ato infracional, cuja finalidade principal era investigar possíveis símbolos, de natureza social, política e histórica, nos atos de poder que se quer crer apenas "judiciais", direcionados à "justiça", cujos termos são forjados para serem, via de regra, no simbólico "mundo do direito", entendidos de imediato, sem questionamentos de outras áreas que não do próprio direito.

A pesquisa nos apresenta informações relevantes sobre os conteúdos das decisões, posto que há nítidos sintomas de um possível "padrão" da atuação funcional, tendo em vista as questões relativas as provas de autoria e os termos utilizados nas fundamentações estruturantes das decisões, como forma de visibilizar o convencimento do juiz.

Outros aspectos se destacaram na pesquisa, principalmente sobre os tipos de "atos infracionais" praticados, que evidenciam inúmeras possibilidades interpretativas, de cunho social e econômico, visto que os denominados crimes de "roubo", "furto" e "tráfico" assumem grande parte do volume processual.

A análise objetivada na pesquisa deparou-se, pois, com a técnica judicial, as estratégias de discurso e o com o que se quer para esses sujeitos, que gravitam entre "sujeitos de direito" e "delinquentes não cidadãos". Este confronto está na ordem histórica deste país, que fomenta as ações de vulto econômico e as técnicas de controle medievais.

2. Criminalização da juventude e o sistema de justiça do Estado do Rio de Janeiro

No ano de 2012 completamos o vigésimo segundo aniversário do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90, herança do processo de redemocratização do Estado brasileiro, e importante ferramenta de cidadania para milhões de pequenos infantojuvenis.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é a resposta que a sociedade civil organizada deu à doutrina do direito do menor, também conhecida como doutrina da situação irregular, que teve vigência no Brasil a partir de 1923, quando aqui se instalou o primeiro tribunal de menores, aprimorando-se com a edição do antigo Código de Menores de Mello Mattos, de 1927.

Durante mais de um século, pobreza e delinquência foram fundamentos para a intervenção de controle social e punitivo dos denominados "menores", que hoje, por força do ECA, são chamados de crianças e adolescentes.

Importante característica da doutrina da situação irregular foi a judicialização da política estatal, fazendo do Poder Judiciário o centro das ações de controle dos "menores" abandonados, em conflito familiar, autores de atos infracionais, seu foco de punição. Trata-se da construção da chamada patologia social do irregular que categorizava pobres, negros, abandonados e delinquentes para o controle do Estado.

Esse modelo começou a ser formalmente substituído em 1988, com a Constituição Federal, que no Artigo 227 afastou a figura do Juiz de Menores como representante do Estado na chamada "política protetiva", colocando a família, a sociedade e o poder público neste lugar. Isso porque crianças e adolescentes passam a ser considerados como sujeitos de direitos em peculiar processo de desenvolvimento pessoal e social.

Soma-se a Constituição Federal a Convenção dos Direitos das Crianças da ONU, de 1989, que inspirou a redação da Constituição Federal de 1988 que anteriormente mencionamos.

Trata-se de um tratado internacional de direitos humanos que levou 10 anos (1979-1989) para ser concebido e aprovado no âmbito internacional, sendo o Brasil, curiosamente, seu primeiro signatário, em razão das fortes denúncias que o país sofria pelo assassinato de crianças na década de 1980, apuradas numa CPI do Congresso Nacional em 1988.

Como se vê, a Constituição Federal de 1988, a Convenção dos Direitos das Crianças da ONU e o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90, formam um arcabouço jurídico e político dos direitos infantojuvenis no Brasil que, formalmente, revogou a doutrina do direito do menor.

Com todas essas leis, acreditava-se que o caminho estaria aberto para a construção do resgate histórico da cidadania de milhares de jovens criminalizados pelo Estado durante séculos. Mas, não foi o que aconteceu!

Recente pesquisa (2012) do Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle do Poder Judiciário, durante 16 meses de investigação, com visitas a 320 unidades e quase duas mil entrevistas chegou à conclusão de que, a cada dez adolescentes que cumprem medidas socioeducativas em estabelecimentos com restrição de liberdade, quatro são reincidentes.

Essa pesquisa afirma ainda que as infrações que os levam de volta ao sistema socioeducativo são ainda mais graves do que as anteriores. Os casos de homicídio, por exemplo, foram muito mais frequentes na segunda internação, aumentando de 3% para 10%, em âmbito nacional.

Esse levantamento, denominado "Panorama Nacional, a Execução das Medidas Socioeducativas de Internação", foi realizado de julho de 2010 a

outubro de 2011, nas unidades de internação, com 17.502 jovens em conflito com a lei.

Essa mesma pesquisa identificou ainda um percentual de reincidência quando se considera os 14.613 processos de execução de medida socioeducativa, ou seja, os casos já concluídos. Nesses casos, a reincidência chega a 54% dos casos.

O levantamento aponta ainda, entre outros dados, que 57% dos jovens entrevistados não frequentavam a escola antes de ingressar na unidade. A tortura e os maus-tratos são denunciados na seguinte ordem: 28% dos entrevistados declararam ter sofrido algum tipo de agressão física por parte dos funcionários, 10% pela Polícia Militar, após o ingresso na unidade, e 19% afirmaram ter sido alvo de castigo físico durante a internação.

Do outro lado da situação de vulnerabilidade social dos jovens, a última edição do Mapa da Violência 2012 do Centro Brasileiro de Estudos Latinos Americanos, FLACSO BRASIL, confirmou mais uma vez que a violência contra os jovens é assustadora, informando que na maioria absoluta das regiões do país as taxas de homicídios contra jovens entre 15 e 24 anos cresceram de forma expressiva.

Nessa pesquisa, verificou-se que as taxas de homicídios contra crianças e adolescentes cresceram 346% entre 1980 e 2010, vitimando 176.044 crianças e adolescentes nos trinta anos entre 1981 e 2010. Só em 2010 foram 8.686 crianças assassinadas: 24 por dia.

Uma das principais características históricas dessa violência homicida é a elevada vitimização masculina: os homicídios de crianças e adolescentes do sexo feminino representam em torno de 10% do total das vítimas nessa faixa, ou seja, 90% são meninos.

São números superiores a muitas guerras civis no mundo, colocando o Brasil em 4º lugar no universo de 99 países investigados sobre o tema do assassinato de crianças e adolescentes. Assim, o esforço de transformar a lei sem o acompanhamento das políticas, das instituições e das práticas cotidianas, vai revelando um Estado de Direito e uma democracia de aparências. A situação de jovens envolvidos com o tráfico de drogas constitui a principal causa, entre o aprisionamento e o assassinato dos mesmos, inserindo-os nos cenários que descrevemos anteriormente.

A criação de mecanismos que possam freiar esse processo de criminalização é fundamental, especialmente com a promoção de ações estruturais no campo das políticas públicas, atuando de forma preventiva. Nos casos dos adolescentes autores de ato infracional, é necessário buscar formas e mecanismos que possam abreviar os caminhos para uma nova realidade, uma nova cidadania.

Estabelecer, nos processos judiciais, ações que permitam ao jovem deixar a realidade criminalizadora que estão inseridos, traduzida em seu envolvimento no tráfico de drogas, através de programas que incentivem sua história de vida com arte, cultura e educação é uma excelente oportunidade de fazer valer o superior interesse, preconizado pela Convenção dos Direitos das Crianças da ONU.

Oferecer aos jovens, como política de Estado, que para saírem do envolvimento com o tráfico de drogas será oportunizado um programa de resgate dos direitos que foram violados ao longo de suas trajetórias de vida em razão do processo de criminalização promovido por esse mesmo Estado constitui oportunidade compensadora para todos, especialmente para a sociedade.

Esse processo de convencimento certamente passará pela ação de vários atores, especialmente as organizações não governamentais, que neste cenário se constituem principal interlocutor junto aos jovens nas comunidades.

O que fará o Juiz de Direito será uma proposta de compensatória ao jovem, no qual o processo judicial ficará suspenso para que o mesmo se integre num programa de afirmação de direitos como educação, saúde, profissionalização, arte, cultura e lazer.

Afastar a ideia penalizadora de forma suspensiva para fazer passar direitos que ficaram represados pela política criminalizadora do Estado é razoável e faz cristalizar a Justiça com "J" maiúsculo.

3. Análise discursiva da linguagem retórica punitiva de crianças e adolescentes infratores

3.1. Controle social da criminalização infantojuvenil

Em muitos julgados do judiciário brasileiro, especialmente na Vara de Infância e Juventude da Comarca do Rio de Janeiro, vemos uma repetição de sentenças e respectivas fundamentações. O que nos leva à indagação: o Estatuto da Criança e do Adolescente vem sendo aplicado para obter seu fim: a ressocialização dos adolescentes infratores, ou estaria o judiciário apenas reproduzindo o modelo fordista em suas decisões? O Magistrado estaria tão sobrecarregado que passaria a faltar com o amanhã desses futuros adultos?

Estudos demonstram que, ao entrarmos na adolescência, naturalmente buscamos a quebra dos laços familiares no que tange a limites. Buscamos grupos afins, que tenham por volta da nossa idade para que, dentro destes, possamos testar o que não necessariamente foi permitido por nossos pais. Esses grupos vão, assim, ajudando a moldar nosso caráter fora do nosso primeiro grupo social.

De acordo com o senso comum, adolescentes buscam esses grupos de maneira a se autoafirmar, impressionando seus colegas. Assim, o que o grupo considera aceito vai sendo colocado à prova e forçado, até que atinja o limite aceito pela sociedade. Esse proceder deve ser acompanhado, pelo bem do próprio adolescente, conforme os ditames do Estatuto.

Em um país de grande densidade demográfica, como o Brasil, é comum esses grupos serem, infelizmente, esquecidos pelo Estado, e, consequentemente, regidos pelas leis que um determinado grupo impõe.

Como é o caso, por exemplo, do tráfico de drogas; no que concerne os adolescentes, possibilita a participação destes pelos denominados "aviõezinhos", como primeiro passo a fazer parte da "turma".

Assim, esses adolescentes deparam-se com as chamadas "leis das ruas", em comparação com as leis Estatais. Essas leis, quando confrontadas, deixam o adolescente, agora infrator, às mãos de um Estado que deixa de entender tudo o que a vida lhe ensinou e, mesmo assim, se julga capaz e aplica as chamadas "medidas socioeducativas", em uma tentativa de protegê-lo das suas próprias escolhas.

Com a presente pesquisa, foi possível observar as decisões que nossos Magistrados tomam, quando colocados a julgar tais casos de infrações penais cometidas por adolescentes. Quando estamos tratando de adolescentes, a falta de fundamentação e de análise no caso concreto, além de trazer sequelas para o mundo jurídico, dificulta a formação do caráter do adolescente analisado.

Em um país onde a infraestrutura é inadequada, o judiciário, infelizmente, não conta com um aparato preparado suficiente para os inúmeros casos existentes. Ademais, segundo as estruturas judiciárias, os Juízes Estaduais devem percorrer as inúmeras Varas que necessitam de seu arbítrio, tornando difícil que um Juiz se desprenda do direito punitivo do âmbito do direito penal, para aprofundar na seara juvenil.

Sendo assim, parece natural à parcela de Juízes, que por não possuírem um estudo aprofundado do propósito do Estatuto, aplicam as noções do processo penal, julgando com o firme propósito de impor uma punição, de maneira a aplicar à aquele adolescente mais uma pena do que uma reeducação.

Vale salientar que o resultado das sentenças judiciais, nesta parcela da pesquisa, demonstrou, infelizmente, uma continuada constatação. Todos os casos analisados eram de sexo masculino, onde menos da metade estava assistido por parentes de 1º grau no momento da infração, 11% estavam devidamente matriculados na escola e, onde 22% possuíam menos de 14 anos, no momento do ato infracional, sendo que todos, sem exceção, eram usuários de algum tipo de entorpecente.

Quanto à fundamentação dos Magistrados, podemos vislumbrar a tentativa inicial de se obter um respaldo psicológico do adolescente estudado. Na maior parte das sentenças estudadas, o estudo social foi mencionado quando da medida imposta ao adolescente em questão.

No entanto, ao observarmos os casos analisados, entendemos que tal estudo social não se demonstra forte o suficiente para desatrelar o convencimento do Juízo do que é ali exposto.

Os casos objetos do presente estudo, em sua maioria, contam com a seriedade da forma como se procedeu o ato infracional. Um exemplo está no caso 07, onde a própria defesa *entende não mais ser cabível outra medida, a não ser a internação, diante do histórico de passagens do adolescente em questão.*

Vale ressaltar que apenas cerca da metade dos adolescentes estudados confessou integralmente ter cometido os fatos a eles imputados na denúncia, enquanto a outra metade afirma não ter cometido tal qual estavam descritos, ou até mesmo não ter cometido qualquer dos fatos apresentados, e mesmo assim tiveram suas condenações decretadas.

O embasamento jurisdicional foi pautado, basicamente, na denúncia, no depoimento dos policiais militares e, quando presentes, na confissão dos adolescentes. Sendo certo que o Ministério Público, apesar de tentar entender a situação do adolescente, o trata tal qual um adulto condenado, o que dificulta a sua reinserção na sociedade.

A despeito de os casos objeto do presente estudo apresentarem lógica coerente, devemos lembrar que a medida de internação provisória não deve ser a resposta predominante aos atos infracionais cometidos por esses adolescentes.

Nosso sistema Estatal não comporta mais tais adolescentes, de maneira com que sua passagem pelo sistema seja vantajosa para os mesmos. Nenhum proveito terá um adolescente internado nas condições atuais de nossas instituições.

3.2. A legislação vigente e as garantias individuais

A lei 8.069 de 13.07.1990 — Estatuto da Criança e Adolescente — estabelece as diretrizes para a responsabilização do adolescente infrator. São consideráveis penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, art. 228 da CF/88 e art. 27 do Código Penal. Analisar os critérios determinantes e a linguagem jurídica utilizada pelo Magistrado no momento da adequação do ato do adolescente à conduta penalmente relevante através da avaliação de Sentenças que determinam a aplicação de medida socioeducativa.

A pesquisa tem como tema: Análise discursiva judiciária da linguagem retórica punitiva de crianças e adolescentes infratores, elaborada a partir da

análise das Sentenças proferidas pelos juízes das Varas da Infância, Juventude e Idoso no Estado do Rio de Janeiro, Comarca da Capital.

Ao todo foram analisadas 6 (seis) Sentenças envolvendo atos infracionais cometidos por adolescentes entre 16 e 18 anos, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, sobre o panorama de perguntas-chave, que possibilitaram uma conclusão objetiva do trabalho.

Tal análise restou possível à permissão da ONG de Direitos Humanos — Projeto Legal, que confiou-nos, de forma sigilosa, a ilustre tarefa de avaliar os autos dos processos no qual seus representantes atuaram na defesa dos adolescentes em conflito com a lei.

O ato infracional corresponde, para o adolescente, ao crime dos adultos. O adolescente que comete uma infração é julgado e pode ter que cumprir uma medida socioeducativa.

O ECA possibilita ao Juiz da Infância e Juventude decidir, entre seis tipos de medida socioeducativa, a que mais se aplica ao adolescente que comete uma infração (Art. 121, ECA):

I – Advertência

II – Obrigação de reparar o dano

III – Prestação de serviços à comunidade

IV – Liberdade assistida

V – Inserção em regime de semiliberdade

VI – Internação em estabelecimento educacional.

A Lei deixa bem claro que a internação só deve ser aplicada em casos excepcionais, ou seja, quando houver grave ameaça à vida, quando houver morte ou quando for um crime hediondo. Principalmente nessas situações, o adolescente precisa de um acompanhamento cuidadoso, e é por isso que a internação deve acontecer em um "estabelecimento educacional", com todas as condições para que ele tenha novas oportunidades e descubra que há outros caminhos para sua vida, sem ser a violência.

Nos artigos 106 a 109 da Lei 8.069 /90 estão previstos os direitos individuais do autor de ato infracional, os quais devem ser examinados em conjunto com os artigos 171 a 190 da mesma Lei, que tratam da apuração de ato infracional atribuído a adolescente.

A norma do art. 106 do Estatuto, de que nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da Autoridade Judiciária competente (Juiz da Infância e Ju-

ventude), está em simetria com os direitos de ir e vir, a liberdade individual e a legalidade da prisão, conforme previsto no art. 5º, LXI, da Constituição Federal, podendo, em caso de desobediência, ser o responsável punido com pena de detenção de seis meses a dois anos, na forma do art. 230 do ECA.

Ao adolescente em conflito com a lei outorga, ainda, o § 2º do mencionado art.106, o direito à identificação dos responsáveis pela sua apreensão, com a devida informação acerca de seus direitos, obedecendo, assim, a norma constitucional do art. 5º, LXIII e LXIV.

Por sua vez, imediatamente a família do adolescente ou pessoa por este indicada deve ter ciência da sua apreensão, bem como se fazendo necessária a comunicação do flagrante do ato infracional no Juiz da Vara da Infância, da Juventude ou ao Juiz de Plantão, nos finais de semana e feriados, sob pena de ser considerada ilegal a prisão (art. 107, ECA, c/c art. 5º LXII, da CF).

A falta de comunicação imediata da apreensão do adolescente, na forma anteriormente mencionada, configura o crime previsto no art. 231 do ECA, punido com detenção de seis meses a dois anos de prisão.

Paralelamente a tais providências, deve a autoridade policial apreciar a possibilidade do jovem ser entregue aos pais ou responsáveis, sob termo de compromisso de apresentar-se ao Ministério Público no primeiro dia útil imediato, exceto quando se tratar de ato passível de aplicação de medidas restritivas de liberdade em sede provisória.

É de ser salientada a importância dessa apreciação, já que a Autoridade Policial pode ser responsabilizada, nos termos do art. 234 do ECA, se mantiver o adolescente privado da liberdade após ter constatado a ilegalidade de sua apreensão.

Outro direito que o Estatuto conferiu ao adolescente em conflito com a lei foi de que o prazo de sua internação, até que seja proferida a sentença, não pode ultrapassar 45 (quarenta e cinco) dias, conforme disposto no art. 108 do ECA; a não observância injustificada do prazo configura o crime previsto no art. 235 do Estatuto, com pena de detenção de seis meses a dois anos.

Por fim, o artigo 109 do Estatuto prevê, em consonância com o art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, que o adolescente civilmente identificado não será submetido à identificação compulsória dos órgãos policiais, de proteção e judiciais, ressalvada a hipótese de necessidade de confrontação dos dados.

O art. 110 da Lei 8.069/90 assegura ao jovem, entre 12 e 18 anos de idade, a garantia constitucional do 'due process of law' (art. 5º LIV, CF), ao dispor que: "Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal."

Desta forma, para a aplicação de medida que importe na privação de liberdade, é necessária a observância das normas do devido procedimento especial regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ressaltando-se que devem ser respeitadas as garantias processuais previstas no art. 111 do Estatuto, qualquer que seja a medida socioeducativa que venha a se afigurar como mais adequada ao caso concreto.

As garantias dos incisos I, II e III do artigo em estudo, do pleno e formal conhecimento da atribuição do ato infracional, por meio de citação ou outro equivalente e da igualdade de possibilidades para as partes, com a produção de todas as provas que entenderem necessárias no curso da ação socioeducativa; e a da defesa técnica por profissional habilitado, emanam da norma constitucional do art. 3º IV da CF.

Todo adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, independentemente da gravidade da sua conduta, tem direito à defesa. Dessa forma, se não tiver Defensor, ser-lhe-á nomeado um pelo Juiz (art. 207 e § 1º, ECA) em observância à garantia processual da assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados (art. 111 IV, ECA).

3.3. Os dados da pesquisa de campo no Tribunal da Comarca do Estado do Rio de Janeiro

Considerando que a pesquisa tem como tema a análise discursiva judiciária, também foram objeto da pesquisa as decisões do segundo grau de jurisdição, especificamente em todas as Câmaras Criminais do Rio de Janeiro da Comarca da Capital, conseguindo um total de 15 processos entre as cinco varas que disponibilizaram os acórdãos.

Vale ressaltar que duas varas se recusaram a disponibilizar os acórdãos para o exercício da pesquisa científica, declarando que os processos, por estarem em segredo de justiça, só poderiam ser acessados mediante petição juntada aos autos.

Após a coleta dos processos, a pesquisa conseguiu dados relevantes, para mostrar qual é o perfil atual desses jovens que foram entrados nos autos. Conseguimos ver também quais sãos os delitos mais praticados pelos mesmos e quais são as medidas mais aplicadas pelos juízes e desembargadores.

Dos processos disponibilizados podemos ver a relação entre o total de processos, o nº de pessoas envolvidas e a porcentagem do público-alvo. O resultado encontrado foi que 87% dos processos eram de adolescentes do sexo masculino que estavam cumprindo MSE, sendo apenas 13% do sexo feminino.

Dos processos analisados 60% tratam de adolescentes, ou seja, na faixa entre 12 a 18 anos, porém existe uma porcentagem de 40% que, mesmo

completando a maioridade, tem acórdãos deferindo a continuidade de medida socioeducativas até os 21 anos, de acordo com o artigo 122 do ECA

As medidas socioeducativas são aplicáveis a crianças e adolescentes autores de atos infracionais. As medidas socioeducativas são previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente com a finalidade de ressocialização, para a convivência social de forma livre e responsável. Quando for verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar algumas medidas aos adolescentes infratores, como: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semiliberdade; internação em estabelecimento educacional (art. 112 da Lei nº 8.069/90).

Podendo elas serem uma MSE com liberdade assistida, uma assistência com tratamento para os dependentes químicos (internação) ou até um misto das duas primeiras medidas, ou apenas uma advertência, medidas de semiliberdade e até mesmo uma prisão preventiva em relação à gravidade do crime. Quanto a isso colocamos em gráfico como os desembargadores mantiveram as medidas e suas porcentagens para tentarmos revelar quais são as mais aplicadas.

O resultado foi que a maioria das medidas que foram mantidas ou decidas pelas turmas do 2º grau de jurisdição são de MSE de liberdade assistida, com um total 33%; em seguida, com 27%, a medida de internação e com 20% as MSE de semiliberdade.

Porém, um dado relevante foi que mais da metade desses jovens evadiram das medidas aplicadas, o que mostra que o sistema não está preparado para poder cuidar dessas crianças e adolescentes, sendo o Brasil parte de um regime fraco quanto às políticas relativas ao sistema de reintegração à sociedade e de formação do jovem brasileiro.

Quanto aos tipos de condutas, atos infracionais, destaca-se que 33% dos casos se enquadram no art. 33 da Lei 11.343/06, legislação sobre o combate ao uso e ao trafico de drogas. O que nos remete a uma preocupação com a política de drogas no Brasil, já que cada vez mais cedo os jovens estão usando substâncias entorpecentes.

Nos processos que tiveram casos de medida de internação do paciente, foi unanime a justificativa dos desembargadores pela manutenção da MSE, como também a de não dar continuidade ao que foi estabelecido no Juízo de 1º grau. Ambas justificadas pelas normas elencadas no ECA (art. 122) e CRFB/88.

Outro dado importante foi que em 67% dos casos a prevalência foi do depoimento do guarda municipal ou do policial, já que 60% dos casos foram de prisão em flagrante, como podemos ver nos gráficos a seguir.

É importante ressaltar que foi unanime a prova da autoria, como também a ocorrência dos fatos, pelos autos e atos que constam nos processos na análise dos acórdãos.

Em 93% dos casos foi destacada em 2º grau a condição específica do adolescente e obtivemos um resultado de 43% deles serem dependente químicos, o que retrata mais uma vez o cenário muito difícil no que tange a medidas preventivas contra as drogas.

4. Considerações finais

A partir da análise dos dados apreendidos através da pesquisa é possível a obtenção de conclusões relevantes, tais como o perfil dos jovens infratores (sexo, idade, existência de antecedentes criminais), a espécie dos atos infracionais praticados (figura típica, forma de prática) e, principalmente, à luz do foco da principal da investigação, o cenário fático-processual determinante para a decisão do magistrado.

Da análise dos autos dos processos disponibilizados para a execução da pesquisa pode-se observar que, em relação ao número de crianças e adolescentes envolvidos em atos infracionais, 100% dos agentes são adolescentes do sexo masculino, cuja idade está entre16 e 18 anos. Ademais, pelo menos a metade desses adolescentes possui passagem anterior pelo sistema socioeducacional. Neste sentido, cabe ressaltar que parte dos adolescentes atendidos pelo sistema de proteção voltou a cometer atos infracionais.

Algo que chama bastante atenção é a semelhança das figuras típicas que embasam o enquadramento da prática do ato infracional do adolescente, em um primeiro momento na lavratura de auto de prisão (e/ou notícia crime) e, posteriormente na denúncia ajuizada pelo Ministério Público.

Basicamente todos os casos objeto de análise envolviam situação análoga ao crime de roubo, previsto no art. 157 do Código Penal, bem como em situações pouco variáveis, na qual se observa a figura do art. 33 da Lei 11.343/06, ou seja, tráfico de entorpecentes. Sendo cabível esclarecer que, na última hipótese, os jovens foram encontrados em posse de material entorpecente por ocasião de situação que leva ao crime de roubo.

Ainda nesse sentido, pertinente se faz atentar para o fato de que em 70% dos casos o adolescente não atuou sozinho, mas em concurso, ou seja, com a coparticipação de dois ou mais adolescentes que detinham do mesmo ânimo de proceder à prática delituosa.

Recebida a denúncia apresentada pelo Ministério Público, a tendência dos juízes é de aquiescer pela versão narrada pelo membro do Parquet, atendendo

aos pedidos da parte acusatória, pedidos esses que, basicamente, baseavam-se na confissão do agente, que se deu em 83% dos casos, testemunho da vítima e de Policiais Militares, bem como lastros probatórios mínimos de autoria e materialidade do delito.

Desta forma, no momento da prolatação da sentença o magistrado costuma decidir pela aplicação da medida socioeducativa de internação, conforme foi feito em todos os casos objeto de análise, ou seja, raramente aplicam-se medidas alternativas e menos danosas à dignidade do adolescente, preservando-se seu o direito à liberdade.

A aplicação de tais medidas é pautada na "gravidade" do fato cometido pelo agente (100% dos casos), bem como na necessidade de "ser afastado" do meio em que convive (30% dos casos) e na necessidade de tratamento, nas hipóteses em que o adolescente é identificado como usuário de drogas.

Todavia, conforme foi dito anteriormente, a Lei deixa bem claro que a internação só deve ser aplicada em casos excepcionais, ou seja, quando houver grave ameaça à vida, quando houver morte ou quando for um crime hediondo. Ora, se o adolescente dispõe de medidas mais eficientes e razoáveis para ser reintegrado à sociedade, não há razões plausíveis para a aplicação desmedida e até mesmo irresponsável da aplicação da medida de internação.

Não obstante a menção sobre as condições do adolescente, que costumam estar relacionadas ao local onde habitam, estrutura familiar, nível socioeconômico e de escolaridade e etc. (normalmente tais dados são provenientes da avaliação de psicólogos e assistentes sociais), os magistrados aparentam ignorar a realidade do sistema socioeducativo brasileiro e optam, de maneira desmedida, pela internação do adolescente, abusando do poder punitivo do Estado.

Desta forma, é possível afirmar que a ressocialização prevista no Estatuto da Criança e da Adolescente não ocorre. As medidas socioeducativas deveriam ser aplicadas de acordo com o caso apresentado em particular, em conjunto com o estudo social do adolescente, e não seguindo um modelo padrão.

Os Magistrados das Varas da Infância e da Juventude ainda devem buscar o melhor entendimento do Estatuto da Criança e do Adolescente de maneira a alcançar o real intuito da lei, qual seja, a reeducação do adolescente infrator.

Historicamente, as condutas ditas infracionais praticada por "adolescentes" não são consideradas como fenômeno político-social, mas jurídico, principalmente no que se refere à "punição". Nota-se que o legislador, atendendo à um apelo "vingativo" da chamada sociedade, tem muita preocupação com o fato, é sobre as medidas socioeducativas, teoricamente recuperativas, que se debruçam. Sustentam que o autor do ato delituoso, ainda que adolescente (simbolicamente

referido como "menor"), em processo de construção da personalidade, deve ser responsabilizado, independentemente do motivo do delito. Contudo, variam da reação punitivista com o discurso de que podem ser resgatados, para uma sociedade justa no futuro, afastando-o da "grande" possibilidade de delinquir.

Os juízes, portanto, cumpre judicialmente este papel de justiceiro, sob o manto do ordenamento jurídico e as técnicas argumentativas.

5. Anexos

Gráfico 1 – Quantidade de casos analisados

Câmaras Criminais	Nº dos Processos
1ª Câmara Criminal	**0024149-41.2012.8.19.0000** **0005279-45.2012.8.19.0000**
2ª Câmara Criminal	**0015782-19.2009.8.19.0037** **0062530-55.2011.8.19.0000** **0248664-27.2010.8.19.0001**
3ª Câmara Criminal	**0003200-55.2011.8.19.0024** **0050824-75.2011.8.19.0000**
4ª Câmara Criminal	**0031931-02.2012.8.19.0000** **0027760-02.2012.8.19.0000** **0018098-14.2012.8.19.0000** **0054040-44.2011.8.19.0000** **0049001-66.2011.8.19.0000**
5ª Câmara Criminal	-
6ª Câmara Criminal	-
8ª Câmara Criminal	**0406345-94.2009.8.19.0001** **0002388-51.2012.8.19.0000** **0052009-51.2011.8.19.0000**
TOTAL	**15 PROCESSOS COM ACORDÃOS**

Fonte: Câmaras Criminais da Comarca do Rio de Janeiro/RJ

Gráfico 2 – Sexo do público-alvo da pesquisa

Camâras	Nº de pessoas do sexo feminino	Nº de pessoas do sexo masculino
1ª Câmara Criminal	**0**	**2**
2ª Câmara Criminal	**1**	**2**
3ª Câmara Criminal	**0**	**2**
4ª Câmara Criminal	**1**	**4**
5ª Câmara Criminal	-	-
6ª Câmara Criminal	-	-
8ª Câmara Criminal	**0**	**3**

Fonte: Câmaras Criminais da Comarca do Rio de Janeiro/RJ

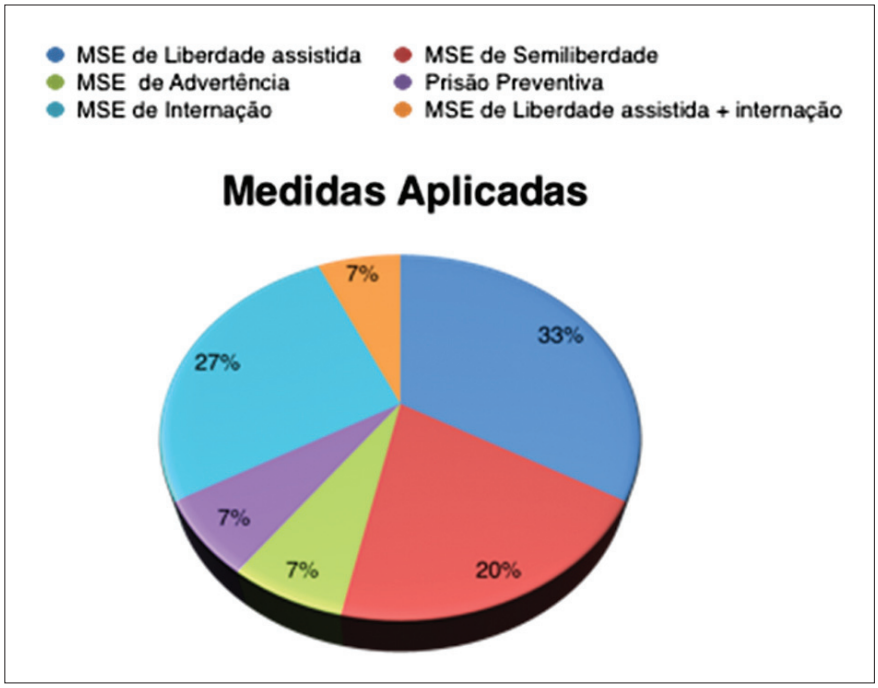
Gráfico 3

Fonte: Câmaras Criminais da Comarca do Rio de Janeiro/RJ

Gráfico 4

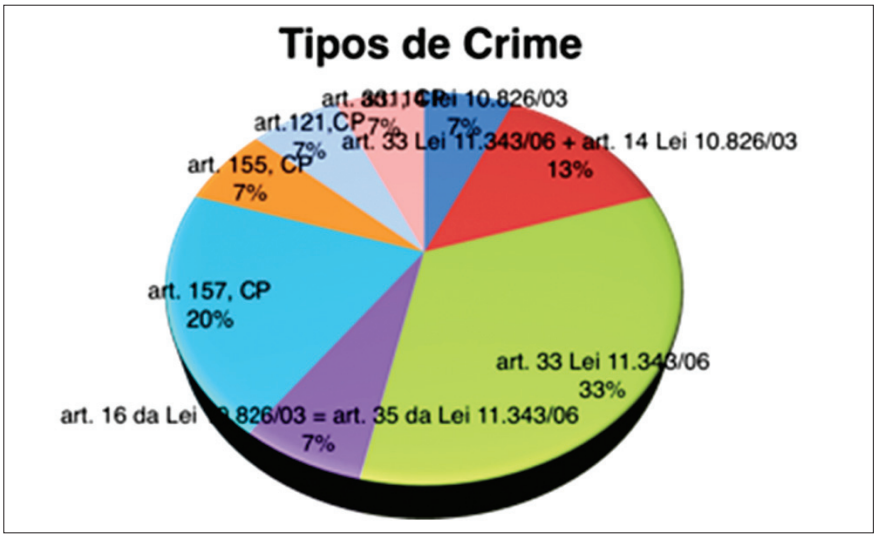
Fonte: Câmaras Criminais da Comarca do Rio de Janeiro/RJ

Gráfico 5



Fonte: Câmaras Criminais da Comarca do Rio de Janeiro/RJ

Gráfico 6



Fonte: Câmaras Criminais da Comarca do Rio de Janeiro/RJ

6. Notas

[1] Mestre em Ciências Criminais. Doutorando em Sociologia. Criminólogo. Professor da Universidade Candido Mendes. Pesquisador. Cocoordenador da pesquisa.

[2] Especialista em Ciências Penais e Direitos Humanos. Advogada da Organização de Direitos Humanos Projeto legal. Cocoordenadora da pesquisa.

[3] Mestre em Direitos Humanos e Criminologia. Professor. Coordenador Executivo da Organização de Direitos Humanos Projeto Legal.

[4] Aluna do Curso de Direito da Universidade Candido Mendes — Centro e pesquisadora do Núcleo de Iniciação Científica (NIC).

[5] Aluna do Curso de Direito da Universidade Candido Mendes — Centro e pesquisadora do Núcleo de Iniciação Científica (NIC).

[6] Aluna do Curso de Direito da Universidade Candido Mendes — Centro e pesquisadora do Núcleo de Iniciação Científica (NIC).

7. Referências Bibliográficas

BARRATA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. São Paulo: Campus,1990.

LEITE, Ligia Costa. Meninos de rua. A infância excluída no Brasil. São Paulo: Atual, 2001.

PERELMAN, Chaim. Tratado da argumentação. A nova retórica. Trad. Maria Ermantina de Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TAVARES, José de Farias. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Forense, 2006.

Liberdade dos antigos aos modernos: antes, durante e depois de Thomas Hobbes

Daniel Brantes Ferreira[1]

1. Liberdade dos antigos e dos modernos

O tema da liberdade, devido à sua extrema importância e abrangência, vem sendo abordado por filósofos desde a antiguidade, sendo, ainda nos dias de hoje, assunto de grande discussão. Desta forma, devido à limitação do presente artigo, cabe-nos mencionar a concepção de alguns dos filósofos que tanto contribuíram para a construção do tema, e assim demonstrando que a liberdade é foco de preocupação dos autores desde os primeiros filósofos e escritos de que a humanidade tem conhecimento.

Santo Agostinho acreditava que a justiça perfeita só se operava eficazmente na cidade de Deus. Sendo assim, não havia servidão por natureza. Servo é aquele que recebeu a vida do seu vencedor de guerra e que por isso pode ou não conservá-la. A servidão nasceria do pecado, visto que a guerra, mesmo justa, tem origem na guerra injusta da outra parte. O servo passa a servir em troca da vida. A causa primeira da servidão é, pois, o pecado que submete um homem ao outro pelo vínculo da posição social.

A servidão, de outro lado, passa a ser compreendida como um modo de expiação dos pecados, e como relação humana passa a segundo plano diante

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2013/18) n.18: 21-37 - UCAM (Rio de Janeiro)

da relação religiosa, ou seja, a servidão do pecado. Como expiação, o homem escravo não deve romper com a ordem social costumeira, embora,[2] "por natureza, tal como Deus no princípio criou o homem, ninguém é escravo do homem, nem do pecado."[3]

Podemos dizer que durante a história, e ainda nos dias de hoje, a ideia de liberdade sempre esteve fortemente relacionada com a ideia de igualdade, e, principalmente, com a ideia de justiça. Temos liberdade enquanto não infringirmos a liberdade do outro, do contrário, justiça será feita para garantir esta última. No mundo antigo, o pensamento de Platão tem como elemento determinante a ideia de igualdade, que, por sua vez, compunha o conceito de justiça. O pensamento platônico sobre justiça é o ponto de partida de uma correta reflexão sobre a ideia de justiça como igualdade, posta com impropriedade pelos sofistas Cálicles e Trasimaco.[4]

Influenciado pelo pensamento de Platão, Aristóteles coloca a justiça dentre os bens que designa virtude, e se esta é uma virtude, começa a discutir o que seria a mesma. Na *Ética a Nicômaco*, diz que a virtude não é algo natural no ser humano, mas um hábito, algo adquirido e não inato ao homem. É por exercitar a virtude que a adquirimos. Sendo assim, toda a virtude e toda a técnica nasceria e se desenvolveria pelo exercício. Segundo Aristóteles, a virtude consiste em um termo médio em relação a nós mesmos, definida pela razão e pela conformidade com a conduta de um homem consciente.

Nesse sentido, a Justiça para Aristóteles pode ser definida como: uma virtude pela qual cada um tem o que lhe pertence (justiça distributiva), e isso segundo a lei, enquanto que injustiça é o vício pelo qual alguém se apodera do alheio, contrariamente à lei.

Para o filósofo referido, a liberdade não recebe nenhuma expressão jurídica, a justiça lhe atribui simplesmente limites. Contudo, a liberdade não é exatamente o fundamento da justiça jurídica, mas, muito mais, o seu objetivo. Com isso, se a liberdade pode ser considerada no direito, é pela repercussão da igualdade. Portanto, a liberdade, segundo Aristóteles, não é para todos mais idêntica quanto o é a igualdade em si mesma, afinal, ela é subordinada a uma igualdade que está nas coisas, e não entre os homens.[5]

Na *Poética*, Aristóteles compara a *philantropia* aos dois sentimentos trágicos, que são o temor e a piedade: o temor é inspirado por aquele que, sem ser inteiramente bom, cai numa infelicidade que não merece. O sentimento de humanidade é próximo da piedade, mas é mais amplo, posto poder ser sentido em face a todo homem ferido pela infelicidade, também se a merece. Neste caso, tal sentimento é experimentado, face àquele que está numa situação de infelicidade, por aquele que não está. Pode-se defini-lo como uma

sorte de compaixão quanto ao fraco, ao vencido, ao infeliz, em suma, quanto àquele que nos é, mesmo que momentaneamente, inferior.[6] Aqui, parece-nos que entra a questão da liberdade em Aristóteles, que discute também até que ponto a *philantropia* e o sentimento de humanidade pode amenizá-la. No banido, no vencido, no escravo em fuga, em suma, naquele que não tem mais laço social, bem como nos subordinados, como a mulher, que tem o rosto de suplicante, e o próprio escravo, que pode vir a suscitar uma espécie de amizade. Essa amizade faz abstração do caráter instrumental do escravo, posto que é experimentada quanto a este, enquanto homem. Não se trata aqui do reconhecimento mútuo de dois homens iguais, mas do sentimento de pertencer à mesma espécie.

Portanto, se é verdade que essa amizade supõe a percepção a certa similitude no seio mesmo da desigualdade, não conduz absolutamente Aristóteles a reconhecer algo como os direitos "naturais" da pessoa humana. Seria preciso, nesse caso, fazer da liberdade, como dirá Kant, "esse único direito originário, cabendo ao homem por sua humanidade".[7]

Porém, antes de abordarmos especificamente o conceito de liberdade em Kant, é preciso mencionar o conceito de Rousseau, dado que existem paralelos relevantes entre as duas concepções.

Rousseau expõe, no capítulo IV da sua obra *Du Contrat Social,* intitulado "Da escravidão", que nenhum homem tem autoridade natural em relação ao seu semelhante, e sendo assim, a força não produz nenhum direito, restando apenas as convenções para embasarem qualquer autoridade legítima entre os homens. Se um particular, diz Grócio, puder alienar sua liberdade e tornar-se escravo de alguém, por que todas as pessoas não podem alienar suas liberdades e se tornarem subordinadas a um rei? Porém, Rousseau considera este argumento falacioso, afirmando que alienar é doar ou vender. Portanto, um homem que se torna escravo de outro não se doa, se vende, em troca de sua subsistência, mas por que uma pessoa se vende? No caso de um rei, dirão que uma pessoa se doa e fica obediente ao mesmo porque este lhe garante a tranquilidade civil. No entanto, isso não é verdade, dado que muitos ficam na miséria, e todos os sujeitos ficam à mercê do rei, que, por exemplo, ao decidir entrar em guerra com outro país, acaba com esta suposta tranquilidade social.

Dizer que um homem se doa gratuitamente é dizer algo absurdo e inconcebível, pois tal ato é ilegítimo e nulo. Poder-se-ia mesmo afirmar que, provavelmente, quem faz algo neste sentido certamente está com seu bom senso alterado. Mesmo que alguém possa se alienar, não poderá, no entanto, alienar seus filhos, uma vez que estes nascem homens livres, e, sendo assim, sua liberdade é inseparável.

Rousseau diz que renunciar a sua liberdade é renunciar a sua qualidade de homem, aos direitos humanos, e até mesmo aos seus deveres. No entanto, pode-se considerar uma convenção vã e contraditória aquela que estipula a uma parte uma autoridade absoluta e a outra uma obediência inquestionável.

Sendo assim, Grócio tenta justificar a escravidão do vencido na guerra dizendo que esta é uma outra origem do direito de escravidão. Neste caso, o vencedor faria um acordo com o vencido, ou seja, este último trocaria sua liberdade pela sua vida, o que seria, em tese, lucrativo para as duas partes.

A guerra, no entanto, não é uma relação de homem com homem, mas sim uma relação de Estado para Estado. Sob esse prisma, os homens que estão nela são entendidos como soldados e não como cidadãos, não como membros da pátria, mas como seus defensores. Rousseau, porém, acredita que o direito de escravidão é nulo, não somente porque ele é ilegítimo, mas porque é absurdo e inconcebível. Portanto, para Rousseau as próprias palavras escravidão e direito são contraditórias, excluindo-se mutuamente. Com isso, qualquer discurso em defesa desse direito é sem sentido.[8]

O conceito de liberdade em Kant não se identifica com os conceitos de liberdade natural, de liberdade jurídica e de livre arbítrio, que, com exceção de Rousseau, era a predominância do pensamento. Santo Agostinho, por exemplo, concebia liberdade como livre-arbítrio, ou seja, este considerava a liberdade como capacidade interna de escolher (ou indeterminação do sujeito), conceito que mais tarde foi desenvolvido por São Tomás de Aquino, para quem a liberdade seria um poder de eleição dos meios ordenados a um fim. Ademais, em Santo Agostinho essa indeterminação do livre arbítrio dá-se diante do bem e do mal e se revela como poder de escolher entre ambos. Neste sentido, como a concepção de bem em si é Deus, para este, a liberdade seria participar da sua vontade.

A concepção de Kant não se aparenta com a concepção de Montesquieu, que seria o direito de fazer tudo o que as leis permitem, o que, inclusive, é criticado pelo autor.

Constata-se que Kant recebe de Rousseau a ideia de liberdade definida como autonomia na esfera política e a interioriza, fazendo dessa autonomia também liberdade moral do indivíduo. "Livre é a ação que decorre exclusivamente da razão na medida em que não é perturbada pelos sentidos."[9]

Diferentemente de Santo Agostinho, para quem o bem é algo transcendente e externo à razão, Kant acredita que o bem é o que resulta da razão na medida em que ela determina a ação. Sendo assim, a liberdade não se determina por um bem externo a ela, já que é autônoma.

Quanto à influência de Rousseau no pensamento kantiano, podemos dizer que esta não se dá pelo simples transplante de conceitos fundamentais para a filosofia prática do mesmo. Em contrapartida, Kant utiliza método diverso, já que Rousseau, para conceber a natureza humana corretamente, procede sinteticamente, partindo do "homem natural", enquanto o referido autor procede analiticamente e parte do homem submetido às leis éticas.

> A liberdade, expressão da identidade entre o pensamento e a vontade (na linguagem Hegeliana), que em Rousseau se chamava "vontade geral", e, em Kant, "consciência moral", e, ainda na esfera do direito, também "vontade geral". A liberdade, portanto, como autonomia (herança positiva de Rousseau, é o centro da filosofia prática de Kant; não simplesmente a lei (ou o dever ser) como algo dela separado, ocupando o lugar central do seu pensamento.[10]

Para Rousseau a liberdade e a igualdade deveriam fazer parte de toda e qualquer legislação. Em complementação a isso, para Kant, a liberdade como princípio de autonomia, além da igualdade, fundamenta-se na universalidade da razão, que, por sua vez, existe precisamente para a construção do mundo moral.

Até Rousseau, os pensadores acreditavam que a lei sempre é uma restrição à liberdade. Este, por sua vez, claramente define a liberdade como a obediência à lei mesmo prescrita (autonomia), também no sentido moral. Kant, porém, é que dá fundamentação filosófica e inicia a explicitação do conceito de autonomia a partir da investigação ética, com o objetivo de tirar as consequências políticas que estão no seu núcleo.

É certo que a ideia de liberdade em Kant pode ser melhor explicitada a partir do seu conceito de vontade. Por conseguinte, para que o homem seja livre, é necessário que ocorram duas circunstâncias, que este se mostre com absoluta espontaneidade e que se submeta às leis da razão prática, ou seja, à vontade.

Esta, por sua vez, trata-se de faculdade que cria leis e, na medida em que cria as suas próprias regras, é livre. Logo, a espontaneidade tem o seu lugar no processo de revelação da liberdade como autonomia ou criação de leis pela razão, inclusive quando se trata de liberdade jurídica. Kant diz, portanto, que uma vontade é livre quando ela é boa (pura), e dessa forma capaz de criar as leis da liberdade, as quais vão, por fim, determinar o arbítrio.

> Só o arbítrio, do qual surgem os princípios subjetivos que se devem conformar com as leis expedidas pela vontade, é que, a rigor, pode ser chamado de livre. O arbítrio não é, portanto, uma capacidade de escolher entre

> cumprir a lei moral ou contrariá-la, mas a capacidade de determinar-se pela lei moral fazendo dela a sua máxima, entendido, contudo, que nem toda máxima tem como motivo a lei moral.[11]

Dessarte, a diferença essencial entre a ética clássica e a ética kantiana está no conceito de liberdade como autonomia. Para Kant, o bem que obriga não é algo que está fora da vontade, mas sim a própria vontade que é boa em si mesma. Com isso, a autonomia da vontade, na medida em que ela ganha universalidade pela racionalidade, é o que acaba por caracterizar a ética kantiana. Dessa forma, o universal está na própria liberdade, nem mesmo este se concebe como algo estranho a determinar a vontade, nem, tampouco, é a liberdade algo contingente e isolado do ato de escolha.[12] Portanto, o que se submete à lei é o arbítrio, que é livre enquanto submetido a ela. Por fim, vale mencionar que é a própria lei o critério de aferição da liberdade do arbítrio, que, por sua vez, não se deixa determinar pelos sentidos, mas pela lei moral da razão pura.

Tendo abordado em breves linhas e de forma limitada o conceito de liberdade para Kant, falaremos um pouco do conceito de liberdade para um dos seus principais críticos, Georg Hegel.

Hegel critica a concepção kantiana de um sujeito transcendental como excessivamente formal, a consciência considerada como dada, como originária, sem que Kant jamais se pergunte pela origem, pelo processo de formação da subjetividade. Além disto, questiona a dicotomia kantiana entre razão teórica e razão prática. Sendo assim, o filósofo em questão considera que Kant identifica o conhecimento como ciência, a partir de paradigma das ciências naturais. Em contrapartida, Hegel é contrário a esse privilégio da ciência, considerando-o um pressuposto não justificado.

Outra crítica feita é a separação kantiana entre razão teórica e razão prática. Tal crítica, portanto, deve ser situada dentro de uma concepção racionalista.[13]

Deixando de lado as críticas feitas a Kant, trataremos agora da dialética que Hegel elabora entre senhor (*Herr*) e escravo (*knecht*), que, apesar de utilizar essa metáfora para retratar o processo de constituição da identidade da consciência acreditamos que tem muito a ver com a questão da liberdade.

Inicialmente uma consciência visa submeter a outra, ao apreendê-la como objeto, tratando-se aqui do senhor para o escravo. Porém, precisa ser reconhecida pela outra, ou seja, precisa considerá-la como sujeito. Assim, a outra consciência é ao mesmo tempo sujeito e objeto.

O senhor submete o escravo, contudo, uma vez que a relação é dialética, dependendo ele próprio de que o escravo o reconheça como senhor, assim o superior depende de que o inferior o reconheça como superior. Trata-se de um

reconhecimento desigual. Por outro lado, o senhor reconhece implicitamente o escravo como outra consciência, já que sabe que este não é uma coisa, e se dirige a ele como a outro sujeito. O escravo, por sua vez, na medida em que trabalha, interage com a natureza, "encontra a si mesmo", "a consciência trabalhadora", diz Hegel, "chega assim à intuição do ser independente como intuição de si mesma". Portanto, através do trabalho, o escravo supera sua condição de "consciência submetida" à do senhor, enquanto que o senhor, na medida em que depende do reconhecimento do escravo e de seu trabalho, rebaixa-se a uma condição inferior. Assim, dialeticamente, as posições se invertem.

Destarte, a dialética do senhor e do escravo descreve uma relação assimétrica entre duas consciências que se tratam como sujeito e objeto, e não uma relação entre dois sujeitos, como deveria ser. Trata-se, por fim, de uma relação de reconhecimento mútuo e recíproco. Dessa forma, somente ao atingir o saber absoluto a consciência será capaz do reconhecimento universal.[14] Através dessa dialética podemos tirar nossas próprias conclusões sobre a concepção hegeliana de liberdade, podendo dizer que esta está intrinsecamente relacionada com a igualdade, com reconhecimento mútuo e recíproco e com a consciência dos indivíduos em relação aos outros.

Logo, cabe afirmar que, enquanto a liberdade dos antigos assume uma evidente função positiva, a liberdade dos modernos consiste sobretudo na proteção do indivíduo em face do poder do Estado, liberdade negativa.

Os modernos fizeram por sua vez uma nova história para a liberdade. Ergueram, em face do Absolutismo, e para a sua ruína, a barreira dos direitos fundamentais do indivíduo. Em sentido contrário o ponto que segue abordará o conceito de liberdade em Hobbes, autor que tentou justificar o absolutismo de todas as maneiras, principalmente devido ao estado de guerra civil e às incertezas da época em que vivia, onde predominava o medo, base de seu pensamento.

Ademais, vale mencionar também a concepção hodierna e de discussão atual de Philip Pettit sobre liberdade, que aborda o conceito de liberdade republicana. Pettit diferencia em seu livro[15] liberdade negativa de liberdade positiva. A liberdade negativa é a liberdade como não interferência, ou seja, sou livre negativamente até o ponto em que nenhum outro indivíduo interfere na minha atividade. É esse conceito de liberdade negativa que encontramos em filósofos políticos ingleses clássicos como Hobbes, Bentham e Mill.[16]

Já a liberdade positiva requer mais do que a ausência de interferência, requer que os indivíduos tomem parte ativa do controle e do domínio de si mesmos. Portanto, os indivíduos são positivamente livres na medida em que conseguem o autodomínio.

Sendo assim, para Pettit, a liberdade moderna se caracteriza pelo arbítrio de nossa própria liberdade privada, sendo que a liberdade dos antigos consistiria em compartilhar o poder de uma vontade pública democraticamente determinada. O ideal moderno, portanto, seria caracteristicamente liberal, enquanto o antigo seria populista.[17]

Havendo diferenciado liberdade positiva e negativa, Pettit desemboca no seu conceito de liberdade republicana, sendo este, em resumo, a liberdade como não dominação. A não dominação diferencia-se do autodomínio da liberdade positiva, pois resta-se óbvio que a ausência de dominação externa não é garantia do autocontrole. Por conseguinte, a liberdade como não dominação diferencia-se da liberdade negativa (ausência de interferência), pois é possível que haja dominação sem interferência e interferência sem dominação.[18]

Portanto, para alguém ser livre no conceito republicano de liberdade, é necessário que este seja amo de si mesmo, e além disso, quando uma pessoa desfruta de não dominação, ela está isenta de interferências arbitrárias nas suas ações, e isenção significa, aqui, que todos encontram-se incapacitados de interferir nas suas atitudes.

Sendo assim, o que diferencia um cidadão republicano de um escravo é que o primeiro não está sujeito ao poder arbitrário de outro; este é o cerne da liberdade republicana.

Desta forma, abordaremos agora o significado de liberdade para Thomas Hobbes, e ficará claro por que seu conceito enquadra-se no conceito de liberdade negativa, ou seja, liberdade como não interferência.

2. Liberdade em Thomas Hobbes

2.1. No estado de natureza

Para Hobbes, a liberdade dos homens no estado de natureza é total, nem o direito à vida resta garantido. Isso devido a três características básicas da natureza humana, que são as causas principais de discórdia: a competição, a desconfiança e a glória. Segundo ele: "A primeira leva os homens a atacar os outros visando o lucro. A segunda, a segurança. A terceira, a reputação."[19]

Sendo assim, essas três características levam os homens ao que Hobbes chama de estado de guerra de todos contra todos, que é, por fim a própria definição de estado de natureza.[20]

A principal das condições objetivas do estado de natureza é a igualdade de fato, e esta tem implicação direta na liberdade dos indivíduos. Isso porque, sendo iguais no estado de natureza, sem nenhum poder comum para regulá-los,

não haveria nem o direito à vida garantido, podendo ser causado a qualquer um o pior dos males, qual seja, a morte.

Ademais, a igualdade de fato, aliada à escassez de bens, bastaria para Hobbes justificar a infelicidade no estado de natureza. Ou seja, isso geraria um estado de concorrência exacerbada, que automaticamente gera a luta violenta, valendo portanto sua famosa premissa, de que o homem é o lobo do homem.

Bobbio dá ênfase a outra característica que diz ser agravante no estado de natureza, o fato de os homens serem movidos por paixões, que lhes dispões mais para a insociabilidade do que para a sociedade.[21]

Sendo assim, o direito natural, por sua vez, segundo Hobbes,

> é a liberdade que cada um possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida. Consequentemente, de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão indiquem como meios adequados a esse fim.[22]

Por esse caminho, podemos perceber que Hobbes tomou como natural o indivíduo histórico, ou seja, o homem inglês em plena revolução no século XVII. Vale elucidar que o século em que Hobbes viveu foi um século de guerras, isso porque houvera anteriormente uma decadência do sistema feudal, o que, por sua vez, criara um grande problema para a legitimação do poder monárquico, problema central que o autor tenta resolver no Leviatã, sua principal obra.

Nesse sentido, é possível afirmar que, ao basear-se na premissa de que *o homem é o lobo do homem*, e ao fundamentar sua concepção de Estado no medo, o autor pensa os homens como isolados, não associados, partindo do individualismo para justificar sua teoria. Hobbes, portanto, parte de uma premissa atomicista, ou seja, toma a premissa da física, do átomo como indivisível, sendo o indivíduo também aquilo que não se podia dividir. A partir dessa concepção, podemos perceber e fundamentar sua concepção de liberdade no estado de natureza, bem como no estado social pós contrato social.

Portanto, como indivíduos potencialmente racionais[23] e, no entanto, movidos pela paixão, no estado de natureza, apesar de conhecerem as leis naturais, os homens as violam, isso porque vivem em um estado de guerra de todos contra todos e, portanto, podem fazer de tudo pra que suas vidas sejam preservadas. Sendo assim, podemos apontar este como um dos principais problemas para Hobbes, pois como os indivíduos são movidos pela paixão, apesar de serem potencialmente racionais, há a necessidade de um Estado para dizer quais são as leis naturais e impô-las com afinco.

Dessarte, a primeira lei fundamental da natureza para Hobbes é a de que todo homem deve procurar a paz, e segui-la, na medida em que tem a esperança de consegui-la. A segunda, e que resume o direito natural, é que o indivíduo pode utilizar de todos os meios possíveis para cuidar de sua defesa.[24]

Por fim, podemos dizer que para o autor o limite da liberdade no estado de natureza seria não atentar contra a vida alheia, no entanto, isso torna-se impossível na medida em que o que impera é a competição e a desconfiança. Além disso, o fato de todos poderem usar de todos os meios possíveis para sua defesa também é grave no estado de natureza, pois o excesso sempre poderia ocorrer.

Sendo assim, no estado de guerra permanente, em última análise, para Hobbes, não há limite para a liberdade,[25] prevalece a lei do mais forte, uma vez que preconiza a formação de um homem maior e mais forte, um homem artificial capaz de controlar os indivíduos, ou seja, o estado absolutista, para que este garanta, em última análise, a segurança e a vida.

2.2. O contrato social

O modelo aristotélico é baseado na continuidade, ou seja, seria uma causa natural da associação humana, o indivíduo constitui família e a reunião de famílias constituiria por sua vez o Estado. No entanto, esse modelo preconiza o pátrio poder, ou seja, a hierarquia familiar, fundamentando-se na desigualdade.

Hobbes, por seu turno, baseia-se na igualdade de fato existente no estado de natureza, criando com isso um modelo de ruptura, sendo assim, os indivíduos convergem suas vontades para a formação do Estado através do contrato social. Desta forma, há a passagem do estado de natureza para o estado civil, sem haver nenhum estado intermediário, não sendo o estado civil mera evolução do estado de natureza.

O autor, no entanto, não exclui que, numa sociedade primitiva, a pequena família ocupe o lugar do Estado, e tampouco nega que na evolução da sociedade, do pequeno grupo ao grande Estado, tenham existidos Estados, como as monarquias patrimoniais, que assumem o aspecto de família ampliada. No entanto, isso não desembocaria no Estado, na concepção de Leviatã como deseja Hobbes, afinal, para este, entre o estado natural do homem (da qual faz parte a formação da família) e a sociedade civil há um salto qualitativo, ou seja, o contrato social é o único meio que permite à sociedade a passagem da natureza à civilização.[26]

O Estado, como já foi dito, não é um fato natural, mas um produto da vontade humana, sendo por isso denominado por Hobbes como *homem artificial.*

Para fundar o Estado é necessário um acordo preliminar que vise instaurar as condições de segurança de todo e qualquer acordo posterior. Somente esse acordo preliminar é, segundo o autor, capaz de fazer nascer o Estado e, por sua vez, retirar o homem do estado de natureza.[27]

O autor sob comento acredita que a finalidade principal do acordo é remover as causas de insegurança, sendo a única solução para isso a existência de um poder comum e soberano. Sendo assim, o contrato vem para que os indivíduos renunciem o seu próprio poder e o transfiram para uma única pessoa, que, para Hobbes, pode até ser uma assembleia.

Portanto, ao renunciarem seus poderes individuais, e poder-se-ia até dizer, seus poderes enquanto *lobos*, os indivíduos consentem em ter suas liberdades restringidas em troca de permanecerem na posse do seu bem mais valioso, qual seja, suas próprias vidas. O Estado, então, utilizando-nos de uma metáfora popularmente conhecida, vem para colocar *pele de cordeiro* nos *lobos*, transformando-os, com o contrato, em cidadãos regidos por um poder comum e, com isso, tendo suas liberdades restringidas, sendo o limite a vida de outrem.

Como já mencionado, o contrato é uma transferência de poder para a criação do Estado, e portanto, é, concomitantemente uma transferência de direitos. No entanto, segundo o autor, existem alguns direitos que são irrenunciáveis. Todos esses são aqueles que, se renunciados, vilipendiam a segurança dos indivíduos e, portanto, colocam em risco suas vidas. Ninguém, por exemplo, pode renunciar o direito de se defender de um ataque iminente que o coloque em risco.

Bobbio tem uma concepção assaz interessante sobre o contrato social, ou como Hobbes também chama, pacto de união:

> Ao contrário do *pactum societatis*, o pacto de união hobbesiano é um pacto de submissão; mas, ao contrário do *pactum subiectionis*, cujos contratantes são, por um lado, o *populus* em seu conjunto, e, por outro, o soberano —, o hobbesiano é, como o *pactum societatis*, um pacto cujos contratantes são os associados individuais entre si, que se comprometem reciprocamente a submeter-se a um terceiro não contratante. Com uma contaminação provavelmente inconsciente dos dois contratos que fundamentam o Estado segundo a doutrina tradicional, Hobbes fez do único pacto de união um contrato de sociedade em relação aos súditos e um contrato de submissão em relação ao conteúdo. O resultado, de qualquer modo, é a constituição daquele poder comum através do qual ocorre a passagem do estado de natureza para o estado civil.[28]

A razão principal do pacto de união, anteriormente explicitado, é a incerteza dos pactos no estado de natureza. Isso devido ao fato de, como o estado de natureza é um estado permanente de guerra de todos contra todos, ao surgir a menor suspeita razoável os pactos tornam-se nulos. No entanto, o poder comum criado pelo pacto está situado acima dos contratantes e possui direito e força suficiente para impor seu cumprimento.

Desta forma, constata-se que a liberdade principal a ser restringida com a formação do pacto de união é a liberdade de descumprimento contratual; o Estado para Hobbes é necessário não somente para garantir a vida, mas também para garantir as relações jurídicas, e, portanto, a segurança física e a própria segurança jurídica.

Na condição de natureza a desigualdade do poder só é discernida em caso de eventual luta, o que não ocorre no estado civil, pois os indivíduos têm consciência de que existe um poder soberano e que são submissos a ele.[29] Para isso Hobbes utiliza uma paixão que para ele é fundamental, o medo da sanção, o medo de sofrer uma punição do soberano, sendo assim, todos teriam de cumprir com suas promessas e pactos. Para o autor, o descumprimento de um pacto é algo tão forte que define *injustiça* como sendo exatamente o *não cumprimento de um pacto.*[30]

Sendo assim, havendo demonstrado a influência do contrato social na liberdade dos indivíduos, bem como sua importância no arcabouço hobbesiano, abordaremos no próximo ponto a influência do estado na liberdade dos indivíduos, agora no estado civil, pós-contratual.

2.3. Estado civil e poder soberano

Tendo ocorrida a ruptura através do contrato social, cumpre dissertar sobre a liberdade no estado civil e às limitações impostas sobre esta pelo poder soberano, ou, mais objetivamente, a monarquia absolutista.

A soberania derivada pelo pacto social é caracterizada, segundo Bobbio, por três características fundamentais: a irrevogabilidade, o caráter absoluto e a indivisibilidade.[31]

A irrevogabilidade é uma das principais características, pois, de acordo com o autor, para rescindir o contrato social não basta apenas o consenso de todos os súditos, mas é preciso também o consenso do próprio soberano, sendo isso impossível de ser atingido.

Após a renúncia ao direito e ao poder sobre todas as coisas que detinha no estado de natureza, só resta ao indivíduo que passou a fazer parte do Estado o direito à vida.

Bobbio define com maestria a liberdade no Estado absolutista hobbesiano:

> O capítulo XXI do *Leviatã* contém, por assim dizer, a carta de direitos de liberdade dos súditos do Estado hobbesiano, o mais importante dos quais é expresso com as seguintes palavras: "Se o soberano ordena um homem — ainda que justamente condenado — que mate, fira ou mutile a si próprio, ou que não resista àquele que o ataca, ou que se abstenha de comer, de respirar, de tomar remédios ou de fazer outra coisa sem a qual não poderia viver, esse homem tem a liberdade de desobedecer". Em geral, a liberdade de que gozam os súditos *silentium legis* são meras liberdades de fato, que podem ser ampliadas ou diminuídas, ou mesmo suprimidas, "se aqueles que detêm a soberania considerarem isso mais oportuno". Essas liberdades não representam nenhuma diminuição do poder ilimitado do soberano, porque "o soberano representante não pode fazer nada a um súdito, sob qualquer pretexto, que possa ser considerado como uma injustiça ou ofensa, já que todo súdito é autor de todos os atos praticados pelo soberano".[32-33]

Nesse diapasão, a única paixão que resta aos homens e que os fazem respeitar as agora denominadas leis civis é o medo da coerção do soberano. Hobbes afirma que o medo e a liberdade são compatíveis, segundo o autor:

> São compatíveis o medo e a liberdade. No caso de alguém atirar seus bens ao mar com medo de fazer afundar seu barco, e apesar faz por vontade própria, podendo recusar fazê-lo se quiser, tratando-se portanto da ação de alguém que é livre. Da mesma forma, às vezes só se pagam as dívidas com medo de ser preso, o que, como ninguém impede a abstenção do ato, constitui o ato de uma pessoa em liberdade. De maneira geral todos os atos praticados pelos homens no Estado, por medo da lei, são ações que seus autores têm a liberdade de não praticar.[34]

Por conseguinte, são compatíveis o medo e a liberdade perante o poder soberano na medida em que o indivíduo pode escolher entre sofrer ou não a sanção do Estado, pois possui o livre-arbítrio para cumprir ou descumprir a lei civil (liberdade negativa; não interferência). Nesse sentido, podemos dizer que a liberdade dos súditos está apenas naquelas coisas que o soberano permitiu.

A liberdade última que tanto os culpados e inocentes possuem é a de defenderem suas próprias vidas, Hobbes não considera isso um ato injusto por parte

dos súditos, afinal, não se pode querer que alguém não defenda sua própria vida, direito intransferível por contrato, como foi explicitado no ponto anterior.

Com relação as leis civis, Bobbio assim as analisa dentro da concepção hobbesiana de Estado soberano:

> [...] uma vez constituído o Estado, não existem para os súditos outros critérios do justo e do injusto além das leis civis. Há inúmeras passagens onde Hobbes reafirma esse conceito, que faz de sua moral uma das expressões mais radicais, ainda que nem sempre coerente, do legalismo ético, ou seja, daquela teoria segundo a qual o soberano (e, portanto, também Deus) não ordena o que é justo, mas é justo o que o soberano ordena.[35]

O supramencionado autor conclui que as *leis civis*, para Hobbes, não são nada além do que a *execução coativa das leis naturais*. Ademais, vale a pena mencionar que foram concepções como esta de poder soberano que acabaram por desembocar na obra de Rousseau e na revoluções burguesas, onde o principal ideal é princípio da soberania popular, sendo todo o poder, ao menos em teoria, emanado do povo. Hobbes, por sua vez, contraria o velho provérbio popular que diz ser a voz do povo a voz de Deus, pois, para este, a voz do soberano é a única voz de Deus, sendo este o único intérprete das leis naturais e concentrador dos três poderes republicanos modernos, o legislativo, o executivo e o judiciário.

Por fim, cumpre ressaltar que Hobbes elaborou o modelo de Estado capaz de eliminar o dissenso através de uma autoridade sem limites, que, por sua vez, tem sua base no consentimento do contrato social. Isso é justificado para o autor, pois, como menciona Bobbio: "O Estado civil não nasce para salvar a liberdade do indivíduo, mas para salvar o indivíduo da liberdade, já que esta o conduz à ruína."[36]

3. Conclusão

O presente trabalho visou abordar o tema da liberdade de forma abrangente, focando principalmente no seu conceito para Thomas Hobbes, considerado o fundador da concepção de Estado moderno.

Sendo assim, na primeira parte do trabalho, consideramos por bem elaborar de forma propedêutica e panorâmica o conceito de liberdade para inúmeros autores ao longo da história até os dias atuais, sendo isso de grande importância para a compreensão e construção do pensamento sobre o tema.

No segundo ponto entramos de forma aprofundada no conceito hobbesiano de liberdade e dividimos tal conceito em três fases: liberdade no estado de natureza, influência do contrato social na liberdade dos indivíduos, e, por fim, liberdade no estado civil.

Desta forma, acreditamos que o presente escrito é de suma importância para refletirmos sobre os modelos de Estado moderno e o modelo atual de Estado, bem como para discutirmos a liberdade do indivíduo e sua evolução ao longo da história.

4. Notas

[1] Doutor em Direito (PUC-Rio). Professor da Ucam-Centro e IBMEC-Rio.

[2] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Kant*. Minas Gerais, Editora UFMG, 1986, p. 59.

[3] Id. *Ibid*., p. 174.

[4] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Kant*. Minas Gerais, Editora UFMG, 1986, p. 22.

[5] FARAGO, France. *A Justiça*. São Paulo, Editora Manole, 1ª ed., 2004, p. 76.

[6] VERGNIÈRES, Solange. *Ética e Política em Aristóteles*. São Paulo, Editora Paulus, 1998, p. 197.

[7] Id. *Ibid*., p. 200.

[8] "Ainsi, de quelque sens qu'on envisage les choses, le droit d'esclavage est nul, non seulement parce qu'il est illégitime, mais parce qu'il est absurde et ne signifie rien. Ces mots, *esclavage*, et, *droit* sont contraditoires; ils s'excluent mutuellement. Soit d'un home à un home, soit d'un home à un people, ce discourse sera toujours également insensé." ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris, GF Flammarion, 2001, p. 54.

[9] SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de Justiça em Kant. Minas Gerais*, Editora UFMG, 1986, p. 235.

[10] Id. *Ibid*., p. 239.

[11] Id. *Ibid*., p. 247.

[12] Id. *Ibid*., p. 250.

[13] MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2001, 6ª ed., p. 218.

[14] Id. *Ibid*., p. 223.

[15] PETTIT, Philip. *Republicanismo: Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona, Paidós, 2002.

[16] PETTIT, Philip. *Republicanismo: Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Barcelona, Paidós, 2002, p. 35.

[17] Id. *Ibid.,* p. 37.

[18] Id. *Ibid.,* p. 43.

[19] HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo, Martin Claret, 2004, p. 97-98.

[20] HOBBES, Thomas. Op. cit., p. 99 e BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. São Paulo, Campus, 1991, p. 35.

[21] BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. São Paulo, Campus, 1991, p. 34.

[22] HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Op. cit., p. 101.

[23] Racionais no sentido de conhecerem as leis da natureza mas não respeitando-as sempre devido a falta de um poder de coerção, ou seja, uma monarquia absolutista, e também por prevalecer a paixão nesse estado de guerra, afinal Hobbes erra ao dissociar a paixão da razão considerando-os incompatíveis.

[24] HOBBES, Thomas. *Op. cit.*, p. 101-102.

[25] Nesse sentido enuncia BOBBIO, Norberto. Thomas Hobbes. São Paulo, Campus, 1991, p. 40: "A razão prescreve ao homem buscar a paz. Mas, para obter a paz, é preciso que as regras que prevêem as várias ações orientadas para esse fim sejam observadas por todos, ou pelo menos, pela maioria. O que no estado de natureza, não ocorre, por uma razão fundamental: se alguém viola uma dessas regras, não há

ninguém bastante forte para tornar eficazes as leis naturais, ou seja, para fazer com que os homens atuem segundo a razão e não segundo a paixão, é a instituição de um poder irresistível que torne desvantajosa a ação contrária. Esse poder irresitível é o Estado. Portanto, para obter o bem supremo da paz, é preciso sair do estado de natureza e contituir a sociedade civil".

[26] BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 13.

[27] Id. *Ibid.*, p. 41.

[28] Id. *Ibid.*, p. 42.

[29] HOBBES, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Op. cit., p. 109.

[30] Id. *Ibid.*, p. 111.

[31] BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 43.

[32] HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Op. cit., p. 160.

[33] BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 47.

[34] HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Op. cit., p. 159.

[35] BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 49.

[36] Id. *Ibid.*, p. 60.

5. Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. Thomas Hobbes. São Paulo: Campus, 1991.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FARAGO, France. A Justiça. 1ª ed. São Paulo: Manole, 2004.

HOBBES, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MARCONDES, Danilo. Iniciação à história da filosofia. 6ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

PETTIT, Philip. Republicanismo: Una teoría sobre la libertad y el gobierno. Barcelona: Paidós, 2002.

RIBEIRO, Luiz Antônio Cunha. Princípio Constitucional da Liberdade. In: Os Princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Du contrat social. Paris: GF Flammarion, 2001.

SALGADO, Joaquim Carlos. A idéia de Justiça em Kant. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1986.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

VERGNIÈRES, Solange. Ética e Política em Aristóteles. São Paulo: Paulus, 1998.

O princípio do devido processo legal como inarredável paradigma do Estado Democrático de Direito

Durval Pimenta de Castro Filho[1]

1. Propedêutica

De incontestável notoriedade é o vintenário período pelo qual passou a nação brasileira sob o jugo de um regime em que os direitos individuais e coletivos não eram objeto de observância por determinados setores das instituições, formalmente mantenedoras da ordem e da integridade estatal, vez que a eventualidade da manifestação ideologicamente contrária àquela preestabelecida pelo governo militar implicava imediata reação draconianamente restritiva aos direitos individuais dos opositores, mormente a liberdade de expressão e de locomoção.

De igual modo, despiciendo salientar que os meios empregados pelos detentores do poder para o alcance da "punibilidade", segundo ampla divulgação midiática, não estavam sob a égide do respeito à dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, atentos aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Vale dizer: estava a nação brasileira sob a tenacidade de um regime inapelavelmente carecedor de legitimação popular, tendo em vista que o cenário político, até então, não sinalizava a proximidade do sufrágio universal, de maneira que houvesse, por intermédio das urnas, a eleição direta de mandatários que dispusessem da confiabilidade citadina.

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2013/18) n.18: 39-58 - UCAM (Rio de Janeiro)

Tal desiderato veio a lume somente no dia 15 de novembro de 1989, com a eleição para Presidente da República de Fernando Collor de Mello, ou seja, aproximadamente 30 (trinta) anos após o último galardão democrático, mediante a eleição, em 03 de outubro de 1960, de Jânio da Silva Quadros, empossado em 31 de janeiro de 1961.

Enfim, pode-se inelutavelmente afirmar que se atribui o ressurgimento da Democracia, no âmbito da República Federativa do Brasil, à corajosa mobilização das novas lideranças políticas atrelada à reação popular, por sua vez culminantes no advento da Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988.

Destarte, surgia a denominada *Constituição Cidadã*, posto que por intermédio dos respectivos dispositivos, restassem perenemente consolidados determinados princípios, inarredavelmente estruturantes do Estado Democrático de Direito, entre os quais o devido processo legal, seu incontestável e inseparável guardião.

Nesse contexto, é curial salientar que, a título conclusivo do presente item, o princípio constitucional anteriormente referenciado é iniludivelmente, em sede jurisdicional, o mais fiel tradutor da consolidação democrática, vez que possibilita o Estado-juiz, segundo a dicção normativa aplicável e a consentânea dilação probatória, reconhecer a titularidade sobre determinado objeto de direito, restabelecendo, por conseguinte, a segurança jurídica antecedentemente usufruída pelo respectivo titular.

2. Estado Democrático de Direito e respectivos fundamentos constitucionais estruturantes da atividade judicial

Hodiernamente, contém a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, no artigo 1º, precisamente 05 (cinco) fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito, compreendendo a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político.

Assim, para efeito de melhor corroborar a incontestável pertinência temática do Estado Democrático de Direito com a atividade judicial[2] e com os ditames do devido processo legal, inarredável corolário do primeiro instituto, estratificado segundo os fundamentos anteriormente descritos, são trazidas à colação as proposições a seguir.

Antecedentemente a qualquer ilação, convém esclarecer que, a título de cumprimento da ordem preestabelecida topograficamente na Lei Maior, será objeto de análise a soberania,[3] predicado induvidosamente imprescindível para o desenvolvimento de qualquer nação. Nesse sentido, inapelavelmente

oportuna a doutrina esposada por José Gomes Canotilho,[4] dissertando sobre a distinção entre a teoria francesa e a teoria germânica:

> A teoria da Nação (teoria tipicamente francesa) distingue-se da doutrina germânica da *soberania do Estado*. Para esta teoria, o povo é apenas um elemento, um órgão do estado (os outros elementos seriam, na conhecida *teoria dos três elementos*, de G. JELLINEK, o *poder* e o *território*). Se para a teoria da soberania nacional o Estado é a forma jurídica da Nação, para o pensamento político alemão o Estado exigem (sic) por si mesmo, e revelando-se como uma ordem moral e jurídica objectiva, que não depende nem da vontade dos homens nem do povo. Segundo a teoria da Nação, poder-se-ia dizer que o povo possui o Estado; na teoria do Estado, seria o Estado a possuir o povo.[16] É uma teoria tributária, em grande medida, do idealismo objectivo hegeliano. Aqui o Estado adquiria independência e personalidade próprias, onde, subordinadamente, se considerava enquadrado o próprio povo. Isto foi notado por Marx: "Não é o povo alemão que possui o Estado, mas o Estado que possui o povo".

No entanto, convém esclarecer que o tema em referência terá lugar sob o aspecto genuinamente jurisdicional, para efeito de amoldá-lo ao propósito da pesquisa ora empreendida.

Destarte, no contexto hermeticamente jurisdicional pátrio, cumpre aludir ao artigo 89 do Código de Processo Civil, dispondo que a autoridade judiciária brasileira, "com exclusão de qualquer outra", tem iniludível atribuição para julgar conflitos de interesse em que o respectivo objeto seja imóvel situado no Brasil, bem como "proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, [...]". Outro não é o sentido da lavra do processualista Athos Gusmão Carneiro:[5]

> A lei processual brasileira prevê casos (art. 89) de *competência exclusiva* da Justiça brasileira. Nestes casos, se proposta ação perante Tribunal estrangeiro, a sentença não poderá merecer homologação para ser executada em nosso país, e também rogatórias não receberão o *exequatur.*[58] Assim quaisquer *ações relativas a imóveis* situados no Brasil — tanto fundadas em direito real, v.g., ação reivindicatória, como fundadas em direito pessoal, v.g., ação de resolução de contrato de arrendamento de imóvel sito no Brasil[59] — somente poderão ser propostas perante juiz brasileiro, e o juiz brasileiro 'desconhecerá' processo intentado em jurisdição estrangeira.[60]

Lastreado na mesma razão afirma Antônio Cláudio da Costa Machado:[6]

> [...] o que o focalizado art. 89 significa é que, em relação às matérias ou às causas abaixo previstas, a lei processual civil brasileira institui uma reserva exclusiva de jurisdição à autoridade judiciária nacional, o que impede, de forma absoluta, que, em tais casos, qualquer sentença estrangeira seja homologada entre nós.

Infere-se que o legislador processual civil brasileiro afastou contundentemente eventual ingerência da autoridade judiciária estrangeira, no que diz respeito ao direito real imobiliário e sucessório, considerando que a hipótese em que a autoridade judiciária estrangeira dispusesse acerca de bem litigioso imóvel e de direito sucessório, cujos bens a transmitir estivessem em território brasileiro, resultaria fatalmente em manifesta violação à soberania nacional.

Prosseguindo conforme a ordem constitucional preestabelecida, não obstante os demais fundamentos sejam igualmente proeminentes, no que tange à estruturação jus política da República Federativa do Brasil, o propósito da pesquisa ora empreendida recomenda bem mais extensa alusão aos preceitos da *cidadania* e da *dignidade da pessoa humana,* ainda que os demais sejam iniludivelmente consentâneos à atividade jurisdicional, incondicionalmente jungida ao devido processo legal.

Assim, em atendimento à topografia constitucional, terá lugar, primeiramente, referência à cidadania, terminologia que, inapelavelmente, corresponde a *incondicional acessibilidade a todas as garantias constitucionais fundamentais encartadas no Estado Democrático de Direito, mormente no que concerne ao exercício da liberdade individual*.[7e8] Em caráter exemplificativo, a norma contida no texto do artigo 5º, incisos IV, VI, VIII, IX, XIII e XV. No contexto dos direitos sociais, como fidedignos tradutores da cidadania, cumpre ainda salientar o artigo 194 da Constituição da República, ao "assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social". De igual modo, o disposto no artigo 205 do mesmo Diploma.

No que concerne ainda ao exercício da cidadania digna de nota é a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.

De igual modo conveniente registrar, a título conclusivo da menção à cidadania, a imprescindibilidade de justa causa para a prática de um ato administrativo restritivo de direito, bem como a obrigatoriedade de o agente externar os

respectivos elementos de convicção, de modo a legitimar a respectiva realização, mormente em se tratando de ato de natureza constritiva sobre o objeto do direito do administrado, conforme a hipótese ventilada no artigo 5º, inciso XXV, da Constituição da República. E no que concerne à inocultável motivação, tem lugar o disposto no artigo 93, incisos IX e X. Princípio da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais e administrativas, respectivamente.

No que respeita a dignidade da pessoa humana[9] não seria demasiado afirmar, em termos de proposta conceitual, tratar-se de *um predicado supra constitucional, sobrelevado a qualquer outro assentamento literal proveniente da intelecção e da previsibilidade constituinte,*[10] *inelutavelmente precursor do vindouro delineamento normativo das relações futuramente estabelecidas entre os indivíduos e o Estado*.

Entretanto, inexcedivelmente louvável a laboriosa diligência do constituinte ao ratificar a capital relevância da dignidade da pessoa humana, erigindo-a expressamente à proeminente categoria de *fundamento constitutivo* do Estado Democrático de Direito, segundo o disposto no artigo 1º, inciso III.

Não obstante o presente item consista em uma análise sob o prisma constitucional, afigura-se inolvidável uma ilustrativa referência a um diploma extravagante, inegavelmente assecuratório da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da cidadania. Na espécie, a Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003 — Estatuto do Idoso, cujas disposições estão voltadas para a proteção dos indivíduos com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, garantindo-lhes determinadas prerrogativas institucionais, com o propósito de aplacar a natural disparidade que os acomete na arena competitiva, se comparados com os demais elementos sociais. Entre as prerrogativas em alusão, cumpre destacar a prioridade concernente à tramitação dos feitos judiciais, segundo o disposto no artigo 71, *caput*, do retro citado Diploma Legal. Ainda nesse contexto, cumpre salientar que entendeu por bem o legislador especial consignar expressamente, por intermédio do artigo 10, *caput*, a indissociável trilogia inerente a qualquer indivíduo, mormente o que estiver sob a égide do referido Estatuto. Ou seja, o direito à *liberdade*, ao *respeito* e à *dignidade*.

E no que se refere aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, tem inarredável assento institucional a jurisdição laboral, desempenhando, ao compor a lide, atividade restauradora da paridade de armas entre o capital e o trabalho. Nesse contexto os artigos 643, *caput*, e 763, da Consolidação das Leis do Trabalho. Exemplo induvidosamente elucidativo é a prolação de sentença normativa, ato jurisdicional conceituado pela proficiente doutrina de Orlando Gomes,[11] reproduzida, na forma abaixo, a de natureza constitutiva:

> Por meio delas, os trabalhadores reivindicam frequentemente os seus aumentos salariais e outras condições de trabalho. Constituem direito novo *novum jus*, daí se dizerem constitutivas, são, também, *dispositivas*, porque se referem ao processo dispositivo, que é aquele, segundo Carnelutti, em que a sentença do juiz não verifica nenhuma norma jurídica preexistente. Por isso é uma ação a que não corresponde um direito; é típico do processo *dispositivo* o fenômeno pelo qual a *ação* (direito subjetivo processual) precede o *direito* (direito subjetivo material), o qual vem a ser *constituído* somente com a sentença.

De igual modo inolvidável, com relação à livre iniciativa, a normatização extravagante assecuratória do exercício da livre concorrência, princípio igualmente forjado sob o pálio constitucional da atividade econômica, precisamente no artigo 170, inciso IV, portanto, incontestável corolário. Nesse contexto, a imperiosa Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, a qual reprime infrações contra a ordem econômica e o abuso do poder econômico.

Derradeiramente, no que concerne ao denominado *pluralismo* político, restou assegurado o reconhecimento e a criação de agremiações ideologicamente divergentes, de maneira que pudessem trazer a público os respectivos e mais diversificados projetos legislativos e planos de governo, como fidedignos instrumentos de persuasão do contingente eleitoral. Nesse contexto, o oportuno questionamento de Gisele Cittadino:[12]

> A multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna, enfim, isso que designamos por pluralismo, a configura de tal maneira que não nos resta outra alternativa senão buscar o consenso em meio da heterogeneidade, do conflito e da diferença. Mas é possível o estabelecimento de um consenso democrático frente a qualquer forma de pluralismo? Ou apenas um pluralismo "razoável" é compatível com a democracia? O pluralismo é algo que deve ser valorizado em si mesmo ou apenas constatado?

Sobre o tema igualmente disserta Cláudio Pereira de Souza Neto:[13]

> Em oposição ao pluralismo ético, a democracia deliberativa busca conciliar essas duas tradições em que se cinge o pensamento político moderno, e o faz de modo a sustentar a sua co-originariedade. O estado de direito é entendido como condição de possibilidade da democracia. Sem liberdade de expressão, sem liberdade de pensamento, sem garantia do pluralismo político,

> não há democracia, Estes são direitos fundamentais que exercem uma função imediata no processo deliberativo democrático. No entanto, a harmonização ora proposta entre democracia e estado de direito não se limita a eles. Abarca também diversos outros direitos caracterizados sob a rubrica da "liberdade dos modernos". É o caso, p. ex., da liberdade religiosa [...].

Das assertivas anteriormente propostas infere-se o quão iludível o estabelecimento de uma democracia ideologicamente homogênea, infensa à diversidade de pensamento ou de convicções, o que resultaria contraditoriamente em um regime totalitário.

Enfim, com o advento da Constituição Republicana de 05 de outubro de 1988, proveniente do induvidoso anseio democrático, restou seguramente viabilizada uma nova dimensão política no cenário nacional, redesenhada principalmente com fulcro na liberdade de expressão.

3. O devido processo legal como inarredável predicado do Estado Democrático de Direito. Abrangência constitucional pátria

Além dos precitados fundamentos constitutivos do Estado Democrático de Direito, insculpidos no artigo 1º da Constituição da República, terá lugar, no presente item, uma análise em maior extensão do princípio do devido processo legal e respectivos corolários, fidedignamente tradutores da consolidação democrática em sede jurisdicional, ressaltando-se, para tanto, a dialética perpetrada entre os preceitos normativos de índole constitucional e aqueles hermética e tecnicamente confinados à ciência do direito processual, incontestavelmente recepcionados pela supracitada Constituição.

Destarte, sob o aspecto nitidamente conceitual a respeito do princípio em comento, adverte Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz[14] para o fato de a doutrina se mostrar refratária a uma proposta de definição:

> Tem-se evitado definir o *due process of law*, que é cláusula obrigatória para o Executivo, Legislativo, e Judiciário. A visão do devido processo legal depende dos diferentes posicionamentos ideológicos e filosóficos adotados pelos juristas. Mas, ao contrário do que possa parecer, ela não indica somente a tutela processual, face ao seu sentido genérico, incidindo no seu aspecto substancial (direito material) e também tutelando o direito por meio do processo judicial ou administrativo.

Portanto, antecedentemente a qualquer alusão aos princípios da ampla defesa e do contraditório, entre outros, de paritária e inequívoca importância, impende salientar a proeminência da isonomia,[15] não por acaso textualizada no *caput* do artigo 5º da retro citada Lei Maior, sob a égide dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Destarte, a referenciada e *constitucional paridade de armas entre os indivíduos invariavelmente dissonantes sob o móbile dos jogos sociais* assegura aos litigantes, no âmbito processual judicial, igualitária acessibilidade argumentativa e probatória concernente à disputada titularidade sobre o objeto da lide.

Nesse sentido, vale primeiramente destacar, a título exemplificativo de uma inapelável dialética entre o predicado constitucional e a ciência do processo o disposto no artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil, concernente ao poder-dever do qual está investido o Juiz quanto ao paritário tratamento obrigatoriamente dispensado às partes.

Seguindo a esteira topográfica da principiologia constitucional fundamental interativa do devido processo de lei, tem lugar o denominado *juiz natural*, segundo o disposto no artigo 5º, inciso LIII, não obstante a dicção normativa em espécie consignar a terminologia "autoridade competente". Em verdade, o princípio da competência do *juízo* se traduz por inolvidável corolário do juiz natural. A título de enquadramento restritivamente processual civil, o artigo 87, por sua vez correspondente ao princípio da *perpetuatio jurisdicionis*.

No que diz respeito ao devido processo legal, o artigo 5º, inciso LIV, da anteriormente citada Lei Maior, é válido assinalar que a embrionária expressão contida na *Magna Charta Libertatum*, de 15 de junho de 1215, de João Sem Terra,[16] a seguir parcialmente reproduzida, estabelece, ainda que de maneira demasiadamente primeva, sob a ótica da ciência jurídica atual, os pilares da estratificação do princípio do devido processo legal, vez que o texto em alusão ratificava o inolvidável imperativo de um precedente julgamento para legitimar eventual cerceamento ou coercibilidade, porventura exercida sobre a pessoa, ou sobre os respectivos bens.

> + (39) No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.
>
> Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não

> procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.

De igual modo, A Declaração Universal dos Direitos Humanos, *adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948*, consigna, no Artigo XI,[17] a proeminência da presunção de inocência até o advento de uma derradeira convicção judicial, por sua vez lastreada em dicção normativa aplicável e na garantia assegurada ao imputado de acessibilidade a todos os elementos probatórios dos quais, legitimamente, possa utilizar-se, de maneira a obter um *veredictum* que o divorcie das acusações.

No mesmo sentido, ressalta o princípio da reserva legal não permitindo que ficasse ao talante da autoridade judicial a tipificação da conduta atribuída ao acusado e, por conseguinte, eventual condenação, bem como ainda consolida a dosimetria da pena, compatibilizando-a à dimensão da gravidade delituosa sob o aspecto nitidamente atemporal.

Em se tratando da consignação expressa do devido processo legal, em seu aspecto atemporal, relembra Eduardo Couture[18] as primeiras Constituições que antecederam a Constituição Estadunidense, a saber: Maryland, Pensylvannia e Massachussets.

Não obstante afirmar-se que os princípios ora referenciados consistem na presunção de inocência, na legalidade, na publicidade dos atos processuais, na ampla defesa e contraditório, e na reserva legal, depreender-se-á, seguramente, que a infração eventualmente perpetrada a qualquer um deles culminará em manifesto atentado ao princípio do devido processo legal, considerado em sua constitucional plenitude.

Quanto ao princípio do contraditório e da ampla defesa, cuja previsão tem lugar no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, reproduz o subscritor afirmação anteriormente consignada quando analisado o princípio da isonomia. Isto é, "acessibilidade argumentativa e probatória no que concerne à titularidade sobre o objeto da lide"; em termos, integral "acessibilidade", desde que, por exemplo, observadas eventuais restrições relativamente à *admissibilidade* e *pertinência* da prova.[19] Inteligência do princípio da livre investigação das provas e respectivo corolário denominado persuasão racional, conforme o disposto nos artigos 130 e 131 do Estatuto Buzaid, respectivamente.

No que se refere ao princípio da licitude probatória, segundo os termos do artigo 5º, inciso LVI, da comentada Lei Maior, depreende-se, que muito embora antitética a relação processual, tal assertiva não permite que os litigantes façam uso de subterfúgios para persuadir a intelecção judicial. Vale dizer:

é curial que a regência do processo tenha lugar de maneira induvidosamente lastreada pelo princípio da lealdade, conforme o disposto no artigo 14, inciso II, do Código de Processo Civil. Nesse sentido, cumpre observar a textual advertência contida no artigo 332 do precitado diploma legal quanto à utilização de modalidade probatória "moralmente" legítima.

O princípio da publicidade, insculpido no artigo 5º, inciso LX, da Constituição da República, assegura a qualquer indivíduo integral acessibilidade aos atos perpetrados durante o curso do processo, bem como a regular cientificação daqueles que porventura integrem aquela relação jurídica, salvo naquelas hipóteses em que a prescrição legal a restringir, com o exclusivo intuito de preservar a dignidade pessoal dos litigantes, ou quando assim exigir o interesse público. A respeito, a lavra de José Joaquim Gomes Canotilho:[20]

> A justificação do princípio da publicidade é simples: o princípio do Estado de direito democrático exige o conhecimento, por parte dos cidadãos, dos actos normativos, e proíbe os *actos normativos secretos* contra os quais não se podem defender. O conhecimento dos actos por parte dos cidadãos faz-se, precisamente, através da publicidade (cf. Art. 122. da CRP).

A título de conclusão do presente item é trazido a lume o princípio da razoável duração do processo, na forma do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Lei Maior. O predicado em alusão corresponde à *compatibilidade temporal entre a instauração do feito e a efetiva entrega da prestação jurisdicional final, por sua vez inteiramente conformada à complexidade fática da causa*. Entre os exemplos, convém citar os artigos 278; 285-A; 296, *caput*, última parte; 330 e 456, todos do Código de Processo Civil, bem como os artigos 502, *caput*; e 730, *caput*, e § 2º da Redação Final do Anteprojeto do Novel Código de Processo Civil brasileiro.

Em caráter final da principiologia constitucional convergente ao devido processo legal cumpre salientar a ponderação dos interesses, por intermédio do qual, valendo-se o intérprete da razoabilidade e da proporcionalidade, perpetra a relativização de determinados direitos fundamentais. Acerca do referido predicado a lavra do processualista civil Leonardo Greco:[21]

> A doutrina alemã foi a que mais se debruçou sobre esse problema, dando os primeiros passos na sua elucidação, através da aplicação do chamado *princípio da proporcionalidade* ou da *ponderação dos interesses*, que parte da premissa de que quase todo direito fundamental é relativo, ou seja, pode ser limitado por outro direito fundamental. A aplicação do princípio da proporcionalidade pode dar-se por meio da ponderação em abstrato, pela qual se

> comparam valores do ponto de vista humanitário, como se houvesse hierarquia entre os direitos fundamentais.

Enfim, a terminologia devido processo legal compreende inexcedível extensão, de forma a não se restringir a uma concepção hermeticamente voltada para determinada prescrição normativa eventualmente aplicável a um caso concreto, restritivamente a bens ou à liberdade individual.

4. Uma breve alusão ao direito probatório sob o pálio do Estado Democrático de Direito

É curial que os litigantes em juízo almejem a convicção judicial, segundo as respectivas alegações e provas cuja dilação o prístino Julgador admita, porém, conforme antecedentemente ressaltado, o princípio da lealdade processual repudia a utilização de subterfúgios seguramente indutores à falsa percepção da verdade. Por essa razão, muito embora a antecedente alusão sob o aspecto constitucional da licitude probatória, entende-se imprescindível uma abordagem do tema *probandum* no contexto do binômio *Estado de Direito Democrático* e *devido processo legal*. Destarte, sob a epígrafe *A prova em sentido jurídico*, o atemporal ensinamento de Francesco Carnelutti:[22]

> Na linguagem comum, *prova* se utiliza como *comprovação da verdade de uma proposição*; somente se fala de prova a propósito de alguma coisa que foi afirmada e cuja exatidão se trata de comprovar; não pertence à prova o procedimento mediante o qual se descobre uma verdade não afirmada senão, pelo contrário, aquele mediante o qual se demonstra ou se encontra uma verdade afirmada.

Dessa forma, além da licitude da prova, princípio induvidosamente corolário da lealdade processual, a regência principiológica do direito probatório, em sede de direito processual civil brasileiro, estende-se igualmente aos predicados da *livre investigação das provas* e na *persuasão racional*, este último igualmente consagrado pela terminologia livre convicção motivada. Trata-se de um binômio ao qual está incondicionalmente adstrito o julgador, incontestável destinatário da prova, segundo a mais atual e copiosa manifestação pretoriana: "o juiz é o senhor da prova". Quanto aos respectivos correspondentes legais são os artigos 130 e 131, ambos do Código de Processo Civil. A guisa de ilustração, dignos de registro são os v. acórdãos provenientes do Sodalício do Estado do Rio de Janeiro:[23]

A temática probatória no âmbito pretoriano do Estado do Rio de Janeiro remete o estudioso ao verbete 156 da Súmula do respectivo Tribunal,[24] cujo

enunciado repudia o reexame de decisão proferida pelo prístino Julgador quando dispuser sobre admissibilidade probatória.

É cediço que o verbete em alusão repousa no fundamento de que o prístino Julgador, por estar induvidosamente mais próximo da matéria fática, por sua vez constitutiva do conflito de interesses, estará certamente em melhores condições de formação da convicção, as quais somente a imediação lhe assegura, não havendo, em princípio, fidedigna motivação para subtrair-lhe a instância da prévia cognição acerca da *admissibilidade* e da *pertinência* probatória.

É, no entanto, curial salientar que o acesso do jurisdicionado ao duplo grau de jurisdição não estará infirmado em razão de o imperativo sumular, posto que inelutavelmente assegurada a possibilidade desconstitutiva dos efeitos provenientes da decisão recorrida, na hipótese de estar manifestamente acoimada de teratologia.

Seguramente, eventual teratologia que revista uma decisão judicial compromete, de maneira incontestável, a lisura do processo, a respectiva incolumidade no que tange ao denominado processo justo. Nesse mesmo sentido, a lavra de Ângelo Pariz,[25] reportando-se ao ensinamento de José Augusto Delgado, ressaltando que "A garantia do devido processo legal está intimamente ligada à noção de justiça, razão pela qual alguns juristas vinculam expressamente esta relação, como é o caso de José Augusto Delgado,[287] que utiliza a denominação 'princípio do devido processo legal ou do justo processo'."

O que em verdade espera o jurisdicionado é ter a certeza da idoneidade intelectual dos eminentes integrantes da denominada Instância Revisora, de maneira que sobre os mesmos possa incondicionalmente depositar inabalável confiabilidade, no sentido de estarem conscientemente inteirados do inarredável compromisso que a enlevada e inigualável atividade judicante diuturnamente os investe.[26]

E no que concerne ao reexame fático-probatório, em sede de Tribunal Superior, tem lugar, em caráter final de ilustração pretoriana, o expressivo enunciado contido no verbete nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.[27]

Cumpre derradeiramente esclarecer que a temática referente ao reexame de matéria fático-probatória perante os denominados Tribunais Constitucionais não tem receptividade jurisdicional e doutrinária, vez que o escopo desconstitutivo dos recursos Especial e Extraordinário, segundo os termos dos artigos 102, inciso III, *a*, *b*, *c* e *d*; e 105, inciso III, *a*, *b* e *c*, da Constituição da República, transcendem as questões subjetivamente encartadas na arena processual acerca da titularidade referente ao objeto litigioso. Outro não é o sentido da lição esposada por Luiz Orione Neto:[28]

> O recurso extraordinário, bem como o recurso especial, "que é uma *variante* do extraordinário, deste extraído como a costela de Adão"[1453], têm uma finalidade específica, que os particulariza e os difere dos recursos chamados de "comuns" ou "ordinários", qual seja: preservar a unidade e a autoridade do direito constitucional e infraconstitucional. Esses meios de impugnação têm natureza excepcional, pois objetivam a primazia do interesse público em detrimento do interesse direto das partes. Não se almeja através da utilização dos recursos extraordinário e especial o reexame da causa, pois tal papel compete prioritariamente aos recursos ordinários [...].

Tendo em vista a razão anteriormente expendida, infere-se que os recursos em comento importam em iniludível instrumento de garantia do jurisdicionado quando perpetrada eventual infração ao princípio do devido processo legal.

5. Conclusão

O objeto da pesquisa ora empreendida esteve direcionado para uma análise necessariamente conjuntural do Estado Democrático de Direito e da proeminência do devido processo legal, como um genuíno instrumento assecuratório, mormente quando provocado o Estado-juiz para afastar, segundo a preclara dicção constitucional, "lesão ou ameaça a direito".

Destarte, afigura-se correta a ilação de que a terminologia Estado Democrático de Direito não comporta fragmentada concepção, de maneira a possibilitar o isolamento institucional da organização política, das garantias individuais e da sistematização normativa regente das relações estabelecidas entre os administrados e entre eles e o próprio Estado.

Portanto, sem que houvesse um regime democrático estabilizado sob o crivo do Estado jurídica e politicamente organizado, não seria possível cogitar da possibilidade, *verbi gratia*, da "acessibilidade argumentativa e probatória concernente à titularidade sobre o objeto da lide", conforme antecedentemente salientado durante o curso redacional da presente pesquisa.

Dos argumentos até então expendidos, enquanto realizava-se o presente estudo, depreendeu-se que a afirmada indissociabilidade entre o Estado Democrático de Direito e o devido processo legal, cuja dimensão institucional seguramente transcende à restritiva dicção forjada no texto do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, deve-se, obrigatoriamente, a uma iniludível conjugação de ordem principiológica fundamental, por sua vez abrangente do juiz natural; da competência; do contraditório e

da ampla defesa; da licitude da prova; da publicidade; e da razoável duração do processo.

No entanto, cumpre ainda salientar que embora não encartada expressamente sob a égide dos Direitos e Garantias Fundamentais, porém de igual modo digno de registro, sob o aspecto da indissociabilidade principiológica, a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais e administrativas, consoante o disposto no artigo 93, incisos IX e X, da retro mencionada Constituição da República.

A título de assertiva final da presente análise, caberá ao intérprete proceder à referenciada conjugação de princípios, de maneira que a integridade institucional dos elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito esteja, em sede processual civil, penal e trabalhista, imune à violação de qualquer natureza, mormente quando protagonizada pelos próprios agentes públicos.

6. Notas

[1] Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Candido Mendes — Ucam. Pós-graduado em Políticas Públicas pela UFRJ. Pós-graduado em Direito Empresarial pelo IEE/Emerj. Pós-graduado pela Emerj. Professor concursado de Direito Processual Civil na Universidade Candido Mendes. Professor convidado de Direito Processual Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor do Curso de pós-graduação em Direito Processual Civil da Universidade Candido Mendes. Ex-professor do Curso de pós-graduação em Direito Processual Civil na Unifeso. Ex-professor do curso de Direito e Gestão da FACPERJ. Ex-professor de Direito Empresarial e Processual Civil na Universidade Santa Úrsula. Professor da Emerj. Membro do corpo discente do Programa de Mestrado em Direito Econômico e Regulação da Universidade Candido Mendes. Advogado e Contabilista. Consultor Pleno para o contencioso societário do Escritório de Lima Assafim & Advogados Associados.

[2] A respeito da indissociável compatibilidade entre a função jurisdicional e o Estado de Direito, a lavra de Emerson Garcia: "Acompanhando a linha evolutiva do Estado de Direito, também a noção de *função jurisdicional* tem passado por inúmeras vicissitudes. Sob uma perspectiva orgânica, o seu aparecimento certamente está associado à edição, na Grã-Bretanha, do *Act of Settlement*, de 1701, que garantiu a independência e a correlata autonomia existencial dos órgãos jurisdicionais, colocando-os acima da vontade livre da Coroa.[1] (*Leituras Complementares de Direito Constitucional — controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*, 2ª ed., org. Marcelo Novelino, Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 117).

[3] Sobre o tema, digno de nota é o magistério de Celso Duvivier de Albuquerque Mello: "A noção de soberania[5] é eminentemente histórica, no sentido de que a sua interpretação tem variado no tempo e no espaço. Ela se desenvolveu, na doutrina, originariamente na França. Jean Bodin foi quem a formulou pela primeira vez em termos modernos[6] na sua obra *Os seis livros da República* (1576), que é encarada como o 'poder absoluto e perpétuo', mas que teria acima de si o direito natural e o direito das gentes." (*Curso de Direito Internacional Público*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, p. 254). Mais do que oportuno é o esclarecimento de que a terminologia em estudo ainda comporta iniludível arena de debates entre os internacionalistas, abordagem que fatalmente transcenderia aos limites cientificamente estabelecidos para o alcance da finalidade desta empreitada acadêmica.

[4] *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993, p.100,101.

[5] *Jurisdição e Competência*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 62.

[6] *Código de Processo Civil interpretado*, 6ª ed., São Paulo: Manole, 2007, p. 89.

[7] Sobre a inexcedível complexidade acerca do tema *liberdade individual* disserta Ramon Salas: "Nada interessa tanto al hombre como su persona; porque de nada depende tanto su felicidad como del estado de ella. Por esto ningunas injurias le afectan tan dolorosamente como las que atacan su persona, y el mas precioso de los derechos sociales es la libertad individual, que no es outra cosa que la seguridad contra esta especie de injurias, principalmente las que parten de los agentes de la autoridad. Una buena constitucion po-

lítica debe pues sobre todo garantir esta libertad, es decir, debe asegurar al ciudadano que mientras observe y respete las leyes, ningun mandatario del gobierno le oprimirá; y que aun cuando sea necesario y justo privarle de su libertad, se hará con ciertas formalidades que cierren la puerta á toda arbitrariedad, y sean una prueba de la consideracion con que las leyes y los magistrados tratan la persona de cualquiera ciudadano." (*Lecciones de Derecho Publico Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 58).

[8] O antagonismo da liberdade de expressão extrai-se do glossário de autoria do literato brasileiro Felipe Pena:

"1. *Censura*: gesto arbitrário de proibição de qualquer manifestação humana. Típica de regimes ditatoriais." (No Jornalismo não há fibrose — e outros ensaios críticos sobre a imprensa — 1ª ed., Rio de Janeiro: Cassará, 2012, p. 20). Vale esclarecer que o referido intelectual, muito embora não imediatamente engajado na ciência jurídica, é jornalista, escritor, roteirista, psicólogo e professor de jornalismo na Universidade Federal Fluminense. Doutor em Literatura pela Pontifícia Universidade Católica (PUC), com pós-doutorado em Semiologia da Imagem pela Université de Paris/Sorbonne III.

[9] Integral afinidade com o tema *dignidade da pessoa humana* a obra intitulada *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*, de autoria de Felipe Derbli, publicada pela editora Renovar, no ano de 2007.

[10] A respeito do assunto poder constituinte pontifica a Professora da Universidade do Porto Cristina Queiroz: "O poder constituinte reside no povo como consequência da afirmação do princípio da 'soberania popular'. Resulta, portanto, num poder 'extraconstitucional'. Todos os poderes decorrem do povo como consequência de uma decisão do poder constituinte, tal como este se encontra formulado na constituição. Por isso a Constituição de 1976 distingue, cuidadosamente, no preâmbulo, o poder constituinte do povo, que criou a constituição, e no artigo 108 afirma, de modo claro, que todo o poder constituído, incluindo o poder de revisão, procede do povo e é exercido nas formas nela previstas. Num caso o povo é 'criador' da constituição, no outro 'destinatário' da constituição (101)." (*Direito Constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Editora Coimbra, 2009, p. 144).

[11] *Curso de Direito do Trabalho*, 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 53.

[12] *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva — Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 78.

[13] *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa — Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 57.

[14] *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 119.

[15] Dissertando sobre o princípio da igualdade, pontifica José Joaquim Gomes Canotilho: "[...] o princípio da igualdade é não apenas um *princípio de Estado de direito* mas também um princípio de *Estado social*. Independentemente do problema da distinção entre 'igualdade fáctica' e 'igualdade jurídica' e dos problemas ecónomicos e políticos ligados à primeira (exemplo: políticas e teorias da

distribuição e redistribuição de rendimentos), o princípio da igualdade sob o ponto de vista jurídico-constitucional, assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades (*Equlity of opportunity*) e de condições reais de vida. Garantir a 'liberdade real' ou 'liberdade igual' (*Gleich Freiheit*) é o propósito de numerosas normas e princípios consagrados na Constituição (exemplos: CRP, arts. 20º/2, 60º/2/*e*, 59º/3/*b*, 64º/2, 67º/2/*a*, 73º, 74º, 78º/2/*a*) 21. (*Op. cit.* p. 567).

[16] Disponível em: http://www.fordham.edu. Acessado em: 08 de agosto de 2012.

[17] Artigo XI:

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso. Disponível em: http://portal.mj.gov.br. Acessado em: 08 de agosto de 2012.

[18] *Fundamentos do Direito Processual Civil.* Trad. Benedicto Giaccobini, Campinas: RED Livros, 1999, p. 73.

[19] No que respeita à distinção entre os vocábulos prova admissível e prova pertinente, a lavra de Eduardo Culture: "Prova pertinente é aquela que versa sobre as alegações e fatos que são realmente objeto de prova. [...] Por outro lado, quando se diz que a prova é admissível ou inadmissível, está-se fazendo referência à idoneidade ou falta de idoneidade de um determinado meio de prova para demonstrar um fato." (Idem, p. 158).

[20] CANOTILHO, *op. cit.*, p. 947.

[21] Instituições de Processo Civil, volume II, processo de conhecimento, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 178.

[22] *A Prova Civil*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 67.

[23] Recurso de Apelação nº 0023366-82.2008.8.19.0002. Disponível em: http://www.tj.rj.gov.br. Acessado em: 17 de junho de 2012.

[24] Nº 156 "A decisão que defere ou indefere a produção de determinada prova só será reformada se teratológica."

REFERÊNCIA: Processo Administrativo nº 0014101 57.2011.8.19.0000 – Julgamento em 22/11//2010 – Relator: Desembargadora Leila Mariano. Votação unânime. Disponível em: http://www.tj.rj.gov.br. Acessado em: 17 de junho de 2012.

[25] *Op. cit.* p. 173.

[26] No que concerne à postura institucional dos magistrados na sociedade contemporânea, ainda permanece atual a indiscutivelmente arguta observação de Piero Calamandrei, *litteris*: "Não sei se há juízes que, quando julgam, se creem infalíveis; mas, se há, é justo reconhecer que nosso rito judiciário e, além dele, nosso costume forense parecem feitos de propósito para induzir o juiz à tentação do orgulho. A solenidade da audiência, as togas com as borlas douradas, o segredo místico da câmara de conselho, a unanimidade institucional da decisão, bem como as fórmulas de deferência tradicional pelas quais os advogados chamam os juízes de 'excelentíssimos' e suas frases de exagerada

humildade — 'vós me ensinais', 'lembro a mim mesmo', 'vossa iluminada sapiência', e assim por diante —, tudo isso concorre para dar aos juízes uma opinião de si talvez um pouco superior à realidade. Sem querer, todas aquelas cerimônias produzem em torno deles uma atmosfera de oráculos." CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão, introdução de Paolo Barile, São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 61.

[27] Súmula 7 – Órgão Julgador CE – CORTE ESPECIAL. Data do Julgamento: 28/06/1990. Data da Publicação/ Fonte: DJ 03/07/1990 p. 6478. RSTJ vol. 16 p. 157. RT vol. 661 p. 172. Enunciado: A PRETENSÃO DE SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO ENSEJA RECURSO ESPECIAL. Disponível em: http://www.stj.jus.br . Acessado em: 17 de junho de 2012.

[28] *Recursos Cíveis: teoria geral, princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 463.

7. Referências Bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. A nova separação dos poderes. 2ª tiragem, trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. O Estado e o Poder Judiciário no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 5ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por um advogado. Trad. Eduardo Brandão, introdução de Paolo Barile. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARDOZO. The Nature of the Judicial Process: the storrs lectures delivered at Yale University. Fragmentos.

CARDOZO JÚNIOR, Luiz Eduardo Queiroz de. Coord. Verônica Zarate e Lier Pires Ferreira Júnior. Curso de Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. A prova civil. Campinas: Bookseller, 2002.

CASSESE, Sabino. La crisis del estado. Trad. Pascual Caiella e Juan González Moras, Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos do Direito Processual Civil. trad. Benedicto Giaccobini, Campinas: RED Livros, 1999.

CRETELLA NETO, José. Fundamentos principiológicos do Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRISTINA, Queiroz. Direito Constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Editora Coimbra, 2009.

DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERREIRA PINTO, Fernando Brandão. Lições de Direito Processual Civil: doutrina, jurisprudência, formulários. Porto: ELCLA Editora, 1992.

GOMES, Orlando e Elson Gottschalk. Curso de Direito do Trabalho. 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil: processo de conhecimento, volume II. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HÄRBELE, Peter. Hermenêutica constitucional. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

___. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. A ilusão da Justiça. trad. Sérgio Tellaroli, rev. técnica Sérgio Servulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LEBRE DE FREITAS, José. Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

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

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil interpretado. 6ª ed., São Paulo: Manole. 2007.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

MIÑÓN, M. Herrero de. Introdución y coordinación. 20 anõs después. La Constituición cara al siglo XXI. Madrid: Taurus, 1998.

MITIDIERO, Daniel Francisco e ZANETI JÚNIOR, Hermes. Introdução do estudo do Processo Civil: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

NOVELINO, Marcelo (Org.). Leituras complementares de Direito Constitucional. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

ORIONE NETO, Luiz. Recursos Cíveis: teoria geral, princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2006.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. O devido processo legal: direito fundamental do cidadão. Coimbra: Almedina, 2009.

PENA, Felipe. No Jornalismo não há fibrose – e outros ensaios críticos sobre a imprensa. 1ª ed., Rio de Janeiro: Cassará, 2012.

SALAS, Ramón. Lecciones de Derecho Publico Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A Constituinte Burguesa – Qu'est-ce que le Tiers État? 3ª ed., org. e int. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa – Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WILHELM, Hofmeister e BRASILIENSE CARNEIRO, José Mário (Org.). Federalismo na Alemanha e no Brasil, Série Debates, nº 22, volume I, abril, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

Sítio eletrônico:

http://www.fordham.edu

http://portal.mj.gov.br

Súmulas na homepage do Superior Tribunal de Justiça:

Nº 7 A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Súmulas na homepage do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Nº 156 "A decisão que defere ou indefere a produção de determinada prova só será reformada se teratológica."

REFERÊNCIA: Processo Administrativo nº 0014101 57.2011.8.19.0000 – Julgamento em 22/11//2010 – Relator: Desembargadora Leila Mariano. Votação unânime.

Constituição Federal:

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

Código:

Código de Processo Civil e Constituição Federal. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Legislação:

BRASIL

Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

As organizações sociais na gestão da saúde pública

Fábio Carlos Nascimento Wanderley[1]

1. Introdução

O direito à saúde, como direito público subjetivo, implica na garantia-dever pelo Estado da adoção de políticas públicas que evitem o risco de agravo à saúde, devendo ser consideradas, nesse contexto, todas as suas condicionantes, quais sejam, o meio ambiente saudável, a renda, o trabalho, o saneamento, a alimentação, a educação, bem como a garantia de ações e serviços que promovam, protejam e recuperem a saúde individual e coletiva. Para tanto, estruturou-se o Sistema Único de Saúde.[2]

O principal gargalo da saúde pública brasileira encontra-se, atualmente, na gestão dos serviços hospitalares. A ausência de modernização, a desqualificação profissional, a ausência de práticas empreendedoras e a não absorção dos progressos tecnológicos proporcionam o quadro desesperador da saúde pública nacional: sucateamento de hospitais, filas intermináveis, servidores desestimulados e/ou despreparados, serviço prestado aquém do mínimo necessário e, por fim, inúmeros erros médicos e mortes.

Historicamente, a Administração Pública apresenta baixa capacidade operacional, fraco poder decisório, controles essencialmente formais e sem qualidade

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2013/18) n.18: 59-80 - UCAM (Rio de Janeiro)

e influências políticas externas. Tal contexto ainda se reflete na gestão hospitalar pública, dificultando a prestação de serviço eficiente e de qualidade, malgrado inegáveis transformações operadas na estrutura administrativa brasileira. Em grande parte dos hospitais públicos falta gestão capaz, eficiente, moderna e humana; esses serviços, muitas vezes, têm alto custo e baixo resultado.

Nestas breves linhas não teremos a pretensão de esgotamento do tema. Objetivamos apresentar a gestão da saúde pública através das organizações sociais como um modelo eficiente de prestação de atividade de relevância pública, destacando a sua compatibilidade com a estrutura administrativa do Estado brasileiro contemporâneo e com o regime jurídico estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2. As transformações do Estado e a Administração Pública contemporânea

Majoritariamente, a doutrina correlaciona o surgimento do Direito Administrativo como ramo autônomo da ciência jurídica a dois eventos político-históricos: as revoluções liberais burguesas, com destaque para a Revolução Francesa de 1789, e o advento do Estado Liberal no início do século XIX.[3] E a justificativa repousa na ideia de submissão do poder estatal à lei, consagrada através da fórmula do Estado de Direito que, ao estabelecer limites a atividade estatal, buscou, ao revés do panorama político do regime absolutista, garantir neutralidade e impedir abusos pelos então protagonistas políticos.

O Estado de Direito pós-revolucionário, também denominado Estado Liberal de Direito, assumiu como característica marcante uma postura absenteísta em relação à vida privada, a ordem econômica e a ordem social, atuando ativamente apenas quando necessário o exercício de poder de império estatal. Operou-se uma absoluta separação entre o Estado e a sociedade, construindo-se, em decorrência, os espaços público e privado. A Administração Pública centralizou as poucas atividades reconhecidas ao Estado (p. ex.: manutenção da segurança interna e externa, das relações diplomáticas e a garantia da propriedade privada) organizando uma estrutura burocrática, diminuta e hierarquizada.[4] O particular deleitou-se na máxima da liberdade, do individualismo e da livre concorrência.

Malgrado tenha contribuído para o desenvolvimento dos Estados, a liberdade, o individualismo e a livre concorrência não foram adequadamente compreendidos no ambiente social, acarretando o agravamento do quadro de desigualdade já existente desde o antigo regime.[5] Tornou-se indispensável a intervenção do Estado na ordem econômica e social em substituição à postura absenteísta até então adotada. O protagonismo estatal tornou-se palavra de

ordem. O Estado assumiu a responsabilidade pela implementação de revoluções econômicas, sociais e tecnológicas com o objetivo de corrigir as distorções causadas pelo setor privado no período liberal, mitigando as disparidades sociais e atendendo às crescentes demandas por saúde, educação, assistência e previdência.[6] Consagra-se o denominado Estado Social de Direito ou *Welfare State*.

Nesse desiderato, a Administração Pública teve que ser reinventada. Fez-se necessária a desburocratização da estrutura administrativa para o atendimento ágil e eficiente dos reclames sociais. E o primeiro movimento nesse sentido foi a adoção das técnicas da desconcentração e descentralização administrativas. Além disso, o Estado passou a utilizar formas e instrumentos privados para o desempenho da atividade administrativa, especialmente os contratos, em detrimento aos atos imperativos, o que Maria João Estorninho nomeou como "*fuga para o direito privado*",[7] visando ao desempenho mais flexível, célere e eficiente das atividades administrativas.

Em que pese os avanços sociais experimentados, a atuação do Estado foi manietada pelo agigantamento da máquina administrativa e do agravamento da dívida pública. A poupança popular permaneceu sacrificada em virtude das escorchantes obrigações tributárias. O apego à forma, por trazer consigo morosidade, revelou-se incapaz para a persecução e o alcance de resultados administrativos desejados. A necessidade de atrofia do aparelho estatal e de uma gestão administrativa eficiente fez com que, ao lado das formas e dos instrumentos privados inicialmente utilizados para o desempenho da atividade administrativa, fossem implementadas novas parcerias junto à iniciativa privada para a execução de atividades socialmente relevantes.

O paradigma constitucional instaurado após a Segunda Guerra Mundial, com a aproximação entre o Direito e a moral, o menosprezo à abordagem positivista da ciência jurídica e a consagração da superioridade normativa da Constituição, foi fundamental para uma profunda transformação operada na Administração Pública: a substituição do modelo impositivo pelo democrático ou cidadão.[8]

A distinção entre os espaços público e privados, típico da vertente liberal do Estado de Direito, foi substituída pela ideologia democrática das sociedades contemporâneas, valorizando-se a participação da sociedade civil na satisfação dos interesses públicos. Segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira, no Estado Democrático de Direito, "[...] *foi criada uma 'área híbrida' ou 'área pública não estadual*", ao mesmo tempo pública e privada, localizada entre o Estado e a sociedade.[9] O particular deixou de ser encarado com desconfiança. A sua expertise passou a ser encarada como ingrediente fundamental para o cumprimento das metas estatais de forma eficiente. A atuação administrativa, outrora vertical, centralizada e impositiva, tornou-se horizontal, policêntrica e consensual.

Novamente, a estrutura administrativa foi redesenhada. procedimento administrativos então morosos e complexos foram simplificados. A atuação administrativa adotou como paradigma e objetivo o resultado qualificado e a eficiência desejados pela sociedade. A relação Estado-particulares estabeleceu-se sob a ótica do consenso, abandonando-se a imperatividade então vigente. Atividades econômicas que se encontram sob domínio estatal retornaram à iniciativa privada. A execução de atividades de relevância social, antes concentradas pelo Estado, foi transferida aos particulares. É o denominado Estado gerencial.

As transformações operadas, com inegável redução do espaço de atuação do Estado, não significaram um retorno ao Estado Liberal de Direito. O Estado não abdicou da intervenção nas áreas econômica e social, contudo, modificou a natureza da sua atuação: de executor direto passou a interventor indireto, marcando sua atuação pela regulação, fomento e fiscalização.

3. A consensualidade administrativa e as novas parcerias entre os setores público e privado

A presença dos cidadãos no interior da Administração Pública sob o nome de participação administrativa se apresenta como efeito da moderna concepção da relação Estado-sociedade, em que não se vislumbra uma rigorosa separação, nem fusão, mas recíproca coordenação entre os atores.[10] As decisões passam a ser tomadas de acordo com o resultado das negociações entre Estado e sociedade civil.

A cooperação mútua entre Estado e sociedade passa a ser pressuposto para o atingimento dos fins do Estado, bem como para a sua legitimação democrática. Daí a razão da necessidade do estabelecimento do diálogo do Estado com a sociedade (hodiernamente, complexa e plural) por meio de mecanismos ordenadores da participação democrática que devem ser levados a sério.[11]

Odete Medauar destaca a importância do consensualismo no âmbito da administração contemporânea afirmando que a Administração Pública passa a ter a atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre essas e a Administração, de tal forma a possibilitar um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público. Nesse momento, passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.[12]

Trata-se da denominada administração concertada, administração consensual ou *soft administration*, que representam expressões que refletem formas de democracia participativa, em que o Poder Público, em vez de decidir unilate-

ralmente utilizando-se desde logo do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum.[13]

Gustavo Justino de Oliveira afirma que a conformação da Administração Pública consensual não resulta na superação da administração imperativa, mas seguramente diminui seu campo de incidência. A expansão do consensualismo para considerável parcela das atividades perpetradas pela Administração Pública provoca uma mudança de eixo do Direito Administrativo, que passa a ser orientado pela lógica da autoridade continuamente permeada e temperada pela lógica do consenso.[14]-[15] Nesse cenário despontam as formas de expressão da Administração Pública consensual.

Alude-se à concertação administrativa para designar um fenômeno em que a Administração renunciaria ao emprego de seus poderes com base na imperatividade e unilateralidade, aceitando realizar acordos com os particulares destinatários da aplicação concreta desses poderes, ganhando assim uma colaboração ativa dos administrados.[16]

A contratualização administrativa retrata a substituição das relações administrativas baseadas na unilateralidade, na imposição e na subordinação por relações fundadas no diálogo, na negociação e na troca. De um modo geral, implica a substituição das relações baseadas na imposição e na autoridade por relações fundadas sobre o diálogo e na busca do consenso.[17] Por isso, a contratualização administrativa *"supõe a aceitação (ao menos tendencialmente) do pluralismo administrativo, do fato que existe no aparelho administrativo atores, individuais e coletivos, dotados de uma capacidade de ação e de decisão autônoma [...], dos quais é necessário obter a cooperação e a adesão*".[18]

Os modelos clássicos de contratação entre a Administração Pública e os particulares[19] não respondem aos novos paradigmas da relação Estado-Sociedade. É a expansão do consensualismo administrativo que confere novos usos à categoria jurídica contrato no setor público. E em virtude da amplitude desse fenômeno, defende-se a existência de um módulo consensual de gestão administrativa ou sistema de parcerias, o qual englobaria todos os ajustes — *não somente o tradicional contrato administrativo* — passíveis de serem empregados pela Administração Pública na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins.

4. A concepção de Estado e de Administração Pública na ordem legal brasileira

Os artigos 1º, IV, e 170, *caput*, e § único da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trazem a ideia da livre iniciativa como um dos

fundamentos da ordem econômica, conferindo ao agente privado ampla liberdade para o exercício de atividade econômica, o que, em regra, prescinde de autorização estatal.

Já o artigo 174, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preconiza que a tônica da atuação estatal deve circunscrever-se à intervenção indireta na ordem econômica, através da regulação, fomento e fiscalização. Contudo, o artigo 173, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 admite excepcionalmente a atuação estatal no espaço econômico, restringindo-a às hipóteses de imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Não bastasse o exposto para revelar a positivação constitucional do modelo gerencial de Estado, há que se destacar as alterações promovidas na ordem constitucional brasileira de 1988 através das Emendas Constitucionais nº 8, de 15/08/1955, e nº 9, de 09/11/1995, que, ao flexibilizarem o regime de exploração dos serviços de telecomunicações e o então monopólio do petróleo, respectivamente, permitiram a atuação da iniciativa privada em tarefas antes encaradas como típicas e exclusivas (na prestação) do espaço público.

Em paralelo, no plano infraconstitucional foi implementado o processo de publicização, através da Lei nº 9.637, de 15/05/1998, que consistiu no estabelecimento de alianças estratégicas entre Estado e sociedade, tanto para atenuar disfunções operacionais daquele, quanto para maximizar os resultados da ação social em geral. A ideia central do Programa era proporcionar um marco institucional de transição de atividades de relevância pública então concentradas na esfera estatal para a sociedade civil e, com isso, contribuir para o aprimoramento da gestão pública estatal e não estatal. A manutenção da presença do Estado justifica-se pelo fato de o objeto do processo de publicização envolver atividades relevantes de caráter social e científico, ligadas a direitos essenciais ao ser humano, como, por exemplo, educação e saúde.

Destaque-se que o conceito de atividades de relevância pública é menos exigente que o conceito de serviço público. São atividades de relevância pública as atividades consideradas essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente à dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso.

Em razão das limitações das técnicas organizacionais tradicionais (desconcentração e descentralização administrativa) e das novas parcerias entre Estado e particulares para a satisfação do interesse público, a organização administrativa moderna encontra-se dividida em três setores: a) Primeiro Setor, composto pelo Estado; b) Segundo Setor, composto pelo mercado (particulares delegatários de

atividades administrativas); e c) Terceiro Setor, composto pela sociedade civil.

Tradicionalmente, o atendimento ao interesse público ficava a cargo do Primeiro e Segundo Setores. Contudo, a partir do paradigma da consensualidade e da maior aproximação entre as esferas pública e privada, o Terceiro Setor, formado por entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, também se apresentará como uma alternativa para o atendimento do interesse público.

Malgrado a expressão não seja unívoca na ciência jurídica brasileira, o Terceiro Setor foi definido por Paulo Modesto como "*pessoas privadas de fins públicos, sem finalidade lucrativa, constituídas voluntariamente por particulares, auxiliares do Estado na persecução de atividade de conteúdo social relevante*".[20]

Diante da maior proximidade em relação aos cidadãos, o Terceiro Setor encontra-se mais propenso ao atendimento dos legítimos anseios da sociedade, fornecendo serviços condizentes com as necessidades dos cidadãos de forma ágil e desburocratizada, pois as entidades que o integram apresentam naturalmente estruturas de funcionamento reduzidas e que não se encontram submetidas aos rigores legais burocráticos incidentes sobre a esfera pública. Também desempenha relevante papel no desenvolvimento e promoção do sentimento de cidadania, envolvendo a comunidade em torno dos projetos implementados, não apenas quanto à execução (p. ex.: trabalho voluntário, mão de obra), mas, especialmente, na concepção e controle das políticas traçadas junto ao Poder Público.

São exemplos de entidades privadas de Terceiro Setor, no direito brasileiro, os serviços sociais autônomos,[21] as entidades declaradas de utilidade pública, as entidades de apoio, as entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público ou como organizações sociais.[22]

Na esteira dos fins pretendidos neste artigo, impõe-se uma breve exposição a respeito das entidades qualificadas como organizações sociais.[23] Destacam-se como pessoas jurídicas de direito privado, desprovida do escopo lucrativo, que recebem a referida qualificação estatal após a satisfação das exigências legais,[24] podendo, doravante, assumir o compromisso de executar atividades de relevância social conforme metas estabelecidas pela Administração Pública em contratos de gestão.

No contrato de gestão, o Estado poderá fomentar a atuação do particular, por exemplo, através da designação de recursos orçamentários, da expedição de permissão de uso de bens públicos com dispensa de licitação, da cessão especial de servidores, com ônus ao erário, e a dispensa de licitação para contratos de prestação de serviços firmados entre a Administração Pública e a organização social. Como no contrato de gestão o ponto forte é o controle de resultados, deverá o Estado garantir à organização social liberdade na aplicação dos recursos e prerrogativas especiais.

5. A reforma do Estado brasileiro e os modelos de prestação de serviço ao cidadão

Em novembro de 1995, durante o Governo FHC, foi aprovado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, concebido, em linhas gerais, como instrumento de viabilização e implementação de políticas públicas, alterando a concepção do Estado brasileiro de executor para coordenador e fomentador de políticas públicas. A reforma envolveria, essencialmente, três problemas: a) problema econômico-político, relacionado à delimitação do tamanho do Estado e o seu papel enquanto agente regulador; b) problema econômico-administrativo, ligado à recuperação da governança ou da capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas tomadas pelo governo; e c) problema político, concernente ao aumento da governabilidade ou da capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade e governar.

Nesse sentido, com a aprovação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, a nova estrutura do aparelho estatal brasileiro restou fragmentada em quatro setores, a saber:

> a) Núcleo Estratégico: Corresponde ao governo, em sentido lato. É o setor que define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É, portanto, o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no Poder Executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas;
>
> b) Atividades Exclusivas: É o setor em que são prestados serviços cuja presença do Estado é fundamental, seja por imposição constitucional, seja pela necessidade do exercício de autoridade. São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado — o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes, etc.;
>
> c) Serviços Não Exclusivos: Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto,

> está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem "economias externas" relevantes, na medida em que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos desse setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus; e
>
> d) Produção de Bens e Serviços para o Mercado: Corresponde à área de atuação das empresas. É caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado como, por exemplo, as do setor de infraestrutura. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via mercado não é possível, tornando-se necessária, no caso de privatização, a regulamentação rígida.[25]

Nesta nova estrutura do aparelho estatal brasileiro, apenas o núcleo estratégico e o setor das atividades exclusivas foram concebidos como prerrogativas estatais, admitindo-se a participação dos particulares nas atividades exclusivas através de delegação, desde que não existisse restrição constitucional ou a necessidade do exercício de autoridade. O setor dos serviços não exclusivos, através da publicização, passou à iniciativa privada, contudo, em virtude da relevância social das atividades envolvidas, continuaria sofrendo significativa regulação e controle do Estado. Por fim, o setor de produção de bens e serviços ao mercado, pela privatização, também passou à forma de propriedade privada, admitindo-se excepcional intervenção estatal através de empresas públicas ou sociedades de economia mista quando houver interesse coletivo relevante ou imperativo de segurança nacional, conforme estabelece o artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.[26]

A reformulação do aparelho estatal brasileiro, ao consagrar o modelo gerencial de administração, rompeu com a clássica dicotomia público e privado, impondo uma releitura do conceito de serviços públicos e atividades de exploração econômica, na medida em que reconheceu a existência de um espaço híbrido em que Estado e sociedade cooperam no sentido de diminuir ou eliminar as mazelas provocadas pelo mercado. A ideia central é a atuação cooperada entre Estado e sociedade, sem que prevaleça o regime jurídico publicista ou privatista.

E, em decorrência das parcerias, a iniciativa privada desenvolve atividades de relevante interesse público que, em termos objetivos e formais, não se enqua-

dram na moldura jurídica de serviço público, contudo, ainda assim, sujeitam-se a intensa regulação e controle do Poder Público se comparadas às atividades de exploração econômica. Essas atividades são denominadas serviços de relevância pública e encontram referência expressa, por exemplo, nos artigos 129, II; 197, 205 e 209, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. São atividades sociais em que a atuação do Estado é obrigatória e a atuação da iniciativa privada ocorre por direito próprio. É o caso da assistência à saúde, de educação, da produção e proteção cultural, do desporto, da defesa do meio ambiente, da pesquisa científica e tecnológica.

Do exposto, é possível concluir: a) pela existência de atividades titularizadas pelo Estado, cuja prestação visa ao atendimento das necessidades dos administrados, denominadas serviços públicos, que pode ser executadas diretamente pelo Poder Público ou delegadas aos particulares; b) pela existência de atividades econômicas em sentido estrito, titularizadas pelos particulares, com excepcional admissão da atuação estatal nas hipóteses de relevante interesse público ou segurança nacional; e c) pela existência de atividades em que a atuação estatal é obrigatória, contudo admite-se a atuação privada por direito próprio ou o estabelecimento de parcerias entre os setores público e privado, tudo sob intensa regulação e controle pelo Poder Público, denominadas serviço de relevância pública.[27]

6. A saúde na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a atuação das organizações sociais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconhece, em seus artigos 6º e 196, a saúde como um direito social fundamental, exigindo do Estado prestações positivas no sentido de efetivá-la por meio de políticas públicas sociais e econômicas. Noutras palavras, incumbe ao Estado assegurar acesso universal e igualitário e oportuno às ações e serviços de saúde, de modo eficaz.

Todavia, não há proibição para que as ações e serviços de saúde sejam prestados por particulares. Pelo contrário, o artigo 197 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 expressamente permite a execução de tais atividades pela iniciativa privada, sob intensa regulação e controle pelo Poder Público. É de se concluir, portanto, que a saúde também se insere na categoria de serviço de relevância pública, uma vez que a atuação estatal é obrigatória, contudo, admite-se a atuação privada.

Terão preferência as entidades privadas integrantes do Terceiro Setor, conforme estabelece o artigo 199 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.[28] E, analisando o Terceiro Setor, verifica-se que as entidades qualificadas como organizações sociais enquadram-se com perfeição na mol-

dura jurídica traçada pelos artigos 196, 197 e 199, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.[29] Isso porque são pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidade lucrativa, instituídas por iniciativa de particulares para o desempenho de serviços de relevância pública (atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde), com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído pela figura do contrato de gestão.

Carlos Eduardo de Souza Silva prevê quatro tipos de metas de desempenho previstas no contrato de gestão para as quais devem ser construídos indicadores que permitirão avaliar a eficiência, a eficácia e a efetividade da ação ensejada:

> a) Metas de eficiência de gestão: indicadores construídos a partir da comparação entre os resultados e os meios empregados para os obter;
>
> b) Metas de resultado econômico-financeiro: análise da capacidade de autossustentação e da dependência de financiamentos;
>
> c) Metas de abrangência de atuação: estão ligadas diretamente ao cumprimento da missão e aos objetivos estabelecidos. Essas metas consideram as diversas áreas de atividade e utilizam, para cada uma, indicadores específicos da sua contribuição para o cumprimento da missão da organização; e
>
> d) Metas de qualidade, satisfação etc.: estão ligadas, também, ao cumprimento da missão institucional e aos objetivos estabelecidos. Os indicadores podem ser construídos com base em atributos de qualidade inerentes ao serviço ou ao produto oferecido ou podem ser medidos por meio de pesquisas sobre a satisfação do público usuário.[30]

No plano federal, a Lei nº 9.637, de 15/05/1998, em seu artigo 1º, ao enumerar os serviços de relevância pública objeto de publicização (atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde), também aponta os atores privados que se responsabilizariam pela execução desses serviços, as entidades privadas qualificadas como organizações sociais.

Em seu artigo 2º, a Lei nº 9.637, de 15/05/1998, estabelece os requisitos específicos para a qualificação de uma entidade privada como organização social. Cumpre destacar a finalidade não lucrativa da entidade privada, reforçada pela vedação à distribuição de lucros ou de patrimônio, a previsão de publicação em

diário oficial dos relatórios financeiros e do relatório da parceria firmada com o Poder Público e, por fim, a imposição de que a entidade possua órgãos de deliberação superior e de direção compostos por representantes da sociedade civil e do Poder Público.

A publicação dos relatórios financeiros e da parceria firmada junto ao Poder Público em diário oficial objetiva facilitar a fiscalização da utilização do dinheiro público destinado à organização social, bem como servir como base de aferição, por parte do Poder Público, do cumprimento das diretrizes estabelecidas na parceria. Ou seja, a necessidade de publicação anual é um instrumento necessário para que o Poder Público exerça a sua mais eminente função, a saber, a fiscalizadora.

Os órgãos superiores de deliberação e de direção são o Conselho de Administração e a Diretoria, responsáveis por dirigir a entidade, ao lhe estabelecer as diretrizes de atuação, aprovar o orçamento e o programa de investimentos. Esse modelo de composição, frise-se, é uma peculiaridade da instituição das organizações civis.

No que se refere à composição, a disciplina encontra-se no artigo 3º da Lei nº 9.637, de 15/05/1998. Nesse dispositivo, mais precisamente em seu inciso I, prevê-se como se dará a composição do Conselho. Já no que tange aos membros natos do Poder Público e da sociedade civil, determina-se que haverão de corresponder a mais de 50% do Conselho de Administração, por conta de imposição expressa do artigo 3º, III, da lei em questão.

Os argumentos expedidos demonstram que o Estado não renunciou aos seus deveres constitucionais em relação aos serviços de relevância pública, transferindo-os exclusivamente para um ambiente privado, sujeito às regras de mercado. Na verdade, o Poder Público modificou apenas a sua forma de atuação. Deixou de ter uma permanente função executora, exercendo uma função reguladora (intervenção normativa), fomentadora e fiscalizadora do contrato de gestão firmado com o parceiro privado.[31]

A própria Lei nº 9.637, de 15/05/1998, estabelece mecanismos de fiscalização das entidades privadas qualificadas como organizações sociais. Uma das formas previstas de fiscalização é a que será exercida pelo órgão ou entidade supervisora da atuação correspondente à atividade fomentada (artigos 6º, § único, e 8º, da Lei nº 9.637, de 15/05/1998). Essa entidade supervisora haverá de indicar comissão de avaliação, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação, que terão como dever funcional verificar e analisar os relatórios enviados pela organizações sociais, relatórios esses que deverão comparar as metas propostas e os resultados efetivamente alcançados, bem como os gastos realizados.

Compete à Comissão dar conhecimento ao Tribunal de Contas de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização pela entidade privada qualificada como organização social de recursos ou bens de origem pública. Caso não o façam, os membros dessa Comissão podem ser solidariamente responsabilizáveis, nos termos do artigo 9º da Lei nº 9.637, de 15/05/1998.

7. O regime jurídico das organizações sociais

A definição de novos modelos de gestão dos serviços de saúde na área pública tem enfrentado severas barreiras, que se prestam, na verdade, a um indevido resgate, e até porque não dizer continuidade do modelo burocrático de Administração Pública no Brasil. Dentre elas, encontra-se a inadequada imposição do regime jurídico publicista às organizações sociais.

Na caracterização da natureza das instituições sociais, essas, ou são governamentais, ou integram os entes da sociedade civil: ou são do conjunto dos governantes ou dos governados. E as entidades privadas qualificadas como organizações sociais, conforme a própria nomenclatura indica, não são governamentais: identificam-se como entes do setor privado, pessoas jurídicas particulares, as quais, uma vez que recebam o selo da qualificação como organização social, se fazem entidades de colaboração do Poder Público.

Ademais, inexiste vinculação administrativa legal entre as organizações sociais e o Poder Público. Com efeito, o inter-relacionamento entre os dois se dá, como assinalado, através da celebração do contrato de gestão, cujo objeto é, exatamente, a formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades de relevância social.

A presença do Poder Público na administração da entidade; a possibilidade de cessão de servidores; de permissão de uso de bens públicos e de destinação de recursos orçamentários não subvertem a índole particular da instituição; não a faz governamental. Não são, portanto, parte do conceito constitucional de Administração Pública. No entanto, há de fazer com que seu regime jurídico seja minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública, previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Isso significa que as organizações sociais não estão sujeitas às regras formais dos incisos do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tais como realização de licitações e concursos públicos, mas sim apenas à observância do núcleo essencial dos princípios definidos no *caput*. Essa incidência dos princípios administrativos deve ser compatibilizada com as características mais flexíveis do setor privado, que constituem justamente

a finalidade de todo o marco regulatório do Terceiro Setor, porquanto fiado na premissa de que determinadas atividades podem ser mais eficientemente desempenhadas sob as vestes do regime de direito privado.

Ou seja, embora não façam formalmente licitação ou realizem concursos públicos, ante a inaplicabilidade dos incisos do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tais entidades devem editar um regulamento próprio para contratações, fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos que administra. Dessa forma, há plena conciliação do conteúdo dos princípios constitucionais com a flexibilidade inerente ao regime de direito privado. Nesse sentido acreditamos devam ser interpretados os artigos 7º e 17, ambos da Lei nº 9.673, de 15/05/1998.

Especificamente em relação a mão de obra, os empregados das entidades privadas qualificadas como Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, sujeitos ao regime celetista. Por isso, o procedimento de seleção de pessoal não se encontra submetido aos rigores do concurso público, contudo, deve ser posto em prática de modo impessoal e objetivo, conforme regulamento próprio a ser editado.

Aliado ao exposto, através de regulamento próprio a ser editado, conforme dispõe o artigo 17 da Lei nº 9.673, de 15/05/1998, é juridicamente possível às entidades privadas qualificadas como organizações sociais estabelecerem a contratação de pessoal via terceirização, uma vez que, conforme dito alhures, não se encontram submetidas ao rigor formalístico do concurso público, contudo, deverão observar procedimento impessoal e objetivo.

Destaque-se que a terceirização de pessoal por organizações sociais é absolutamente compatível com os objetivos perseguidos com a publicização, pois permite a otimização dos recursos estatais submetidos à gestão do parceiro particular e, consequentemente, a apresentação de resultados eficientes. A partir da terceirização de mão de obra, as entidades qualificadas como organizações sociais, além de reduzirem os encargos trabalhistas e sociais diretos, que ficam a cargo das empresas interpostas, podem contar com estrutura operacional simplificada (hotelaria, recursos humanos, departamento pessoal etc.), o que lhe permite maior agilidade e eficiência na tomada de decisões ante a conquista de espaços físicos produtivos. São inegáveis, portanto, as vantagens econômicas, sendo possível a disponibilização de maior parcela de capital para a concretização dos serviços de relevância social com qualidade e eficiência.

Nesse sentido, também desonera as entidades privadas qualificadas como organizações sociais dos custos sociais da contratação de mão de obra, representados pela legislação de aprendizagem (Lei nº 10.097, de 19/12/2000), inclusividade de portadores de necessidades especiais (Lei nº 8.213, de 24/07/1991)

e egressos do sistema penitenciário (p. ex.: Lei nº 6.346, de 23/11/2012, em vigor no Estado do Rio de Janeiro), que demandam a montagem de complexa estrutura de recursos humanos e departamento pessoal, ocasionando maiores gastos com pessoal e consequente supressão de capital para a execução dos serviços de relevância social.

Merece ser destacado que eventual vedação à referida terceirização inegavelmente acarretará o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de gestão, inviabilizando, consequentemente, a concretização dos serviços de relevância social. Isso porque a transferência de recursos orçamentários do Estado para as organizações sociais selecionadas para gerirem unidades de saúde, em regra, observa o seguinte procedimento: a) transferência mensal de valores para o custeio do contrato de gestão, vinculados à produção quantitativa e qualitativa, abatendo-se o valor designado para investimento; e b) transferência de valores, em 2 (duas) oportunidades, para investimento no contrato de gestão.

Os valores para custeio do contrato de gestão devem abranger os gastos com pessoal (p. ex.: salários, benefícios, encargos de FGTS/INSS, provisionamento de férias, 13º salário e rescisões contratuais, terceirização de mão de obra), materiais de consumo e medicamentos, área de apoio (p. ex.: água, esgoto, alimentação, coleta de resíduos hospitalares, energia elétrica, exames laboratoriais e de imagem, lavanderia, limpeza, vigilância e segurança patrimonial, seguros, telefones, transporte avançado, ambulâncias, uniformes) e atividades gerenciais e administrativas (p. ex.: auditorias contábil, financeira e fiscal, contabilidade, gerência de pessoal e administrativa). Já os valores destinados ao investimento, conforme a própria nomenclatura sugere, destinam-se a investimentos em mobiliário, materiais, equipamentos permanentes e de informática da unidade de saúde.

Ocorre que, especificamente em relação à mão de obra, os valores definidos para o custeio do contrato de gestão não abrangem os denominados custos sociais da contratação direta de pessoal, representados pela legislação de aprendizagem (Lei nº 10.097, de 19/12/2000), inclusividade de portadores de necessidades especiais (Lei nº 8.213, de 24/07/1991) e egressos do sistema penitenciário (p. ex.: Lei nº 6.346, de 23/11/2012, em vigor no Estado do Rio de Janeiro). Ao optar pela contratação direta de mão de obra, por exemplo, as entidades privadas qualificadas como organizações sociais obrigatoriamente terão que arcar com todos os referidos custos sociais sem que haja fonte de custeio específica nos recursos transferidos pelo Estado por força do contrato de gestão. Tal situação, inegavelmente, acarretará o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de gestão.

Apenas por argumentar, vale destacar que os valores destinados a investimentos no contrato de gestão não poderão ser realocados para fazer frente ao

custo social da contratação direta de mão de obra, eis que não se destinam a tal fim e a sua indevida utilização configuraria descumprimento contratual pelas organizações sociais, ensejando, inclusive, a resilição antecipada do contrato de gestão. Além disso, as organizações sociais, por se tratarem de entidades privadas sem fins lucrativos, não operam com excedentes financeiros, razão pela qual não detêm capital para arcar com o apontado desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de gestão caso opte pela contratação direta de mão de obra.

Ao contrário, optando pela terceirização de mão de obra, as organizações sociais terão apenas que arcar com o valor da referida terceirização e dos encargos pertinentes (p. ex.: INSS), que já se encontram previstos na verba para o custeio do contrato de gestão. Aliado ao exposto, todos os encargos derivados da contratação de mão de obra aprendiz, de pessoas portadoras de necessidades especiais e de egressos do sistema penitenciário ficarão a cargo da empresa interposta e, dessa forma, não impactarão o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de gestão.

A nosso sentir, não restam dúvidas que a gestão da saúde pública através de organizações sociais representa um caminho viável para a reversão do quadro desolador atualmente existente. O *know-how* da iniciativa privada e a fiscalização séria e consciente da Administração Pública são elementos indispensáveis para a concretização de um sistema de saúde público ágil e eficiente.

8. Conclusão

A sinergia decorrente da coexistência dos regimes público e privado, materializada através dos contratos de gestão, permitirá que as organizações sociais, na gestão da saúde pública, apliquem as características mais flexíveis do setor privado em busca dos melhores resultados e da consequente eficiência, sem prejuízo do necessário controle e fiscalização a serem exercidos pela Administração Pública, ainda mais em se tratando de atividade de relevante interesse público que encontra-se diretamente atrelada a direito fundamental.

Sem apegos a discursos e/ou ideologias políticas, concluímos que o estabelecimento de contratos de gestão na saúde pública é compatível com a estrutura administrativa gerencial do Estado brasileiro contemporâneo, encontrando, inclusive, arrimo legal na ordem constitucional estabelecida em 1988.

Trata-se de instrumento que, de um lado, possibilitará a racional atuação estatal, mediante concentração de esforços nos espaços em que o seu poder imperativo é absolutamente necessário, e, de outro, a prestação de atividade de relevância social com a eficiência desejada pela sociedade que, maior interessada nesse desiderato, coopera ativamente nesse sentido via organizações sociais.

9. Notas

[1] Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Candido Mendes. Professor de Direito Constitucional e Direito Eleitoral da Faculdade de Direito Candido Mendes. Professor convidado do Centro de Pós-Graduação em Direito da Universidade Candido Mendes na Pós-graduação Lato Sensu em Direito Administrativo Empresarial. Professor convidado da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio) no FGV Law Program, LL. M – Pós-graduação Lato Sensu em Direito do Estado e da Regulação. Advogado. E-mail: fcnw@fabiowanderley.adv.br.

[2] A partir do século XX, com surgimento da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946, a saúde foi definida como o completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças ou agravos, bem como, reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, seja qual sua condição social ou econômica e sua crença religiosa ou política. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 6º, reconhece a saúde como um direito social, impondo ao Estado a entrega de prestações positivas à população, garantindo a sua efetividade.

[3] Em sentido oposto, Diogo Freitas do Amaral sustenta que, em virtude da falta de linearidade da evolução histórica dos Estados, é impreciso afirmar que o Direito Administrativo eclodiu autonomamente apenas no século XVII/XIX, sendo, também, verificado nos Estados oriental, grego, romano e medieval. AMARAL, 2005, p. 52.

[4] OLIVEIRA, 2011, p. 8.

[5] Maria Sylvia Zanella Di Pietro descreve a quadra social, política e econômica vivenciada com o desenvolvimento do Estado Liberal: "[...] as grandes empresas tinham se transformado em grandes monopólios e aniquilado as de pequeno porte; surgia uma nova classe social — o proletariado — em condições de miséria, doença, ignorância, que tendia a acentuar-se com o não intervencionismo estatal pregado pelo liberalismo" DI PIETRO, 2009, p. 8.

[6] PEREIRA, 2001, p. 232.

[7] ESTORNINHO, 1999, p. 42.

[8] MOREIRA NETO, 2007, p. 10 et. seq.

[9] OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 17.

[10] MEDAUAR, 2003, p. 229.

[11] CLÉVE, 2006, p. 39.

[12] MEDAUAR, *op. cit.*, p. 211

[13] COUTO E SILVA, 1997, p. 64-65.

[14] OLIVEIRA, 2005, p. 569.

[15] "[...] o avanço da consensualidade e dos consequentes mecanismos de coordenação — a cooperação e a colaboração — leva à valorização dos resultados da ação administrativa, ou seja, passa-se a considerar que tão importante quanto a administração submissa à legalidade (a busca da eficácia), deve ser a boa administração, fiel à legitimidade (a busca da eficiência), em que definem ambas, tanto a eficácia como a eficiência distintos e covalentes direitos subjetivos públicos do administrado." CASSESE, 2003, p. 131.

[16] FERNÁNDEZ; GARCÍA DE ENTERRÍA, 1999, p. 661. Para Vital Moreira "[...] concertação é o esquema que consiste em as decisões serem apuradas como resultado de negociações e do consenso estabelecido entre o Estado e as

forças sociais interessadas, limitando-se o Governo e a Administração a dar força oficial às conclusões alcançadas" MOREIRA, 1997, p. 57.

[17] CHEVALLIER, 1999. p. 397-414.

[18] Ibid., p. 403.

[19] Destacam-se os contratos administrativos, cuja utilização tornou-se mais intensa a partir do advento do Estado Social de Direito. ESTORNINHO, *op. cit.*, p. 42.

[20] MODESTO, 1999, passim.

[21] Segundo Paulo Modesto, os serviços sociais autônomos não mais vêm sendo classificados como entidades integrantes do Terceiro Setor, mas como entidades paraestatais de direito privado. Eis a justificativa: "No anteprojeto da lei de organização da Administração Pública Federal, elaborado pela Comissão de Juristas designada pelo Ministro do Planejamento por meio da Portaria 426/2007, alterada pela Portaria 84/2008, os serviços sociais autônomos foram enquadrados na categoria das entidades paraestatais, pois essas entidades são criadas por autorização legislativa e recebem, de modo regular, contribuições compulsórias de caráter público, que independem da celebração de contratos ou acordos de fomento e parceria. As entidades privadas sem fins de lucro, constituídas pela iniciativa privada, para desempenho de atividades de relevância pública, essenciais à coletividade, objeto de incentivo e fiscalização regular do Poder Público, foram definidas no anteprojeto como 'entidades de colaboração' (art. 73)". Id., 2011, Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-25-MAIO-2011-PAULO-MODESTO.pdf>. Acesso em: 06 mar 2013.

[22] Para Ana Paula Paes de Paula, as associações comunitárias, as organizações não governamentais, as instituições filantrópicas, as igrejas, as seitas, e os projetos sociais desenvolvidos por empresas e sindicatos também integrariam o Terceiro Setor. PAULA, 1997, passim.

[23] Para um panorama geral a respeito das entidades integrantes do Terceiro Setor, recomenda-se a consulta a CARVALHO FILHO, 2013; SOUTO, 2004; BARBIERI, 2008; CARVALHO, 2009; e JUSTEN FILHO, 2010.

[24] No âmbito federal, trata-se da Lei nº 9.790, de 23/03/1999. Todavia, diante da capacidade de auto-organização inerentes as entidades integrantes da federação brasileira, Os Estados-membros e Municípios também têm a prerrogativa de editarem normas a respeito de organizações da sociedade civil de interesse público.

[25] BRASIL, 1995, p. 17.

[26] OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 10.

[27] Equivocadamente, a doutrina brasileira mais acatada desconsidera o fato de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 expressamente fazer referência aos serviços de relevância pública, enquadrando-os, em síntese, na categoria de serviços públicos quando executados pelo Estado, e atividades econômicas em sentido estrito quando prestados por particulares. Nesse sentido, DI PIETRO, *op. cit.*, passim.

[28] SOUTO, 2004, p. 359.

[29] Para Marçal Justen Filho, a distinção entre entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público ou como organizações sociais realizada pela legislação infraconstitucional federal não é relevante, diante dos inúmeros pontos de convergência entre as espécies do Terceiro Setor: "Grande

parte das peculiaridades verificadas relativamente às organizações sociais também se encontra presente nessas outras figuras. A principal similitude reside na não caracterização de uma nova espécie de pessoa jurídica, sob o ponto de vista estrutural. A organização civil de interesse público é uma pessoa jurídica de direito privado, sem fim lucrativo. Portanto, tratar-se-á de fundação ou associação civil, tal como se passa com a organização social. [...] Prossegue: A Lei 9.790 estabelece sistema muito similar ao da Lei 9.637, que disciplina as organizações sociais. As diferenças são muito pequenas. Rigorosamente, os possíveis objetivos das organizações da sociedade civil seriam reconduzíveis aos das organizações sociais. [...] O mais chocante é a previsão pela Lei nº 9.790 de um 'termo de parceria', destinado a disciplinar as relações entre Estado e organização da sociedade civil. O conteúdo da figura não difere daquele denominado como 'contrato de gestão' pela Lei nº 9.637. Não há dúvida acerca da idêntica natureza jurídica de ambas as figuras, inclusive no tocante a limites e impedimentos" (JUSTEN FILHO, 2002, p. 37). Portanto, a nosso sentir, é possível afirmar-se que toda análise jurídica efetuada em relação as organizações sociais, com pequenas adaptações, também abrange as organizações da sociedade civil por interesse público.

[30] SILVA, 1997, p. 26-43.

[31] Floriano Azevedo Marques Neto, com precisão, observa que a intervenção estatal no domínio econômico e social pode ocorrer de forma direta ou indireta: "[...] O fato é que podemos distinguir, com finalidade muito mais didática que doutrinária, o intervencionismo estatal direito do indireto. Por óbvio que a intervenção clássica do Estado (produção de utilidades públicas) sempre se deu de forma direta. Desde o momento em que se abandonou a perspectiva liberal do Estado *Gendarme* tivemos a atuação dos próprios entes estatais no domínio econômico. Cuidou-se, é bom frisar, de uma necessidade do próprio desenvolvimento capitalista, num momento em que o incensado mercado não dispunha nem de capacidade financeira, nem de escala organizacional para prover infraestrutura, bens ou serviços essenciais para o avanço das condições de acumulação capitalista. É nesse contexto que os serviços de geração e distribuição de energia, a estruturação de toda a plataforma de telecomunicações, o saneamento básico, a rede de transportes e mesmo os setores de capital intensivo (como petróleo e siderurgia) são assumidos pelo Estado. Porém, paralelamente a esse intervencionismo direto, podemos identificar outra ordem de intervencionismo estatal no domínio econômico, que designaríamos de intervencionismo indireto. Trata-se, aqui, não mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas de sua concreta atuação no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia. Enfim, cuida-se da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia". MARQUES NETO, 2006, p. 74.

10. Referências Bibliográficas

AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. v. I. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

BARBIERI, Carla Bertucci. Terceiro Setor: desafios e perspectivas constitucionais. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mai 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 24. da Constituição Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mai 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 9, de 09 de novembro de 1995. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal. alterando e inserindo parágrafos. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mai 2013.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mai 2013.

BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mai 2013.

BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mai 2013.

BRASIL. Lei nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mai 2013.

BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995. Disponível em: <www.bresserpereira.org.br>. Acesso em: 05 mai 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

CASSESE, Sabino. La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado. In: CASESSE, Sabino. La crisis del Estado. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

CHEVALLIER, Jacques. Synthèse. In: FORTIN, Yvonne (Dir.). La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980. Paris: L'Harmattan, 1999.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 209, jul./set. 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parcerias público-privadas e outras formas. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 1999.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de derecho administrativo. 9ª ed. v. 1. Madrid: Civitas, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª ed., São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Curso de Direito Administrativo. 6ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes, In: Direito administrativo econômico. SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MODESTO, Paulo. O Direito Administrativo do Terceiro Setor: a Aplicação do Direito Público às Entidades Privadas Sem Fins Lucrativos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 25, março, abril, maio, 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-25-MAIO-2011--PAULO-MODESTO.pdf>. Acesso em: 06 mar 2013.

_____. Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil. In: Mudança social e reforma legal: estudos para uma nova legislação do Terceiro Setor. FALCÃO, Joaquim; CUENCA, Carlos (Orgs.). Brasília: Conselho da Comunidade Solidária/ Unesco, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almeida, 1997.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2005.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

PAULA, Ana Paula Paes de. Um estudo de caso da Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais: construindo uma nova gestão pública em espaços públicos alternativos. In: Anais do XXI Encontro da Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Administração, 1997, Rio das Pedras, Angra dos Reis/RJ.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In: PINHEIRO, WILHEIM e SACHS (Orgs.). Brasil: Um Século de Transformações. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

RIO DE JANEIRO. Lei nº 6.346, de 23 de novembro de 2012. Altera a Lei nº 3.940, de 09 de setembro de 2002, para dispor sobre a reserva de vagas de empregos para os detentos e egressos do sistema penitenciário nas empresas prestadoras de serviços ao Estado do Rio de Janeiro, na forma que menciona. Disponível em: <www.alerj.rj.gov.br>. Acesso em: 05 mai 2013.

SILVA, Carlos Eduardo de Souza. Controle público dos serviços de infra-estrutura. Cadernos Fundap. São Paulo, nº 21, 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo das Concessões. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

A exaltação da arte por uma nova ideia de forma

Flavia Bruno[1]

O Timeu é o diálogo platônico que expõe o nascimento do mundo, a chamada cosmogonia platônica, em que há a presença central de um artista: o demiurgo, responsável pela criação do mundo sensível. Esse mundo só pode existir em função da ação da obra desse artesão divino, o que implica dizer que o mundo é o resultado de uma produção artística.

Logo em seu início, o diálogo coloca o seguinte problema: quando o artesão, o arquiteto do mundo o construiu, ele tomou como modelo aquilo que é imutável e sempre igual a si mesmo ou aquilo que está em permanente mudança, sempre sujeito ao nascimento e à morte?[2] A resposta de Platão envolve a própria noção do belo: se este mundo é belo, sem dúvida nenhuma o artista fixara a vista no modelo eterno.[3]

O mundo criado é um cosmos, uma ordem harmoniosa e bela e só será belo aquilo que se fixa no que é o mesmo, no que permanece, pois o que devém não pode produzir o belo.[4] Se o artista "se fixa no que devém e toma como modelo algo sujeito ao nascimento, nada belo poderá criar".[5] Portanto, será definitivo para Platão que o arquiteto, ao criar o mundo, tinha seu olhar voltado para o paradigma eterno, para o modelo sempre idêntico a si mesmo,[6] que existe desde toda a eternidade.

Foi este anseio de eternidade que levou o artista divino a tomar o conjunto das coisas visíveis que estão em constante movimento, movimento este discordante e desordenado, e fazê-lo passar desse estado de desordem para a ordem, uma vez que a ordem é superior ao seu contrário.[7] Somente a partir desse critério de construção do universo é possível levar a cabo uma obra bela, dado que "jamais será belo o que se parece com um ser incompleto".[8]

É assim que, tomando como ponto de partida esse critério, o construtor inicia o seu trabalho. Ele terá, em primeiro lugar, como matéria-prima de sua construção os eide preexistentes, as formas ou modelos. As ideias constituem a realidade suprassensível ou inteligível, existem separadamente na eternidade da natureza e, exatamente em razão disso, são a condição de possibilidade da produção da ciência, posto que é impossível o verdadeiro conhecimento, o discurso universal, sem a existência de uma realidade estável, essencial, para além do fluxo da temporalidade. O ser e a verdade não podem ser dados na imediatez da experiência sensorial, naturalmente mutável e contraditória. O discurso da episteme não pode ter por objeto o que ora é de um modo, ora de outro, mas sim aquilo que é sempre imutável, idêntico a si mesmo. Logo, o conhecimento só será possível se existir uma realidade estável e eterna para além do meramente sensível, o que está garantido pela Teoria das Ideias, primeiro elemento da gênese do mundo.

Em segundo lugar, o demiurgo se depara com uma "espécie difícil e obscura": o receptáculo (hypodoché), a matriz de tudo o que devém.[9] Platão mesmo reconhece a difícil tarefa que é explicar o que vem a ser esse receptáculo, pois faltaria à própria linguagem uma maneira segura de defini-lo. A imagem mais próxima seria a de compreender esse receptáculo como um meio em que as coisas mudam continuamente, não sendo possível identificar a menor permanência e, portanto, produzir qualquer definição. Inclusive, se a linguagem nos falta, é por que ela, habituada que é a expressar definições, se vê impotente para nomear os elementos que escapam a todo instante. Ou seja, o receptáculo não conhece nenhuma forma, nenhuma estrutura, nenhum limite, nenhuma determinação, como um caleidoscópio que se modifica a todo instante. Tenta assim definir Platão: o receptáculo é uma "espécie invisível e não caracterizada que tudo recebe e participa do inteligível por maneira obscura e difícil de compreender".[10]

Justamente por não conhecer forma nenhuma, por ser de uma plasticidade infinita, que o receptáculo pode receber todas as espécies de forma e, portanto, modelar todos os seres, pois ele nunca assume o caráter do que entra nele,[11] não havendo retenção de nenhum traço dominante e, portanto, não se opondo a nenhum modelo.[12] A natureza aformal do receptáculo é o que permite que todas as coisas sejam criadas a partir de uma forma primeira. Afirma Platão:

"O que tem de receber devidamente, muitas e muitas vezes e em toda a sua extensão, todas as semelhanças das coisas inteligíveis e eternas, terá de ser livre, em sua natureza, de todos os caracteres."[13]

O receptáculo é o quase ser, a ele Platão confere uma quase existência.[14] Claro, os existentes são necessariamente determinados, individuados, encarnados em alguma forma. Na honestidade que é própria da filosofia platônica, há lugar para o que escapa a toda determinação, para o que paradoxalmente podemos chamar de matriz do devir.

Disto resulta que a obra demiúrgica será uma composição destes dois elementos: o que devém e aquilo que não muda; os modelos inteligíveis e o meio espacial; uma matéria enlouquecida e formas eternas. O mundo sensível será construído a partir desses dois elementos primordiais, mas será construído como uma cópia, uma reprodução, que se pretende a mais fiel possível, das essências. Ora, se são as formas perfeitas, elas próprias, a inspiração do mundo sensível, a matéria aformal terá que ser moldada em função desses modelos. É assim que o demiurgo forçará a matéria livre, caótica, a imitar (mímesis) o modelo[15] e é assim também que a ordem e a proporção se sobreporão à desordem. A qualidade do resultado final do trabalho do artesão residirá na perfeita imitação, na reprodução exata das formas inteligíveis e na conquista da ordem e da proporção. O demiurgo é um ortopedista do receptáculo, alguém que lhe impõe uma forma e lhe exige obediência e submissão.

É contemplando as ideias que o demiurgo molda as cópias. É se inspirando nas virtudes das formas que o seu trabalho se realiza. Assim, sua criação não é livre, mas sim comprometida com a reprodução, tendo por princípio ordenar o que é desordenado, sendo produto de uma atividade mimética.

A criação artística que Platão se permite é a criação demiúrgica, ou seja, a criação divina por imitação (mímesis). O artesão divino é um imitador e o sentido da arte desde a criação do mundo será o de uma reprodução perfeita, de imitação de modelos divinos e indestrutíveis, pois é fazendo o mundo sensível à imagem do mundo inteligível que se pode dizer deste mundo que ele é supremo em grandeza e excelência, em beleza e perfeição.[16] Tanto melhor a obra do artista se os objetos produzidos por ele imitarem adequadamente os arquétipos, assumindo serem boas cópias, boas imagens.

De qualquer modo, mesmo sendo boas cópias, o mundo sensível, o mundo das aparências, possui um status de realidade degradada e corrompida, dado que é atravessado pelo tempo. Com mais razão ainda, diz Platão, será degradado e corrompido o que for uma cópia dessa aparência, o que leva o filósofo a desprezar a criação artística não demiúrgica. O artista da cidade produziria a imitação da imitação, logo teria por ofício ser um produtor de simulacros, alguém

cuja prática não se compõe com a busca da verdade, mas ao contrário, está muito afastado dela, e por isso Platão não desejará sua presença na República.

O artista produtor de simulacro é aquele que, aos mais ingênuos dá a ilusão de que pode criar a verdadeira realidade, já que em vez de transportar para a sua criação as exatas e verdadeiras proporções do seu modelo, as sacrificam em nome das proporções que provocam a ilusão.[17] "A arte, em lugar de uma cópia, produz um simulacro".[18] A pintura, na compreensão platônica, nos mostra não uma aparência ilusória, mas pior ainda, uma ilusória aparência[19] pois por detrás da imagem pintada num quadro, por exemplo, não há nada. Daí Platão dizer que a pintura está a três graus de distância da natureza, sendo o pintor "imitador daquilo que os outros são obreiros".[20] Para o filósofo grego toda aparência deve ser domesticada, disciplinada, mas como domesticar a ilusão? O pintor é um artífice do engano, ele não possui nem conhecimento nem opinião certa em relação ao que imita, o que revela a total inutilidade da pintura. Em busca da boa imitação, Platão despreza a pintura, condena-a, não só por ser uma dupla mímese, mas também pelos efeitos ilusórios de suas imagens.

A reversão do platonismo se iniciará quando a arte deixar de ser concebida como uma imitação, representação ou ilustração do mundo, mas como construção ou criação de um mundo. Uma atividade artística mimética é limitada pelos modelos que se esforçar em reproduzir, mas a atividade criadora não é por nada governada e, portanto, deve traduzir uma imaginação superior e livre, devendo acolher uma inesgotável fonte de elementos. Aliás, como afirma Delaunay (à maneira nietzschiana), a arte só se tornará arte quando se libertar do objeto. Enquanto não o fizer, "ela é descrição, literatura, reduzindo-se à utilização de meios de expressão equivocados, escravizando-se à imitação."[21]

Onde Platão vê um perigo, Nietzsche vê uma conquista. Platão reduz a atividade artística à reprodução icônica; para o filósofo alemão o caminho é exatamente o inverso: contra os ícones é que são necessárias forças artísticas prodigiosas.[22] Nesse sentido, invertendo a máxima platônica, diríamos: só quando os filósofos se tornarem artistas e quando os artistas se tornarem filósofos teremos a polis em que é possível viver.

A arte não pode ser entendida como um coquetismo, um divertimento ou um deleite. A arte é uma coisa séria e temível.[23] Ao se unir à filosofia produz uma metamorfose na própria filosofia, fazendo dela outra coisa. Não mais o caminho da busca pelo conhecimento, mas a busca pela vontade estética, e assim a expressão artística se torna infinitamente superior a todos os compêndios proposicionais.

É preciso ter um corpo forte para resistir a esse encontro. É preciso uma certa exigência do espírito. Quando olhamos para a filosofia e ela não se parece

mais como nada do que habitualmente se acredita que ela fosse, levamos um susto! Mas "o susto é a melhor parte da humanidade".[24] O susto, ou seja, a saída do lugar onde nos encontrávamos, é necessariamente transformador. É o que nos traz novas clarezas, novas percepções, novas potências de pensar e de viver. Em outras palavras, realizando a vontade estética o homem transfigura o mundo.

Através da composição da filosofia com a arte deixaremos para trás as expectativas epistemológicas, as vocações ontológicas, e seremos mergulhados no infinito da criação. Somente assim, poderemos entender, como diz Nietzsche, que nossa salvação não está no conhecimento, mas na criação.[25] Para isso, antes de tudo, é preciso ter a coragem. Não é nada fácil desprezar todo o arsenal proposicional da ciência e as consequentes ilusórias garantias que ela nos dá. Daí a solidão terrível do filósofo.

O mundo visto pelo olho de um artista é um mundo de natureza caleidoscópica, em permanente movimento e diferenciação. Além disso, as imagens que a arte produz não são comprometidas com um mundo de imagens preexistente ou mesmo com as imagens do mundo existente, mas sempre suscita mundos absolutamente inéditos. Nesse sentido, Focillon reconhece o poder da arte gótica na construção de uma nova França: "A arte gótica enquanto situação, criou uma França inédita, uma humanidade francesa, perfis de horizonte, silhuetas de cidades, enfim, uma poética que deriva dela e não da geologia ou das instituições dos Capetos.".[26]

Focillon, em sua obra *A vida das formas*, também propõe, a seu modo, uma reversão do platonismo, ao dar ao conceito de forma uma nova consistência. A forma, de acordo com este autor, não pode ser reduzida a um contorno ou a um diagrama[27]. Para compreendermos o que significa dizer que o artista cria forma, é preciso, antes de tudo, evitar a tentação de confundir a noção de forma com a de imagem ou ainda, confundir a noção de forma com a de representação. "Toda forma é sugestão de outras formas... consideramo-la como uma espécie de fissura através da qual podemos introduzir ... uma multiplicidade de imagens que aspiram a nascer".[28] As imagens são um pretexto para fazer irromper um mundo de novas combinações. É nesse sentido que Focillon afirma que "a finalidade da obra de arte não é obra de arte".[29] O valor das figuras produzidos pelas obras de arte não reside nelas mesmas, mas nos sistemas absolutamente inéditos que elas fazem brotar.

É como se as imagens produzidas pelo artista estivessem sob o princípio da metamorfose, sendo permanentemente renovadas: "alicerçada em cantaria, talhada no mármore, fundida em bronze, fixada sobre verniz, gravada no cobre ou na madeira, a obra de arte apenas aparentemente está imóvel. Exprime um desejo de imobilidade... na realidade, nasce de uma mudança e prepara outra".[30]

Não significa dizer que a forma seja vazia, mas, na expressão de Deleuze, vaga,[31] nômade, =X, posto que ela não se reduz aos seus atributos. É como se a forma tivesse não uma face, mas diversas faces, todas elas incertas e mutáveis que ecoam diferentemente. "Logo que surge, a forma é suscetível de ser lida de diferentes maneiras".[32]

Para Platão a forma é a essência eterna, logo, o que não se presta à mudança ou à mínima alteração. A forma é a garantia da permanência, estando a salvo da temporalidade mutante do mundo sensível. Completamente outra é a ideia da forma como mobilidade, cuja aptidão para engendrar a diversidade torna, ela mesma, a fonte do devir. Antes, prisioneira do movimento; agora fonte de possibilidades de variação que se tornam incontáveis.

No mundo platônico a forma é o modelo, a referência celestial primeira, a natureza que devemos aspirar. Ele é o suporte da identidade, é a garantia de que toda mudança não é senão aparente. De imutável e garantidor da permanência, na arte o modelo tornar-se-á o esteio das metamorfoses, a garantia da variedade que tem como finalidade não mais a imposição da melhor forma, mas a renovação constante de sua própria natureza.

O que no platonismo tem valor de modelo, na arte chama-se estilo. De acordo com o sentido clássico, pertencer a um estilo é reconhecer-se numa fórmula ou num cânone cujo valor é eterno. Assim como no platonismo, o estilo é um universal, possui uma estabilidade cuja apreensão inteligível se distancia de qualquer experiência singular ou mesmo particular. Focillon valorizará um outro sentido do conceito de estilo: o estilo é um desenvolvimento, cuja harmonia se faz e se desfaz de modo diversificado.[33]

Para Focillon as formas possuem vida e por isso estão sempre sujeitas a variações. Assim, em vez de pensarmos o estilo como aquilo que aprisiona uma expressão artística, o compreenderemos como um caminho de liberdade dessas expressões. Logo, pertencer a um estilo não é se conformar a um modelo, mas realizar uma audaciosa e impetuosa experiência.

Por detrás de toda fixidez que pode haver em um reconhecimento de estilo, haverá sempre uma mobilidade hesitante das formas, um estremecimento ligeiro, imperceptível, que indica que a forma vive e a sua vida é incessantemente renovada.

A forma possui uma vida autônoma, vida esta que impulsiona a atividade, criando mundos, múltiplos planos, enriquecendo o nosso espírito. As formas possuem um poder transfigurador e não nos permitem um momento sequer de repouso.

Há, na vontade artística, uma força que supera os dados da história, provoca um desvio e uma invenção. Um dos exemplos de Focillon é com a decoração

muçulmana, engendrada a partir de cálculos matemáticos e caracterizada por enquadramentos severos, mas pressionada por uma espécie de febre ou estranho gênio que faz multiplicar as figuras, confundindo, desdobrando, decompondo e recompondo o seu labirinto.[34]

As formas da arte nos prometem uma imobilidade metamorfoseante que esconde e ao mesmo tempo revela inúmeras possibilidades. É como se ela extraísse das próprias formas da vida novas formas, próprias de uma outra vida. "A matéria de uma arte não é um dado fixo, adquirido para sempre: desde o seu surgimento, é transformação e novidade, já que a arte, como uma operação química, elabora-a, mas ela continua a metamorfosear-se".[35] Turner, um exemplo maior. O pintor inglês nos apresenta um mundo de fluidos instáveis. Nele, "a forma é claridade móvel, mancha incerta num universo fugaz".[36]

Ora, se a forma é uma determinação apenas aparente, nunca há reprodução de formas, mas sim produção ou criação. Por conseguinte, contrariando a tradição filosófica que vem desde Platão, nunca se poderá dizer que há uma arte de produzir ilusões ou uma arte da falsidade.[37] Do mesmo modo, nenhuma aparência significará a negação do real, mas um desdobramento seu, uma afirmação.[38]

Assim compreendida a forma deixa de ser um modelo e passa a ser uma abertura para o receptáculo. Em vez de aprisionar a matéria, a forma é um caminho de expressão, uma passagem para um sentido, para um afeto, para um clarão. Platão fez um grande esforço para conter os clarões da matéria amorfa. Talvez porque, como nunca escondeu de ninguém, sua preocupação sempre foi a política. Platão é um filósofo interessado, comprometido com a vida orgânica da polis. Mas quando o filósofo se liberta desse compromisso, ele pode se entregar, sem medo, à matéria caótica.

Ao retirar o caos do estado de maldição o artista encontra uma vida intensa, um impulso inquieto que não se apazigua nunca; uma mobilidade sem entraves e sem medida; uma libertação, uma embriaguez, um êxtase suprassensual, um estado desmedido, linhas de fuga. Ele deixa a imitação e a luta pela forma ícone. Atraído pelo caos, brinca com todas as formas possíveis, torna-as variáveis e visíveis e descobre um novo sentido para o belo.

Notas

[1] Doutora em Filosofia pela UFRJ, Professora adjunta da FSB/RJ e da Ucam/Centro.

[2] Platão. Timeu, 29 a.

[3] Platão. Timeu, 29 a.

[4] Platão. Timeu, 28 a.

[5] Platão. Timeu, 28 a.

[6] Platão. Timeu, 29 a, b.

[7] Platão. Timeu, 30 a.

[8] Platão. Timeu, 30 c.

[9] Platão. Timeu, 49 a e 50 c.

[10] Platão. Timeu. 51 a,b.

[11] Platão. Timeu, 50 b, c.

[12] Platão. Timeu, 50 d,e.

[13] Platão. Timeu. 51 a.

[14] Peters, F. E. Termos filosóficos gregos — um léxico histórico, p. 89 e 114.

[15] Ver Ulpiano, Claudio. A ideia de matéria. Disponível em <www.Claudioulpiano.org.br>. Acesso em 12/08/2012.

[16] Platão. Timeu, 92 c.

[17] Platão. Sofista, p. 153.

[18] Platão. Sofista, p. 154.

[19] LICHTENSTEIN, Jaqueline. A cor eloquente, p. 51.

[20] Platão. A república, 597 a,b,c.

[21] Delaunay, Robert. Sobre a Luz. in Klee, Paul. Sobre a arte moderna e outros ensaios, p. 79.

[22] Nietzsche, Friedrich. O último filósofo, § 27.

[23] Nietzsche, Friedrich. O último filósofo, § 56.

[24] Nietzsche, Friedrich. O último filósofo, § 65.

[25] Nietzsche, Friedrich. O último filósofo, § 84.

[26] Focillon, Henri. A vida das formas, p. 30.

[27] Focillon, Henri. A vida das formas, p. 12-13.

[28] Focillon, Henri. A vida das formas, p. 14.

[29] Focillon, Henri. A vida das formas, p. 13.

[30] Focillon, Henri. A vida das formas, p. 17.

[31] A expressão aparece em A Lógica do sentido, 16 série, Da gênese estática ontológica.

[32] Focillon, Henri. A vida das formas, p. 15.

[33] Focillon, Henri. A vida das formas, p. 20.

[34] Focillon, Henri. A vida das formas, p. 18.

[35] Focillon, Henri. A vida das formas, p. 58.

[36] Focillon, Henri. A vida das formas, p. 53.

[37] Platão. O sofista, 264, d.

[38] Deleuze, Gilles. Nietzsche e a filosofia, p. 155.

Referências Bibliográficas

Châtelet, François. Uma história da razão — Entrevistas com Émile Noël. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

Deleuze, Gilles. Diferença e repetição. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1988.

_____ A lógica do sentido. São Paulo: Perspectiva, 1988.

_____ Nietzsche e a filosofia. Porto: Editora Rés, s/d.

Focillon, Henri. A vida das formas. Lisboa: Edições 70, 2001.

Klee, Paul. Sobre a arte moderna e outros ensaios. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

LICHTENSTEIN, Jacqueline. A cor eloquente. São Paulo: Siciliano, 1994.

Nietzsche, Friedrich. O livro do filósofo. Porto: Editora Rés, 1984.

Peters.F. E. Termos filosóficos gregos. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

Platão. Timeu. 3ª ed. Belém: EDUFPA, 2001.

_____ A república. 3ª ed. Belém: EDUFPA, 2000.

_____ Sofista in Os Pensadores. 5 ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991.

ULPIANO, Claudio. A ideia de matéria. Disponível em: <www.claudioulpiano.org.br>. Acesso em: 12 de agosto de 2012.

Worringer, Wilhelm. A arte gótica. Lisboa: Edições 70, 1992.

A recuperação de ativos e a cooperação penal internacional: estratégias criminais pragmáticas para a defesa, a assistência e a representação das vítimas

Igor Pereira[1]

"The most fundamental expression. Of legal ethics is that the client's interests should take precedence over those of the lawyer. Clients are dependent upon lawyers to accomplish the particular tasks they assign their lawyers but are unable to assess the adequacy of the work that lawyers carry out".

(Cyndi Banks)

1. Considerações iniciais

A recuperação de ativos é o processo de busca, identificação e recuperação dos produtos do crime, podendo ser realizada por vias judiciais ou extrajudiciais, culminando na repatriação desses ativos às vítimas.[2]

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2013/18) n.18: 91-103 - UCAM (Rio de Janeiro)

Trata-se de uma série de técnicas com enfoque na restauração total ou parcial do patrimônio das vítimas, as quais envolvem, em regra, a necessidade de haver cooperação jurídica internacional em matéria penal, uma vez que os crimes econômicos refletem uma indústria global em crescimento, que transborda as fronteiras nacionais, culturais e linguísticas, em um contexto econômico de livre transferência de informações eletrônicas e riquezas, por meio de um sistema bancário sofisticado e globalizado [3], exigindo assim que os países unam forças para descapitalizar as agências criminosas.

Em geral, as técnicas de recuperação de ativos são necessárias quando há fraude, constituindo, portanto, técnicas antifraudes. Em sentido amplo, fraude é a conduta dolosa de enganar outrem para obter ganhos ilícitos, podendo a vítima ser uma pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado. É um ato ardiloso, de má-fé, enganoso, que causará prejuízos a terceiros e elevará a situação econômica dos criminosos. Segundo o jurista Martin S. Kenney, "[...] o delito de fraude é cometido, quando uma pessoa ou companhia desonestamente, para ganhar algo ou provocar perdas, faz uma falsa representação, indevidamente não revela informações ou abusa secretamente de uma posição de confiança".[4] Fraudar é burlar, iludir, trapacear. Boa parte dos denominados "crimes de colarinho branco"[5] possuem um elemento de fraude. Kenney elenca as espécies mais comuns desses crimes:

> [...] infrações antitrustes, fraudes informáticas e pela internet, fraudes de cartão de crédito, fraudes via telefone e de telemarketing, falências fraudulentas, fraudes na área de saúde, crimes ambientais, fraudes em seguros, fraudes por correspondências, fraudes governamentais, sonegação de impostos, fraudes financeiras, fraudes de investimentos, uso de informações privilegiadas, suborno, atos envolvendo propinas, falsificações, corrupção pública, lavagem de capitais, desvios, espionagem econômica e obtenção ilícita de segredos empresariais.[6]

A tendência é que ocorra realmente o processo de recuperação de ativos, quando há fraude e/ou em crimes econômicos, porque ele é deveras custoso, envolvendo recursos públicos e particulares, além de uma rede de cooperação entre Estados e até mesmo entre advogados privados.

Deve-se considerar ainda que os ativos desviados foram transferidos por meio de várias jurisdições, passando por centros financeiros *offshore*, antes de chegar a sua destinação final.[7] Assim, é necessário um dispêndio considerável de tempo, atividade intelectual, tecnologia e recursos forenses nacionais e internacionais para ter sucesso na recuperação dos ativos. Portanto, haveria a justificação da mobilização dessa estrutura quando os produtos da infração

forem valores consideravelmente altos, deixando para a investigação criminal corrente a recuperação dos bens tangíveis e intangíveis de valor mais baixo.

Apesar de a regra ser o emprego das técnicas de recuperação de ativos nas infrações penais que contêm o elemento fraude, nada impede que elas sejam utilizadas para o resgate dos frutos dos crimes em geral, uma vez que o fim delas é rastrear e resgatar os ativos ilícitos.

O processo de recuperação de ativos pode ser engendrado exclusivamente pelo Estado ou com a cooperação do setor privado. A natureza do crime, do dano e as especificidades dos ordenamentos jurídicos dos países envolvidos determinarão quem serão os atores ativos desse processo. Por exemplo, quando há desvio de verbas públicas, o processo será desencadeado exclusivamente pelo Estado, pois é ele quem tem interesse direto e imediato no resgate dos ativos. Já em fraudes de investimentos é mais provável que haja a atuação de equipes de advogados na representação das vítimas, porque há recursos privados envolvidos.

No Brasil, há a necessidade de determinação judicial, para que haja o sequestro e a busca e apreensão de bens obtidos de modo criminoso, porém a vítima poderá requerer diretamente ao magistrado as medidas assecuratórias (art. 127, do CPP). Trata-se apenas de um dos desfechos do processo de recuperação de ativos, que, em atividades criminosas de elevada lucratividade, exige para a sua concretização qualitativa complexos investimentos financeiros e humanos, em uma investigação transfronteiriça integrada, a qual envolve a cooperação jurídica internacional em matéria penal, que, obviamente, deverá contar com a participação comprometida dos Estados envolvidos.

Para que a recuperação de ativos seja efetiva, temos como hipótese a necessidade de haver parcerias com redes mundiais de advogados integrados, que somarão forças com os Estados, para a identificação e o resgate dos ativos, uma vez que o setor público isolado queda-se sobrecarregado de atividades, sendo importante a existência de uma representação qualificada das vítimas pelo setor privado, que trabalhará exclusivamente para a recuperação dos ativos, em parceria com os Estados e, no caso brasileiro, por meio também do acompanhamento da atividade do Departamento de Recuperação de Ativos e de Cooperação Internacional (DRCI).

Os criminosos normalmente ocultam ou dissimulam a origem dos ativos obtidos na empreitada ilícita, para que estes não possam ser encontrados pelo Estado ou pela vítima, e ainda para que eles não sejam processados e apenados. Trata-se da lavagem de capitais. Defendemos que contém em seu tipo um elemento de fraude em sentido amplo, pois o que se faz é "enganar" a sociedade e o Estado sobre a ilicitude dos bens.

Confere-se uma aparência de licitude por meio dessa prática. Por isso, o estudo das técnicas de lavagem de capitais é deveras importantes para a elaboração das técnicas antifraudes. Conhecendo em detalhes os *modi operandi* da lavagem, têm-se possibilidades maiores de localização dos ativos.

2. O impacto da Lei 12.683/12

A Lei 12.683, de 09 de julho de 2012, retirou o rol taxativo dos delitos antecedentes ao crime de lavagem de capitais, previsto pela Lei 9.613/98. Dentre outras alterações cruciais, excluiu inclusive a necessidade de a infração antecedente ser crime, bastando que ela seja de natureza penal, ou seja, doravante poderá haver lavagem de capitais, caso os bens, direitos e valores sejam provenientes de contravenção. Essa alteração legislativa facilitou a configuração desse delito, tornando ainda mais importante o aprofundamento das discussões sobre a matéria, tanto acerca da problematização das suas mudanças quanto em relação à complexidade das técnicas de recuperação de ativos.

Por exemplo, com o advento da Lei 12.683/12, em tese, poderá haver o crime de lavagem de capitais quando ocorrer a ocultação da origem de bens de furtos de pequeno valor, uma vez que não há mais rol taxativo restringindo o desenho do delito. Percebe-se que nesse caso não haverá a necessidade de o Estado ou de a vítima montar uma estrutura para a recuperação desses ativos, sendo a investigação criminal corrente suficiente para rastrear os bens, em razão da inexistência de complexidade para rastreá-los e resgatá-los.

Nessa trilha, faz-se mister que se identifique e sistematize as técnicas de recuperação de ativos, envolvendo a comparação dos principais ordenamentos jurídicos mundiais nesse sentido e o *know-how* das advocacias especializadas, além do estudo dos crimes em que há maior incidência de ocorrência desse processo, principalmente as espécies de fraude e o delito de lavagem de capitais. Entendo que o estudo detalhado e aprofundado dos *modi operandi* desses delitos e das técnicas existentes de recuperação de ativos é necessário, para o aperfeiçoamento destas e para a elaboração de novas estratégias.

Para que essa pesquisa seja mais efetiva, faz-se mister que haja transdisciplinaridade, pois a investigação dos *modi operandi* desses delitos não pode se limitar às suas estratégias, sendo curial a abordagem da psicologia da fraude e da recuperação de ativos, além do comportamento das vítimas nesses casos. Parece que preterir os aspectos psicológicos ligados à fraude e à lavagem de capitais oferece uma vantagem aos criminosos[8], sendo essa abordagem indispensável para melhor compreensão da problemática suscitada.

3. A importância da cooperação penal internacional em matéria penal

Na segunda parte de uma pesquisa sobre o assunto, é recomendável que seja trabalhada a cooperação penal internacional em matéria penal, pois os processos de recuperação de ativos normalmente possuem elementos de estraneidade. Os ativos são transferidos para o exterior, muitas vezes em uma cadeia envolvendo diversas jurisdições. Trata-se de uma problemática multijurisdicional, sendo assim matéria de Direito Penal Internacional. Essa percepção já está nas linhas de Carlos Eduardo Adriano Japiassú:

> Modernamente, o Direito Penal Internacional, ao mesmo tempo em que busca a formulação de princípios normativos internos e internacionais para a regulação das condutas individuais violadoras da boa convivência internacional, procura também o estabelecimento de normas convencionais (bilaterais, multilaterais, regionais e universais) e internas que permitam a transferência de um Estado a outro, de processos criminais e pessoas condenadas; a extradição; a execução de sentenças penais estrangeiras; bem como o aparecimento de outros meios de cooperação Penal Internacional.[9]

A doutrinadora Nadia de Araujo conceitua a cooperação jurídica internacional:

> Cooperação jurídica internacional, que é a terminologia consagrada, significa, em sentido amplo, o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de um outro Estado. Tradicionalmente também incluir-se-ia nessa matéria o problema da competência internacional.[10]

Além do estudo dos mecanismos e dos procedimentos da cooperação jurídica internacional aplicados à recuperação de ativos, far-se-á mandamental a abordagem das orientações por país para a solicitação desse intercâmbio internacional, incluindo os principais instrumentos sobre o tema, tais como a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004), a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991), a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006), a Convenção Interamericana Sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (Decreto nº 6.340, de 3 de janeiro de 2008) e os seus Protocolos.

Deve-se pesquisar ainda os Acordos Bilaterais de Cooperação Jurídica em Matéria Penal, tais como os firmados com a China, França, EUA, Cuba, Itália, Colômbia, Coreia etc. Em seguida, investigar-se as orientações e procedimentos para que haja a cooperação jurídica em matéria penal, no que tange à recuperação de ativos, quando não há acordo bilateral firmado entre os Estados ou nenhum outro instrumento prévio que normatize esse intercâmbio.

Sugiro que, na terceira parte da pesquisa, sejam estudados os limites à atividade estatal e privada de recuperação de ativos. Temos como exemplos as restrições às interceptações telefônicas e o sigilo bancário. Neste momento a pesquisa versará sobre a delimitação da Constituição Penal, no que tange às garantias constitucionais à liberdade e à privacidade aplicadas ao processo de recuperação de ativos, tendo em conta o marco teórico do pragmatismo. Como expõe Maria Fernanda Palma, "resulta ser fundamental uma dialética entre o texto constitucional e o apelo à juridicidade ditada pelas necessidades humanas historicamente condicionadas".[11]

Essa delimitação do conteúdo da Constituição Penal, aplicada à recuperação de ativos, versa sobre os valores positivados do mundo da vida fundamentadores e limitadores do poder penal do Estado, abrangendo os princípios constitucionais penais, o sistema constitucional da segurança pública e os bens jurídicos penais constitucionalmente estabelecidos.

Assim, considerando o limite da ambivalência da pena em relação aos valores fundamentais, faz-se crucial uma leitura cuidadosa e temperada do Direito Penal Positivo, para que ele não seja mero mecanismo de opressão e se apresente como um instrumento excepcional para a manutenção emergencial da estrutura dos valores da vida. Nesse sentido, leciona Nadia de Araujo:

> Por isso, não pode faltar à discussão do tema um olhar sobre dois prismas distintos que dizem respeito à perspectiva a ser adotada na hora de concretizar a cooperação internacional: de um lado, uma perspectiva *ex parte principis*, ou seja, a lógica do Estado preocupado com a governabilidade e com a manutenção de suas relações internacionais; de outro, a perspectiva *ex parte populi*, a dos que estão submetidos ao poder, e cuja preocupação é a liberdade, tendo como conquista os direitos humanos.[12]

Sem prescindir da complexidade e da importância da dogmática alemã, será necessária uma leitura dos limites e do espaço de atuação da política criminal do Estado. Essa tarefa precede a aplicação da lei penal, sendo um pressuposto para a atividade da sua concretização. É um estudo da política à dogmática e da política da dogmática. Por conseguinte, pretende-se confrontar os valores constitucionais à atividade de recuperação de ativos, definindo os limites dela a

partir de uma leitura constitucional pragmática, que delineie os efeitos práticos da teoria.

Para tanto, é preciso investigar as bases teóricas do pragmatismo jurídico, com o fim de elaborar uma política criminal constitucional pragmática para a recuperação de ativos, atentando-se para as questões éticas imanentes, mormente àquelas relacionadas à reparação das vítimas. Tenho como hipótese que uma política eficaz em prol da recuperação de ativos contribui para o desenvolvimento do país.

Essa etapa demanda o estudo dos pragmatistas do direito, sendo eles os pensadores STANLEY FISH, RICHARD RORTY e RICHARD POSTNER, abrangendo as suas divergências teóricas, e os juristas OLIVER WENDEL HOLMES JR. e STEPHEN BREYER.

Por fim, na quarta parte de uma possível pesquisa, deve-se empreender pesquisa de campo acerca da atividade do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), criado pelo Decreto nº 4.991 de 18 de fevereiro de 2004, para verificar se ele está tendo sucesso no desempenho das suas funções, que, segundo o Ministério da Justiça, são: a) a articulação e colaboração com as Polícias, o Ministério Público, o Poder Judiciário e os órgãos competentes para recuperar, no Brasil e no exterior, ativos derivados de atividades ilícitas; b) a implementação, na qualidade de autoridade central no âmbito da cooperação jurídica internacional, de ações referentes à recuperação de ativos; c) a elaboração de estudos para o aperfeiçoamento e a implementação de mecanismos destinados à recuperação dos instrumentos e dos produtos de crimes, objeto da lavagem de capitais; d) a disponibilização de informações e conhecimentos relacionados ao combate à lavagem de capitais e à recuperação de ativos no Brasil e no exterior; e) o subsídio e o fornecimento de elementos para auxiliar a instrução de processos que visam à recuperação de ativos; f) o fornecimento de subsídios para a gestão e alienação antecipada de ativos[13]

4. Metodologia

Proponho uma pesquisa explicativa, que tenha como objetivo metodológico identificar, por meio de um estudo sistemático, os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência da fuga e ocultação dos ativos ilícitos, além de elaborar alternativas jurídico-políticas ao processo de recuperação de ativos desenvolvido atualmente no Brasil.

Recomendo uma perspectiva transdisciplinar na elaboração da pesquisa. Isso significa que precisam ser utilizadas as disciplinas necessárias para uma compreensão holística das problemáticas aventadas, com o fim de captar as

interdependências, as conexões e as semelhanças entre as linhas de conhecimento, que não são naturalmente estanques. Nesse ponto especifico, concordamos com Salo de Carvalho:

> A necessidade da abertura dos saberes, de um diálogo entre as disciplinas e a impossibilidade de que se mantenham eficazes os discursos disciplinares, impõem uma nova postura para os investigadores. Tal postura deve estar harmonizada com uma ética transdisciplinar que reconheça a "[...] existência de diferentes níveis de realidade, regidos por lógicas diferentes", e negue "qualquer tentativa de reduzir a realidade a um único nível regido por uma única lógica".[14]

Nessa perspectiva, os ramos do conhecimento não devem ser estudados apartadamente. As disciplinas transbordam as suas fronteiras, quando aplicadas em uma pesquisa. Para enfrentar os problemas e solucioná-los, é necessário abordar diversos ramos de conhecimento, pois aqueles são cada vez mais multidimensionais em razão da complexidade da sociedade e da natureza.[15]

Assim, o desenvolvimento do método deve ser elaborado de acordo com os problemas levantados e a evolução da pesquisa, de modo a que a metodologia sirva à pesquisa, e não o contrário. Indico, no entanto, a observância das etapas a seguir.

Na primeira etapa a pesquisa bibliográfica é fundamental, utilizando-se de publicações impressas e eletrônicas. O problema da recuperação de ativos necessita de maior explicitação, para que possa haver a compreensão de sua abrangência, dos seus limites, das suas diferenças da investigação criminal corrente, do papel do setor privado, das especificidades da cooperação jurídica internacional em matéria penal e das estratégias utilizadas para o descobrimento, a identificação e o resgate dos bens.

O estudo de casos também deve integrar a investigação, com o intuito de estabelecer relações entre o estado da arte e a prática jurisprudencial, servindo também para a elaboração de hipóteses e reformulação das questões norteadoras.

Na segunda etapa, sugiro uma pesquisa comparatista, com o fulcro de evidenciar as semelhanças e as diferenças entre diversos ordenamentos jurídicos, em matéria de recuperação de ativos. A referida investigação buscará inspirações para o aprimoramento do sistema jurídico brasileiro, a partir da observação das opções legais do direito estrangeiro. Pretende-se comparar os ordenamentos jurídicos, para que seja possível combinar elementos, adotar novas opções ou até mesmo sustentar as particularidades dos modelos de resgate de bens já existentes. Também é curial os estudos das normas de direito penal internacional sobre o assunto.

Na terceira etapa, o foco está na investigação documental e no levantamento de dados das atividades do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, abrangendo o período de 2004 a 2014.

5. Linhas finais

Há uma lacuna a ser preenchida no conhecimento jurídico, por meio de um estudo sistematizado, comparado e principiológico da recuperação de ativos. A Lei 12.683/12 realizou alterações profundas na Lei 9.613/98, sendo inédito o estudo dos impactos do novo marco da lavagem de capitais no processo de recuperação de ativos.

A elaboração de uma teoria pragmática da política criminal, que respeite os direitos e garantias fundamentais, é uma matriz teórica aplicada ao Direito Criminal ainda pouco desenvolvida no Brasil, que tem o potencial de estabelecer um viés de proporcionalidade ao sistema criminal, pois salientará os efeitos práticos das medidas políticas, incluindo os seus excessos e insuficiências.

Os estudos sobre a recuperação de ativos e a cooperação jurídica internacional direcionam-se ao aprimoramento dos marcos normativos e das estratégias jurídico-políticas. Por sua vez, a adoção do pragmatismo jurídico como base teórica proporcionará uma visão abrangente da problemática suscitada, ampliando a teoria desenvolvida até o momento sobre o assunto e fortalecendo o elemento de inovação na pesquisa. Desse modo, potencializam-se as possibilidades de apresentar modificações no âmbito da realidade abarcada pelo tema.

Em relação à relevância social da pesquisa, a globalização e a "financeirização" do mundo potencializaram as práticas de fraude e de lavagem de capitais, tornando a recuperação desses ativos cada vez mais complexa e difícil, sendo o estudo desse processo importante para que o status legal possa ser restaurado.

A preocupação do Estado brasileiro com a recuperação de ativos e a cooperação jurídica internacional em matéria penal têm aumentado, tendo sido criado no ano de 2004 o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), justamente para fomentar a atividade estatal nesse sentido. A Estratégia Nacional de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro e à Corrupção envolve mais de 60 instituições públicas e privadas.

As atividades econômicas criminosas causam sérios prejuízos ao Estado e ao setor privado, envolvendo valores bilionários, sendo os estudos sobre a recuperação desses ativos importantes para o desenvolvimento do país.

6. Notas

[1] 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 Penal e de Direito Constitucional da Universidade Cândido Mendes (Ucam). Professor Colaborador UFRJ NEPP-DH. Ex-professor de Direito Constitucional Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Ex-pesquisador da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado. E-mail: igor@uerj.br

[2] LINDSAY, Matthew. Asset recovery in the context of organized crime: a canadian perspective. In: PREVENTION AND PUNISHMENT OF ORGANIZED CRIME IN THE GLOBALIZATION ERA: Proceedings of the Fourth International Forum of Contemporary Criminal Law; 2011 Dec 20; Beijing, China, p. 2. Disponível em: <http://www.icc-ccs.org/home/publications/viewdownload/3/143>. Acesso em: 11 jul. 2012.

[3] Loc. Cit.

[4] KENNEY, Mark S. "Serious Fraud". In: KLOSE, Bernd H. (Ed.). Asset Tracing & Recovery: the FraudNet World Compendium. Berlin: ESV, 2009, p. 7. Tradução nossa. No original: "[...] the offence of fraud would be committed where a person(s) or company dishonestly, to make a gain or to cause loss, make(s) a false representation, wrongfully fails to disclose information, or secretly abuses a position of trust."

[5] Conceito elaborado em 1939, pelo criminólogo Edwin H. Sutherland, para designar os crimes cometidos por pessoas com respeitabilidade e de classe social elevada, no curso de suas ocupações ou utilizando-se do know how de suas profissões. Via de regra, são cometidos em um contexto empresarial, sem violência física e visando ganhos financeiros. Para mais informações, consultar SUTHERLAND, Edwin H. White collar crime: the uncut version. New Haven: Yale University Press, 1985.

[6] KENNEY, Mark S. Op. Cit., nota 3, p. 7. Tradução nossa. Optou-se por não vincular a tradução ao nomen iuris dos crimes previstos no direito brasileiro, uma vez que diversos dos conceitos elencados abrangem mais de um tipo penal, inclusive existindo algumas condutas que não possuem identificação com o direito criminal brasileiro.

[7] KENNEY, Mark S. "Access to Justice". In: KLOSE, Bernd H. (Ed.). Asset Tracing & Recovery: the FraudNet World Compendium. Berlim: ESV, 2009, p. 173.

[8] STEIN, Alexander. The psychology of fraud and asset recovery: an introductory overview. In: CONFERENCE ON INTERNATIONAL FRAUD & ASSET RECOVERY AND TRANS-BORDER INSOLVENCY COOPERATION, 1, 30 Nov. – 2 Dez: Rio de Janeiro, Brasil, 2011. Disponível em: <http://www.icc-ccs.org/home/publications/viewdownload/3/153> Acesso em: 11 jul. 2012.

[9] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O direito penal internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 4.

[10] ARAUJO, Nadia. "A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado". In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos. Brasília, 2008, p. 40.

[11] PALMA, Maria Fernanda. Direito Constitucional Penal. Coimbra: Almedina, 2006, p. 46.

[12] ARAUJO, Nadia. "A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado". In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos, p. 39.

[13] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Recuperação de ativos. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ7A4BFC59ITEMID401B422470464DA481D21D6F2BBD1217PTBRIE.htm> Acesso em: 12 de jul. 2012.

[14] CARVALHO, Saulo de. Criminología e transdisciplinariedad. Cuadernos de Política Criminal, Madrid, n. 91, p. 125-148, 2009, p. 129. Tradução nossa.

[15] BAUMGARTEN, Maíra. A prática científica na "Era do Conhecimento": metodologia e transdisciplinaridade. Sociologias, Porto Alegre, ano 11, n. 22, p. 14-20, jul./dez. 2009, p. 15.

7. Referências Bibliográficas

ARAUJO, Nadia de. Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução nº 9/2005. Renovar: Rio de Janeiro, 2010.

_____. Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. "A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado". In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos. Brasília, 2008.

ARAÚJO JR., João Marcello de. O Direito Penal Econômico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n. 25, p.142-156, jan./mar. 1999.

BALCARCE, Fabián. Derecho penal económico: Parte general. Córdoba: Mediterránea, 2003.

BASSIOUNI, M. Cherif. Introduction to international criminal Law. Nova Iorque: Transnational Publishers, 2003.

BLANCO CORDERO, Isidoro. Jurisdicción universal: Relación general. Révue Internationale de Droit Penal, vol. 79. Toulouse: Érès, 2008.

_____. El delito de blanqueo de capitales. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.

BRUN, Jean-Pierre et al. Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners. Washington: World Bank Publications, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2010.

CARVALHO, Saulo de. Criminología e transdisciplinariedad. Cuadernos de Política Criminal, Madrid, n. 91, p. 125-148, 2009.

CASSELLA, Stefan D. The Recovery of Criminal Proceeds Generated in One Nation and

Found in Another. Disponível em: <http://works.bepress.com/stefan_cassella/17>. Acesso em 01 jun. 2012.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: UCP, 1995.

FISH, Stanley. How to Write a Sentence: And How to Read One. Nova York: HarperCollins Publishers, 2011.

HOLMES, Oliver Wendell. The Collected Works of Justice Holmes. Chicago: University of Chicago Press, 1995.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O direito penal internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

KENNEY, Mark S. "Access to Justice". In: KLOSE, Bernd H. (Ed.). Asset Tracing & Recovery: the FraudNet World Compendium. Berlim: ESV, 2009.

KENNEY, Mark S. "Serious Fraud". In: KLOSE, Bernd H. (Ed.). Asset Tracing & Recovery: the FraudNet World Compendium. Berlim: ESV, 2009.

KLEEBANK, Susan. Cooperação judiciária por via diplomática. Brasília: Instituto Rio Branco, 2004.

KLOSE, Bernd H. (Ed.). Asset Tracing & Recovery: the FraudNet World Compendium. Berlin: ESV, 2009.

LINDSAY, Matthew. Asset recovery in the context of organized crime: a canadian perspective. In: PREVENTION AND PUNISHMENT OF ORGANIZED CRIME IN THE GLOBALIZATION ERA: Proceedings of the Fourth International Forum of Contemporary Criminal Law; 2011 Dec 20; Beijing, China, p. 2. Disponível em: <http://www.icc-ccs.org/home/publications/viewdownload/3/143>. Acesso em: 11 jul. 2012.

MACHADO, Maíra Rocha; REFINETTI, Domingos Fernando (Orgs.). Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MADRUGA. Antenor. O Brasil e a jurisprudência do STF na idade média da cooperação jurídica internacional. In: MACHADO, Maíra Rocha; REFINETTI, Domingos Fernando (Orgs.). Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MAIA, Rodolfo Tigre. Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. São Paulo: Malheiros, 1999.

McLEAN, David. International Co-operation in Civil and Criminal Matters. Oxford: Oxford University Press, 2002.

MENDELL, Ronald L. How to Do Financial Asset Investigations: a private guide for private investigators, collections personnel, and asset recovery specialists. Illinois: Charles C. Thomas Publisher, 2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos. Brasília, 2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Recuperação de ativos. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ7A4BFC59ITEMID401B422470464DA481D21D6F2BBD1217PTBRIE.htm> Acesso em: 12 de jul. 2012.

PALMA, Maria Fernanda. Direito Constitucional Penal. Coimbra: Almedina, 2006.

POSNER, Richard A. Problemas da filosofia do Direito. São Paulo; Martins Fontes, 2011.

_____. The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judi-

cial Opinions and Other Writings of Oliver Wendell Holmes Jr. Chicago: University of Chicago Press, 1992.

RORTY, Richard. Consequences of Pragmatism. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1982.

WEBER, Patrícia Núnez. A cooperação jurídica internacional em medidas processuais penais. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

WILLEBOIS, Emile Van der Does de et al. The Puppet Master: how the corrupt use legal structures to hide stolen assets and what to do about it. Washington: World Bank Publications, 2011.

SMITH, Ian; OWEN, Tim. Asset Recovery: criminal confiscation and civil recovery. West Sussex: Tottel, 2003.

STEIN, Alexander. The psychology of fraud and asset recovery: an introductory overview. In: CONFERENCE ON INTERNATIONAL FRAUD & ASSET RECOVERY AND TRANS-BORDER INSOLVENCY COOPERATION, 1, 30 Nov. – 2 Dez: Rio de Janeiro, Brasil, 2011. Disponível em: <http://www.icc-ccs.org/home/publications/viewdownload/3/153> Acesso em: 11 jul. 2012.

STEPHENSON, Kevin et al. Barriers to Asset Recovery: an analysis of the key barriers and the recommendations for action. Washington: World Bank Publications, 2011.

SUTHERLAND, Edwin. H. White collar criminality. American Sociological Review, New York: N. Y. Dryden Press, 4, 1940.

THELESKLAF, Daniel; PEREIRA, Pedro Gomes. Non-State Actors in Asset Recovery. New York: Peter Lang Publishing, 2011.

Qualificação jurídica de contrato*

*Leonardo Mattietto***

"Compreender é o caráter ôntico original da própria vida humana."

Hans-Georg Gadamer

1. Dos conceitos aos tipos contratuais

É corrente o entendimento de que "a primeira e mais direta via para a submissão de um contrato ao regime traçado pela lei para um tipo contratual é a da sua qualificação como pertencente a esse tipo".[3]

A qualificação pressupõe a delimitação do objeto do contrato e a identificação dos elementos essenciais à luz dos quais se forma o *conceito*, ou, como se acredita preferível, o *tipo* contratual correspondente.

Gadamer, o filósofo da interpretação, escreve que "é forçoso reconhecer, antes, que toda compreensão está intimamente penetrada pelo conceitual".[4]

O estudante de direito é acostumado, desde cedo, a lidar com distintos conceitos e numerosas classificações. No estudo dos contratos em espécie, a primeira tarefa em sala de aula é, quase invariavelmente, elucidar o conceito de cada contrato.

Ao reger os contratos, a lei invoca conceitos. Afirma, por exemplo, que "pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2013/18) n.18: 105-115 - UCAM (Rio de Janeiro)

domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro" (Código Civil, art. 481).

Às vezes, a lei é ainda mais explicitamente conceitual: "considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra" (Código Civil, art. 538).

O pensamento jurídico contemporâneo, sem abandonar totalmente os conceitos, tem preferido contar com a ideia de tipo.[5] Sustenta-se que:

> As operações econômicas mais importantes e mais difundidas – aquelas, em suma, mais "típicas" — são tomadas em consideração pela lei que dita para cada uma delas um complexo de regras particulares: os tipos de contratos que lhes correspondem dizem-se então "tipos legais", justamente porque expressamente previstos, definidos e disciplinados pelo legislador (que, submetendo-os a uma certa regulamentação em vez de a uma outra, propõe-se influenciar e orientar a dinâmica das operações econômicas que lhes correspondem, concertando os interesses contrapostos que aí se encontram coenvolvidos). A operação lógica, através da qual o intérprete – perante um contrato determinado, concreto —individualiza a que tipo ele pertence, designa-se por *qualificação*.[6]

Como a realidade social está em constante e acelerada mutação, a ciência jurídica encontra no *tipo* uma proposta de abertura e flexibilidade, mais que um simples sucedâneo da noção de *conceito* fechado e classificatório.

O tipo é uma categoria técnico-científica aberta, correspondendo a um padrão de características que podem ser sistematicamente descritas e ordenadas. A conformação dos tipos está voltada para valores e pautada pela consideração do sistema jurídico como um todo.

Os tipos contratuais devem o seu surgimento ao tráfego jurídico-negocial, no qual se fazem sentir as respectivas circunstâncias sociais e econômicas.[7] Não por acaso, os tipos legais são cognoscíveis e efetivamente reconhecidos na experiência social.[8]

Os tipos são gerados indutivamente pela práxis.[9] Não são fundados pela lei, mas por ela conformados para atender aos fins pretendidos pelo ordenamento: "O legislador regulou-os, porquanto os encontrou previamente na realidade da vida jurídica, apreendeu-os na sua tipicidade e adicionou-lhes as regras que considerou adequadas para um tal tipo de contrato,"[10]

2. Elementos essenciais, causa e tipo

Ainda que nem sempre se concorde sobre como deva ser procedida a qualificação de um contrato, podem ser alinhadas três maneiras de operá-la:

a) determinação dos *elementos* essenciais formativos de cada contrato (*essentialia negotii*), a partir dos conceitos legais respectivos;

b) recurso à ideia de *causa* do negócio jurídico, entendida em seu sentido objetivo. O critério de qualificação seria o cotejo do intento das partes com as funções práticas que cada negócio, na sua formulação legal, é apto a realizar;

c) recondução a um *tipo* legal: o juízo de correspondência, mais do que uma análise comparativa do conceito com a realidade concreta, exigiria a apreensão do sentido global do tipo diante do ordenamento.

Os elementos essenciais são, a rigor, notas que apontam, com boa dose de objetividade, para o tipo contratual. Ao se identificar que um contrato como a compra e venda reúne, como elementos essenciais específicos, *coisa*, *preço* e *consenso*, reconduz-se ao tipo legal respectivo. Uma via de confirmação do juízo liminar formado a partir dos *essentialia negotii* "é a do apuramento da adequação ao caso concreto da generalidade do regime ditado para o tipo".[11]

Na confirmação do juízo obtido a partir do critério dos *essentialia negotii*, a ideia de causa pode desempenhar um papel relevante, sempre que seja possível identificar a aderência entre as funções econômicas e sociais do negócio celebrado, em vista do tipo legalmente descrito.[12]

Adota-se aqui a concepção objetiva de *causa*, como síntese das funções econômico-sociais do negócio jurídico.[13] A relação entre o conteúdo do negócio celebrado, isto é, o concreto regramento de interesses decorrente da vontade das partes, e as funções admitidas pelo direito, abre a via da justificação causal, da promoção da *ratio* do negócio.

A teoria da causa se presta a um papel de mediação entre a vontade dos contratantes e o ordenamento, expondo a contingência dos limites da autonomia privada.[14] A causa, concernente a um intento prático legítimo e como tal valorado como digno de tutela, contempla a *ratio iuris* que alia a tipicidade social à normativa.[15]

São visíveis as consequências da ligação entre *causa* e *tipo.*[16] Por um lado, o reconhecimento da causa pressiona a conformação legal do tipo. Por outro, a modelação, através do tipo, permite o controle da causa, *in concreto*, respondendo a fenômenos como, por exemplo, o negócio indireto e o fiduciário, e sancionando outros, tais como a simulação e a fraude à lei.

Sabe-se que a qualificação envolve um juízo predicativo, formado diante de um catálogo de tipos descritos pelo ordenamento, tendo por objeto um contrato concretamente celebrado. É preciso refletir que:

> A existência de tipos contratuais legais, de catálogos de modelos contratuais consagrados na lei e aí regulamentados de modo tendencialmente completo ou pelo menos suficiente, suscita a questão da qualificação dos contratos que são celebrados na vida de relação. A qualificação de um certo contrato como deste ou daquele tipo tem consequências determinantes no que respeita à vigência da disciplina que constitui o modelo regulativo do tipo.[17]

A qualificação resultante das operações intelectuais descritas e dos juízos elaborados é, em suma, indicativa do regime aplicável. A disciplina a ser seguida pelo contrato, tanto quanto os elementos que o integram ou as funções que visa a desempenhar, pode variar em razão dessa determinação, que nada deve ter de arbitrária ou ficar na dependência exclusiva de uma valoração das partes contratantes.

3. Qualificação, nomen iuris e efeitos do contrato

Como adverte a doutrina, a qualificação jurídica do contrato não pode prescindir da consideração de seus efeitos. A qualificação e a interpretação do negócio devem ser feitas em uma perspectiva dinâmica, que atente para o passado mas que se volte para o futuro, para a fase de cumprimento do contrato.[18]

Cabe indagar, quanto a cada contrato que se examine, que efeitos são dele esperados. Se, apesar de denominado pelas partes um contrato como do tipo X, elas esperam que ele produza os efeitos normais do tipo Y, não se deverá qualificá-lo como pertencente ao primeiro, mas inegavelmente ao segundo.

No entanto, a identificação de um contrato, pelas partes, como sendo do tipo X, não significa apenas a escolha de um nome (*nomen iuris*), mas revela a pretensão de inseri-lo na disciplina prevista pela lei para o referido tipo,[19] apta a tutelar a produção dos efeitos jurídicos desejados e perseguidos pelos contratantes.[20]

Considere-se ademais que, se ao celebrar contrato típico, as partes silenciam sobre determinado aspecto sobre o qual poderiam dispor, pode-se depreender uma tácita remissão para o que é socialmente característico do negócio a que visam, ou seja, para as notas que compõem o tipo.

A tipificação, na ótica do legislador, envolve uma simplificação comunicativa, pois a adoção de um nome remete ao tipo legal respectivo:

> Enquanto modelos abstratos, os tipos negociais distinguem-se dos negócios jurídicos em concreto, das *ocorrências negociais*, mas a sua concepção só se justifica precisamente pela relação com estas. A tipificação é, antes de mais, a resultante de uma abstração indutiva a partir da verificação de frequência nos elementos comuns em diversos negócios jurídicos efetivamente realizados. Mas não consiste apenas nisso, porquanto de processo social e lógico evolui para instrumento teleológico: a denominação adotada pela linguagem comum ou técnico-jurídica constitui um dado de simplificação comunicativa, e portanto formativa, dos negócios jurídicos concretos; o reconhecimento jurídico ou a (re)criação normativa facilitam a interpretação, a integração e o estabelecimento de regimes jurídicos supletivos e imperativos, pelos quais autonomia social e valoração jurídica mutuamente interferem na harmonização dos subsistemas sociais.[21]

A qualificação de contrato, entretanto, não é um procedimento discricionário, ou menos ainda arbitrário, que a lei confie com exclusividade aos contratantes. A autonomia privada permite modelar contratos, mas não subtraí-los da disciplina prevista no ordenamento:

> A liberdade contratual é a liberdade de modelar e de concluir negócios, não a de decidir arbitrariamente da lei a que eles devem submeter-se (sobretudo se o *nomen* escolhido não corresponde às estipulações).[22]

Qualificar adequadamente o contrato é uma exigência da contemporaneidade, da ordem jurídica que se renova e na qual o individualismo e a autonomia privada são contrastados pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva:

> No sensível e nervoso mundo dos contratos, até então impregnado pela visão individualista, as mudanças serão paradigmáticas, ainda que não possam ser sentidas imediatamente.
>
> Os princípios da função social e da boa-fé objetiva, insculpidos nos arts. 421 e 422, serão os dois inexpugnáveis pilares de sustentação da teoria geral dos contratos, traduzindo necessário temperamento dos valores clássicos da autonomia da vontade e da força obrigatória.[23]

A disciplina normativa predispõe objetivamente determinado conteúdo, não para servir como instrumento conceitual ou de análise,[24] mas tanto para regular os efeitos pretendidos pelas partes, quanto para promover os objetivos traçados pelo ordenamento.

4. Conclusões

Há diversas maneiras, que não se excluem umas às outras, para se chegar à qualificação de um contrato: pela determinação de seus elementos essenciais; pelo recurso à causa, cotejando-se a intenção das partes com a função prática que a lei atribui a cada espécie contratual; e pela recondução a um tipo.

O tipo aparece como categoria mais ampla que o conceito, abrangente dos aspectos econômicos e sociais de determinado contrato. O tipo, por fazer parte do senso comum, é conhecido por todos, mesmo por aqueles que não são profissionais do direito.

A positivação do tipo legal não faz desaparecer o tipo social que o originou. Eles coexistem e influenciam-se mutuamente, pois, se por um lado o tipo social serve de base para a instituição do tipo legal, este por sua vez estabelece um regramento aplicável àquele, que precisa ser compatível com a relação socialmente vivida, sob pena de esvaziamento e descrédito da própria norma.

Nesse quadro, a ideia de causa pode ser extremamente útil, pois a sua verificação fortalece a ligação entre o tipo e as funções que cada negócio se propõe a desempenhar. Ignorando-se a causa, corre-se o risco de dissociação entre a tipicidade social e a normativa do contrato, abrindo espaço para a simulação e a fraude à lei.

A qualificação é um procedimento lógico, vinculante dos efeitos futuros do negócio, não podendo, por isso, ser fixado arbitrariamente pelas partes. A autonomia privada permite modelar contratos, mas não comporta subtraí-los da disciplina geral prevista no ordenamento.

A qualificação dos contratos se submete a normas de evidente caráter social, que estampam juridicamente convenções reiteradas pelos comportamentos convergentes daqueles que as celebram. Os contratantes, ao identificar o que conta como direito, ou mesmo qual seja o direito aplicável, põem em prática a realidade disposta abstratamente no ordenamento jurídico.

5. Notas

[*] O autor dedica este trabalho ao professor Sylvio Capanema de Souza, com quem tem tido a honra e o prazer do convívio na Faculdade de Direito Candido Mendes, na qual o homenageado, nos seus cinquenta anos de magistério (1962-2012), tem encantado gerações de alunos com sua sabedoria, conhecimento jurídico, lhaneza e cordialidade.

[**] Mestre e Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Civil na Universidade Candido Mendes e na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

[3] DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 61.

[4] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 587.

[5] "O tipo como forma de pensamento serve à ciência do direito para uma caracterização mais pormenorizada de certas espécies de relações jurídicas, em especial de direitos subjetivos e relações contratuais obrigacionais". Os tipos contratuais regulados legalmente são, na maioria das vezes, "tipos genuínos, se bem que a lei tenha fixado alguns deles conceptualmente, mediante uma definição". LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 567.

[6] Acrescenta o ilustre professor citado que "o *tipo contratual* corresponde a um *gênero de operação econômica*: o tipo 'venda' corresponde à troca entre a propriedade de uma coisa e uma soma de dinheiro; o tipo 'locação' à aquisição da disponibilidade material de uma coisa, por dado tempo, contra o pagamento periódico de uma renda; o tipo 'sociedade' à organização e ao aviamento de uma empresa coletiva; o tipo 'mútuo' a uma operação de financiamento; o tipo 'seguro' à cobertura de um risco; o tipo 'contrato de trabalho' à troca entre força de trabalho manual ou intelectual e um salário ou vencimento periódico, e assim por diante". ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 133.

[7] "Geralmente acontece que o legislador — precedido pela realidade e pelas exigências da economia — acaba por tomar conhecimento *ex post* da existência desses 'tipos sociais', considera-os dignos de reconhecimento e tutela e procede, mais cedo ou mais tarde, à sua regulamentação específica: quando isto acontece, os 'tipos sociais' elevam-se a 'tipos legais' e a série destes últimos enriquece-se". ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 139.

[8] "Ebbene, quando proponiamo di riferirci alla 'riconoscibilità sociale' del contratto, evidentemente rifiutiamo di impiegare la definizione come fosse un'entità meramente concettuale (che potrebbe essere costituita anche arbitrariamente dal legislatore), per considerarla semmai quale astrazione di entità reali, rinvenibili e ripetibili nell'esperienza. La definizione legale deve dunque essere letta alla luce dei modelli esemplari standardizzati nell'esperienza, benché da un punto di vista logico essa sia più ampia e suscettibile di comprendere anche casi non rilevabili da un simile censimento dell'esperienza fattuale. D'altro canto, solo i contratti standardizzati nell'esperienza sotto i *nomina contractus* riflessi nelle definizioni legali, e non anche queste stesse definizioni, sono confrontabili (quali entità

omogenee) con i contratti socialmente standardizzati benché innominati". DI GIOVANNI, Francesco. *Il tipo e la forma*. Padova: CEDAM, 1992, p. 95-96.

[9] A respeito do contrato *leasing*, cuja tipicidade foi socialmente estabelecida, lê-se interessante passagem em judicioso parecer: "A nosso ver, o *leasing* é, hoje, contrato típico; possui, antes de mais nada, uma tipicidade social, eis que a sociedade, no nível de conhecimento de quem dele se utiliza, sabe qual é, em linhas fundamentais, o seu alcance, sabe quais os principais direitos e deveres que dele decorrem. Essa sua tipicidade se reflete na jurisprudência e na atividade dos demais operadores do direito (advogados, promotores etc.). No direito brasileiro, até mesmo para juristas retardatários, defensores do positivismo legal estrito, e que, portanto, não se satisfazem com a mera tipicidade social, exigindo que a tipicidade esteja na lei, o *leasing* deve ser considerado contrato típico, porque temos a previsão do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 6.099, de 1974, que, embora editada para finalidades tributárias, caracteriza, sem elegância de linguagem, o *leasing*". AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do leasing financeiro. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 264.

[10] LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 568.

[11] DUARTE, Rui Pinto. *Op. cit.*, p. 127.

[12] Ao lado da tipicidade legal, decorrente da descrição legislativa do tipo, pode-se pensar em uma tipicidade social ou, dada a relevância da causa para a qualificação do contrato, tipicidade causal: "Por eso en nuestro sistema, fundamentalmente, la tipicidad es *tipicidad causal*, aunque se puede hablar también de *tipicidad legal* en el sentido anteriormente indicado. Lo que pasa es que aquí se da otro equívoco, porque cuando se habla de contratos *típicos* y *atípicos* por una inadecuada implicación romanista se está hablando de algo que tenía también pleno sentido en el Derecho romano, la distinción entre contratos *nominados* y *innominados*. Todo esto cobra un significado preciso si nos hemos asomado al desarollo de la doctrina del contrato en el Derecho común, donde, entre las vestiduras de los *pacta*, aparece el *nomen*, que se reconduce, por un lado, a los contratos consensuales, y por otro, al *consensus* contractual. Pues bien, en el Derecho moderno, desde el punto de vista que hemos adoptado, podemos decir que todos los contratos son consensuales y únicamente se diferencian por su *función economico-social*, es decir, por su *causa*". DE LOS MOZOS, José Luis. *El Negocio Juridico (Estudios de Derecho Civil)*. Madrid: Montecorvo, 1987, p. 452.

[13] "Ogni tipo di negozio serve a una funzione economico-sociale sua caratteristica (in questo senso, tipica), la quale, mentre viene normalmente tenuta presente da chi lo compie (e cosí ne costituisce l'intento pratico típico), è presa in considerazione dal diritto sia quale ragione giustificatrice della garanzia e sanzione giuridica, sia quale critterio direttivo per la configurazione di effetti ordinativi ad essa conformi". BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. 2ª ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p.56.

[14] "La 'causa' viene ad indicare esclusivamente il 'tipo' negoziale predisposto dall'ordinamento, e serve a risolvere esclusivamente i rapporti tra la volontà e l'ordinamento, ovverosia il problema dei limiti dell'autonomia privata". GIORGIANNI, Michele. *La causa del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 42.

[15] Segundo abalizada doutrina, "as causas dos negócios são típicas no sentido de

que, ainda que não taxativamente elencadas em lei, devem, em princípio, ser admitidas pela consciência social como referentes a um interesse social durável e recorrente. Essa valoração exige, necessariamente, além da configuração por tipos, uma tipificação logicamente antecedente à conclusão do negócio. No lugar da rígida tipicidade legislativa, baseada no *numerus clausus* de denominações, como no direito romano, coloca-se uma outra tipicidade, que cumpre sempre o papel de limitar e endereçar a autonomia privada e que opera mediante a utilização de avaliações econômicas e éticas da consciência social, que se denominou *tipicità sociale*". MORAES, Maria Celina Bodin de. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do contrato de mútuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 309, jan./mar. 1990, p. 38.

[16] "Cette alliance de la cause et du type emporte des conséquences importantes quant au contrôle de la cause, puisque celui-ci s'effectuera à l'aune de cette modélisation et imposera une correspondance poussée des differents intérêts recherchés avec le modèle typique". ROCHFELD, Judith. *Cause et type de contrat*. Paris: LGDJ, 1999, p. 12.

[17] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 160.

[18] "Interpretazione e qualificazione non sono due entità ontologiche a sé stanti, non sono due momenti che hanno oggetti diversi, ma espressione ed aspetti di un medesimo processo conoscitivo che in essi trova il suo unitario modo di attuazione. L'oggetto dell'interpretazione non è la volontà psichica né il regolamento socialmente relevante, ma è il contratto come realtà sociale e giuridica ad un tempo. Il contratto va non soltanto interpretato ma anche qualificato alla luce dei princípi dell'ordinamento. Il problema sta nell'individuazione della funzione pratico-giuridica, socio-giuridica di ogni atto. In tal guisa si supera la separazione tra fatto ed effetti. La qualificazione del negozio non può prescindere dallo studio della sua fonte, cioè del negozio come fatto. La qualificazione giuridica e l'interpretazione fanno parte di un procedimento unitario teso a ricostruire cio che è avvenuto in una prospettiva dinâmica, rivolta non al passato ma alla fase attuativa". PERLINGIERI, Pietro. Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa. In: *Scuole tendenze e metodi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1989, p. 32.

[19] "Prima di essere condensato in una definizione il tipo contrattuale è modello essenziale di una serie, ripetuta e regolare, di fenomeni composti da elementi organizzati attorno ad una funzione coerente, che non si può trascurare o ridurre a mera elencazione analitica. È tale modello a fare da sostrato al 'nome' del contratto, che non è dunque espressione di un concetto risultante da quella mera elencazione analitica di elementi". DI GIOVANNI, Francesco. *Op. cit.*, p. 97.

[20] "I *nomina iuris* adempiono, dunque, una duplice funzione: da un lato, essi indicano i concetti, che vengono acquisiti mediante l'interpretazione; dall'altro, essi indicano i predicati, che entrano nel giudizio giuridico e che denotano um fatto come 'caso' di un tipo normativo. In breve: attraverso la nomenclatura, si delimita l'oggetto dell'interpretazione; e si riassumono le qualifiche della realtà *sub especie iuris*". IRTI, Natalino. Note per uno studio sulla nomenclatura giuridica. In: *Norme e fatti: saggi di teoria*

generale del diritto. Milano: Giuffrè, 1984, p. 170-171.

[21] ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992, v. I, p. 408-409.

[22] CARVALHO, Orlando de. *Escritos — Páginas de Direito*. Coimbra: Almedina, 1998, v. I, p. 22.

[23] SOUZA, Sylvio Capanema de. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. VIII, p. XII.

[24] "Trata-se de situações e de relações que levam pressuposta uma prévia assimilação e determinação normativa em que elas se nos oferecem já juridicamente objetivadas. Ainda aqui, portanto distinções entre objetivações ou conteúdos jurídicos, fundados e pensados apenas enquanto instrumentos conceituais ou de análise, ou de objetivação e realização de particulares intenções normativas". NEVES, A. Castanheira. A distinção entre a questão-de-fato e a questão-de-direito. In: *Digesta*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 1, p. 500.

6. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico. Coimbra: Almedina, 1992.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do leasing financeiro. Validade ou nulidade da cláusula de pagamento antecipado da opção de compra ("valor residual garantido"). Atualização em dólar e alteração das circunstâncias. In: Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 263-270.

BETTI, Emilio. Teoria generale del negozio giuridico. 2ª ed. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

CARVALHO, Orlando de. Escritos — Páginas de Direito. Coimbra: Almedina, 1998, v. I.

DE LOS MOZOS, José Luis. El Negocio Juridico (Estudios de Derecho Civil). Madri: Montecorvo, 1987.

DI GIOVANNI, Francesco. Il tipo e la forma (Aspetti dell'interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto). Pádua: CEDAM, 1992.

DUARTE, Rui Pinto. Tipicidade e atipicidade dos contratos. Coimbra: Almedina, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIORGIANNI, Michele. La causa del negozio giuridico. Milão: Giuffrè, 1974.

IRTI, Natalino. Note per uno studio sulla nomenclatura giuridica. In: Norme e fatti: saggi di teoria generale del diritto. Milão: Giuffrè, 1984, p. 165-178.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do contrato de mútuo no direito civil brasileiro. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 309, jan./mar. 1990, p. 33-61.

NEVES, A. Castanheira. A distinção entre a questão-de-fato e a questão-de-direito. In: Digesta. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 1, p. 483-530.

PERLINGIERI, Pietro. Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa. In: Scuole tendenze e metodi. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1989, p. 27-39.

ROCHFELD, Judith. Cause et type de contrat. Paris: LGDJ, 1999.

ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988.

SOUZA, Sylvio Capanema de. Comentários ao novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol. VIII.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. Coimbra: Almedina, 1995.

Apontamentos sobre Vitimologia na atualidade

Roberta Duboc Pedrinha[1]

Noções introdutórias

O presente trabalho busca travar uma discussão a respeito da figura da vítima, que será objeto de estudo da Vitimologia. Analisa o surgimento deste ramo da Criminologia. Procura deslindar a aparição da vítima na história, com participação relevante, a renegação de seu papel e o seu resgate recente. Demonstra os estudos modernos acerca da cifra oculta ou negra da criminalidade, casos em que a vítima será descoberta, e questiona os caminhos do sistema penal que conduzem à punição do infrator.

Nessa gama, o pequeno estudo em tela denota como a vítima passa a ganhar terreno e a entrar em cena na Atualidade. Porém, não no sentido de aspirar vingar-se do seu agressor, mas no de estabelecer uma relação de proximidade, que a ajude a resolver-se, a digerir melhor a ofensa recebida. Desse modo, a Vitimologia confere importância ao espaço do consenso, ao modelo dialógico, ao contato recíproco, com o intuito de conciliação e de reparação. Nessa esteira, orientam-se novas legislações, desde a década de 1980 às mais recentes, priorizando atender e resguardar a vítima, em detrimento do castigo do ofensor.

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2013/18) n.18: 117-134 - UCAM (Rio de Janeiro)

1. Surgimento da Vitimologia

A Vitimologia pode ser compreendida como um ramo da Criminologia, que coloca a vítima em foco. Seus estudos se iniciaram logo após a Segunda Guerra Mundial, diante dos efeitos do holocausto, quando a vítima passou a ser redescoberta. Para alguns autores trata-se de uma ciência autônoma. Deve-se aferir à Vitimologia a contribuição da vítima para desvendar crimes, bem como auxiliar na compreensão do fenômeno delitivo. Nessa linha, aposta-se em tendências de menor repressão e de maior reparação, com o escopo de satisfazer a parte ofendida.

A Vitimologia passou por várias fases ao longo dos tempos. Se realizarmos uma breve digressão histórica, perceberemos como no passado era comum a vítima e sua família requererem vingança. Isso facilmente pode ser notado, na Legislação Mosaica (1500 a.C.), no Código de Ur Nammu (na Suméria, cerca de 2040 a. C), nas Leis de Eshnunna (cerca de 1930 a.C.), no Código de Hamurabi (cerca de 1700 a.C), no Código de Manu (cerca de 200 a.C a 200 d.C) e até na transição para o papel atual do Estado, na assunção da *persecutio criminis*.

Inicialmente, na etapa conhecida como "Idade de Ouro" da Vitimologia, a vítima era muito valorizada, pois imperava o modelo de vingança privada ou Justiça Vindicativa. Nesse momento, tanto a vítima quanto os seus familiares aplicavam a punição (Antiguidade e Alta Idade Média), uma vez que o autor da infração lhes era entregue, para que decidissem acerca de seu destino. Assim, o centro da atenção se focava na vítima. Entretanto, primava a vingança em lugar da justiça, com requintes punitivistas.

Já na segunda fase, ocorreu uma espécie de neutralização do papel da vítima pelo Estado. Modelou-se o deslocamento para a vingança pública, em que o Estado passou a exercer o monopólio da pretensão punitiva. Paulatinamente, a vítima foi, então, perdendo importância no cenário decisório, saindo de foco (Idade Moderna). Contudo, o esquecimento da vítima acirrou também o modelo punitivo, de modo que ocorreu um desencontro entre os danos sofridos e a penalidade aplicada, que não tinha condão reparatório.

Mais adiante, em meados da década de 1940, após a Segunda Guerra Mundial, iniciaram-se estudos sobre a vítima, que, então, foi redescoberta. Dessa maneira, ocorreu uma combinação, pela mescla de elementos, que trouxe para o modelo de vingança pública da atualidade a preocupação com a vítima. Trata-se de uma fase híbrida, em que embora o Estado exerça a persecução criminal, a vítima agora ganha destaque. A partir daí, busca-se minimizar os danos provocados à vítima, através do estabelecimento de sua proximidade com o autor do delito, através da criação de um espaço de consenso ou mesmo pela figura

penal do assistente de acusação, no espaço conflitivo da lide. Portanto, há uma espécie de mitigação dos modelos rígidos anteriormente adotados.

Como bem relembra Anitua,[2] a Vitimologia originou-se, particularmente, diante da observação das vítimas do nazismo, frente ao sofrimento dos judeus, no pós-guerra. Sua formulação teórica ganhou adesão a partir da década de 1950. Nessa linha, alguns dos importantes fundadores da Vitimologia foram Hans Von Henting, Henri Ellen Berger, Benjamin Mendelsohn e Israel Drapkin.

Hans Von Hentig desenvolveu alguns estudos pioneiros no campo da Vitimologia. Professor da Universidade de Yale, em 1848, escreveu *O criminoso e a vítima.* Mais tarde, Henri Ellen Berger, em 1954, publicou *Relações psicológicas entre o criminoso e a sua vítima.* Assim, paulatinamente, intensificava-se o aprofundamento nessa área, colocando em cena a vítima.

Benjamin Mendelsohn realizou análise direcionada às vítimas de homicídios. O professor da Universidade Hebraica de Jerusalém redigiu uma obra clássica no campo da Vitimologia, de 1956, intitulada *A vitimologia.* Esse autor foi quem sugeriu a criação da disciplina Vitimologia, inaugurando um novo campo do saber sobre o estudo das vítimas. Mendelsohn dedicou-se aos estudos da vítima, aprofundando-os mais. Criou tipologias de vítimas. Foi além, estabeleceu uma relação entre culpabilidade, vítima e vitimador. Traçou uma correlação entre personalidade vitimal e autoria de condutas ofensivas. Assim, foram cinco categorias de vítimas as determinadas por Mendelsohn: vítima completamente inocente, vítima com menor culpabilidade do que o infrator, vítima com culpabilidade semelhante a do infrator, vítima com culpabilidade inferior a do infrator e a vítima provocadora ou completamente culpada.

Israel Drapkin foi quem realizou estudos acerca das histórias de vidas destroçadas, de milhões de judeus, nos campos de concentração. Em 1974, o autor estreou sua obra *Vitimologia,* seguida de uma outra, em 1975, maior, de cinco volumes, intitulada *Vitimologia: um novo enfoque.*[3]

Em 1973, ocorreu o primeiro Simpósio Internacional de Vitimologia, em Jerusalém em que que Drapkin tentou demarcá-la como uma nova ciência. A década de 1970 foi de grande efervescência. Nela teve início o movimento de redescoberta da vítima e da política de prevenção. Nessa ocasião, notou-se que em certos crimes havia uma nítida participação por provocação da vítima. Como explicita o jurista paulista Alberto Silva Franco,[4] em determinados casos, a própria vítima pode vir a contribuir de alguma maneira para a ocorrência do delito. Assim, cabe salientar os crimes de chantagem e os crimes passionais.

Nesses casos, segundo a Vitimologia, poder-se-ia diminuir a pena do autor do delito, frente à atuação provocativa da vítima. Logo, muitos advogados passaram a sustentar em suas teses de defesa preceitos vitimológicos. No Brasil,

merece destaque a alusão a tal tese feita pelo iminente jurista Evandro Lins e Silva,[5] no caso Doca Street, em decorrência do comportamento da vítima assassinada, em crime passional cometido pelo marido.

A respeito das vítimas, cumpre rememorar que, segundo pontua Ester Kosovski,[6] não são somente as integrantes desta categoria as afeitas à cena do crime. Informa a Ex-Presidente da Sociedade Brasileira de Vitimologia serem hoje concebidas como vítimas, categorias específicas de pessoas excluídas, como as minorias, com foco nas mulheres, nos homossexuais, nos índios, nos deficientes, nos idosos, nas crianças e nos adolescentes. Afinal, o objetivo principal da Vitimologia consiste na prevenção do crime, pela prevenção da própria vítima. Daí, atentar para o esforço de inicialmente reconhecer-lhe, assegurar-lhe proteção econômica, social, política e tutela jurídica.

A Vitimologia tem como metodologia não a multidisciplinaridade, mas a interdisciplinaridade, em que há interconexão dos diferentes campos do saber. Assim, Medicina, Direito, Psicologia, Psiquiatria, Sociologia, Estatística e Assistência Social se entrecruzam, formando espaços de intercessão de conhecimentos, pela reciprocidade, pela troca complementar de seus conteúdos, que enriquecem a perspectiva de compreensão e análise do fato social.

Nessa seara, configuram-se também as novas tendências atreladas à Vitimologia, que a colocam em aproximação com outros importantes ramos do conhecimento, como os que tangem à Sociologia, à Psicologia, à Psiquiatria, ao Direito Penal, ao Direito Civil e à própria Criminologia, da qual a Vitimologia é parte integrante.

2. Fundamentos do enfoque à vítima

De acordo com a Vitimologia o enfoque é a vítima. Em latim, o conceito de vítima, na acepção literal gramatical, *vincire,* tem como significado atar, ou seja, ligar animais em sacrifício a Deus, pois designa vencido, abatido. Para Elida Séguin,[7] a vítima é a pessoa desatendida em qualquer direito básico. Daí que, no dizer autorizado do saudoso Alessandro Baratta,[8] deve-se atentar para os direitos das vítimas, conforme alerta. No Brasil, Viveiros de Castro, desde 1906, foi um dos pioneiros na análise do papel da vítima, que ganhou notáveis desbravadores, como: Ester Kosovski e Heitor Piedade Júnior. Nessa linha, René Ariel Dotti[9] ratifica que a vítima coloca-se, na atualidade, como uma nova pedra angular, cujos desafios vêm sendo travados no campo do Direito Penal, para, sempre que possível, atendê-la com intuito reparador.

Segundo a Organização das Nações Unidas,[10] a vítima pode ser entendida como uma pessoa que tenha sofrido um dano. Já o dano pode ser concebido

como lesão física, ou, ainda, como lesão psíquica. Os danos abrangem sofrimentos emocionais, psicológicos, físicos e patrimoniais. Tais danos produzem, muitas vezes, violações de direitos fundamentais. A vítima do dano pode ser imediata, quando recebe as comsequências diretas do crime. Mas há outras vítimas, como a família da vítima imediata, e mesmo a própria comunidade, já que indiretamente também absorvem os desdobramentos do delito. Logo, quando se menciona a vítima pode-se tanto dirigir ao modo individual, como à maneira coletiva, de vitimização. Nas palavras de Alvino Augusto de Sá,[11] a vitimização é um processo, que tem caráter de historicidade, em que as pessoas envolvidas desenvolvem uma relação de cumplicidade, complementaridade e alternância de papéis, com muitas formas de manifestação.

Entretanto, no quadro de danos sofridos, de violações aos direitos fundamentais, entendo que se pode atribuir a categoria de vítima a múltiplas pessoas, em diferentes âmbitos, uma vez que não se trata de uma categoria fixa, hermética. A vitimização não é ontológica, precedente ou pré-constituída, mas sim relativa e situacional. Portanto, há mobilidade na construção e percepção da vítima, de acordo com o lugar em que se situa, em cada contexto específico, em decorrência do tempo-histórico...

Logo, quanto às classificações tipológicas, em face do campo, posiciono-me na compreensão de que a vítima pode se localizar anteriormente ao Direito Penal, em face do Direito Penal, no Direito Processual Penal, no Direito de Execução Penal, posteriormente ao Direito de Execução Penal e para além do Direito Penal. Assim, o indivíduo transita em diferentes espaços, vivencia distintos momentos, podendo ser vítima ou não, em consonância às particularidades correspondentes a cada fase, na dimensão dos danos sofridos.

No âmbito que antecede ao Direito Penal, perfilho-me à compreensão de que uma pessoa vulnerável, que sofre em decorrência de desigualdades estruturais, pode ser vítima também, em função das mazelas sociais, econômicas, culturais, pela ausência de políticas públicas e negativas condições de desenvolvimento humano e de qualidade de vida. No campo do Direito Penal, a vítima é o ofendido, o sujeito passivo do crime. Na área do Direito Processual Penal, a vítima é o querelante, o sujeito passivo processual, que acompanha o desenvolvimento do processo, temeroso de seu desdobramento, ou seja, é quem se localiza no polo passivo. Trata-se do autor da querela, do conflito, que no momento sofre os desgastes e deslindes das pressões inerentes ao processo criminal. Na seara do Direito Processual Penal, defendo que também se enquadra na categoria de vítima, a vítima mesma do delito, pela sua exposição e revivência do crime, por depoimento e testemunho, por rememorização daquilo que para ela, muitas vezes também pode ser dramático. Logo, no viés do Direito Processual Penal tem-se uma perspectiva híbrida,

na medida em que se permite a contemplação de duas vítimas, pois ambas sofrem danos nessa fase.

No âmbito da Execução Penal, a vítima é o apenado, quem padece pela imposição de sanção, que recebe as mazelas e sofre as violações das penas, particularmente, da nefasta privativa de liberdade. Nessa esteira, as condições de vida subumanas, os maus tratos físicos e psicológicos, o descaso no descumprimento das normas dentro dos presídios, que funcionam, consoante Elida Séguin,[12] para segregar os que se opõe a uma ordem social injusta, os presos. Além disso, o Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, da Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamento Cruéis, Desumanos ou Degradantes, bem como das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento do Recluso. Como reza a Constituição da República Federativa Brasileira, artigo 5º e a Lei de Execução Penal, Lei 7.210 de 1984, artigo 40 e 41, muitos são os direitos do recluso, que deveriam ser assegurados. A relevância na garantia de tais direitos tem como escopo também minimizar a vitimização produzida pelos efeitos deletérios da instituição total e da relação conflitiva detento-detentor. Por fim, na fase posterior ao Direito de Execução Penal, a vítima é o ex-apenado, que recebe os estereótipos negativos do delinquente, que o perseguem *ad eternum.* E por conseguinte, há ainda a vítima para além do Direito Penal, quando há crime mas não ocorre registro de sua ocorrência, alargam a cifra oculta da criminalidade.

Não é sem motivo que Alberto Silva Franco[13] adverte sobre o cuidado em face da perspectiva vitimológica tradicional, tomada dentro da visão maniqueísta. Pois, com frequência, a vítima é tida como boa e pura, contrapondo-se ao desviante, percebido como mau e culpável. Do mesmo modo, tende a ser a única tomada como hegemônica a acepção da vítima compreendida apenas no espaço do Direito Penal, ou seja, como vítima do delito produzido pelo infrator. Tal ideia traduz um equívoco, pois deve-se notar que há transição nos papéis da vítima, que não são fixos e nem devem ser concebidos de modo estático. Há permanente deslocamento.

Deve-se levar em conta o perigo do discurso alarmista contra o infrator e favorável à vítima. Nessa direção, David Garland[14] assinala a respeito da exploração política, que conduz ao recrudescimento do sistema penal, através de práticas mais repressivas. De acordo com o autor, acompanha-se um discurso radical pró-vítima, que abrange não só a vítima, como os familiares dela, as vítimas em potencial, bem como novas projeções de vítimas. Nos meios de comunicação, particularmente na televisão, assiste-se à difusão da representação dramática das vítimas, repleta de sensacionalismo apelativo, envolvendo desde as vítimas de tragédias aos seus familiares...

Nesse diapasão, Louk Hulsman[15] desvelou a análise equivocada do discurso direcionado à vítima, a respeito de pseudoproteção assegurada pelo sistema penal ao ofendido, através da punição do infrator. Demonstrou tratar-se de uma ilusão, na qual a vítima era acometida, engrupida pelo senso comum, na medida em que acreditava estar sendo amparada pelo castigo. O saudoso professor holandês rechaçou o discurso que afirma que o delinquente deve sofrer e que deve ser punido, para que a vítima reencontre a paz. Considera-o absolutamente inútil, tratam-se das chamadas por ele "penas perdidas", que se configuram em sofrimento desnecessário, em vão.

Para o autor o sistema punitivo atual consubstancia-se em mera substituição de um modelo de vingança, que antes era privada e agora é pública. Além disso, concluiu que, juntamente ao sistema penal, ou seja, à vingança pública, ocorre ainda, informalmente, concomitantemente à vingança pública, a antiga vingança privada, por exemplo, através de execuções e linchamentos. Nessa linha, Lola Aniyar de Castro[16] criou o conceito de sistema penal subterrâneo, incorporado à teoria do direito penal por Zafforoni, e teceu estudos demonstrando que é uma realidade na América Latina, repleto de execuções sumárias extrajudiciais, pelas mortes em supostos confrontos com a polícia, além das prisões como penas antecipadas sem condenações, ampliando o número de vítimas.

Em pesquisa realizada pelo Instituto Vera, de New York,[17] Hulsman constatou, inicialmente, um baixo interesse da vítima em sustentar uma acusação, em face do cometimento de desvio, especialmente, diante de ofensas ao patrimônio. Tal conduta difere do enfoque apresentado pela mídia e pelos meios de comunicação em geral. Pois, muitas vezes, de acordo com a pesquisa realizada, a vítima não sente necessidade de um procedimento penal, não tem essa expectativa. Particularmente, nos crimes contra o patrimônio, pois, quando este ocorre, a etapa processual penal acaba sendo penosa também para a vítima.

Hulsman[18] foi além, verificou que as vítimas são tão descrentes em face do sistema penal que, em grande parte dos casos, nem fazem registros dos danos sofridos. Daí, a elevação da cifra negra ou oculta da criminalidade. Pois, sabe-se que significativa parcela dos crimes não chegam a ser computados, na medida em que a ocorrência não é realizada, ou seja, não aparecem nos boletins oficiais, logo, não são registrados. Isso se dá porque não são investigados pela Polícia, denunciados pelo Ministério Público, ou representados por quem os presencia. Ou ainda, porque não são sequer descobertos. Ou ainda, por que a vítima não se interessa em procurar a esfera penal e até mesmo tenta escapar dela.

São descritas três modalidades de vitimização: a primária, a secundária e a terciária. A vitimização primária inscreve-se diretamente em quem sofre o prejuízo oriundo do crime. Logo, refere-se ao prejuízo derivado da infração

praticada, aos desdobramentos e aos efeitos decorrentes da ofensa sofrida. Tratam-se dos danos, sejam físicos, sociais ou econômicos.

Já a vitimização secundária dirige-se à sobrevitimização do processo penal. Consiste no sofrimento adicional imputado à vítima no exercício da Justiça Criminal, quando à mesma resta o óbice da exposição, resta-lhe reviver toda a agressão. Esse tipo de vitimização estabelece uma interlocução com a Instituição Policial, o Ministério Público, o Poder Judiciário e o Sistema Penitenciário.

E, finalmente, a vitimização terciária que abrange as situações de abandono da vítima, em que falta receptividade social, há ausência de amparo dos órgãos públicos. Trata-se da conexão à cifra oculta da criminalidade, pela considerável quantidade de crimes, que não chegam a ser pinçados pelo Sistema Penal, quando a vítima experimenta abandono e não dá publicidade do acontecimento, pelo registro de ocorrência.

Entretanto, *data venia*, posiciono-me no sentido de sugerir a reorganização das modalidades de vitimização. Inicialmente, avento um redimensionamento das categorias de vítimas, pelo acréscimo de algumas tipologias e a remodelação da atual segunda e da atual terceira classificação. Assim, proponho a elaboração das seguintes espécies: vitimização originária por vulnerabilidade, vitimização primária, vitimização secundária, vitimização terciária, vitimização quaternária e vitimização quinternária.

A vitimização originária por vulnerabilidade dá-se muitas vezes em decorrência de problemas estruturais, pela má condução de políticas públicas, em questões imprescindíveis ao desenvolvimento humano, no plano econômico, social, educativo, cultural, esportivo... A vitimização primária contempla a vítima imediata da ofensa perpetrada pelo delito, afeita ao âmbito do Direito Penal, além de seus familiares e da sociedade como um todo. A vitimização secundária deve abranger a vítima do delito e o autor do delito, sendo híbrida, na seara do Direito Processual Penal, uma vez que ambos arcam com o ônus e os gravames dessa fase, que fomenta inquietação, ansiedade e tensão. A vitimização terciária é a que atinge o apenado, antes autor do delito, outrora ofensor, agora, vítima do sistema penitenciário, no campo do Direito de Execução Penal. A vitimização quaternária deve alcançar o ex-apenado, que permanece com o rótulo de criminoso, apesar do instituto da reabilitação. A vitimização quinternária engloba as vítimas diretas dos crimes sem registro de ocorrência, que se situam nas cifras negras ou ocultas da criminalidade.

Além das formas de vitimização, revelam-se consideráveis certos estudos dirigidos à vítima, particularmente, os perpetrados em perspectiva inclusiva, que prelecionam âmbitos de interesses das vítimas, que precisam ser considerados pela Vitimologia: primordialmente o acesso à justiça; seguido do direito

de restituição e reparação; posteriormente do direito de indenização; e finalmente, do direito ao serviço de orientação, pela assistência médica, psicológica, psiquiátrica e jurídica.

De acordo com o prefessor espanhol Molina,[19] a Vitimologia possui áreas ou campos férteis que são objeto de estudo, fonte constante de pesquisas, como: a prevenção do crime, a cifra oculta, a efetividade delitiva, a alienação da vítima, a política social, o medo em face do crime, a preocupação com a integridade física, psicológica e a questão situacional da vítima. Tais noções vêm demandando novos estudos na Atualidade.

3. A vítima na atualidade

Na Atualidade, a Vitimologia vem conquistando, paulatinamente, terreno. Consoante Francesco Carnelutti,[20] na obra *As misérias do processo penal,* a vítima é mencionada no drama da Justiça Criminal. Assim, muitas são as pesquisas atinentes ao tema, fruto de reflexão. O promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Lélio Braga Calhau, traz a lume uma investigação perpetrada pela Universidade de Minas Gerais (UFMG), realizada em 2002, pelo CRISP,[21] que constatou a elevada cifra oculta dos delitos, que não constam oficialmente atrelados ao sistema penal, nos dados públicos.

Nessa esteira, conforme explicitou Calhau,[22] o Governo Federal Brasileiro, em 2008, encomendou uma pesquisa sobre vitimização, à Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério de Justiça, que confirmou a grande estimativa da cifra oculta. A previsão manteve o afastamento de cerca de oitenta por cento dos crimes do sistema de justiça. Resta frisar que em todos estes casos a vítima fica descoberta, não tendo nenhum tipo de reparação, pois não há, sequer, publicização, formalização e nem mesmo institucionalização alguma.

Vale lembrar que o primeiro programa moderno de compensação às vítimas de crime originou-se na Nova Zelândia, em 1964. Depois, pouco a pouco, espraiou-se pelo mundo. Já Portugal foi um dos países pioneiros na criação de um seguro social, elaborado para indenizar o lesado, quando o infrator não tivesse condições de satisfazer a vítima, com previsão no Código Penal Português vigente, em seu título VI, com fulcro no artigo 129, diretor da responsabilidade civil emergente de crime. Nesse âmbito, foi fundada a Associação Portuguesa de Apoio às Vítimas (APAV).[23] Nos Estados Unidos da América, em 1975, foi criada a Organização Nacional de Assistência à Vítima (NOVA), com cobertura financeira, médica, hospitalar e psicológica. Em 1984, o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos inaugurou um fundo especial para as vítimas de crimes federais e estaduais, o VOCA.

Na Alemanha, surgiu a Vítimo-dogmática, que estuda a contribuição da vítima no crime, a culpabilidade do autor, a repercussão jurídica do evento. Hassemer[24] discute a respeito dos critérios de fixação penal, quando da dosimetria para cálculo da sanção, em face da vítima, que pode até conduzir à isenção da responsabilidade do infrator. No Brasil, tais debates também floresceram e obtiveram êxito, chegaram mesmo a sustentar teses de defesa, na advocacia criminal.

Com o intuito de dar atenção especial à vítima, de colocá-la em debate e assegurar-lhe os direitos, foi fundada em 1979 a Sociedade Mundial de Vitimologia, credenciada como órgão consultivo das Nações Unidas, com raízes na reação aos crimes perpetrados pelo nazismo. Nessa diretriz, foram realizados Congressos de Vitimologia. O primeiro encontro aconteceu em Israel, sob a inspiração de seu idealizador, Israel Drapkin, ocasião em que foi considerado o sofrimento do povo judeu e foi expressa solidariedade a todos os perseguidos e discriminados.[25] Desde então, vem se repetindo frequentemente.

Posteriormente, ocorreu a inauguração da Sociedade Brasileira de Vitimologia, em 1984. Em 2000, no Estado do Rio de Janeiro, foi celebrado o V Congresso Brasileiro de Vitimologia. E por fim, o calendário anual ganhou a "Semana Nacional dos Direitos da Vítima", com o escopo de fomentar reflexões sobre o tema e de angariar recursos destinados a ajudar a causa.

No plano das construções legislativas, a década de 1980 triunfou. Assim, foi primordial a Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e de Abuso de Poder, Resolução 40/34 das Nações Unidas, de 1984, a partir do Sétimo Congresso da Nações Unidas, em Milão. No Brasil, a Constituição da República Federativa Brasileira, de 1988, com fulcro em seu artigo 245, assegurou assistência aos herdeiros e dependentes de pessoas vitimadas por crimes dolosos.

O Código Penal, em sua Reforma de 1984, introduziu, na Exposição de Motivos, o enfoque vitimológico. A preocupação com a vítima surtiu efeito com o artigo 16, que menciona o Arrependimento Posterior. Nessa linha, Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Júnior[26] confirmaram que a maior ou menor censurabilidade pode decorrer de peculiaridades advindas da própria vítima. Nesse sentido, alertaram para a provocação em certos crimes, como trajes impúdicos em crimes sexuais e ostentação de joias em crimes contra o patrimônio.

No Código Penal vigente, na parte geral, o artigo 59 denota a respeito do comportamento da vítima, quando da dosimetria da sanção, na primeira etapa, da fixação da pena base, para o infrator. Cumpre lembrar acerca das circunstâncias atenuantes, elencadas no artigo 65, III, que trata da forte emoção provocada por ato injusto da vítima. Do mesmo modo, a circunstância atenuante

inominada, presente no artigo 66 do mesmo Diploma Penal, pode enquadrar provocação até por histeria de mulher em tensão pré-menstrual, vítima de crime contra a integridade física. E, finalmente, vale notar o dispositivo 121 parágrafo 1º, que descreve o homicídio privilegiado, caracterizado por uma causa de diminuição da pena, quando há o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima. Na mesma esteira, o artigo 129 parágrafo 4º, que remete à lesão corporal dolosa, quando há domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima.

Nesse prisma, várias leis penais extravagantes conectaram-se à Vitimologia. A Lei 9.099 de 1995, dos Juizados Especiais Criminais, adotou um posicionamento de valorização da vítima, cuja perspectiva de reparação e paz social passou a ser tomada. Logo, o diploma em questão buscou a pacificação social pelo consenso. Trouxe como instituto de despenalização a conciliação, pela composição dos danos civis, realizada através de uma Audiência Preliminar (art. 73 e 74). Daí, o papel do Estado de mediar, de permitir o acordo entre as partes, buscar a aproximação e tolerância nas relações sociais. Caso a conciliação não obtenha êxito, caberá ao promotor a propositura de uma transação penal, com o estabelecimento da verdade consensual, pela aceitação de proposta penal distinta da pena privativa de liberdade.

Nessa égide, a Lei 9.503 de 1997, a Lei de Trânsito, consagrou a multa reparatória, estabelecida por acordo. A multa reparatória consiste no pagamento mediante depósito judicial, à vítima ou aos seus sucessores, consoante o art. 297 do CNT.

Na mesma direção, a Lei 9.714 de 1998, que acresceu o rol de penas restritivas de direito, inseriu o artigo 45 parágrafo 1º, com a inscrição da pena de prestação pecuniária entre as modalidades de penas alternativas. Trata-se de uma medida de natureza patrimonial, revertida para a vítima e não para o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), em casos de sanções de natureza pecuniária, antes revertidas, portanto, para o Estado.

A publicação da Lei 9.807 de 1999, a Lei de Proteção à Vítima e à Testemunha, conta com maior dificuldade de execução, em razão da falta de recursos materiais. Nessa linha, Luiz Flávio Gomes[27] sinaliza a destoante diferença de investimentos. Pois, como assinala o autor, nos EUA, cerca de, em média, 100 milhões de dólares são injetados por ano no Programa. No Brasil, a verba investida é de pouca monta. Embora, existam programas em São Paulo e Santa Catarina, como o Cravi e o Próxima-Cevic, além de outros em Minas Gerais e na Paraíba.

Mais adiante, a Lei 11.340 de 2006, a Lei Maria da Penha, introduziu novos institutos e práticas protetoras da vítima, alguns dispositivos até excessivamente

punitivos em face do autor. Contudo, resgata-se o papel da vítima, através da sua tutela especial. Particularmente, em eventos transcorridos nas relações domésticas, com a mulher figurando no polo passivo, em situação de violência doméstica. Nessa seara, a mulher receberá uma equipe de atendimento multidisciplinar, a qual levará em conta a questão de gênero, com âmbito de atuação psicossocial, jurídico e de saúde (art. 29). Cumpre destacar que, de acordo com a situação em que se encontrar a vítima, caberá a aplicação de medidas de proteção de urgência à ofendida (art. 23 e 24), bem como a imposição de medidas administrativas e jurídicas específicas (art. 26), que podem inscrever desde o afastamento do agressor até culminar com sua prisão preventiva (art. 20).

Existem ainda possibilidades jurídicas viáveis que ancoram a vítima, dando-lhe respaldo na Justiça Criminal. Trata-se da representação no Processo Penal, a qual permite que a vítima participe mais de perto e exerça até a advocacia. Configura-se o papel do assistente de acusação, que se modela através de advogado indicado pela vítima, para representá-la, reforçando a sustentação da tese. Todavia, entendemos caracterizar-se tal prática em excesso jurídico, pela ampliação do *animus* punitivo, que tende a inflar, desnecessariamente, uma vez que acirra os sentimentos negativos da vítima, confundindo justiça com vingança.

4. Considerações finais

Nas tendências contemporâneas e progressistas da Vitimologia, há ruptura com a ótica do mero castigo, uma vez que, verdadeiramente, busca-se a reparação. Evoca-se o espaço do consenso, especialmente, nos casos de pequena e média criminalidade. Daí, a relevância da aproximação entre o autor da infração penal e a vítima, com uso do princípio da autonomia da vontade, através de soluções mais rápidas, socializantes, sem o caráter retributivo, através de penas alternativas e, ainda, de alternativas às penas.

No Brasil, a vítima é sujeito de direitos, e não objeto. Contudo, a reparação de danos não é ainda prioridade. Deve-se tentar reduzir o sofrimento da vítima, desvendando os seus reais interesses. Daí, a importância de se substituir o binômio: Infrator-Estado, pelo trinômio: Ofensor-Vítima-Estado. Nesse sentido, prima-se pelo reencontro da vítima com o infrator, através do estreitamento dos seus laços, na tentativa de resolução do impasse e do mal-estar. Logo, figura a necessidade de diversificação de programas compensatórios, que visem a sanar as angústias geradas, a fim de garantir a tranquilidade social.

Busca-se a participação da comunidade, que tem muito a ajudar. Pois, necessita-se de uma forma de prevenção social situacionista e comunitária, que promova os direitos humanos. Segundo Ester Kosovski,[28] a Vitimologia

quando compreendida conectada aos direitos humanos, assegura a reparação de danos, a restituição, a compensação, além da assistência médica, psicológica e jurídica. Nessa linha, Norberto Bobbio,[29] após lembrar que os direitos são naturais, depois positivados e, finalmente, positivados universais, elencou os novos direitos ou direitos de terceira geração, de grande importância, às tantas vítimas ambientais ou coletivas.

Finalmente, deve-se pensar em formas de desvitimização. De acordo com Elida Séguin[30] e Riva Roitman, se o não atendimento a alguma das necessidades básicas do ser humano o transforma em vítima, de maneira antagônica, a desvitimização pode advir pela concretização de ações, que pode trazer a reversão do estado anterior. Nesse sentido, a Educação se coloca como relevante acesso no processo de vitimização, fator imprescindível ao desenvolvimento humano. Ademais, não é sem motivo que compõe o índice de desenvolvimento humano (IDH). É de grande relevância como papel-chave no processo de socialização do cidadão. Pois a educação deve ser concebida enquanto direito de todos e pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito. Consubstancia-se em um direito público subjetivo do indivíduo. De notória atuação na formação de pessoas flexíveis, criativas, críticas aptas a lidarem com os desafios contemporâneos, nos campos sociais, políticos, econômicos, financeiros, científicos, ambientais, culturais... A educação se confirma como prática de desvitimização que deve ser valorizada enquanto política social.

5. Notas

[1] Doutoranda em Sociologia Criminal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP-Uerj). Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (UBA-Argentina). Mestra em Criminologia e Direito Penal pela Universidade Candido Mendes (Ucam). Pós-graduada em Criminologia pela Universidade de Havana (UH-Cuba). Graduada em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Unirio). Professora e Coordenadora da Pós-graduação em Criminologia, Direito e Processo Penal da Universidade Candido Mendes (Ucam). Professora Concursada de Criminologia do Ministério de Justiça (MJ) do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e Convidada da Academia Nacional de Polícia do Departamento da Polícia Federal (ANP-DPF). Professora Convidada de Criminologia da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj). Professora de Direito Penal e Coordenadora do Núcleo de Ciências Criminais (licenciada) do Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (IBMEC-RJ). Ex-Avaliadora da Banca Examinadora de Direito e Processo Penal da Ordem dos Advogados do Brasil — Seção Rio de Janeiro (OAB-RJ). Ex-Coordenadora da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil — Seção Rio de Janeiro (OAB-RJ). Ex-Membro da Comissão Permanente de Direito Penal e Membro da Comissão Permanente de Direitos Humanos do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro Titular da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Membro Fundadora e Secretária Geral do Instituto dos Defensores de Direitos Humanos (IDDH). Membro Fundadora e Diretora Acadêmica do Instituto de Estudos Criminais do Estado do Rio de Janeiro (Iecerj). Membro Convidada do Instituto Carioca de Criminologia (ICC). Advogada.

[2] ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Coleção Pensamento Criminológico. Vol. 15. Trad. Sérgio Lamarão. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

[3] Vale lembrar que, em 1965, foi o argentino Jimenez de Asúa o primeiro jurista que considerou os estudos levantados pela Vitimologia, trazendo tal contribuição ao campo do Direito Penal.

[4] SILVA FRANCO, Alberto et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial: parte geral*. 6ª ed. Vol. 1. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

[5] LINS E SILVA, Evandro. *A defesa tem a palavra: o caso Doca Street e algumas lembranças*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1984.

[6] KOSOVSKI, Ester. Cidadania, direitos humanos e vitimologia. In: *Estudos Contemporâneos das Ciências Criminais na Defesa do Ser Humano: Homenagem a Evandro Lins e Silva: o patrono da liberdade*. João Luiz Duboc Pinaud e Roberta Duboc Pedrinha (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

[7] SÉGUIN, Elida. *O idoso: aqui e agora*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 51.

[8] BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 5. São Paulo: IBCCRIM, p. 23.

[9] DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para os sistemas de penas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 300.

[10] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declarações sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e de abusos de pode*r. Adotada pela Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985.

[11] SÁ, Alvino Augusto de. Algumas considerações psicológicas sobre a vítima e a vitimização. In: *Vitimologia no Terceiro Milênio*. Elida Séguin (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 13.

[12] SÉGUIN, Elida. O preso como vítima de um sistema perverso. In. *Temas de Vitimologia*. Ester Kosoviski e Elida Séguin (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 63-86. Afinal, deve-se frisar que a origem da violência está na omissão coletiva e no poder constituído em executar suas políticas públicas. Contra o preso se lança uma violência muitas vezes bem maior da que foi por ele perpetrada. Assim, devem ser respeitados todos os direitos do preso, salvo a liberdade, uma vez que apenas este último é retirado pela prisão.

[13] SILVA FRANCO, Alberto et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial: parte geral*. 6ª ed. Vol. 1. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 905-950.

[14] GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.* Trad. André Nascimento. Coleção Pensamento Criminológico. Vol. 16. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

[15] HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão.* Trad. Maria Lúcia Karam. 2ª ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 116.

[16] CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Coleção Pensamento Criminológico. Vol. 10. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 13.

[17] HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão.* Trad. Maria Lúcia Karam. 2ª ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 117.

[18] HULSMAN, Louk e CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão.* Trad. Maria Lúcia Karam. 2ª ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 64-66.

[19] MOLINA, Antonio García-Pablos de e GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 65-99.

[20] CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. Trad. José Antonio Cardinalli. 5ª ed. Campinas: Bookseller, 2004, p. 5.

[21] http://www.crisp.ufmg.br/vitimiza.htm

[22] CALHAU, Lélio Braga. *Resumo de Criminologia*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2009, p. 45.

[23] ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE APOIO À VÍTIMA CRIMINAL. Disponível em: <http://www.apavat.pt>. Acesso em: março de 2012.

[24] HASSEMER, Winfried; e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdução à criminologia*. Trad. Cintia Toledo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

[25] Cumpre rememorar que em 1947, em Bucareste, Mendelsohn apresentou sua conferência "*Um novo horizonte na ciência biopsicossocial — a Vitimologia*". Nessa conferência, o autor deixou claro que não se poderia mais considerar a vítima como simples coadjuvante de um ilícito penal. Pois esta não podia mais ser taxada como mero sujeito passivo do crime. Enfatizou

ser indispensável o estudo do comportamento vitimológico, tomou a classificação de vítima nata como sendo aquela que detêm um comportamento agressivo, de personalidade difícil, que pelo modo de agir, de viver, propicia a ocorrência de um delito. Seu estudo teve grande significado para desmistificar a visão da vítima como sendo apenas mero sujeito passivo da ação criminosa, já que ela, em diversos níveis, poderia revelar uma função criminógena e até mesmo apresentar uma alta tendência para se tornar vítima.

[26] DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; e DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Código penal comentado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

[27] GOMES, Luiz Flávio. *Lei de proteção à vítimas e testemunhas: primeiras considerações*. Justiça Penal. N. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

[28] KOSOVSKI, Ester. Cidadania, direitos humanos e vitimologia. In: *Estudos Contemporâneos das Ciências Criminais na Defesa do Ser Humano: Homenagem a Evandro Lins e Silva: o patrono da liberdade*. João Luiz Duboc Pinaud e Roberta Duboc Pedrinha (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

[29] BOBBIO. Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

[30] SÉGUIN, Elida e ROITMAN, Riva. A educação como ação política e forma de desvitimização. In: *Vitimologia no Terceiro Milênio*. Elida Séguin (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 157 e 160.

6. Referências Bibliográficas

ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Coleção Pensamento Criminológico. Vol.: 15. Trad. Sérgio Lamarão. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE APOIO À VÍTIMA CRIMINAL. Disponível em: <http://www.apavat.pt>. Acesso em: março de 2012.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.* Coleção Pensamento Criminológico. Vol. 1. 3ª ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

_____. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* Vol. 5. São Paulo: IBCCRIM.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BOBBIO. Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CALHAU, Lélio Braga. *A vítima e o direito penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. *Resumo de Criminologia*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal.* Trad. José Antonio Cardinalli. 5ª ed. Campinas: Bookseller, 2004.

CARVALHO, Salo de. *Anti-manual de criminologia.* 2ª ed. ITEC. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Coleção Pensamento Criminológico. Vol. 10. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para os sistemas de penas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; e DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *Código penal comentado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Coleção Pensamento Criminológico. Vol. 16. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIORDANI, Mário Curtis. *História do direito penal*: entre os povos antigos do oriente próximo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei de proteção à vítimas e testemunhas: primeiras considerações*. Justiça Penal. N. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Violência e justiça penal reparatória. In: *Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano*. César Barros Leal e Heitor Piedade Júnior (Orgs.). Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

HASSEMER, Winfried; e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introdução à criminologia*. Trad. Cintia Toledo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HULSMAN, Louk. *Alternativas à Justiça criminal.* Edson Passeti (Coord.). Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____ e CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão.* Trad. Maria Lúcia Karam. 2ª ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

KOSOVSKI, Ester (Org.). *Vitimologia: enfoque interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Reproarte, 1992.

_____. Cidadania, direitos humanos e vitimologia. In: *Estudos Contemporâneos das Ciências Criminais na Defesa do Ser Humano: Homenagem a Evandro Lins e Silva: o patrono da liberdade*. João Luiz Duboc Pinaud e Roberta Duboc Pedrinha (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____ e PIEDADE JR. Heitor; e MAYR, Eduardo (Orgs.). *Vitimologia em debate I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990.

_____; PIEDADE JR. Heitor e MAYR, Eduardo (Orgs.). *Vitimologia em debate II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

LINS E SILVA, Evandro. *A defesa tem a palavra: o caso Doca Street e algumas lembranças*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1984.

MOLINA, Antonio García-Pablos de e GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NEUMAN, Elias. *Victimologia*. Buenos Aires: Editorial Universidade, 1984.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declarações sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e de abusos de poder*. Adotada pela Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985.

PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia: evolução no tempo e no espaço*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, s/d.

SÁ, Alvino Augusto de. Algumas considerações psicológicas sobre a vítima e a vitimização. In: *Vitimologia no Terceiro Milênio*. Elida Séguin (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SCARENCE FERNANDES, Antonio. *O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SÉGUIN, Elida. O preso como vítima de um sistema perverso. In: *Temas de Vitimologia*. Ester Kosoviski e Elida Séguin (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. *O idoso: aqui e agora*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____ e ROITMAN, Riva. A educação como ação política e forma de desvitimização. In: *Vitimologia no Terceiro Milênio*. Elida Séguin (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA FRANCO, Alberto et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial: parte geral*. 6ª ed. Vol. 1. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE VITIMOLOGIA. Disponível em: <http://www.sbvitimologia.hpg.ig.com.br/historia.htm>. Acesso em: abril de 2012.

Mecanismos de solução coletiva de conflitos e tutela coletiva: a experiência norte-americana

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes[1] *e Larissa Clare Pochmann da Silva*[2]

Introdução

A quantidade de demandas massificadas que ingressam no Poder Judiciário é um cenário que preocupa os estudiosos do Direito Processual. Porém, enquanto alguns países, como o Brasil, ainda procuram respostas adequadas a essa realidade, outros países conseguem, com sucesso, manter em harmonia diversos procedimentos para uma solução adequada das demandas de massa.

Um desses países é os Estados Unidos, realidade que será analisada. Hoje, tem-se no país uma experiência bem-sucedida de ações coletivas e de mecanismos de solução coletiva de conflitos a partir da proliferação de demandas de massa ou *mass torts*, como são conhecidas essas lesões de massa. O Poder Judiciário norte-americano conhece uma realidade de processos para julgamento bem distinta da realidade brasileira.

Nesse contexto, primeiro serão abordados os tratamentos que podem ser aplicados a *mass torts*, que se dividem em *aggregation* ou *consolidation*.

Após, o presente trabalho se limitará a analisar as ações coletivas e o MDL, destacando seu funcionamento e perspectivas relevantes para, somente então,

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2013/18) n.18: 135-150 - UCAM (Rio de Janeiro)

diferenciar os dois procedimentos e destacar como na prática eles podem acabar funcionando conjuntamente, complementando-se para uma solução adequada dos conflitos massificados.

1. Aggregation e consolidation no contexto de mass torts

Nos Estados Unidos, o cenário de lesões de massa que teve emergência nas últimas décadas, denominado *mass torts* — danos de origem comum que envolvem diversas vítimas —,[3] também preocupa os estudiosos do direito processual. Segundo uma proposta de sistematização do conceito de *mass torts* feita pela Comissão de Danos de Massa da Associação de Advogados Norte-Americanos, o conceito abrangeria os danos de origem comum, que envolvessem pelo menos 100 (cem) vítimas ou cuja reivindicação excedesse o valor de cinquenta mil dólares.

Tal proposta, porém, acabaria por excluir dos danos de massa a abrangência de danos típicos, como, por exemplo, os decorrentes de um problema com um veículo de transporte coletivo. Por essa razão, posteriormente, abandonou-se esse conceito, para abordar apenas a referência a um grande número de litigantes, sem quantificar o número de vítimas para que seja um dano de massa;[4] a dispersão dos afetados pelo território e até mesmo a possibilidade de dispersão dos afetados no tempo, já que, por exemplo, as vítimas poderão não ser afetadas pelo dano no mesmo momento.[5]

Porém, a existência de instrumentos processuais eficazes, como as ações coletivas e os mecanismos de solução coletiva de conflitos, acabou por minimizar o impacto do número de demandas de massa que chega ao Poder Judiciário norte-americano. Muitas questões massificadas acabaram ingressando no Judiciário por um único instrumento, em vez de demandas atomizadas.[6]

Apenas para exemplificar, nas décadas de 1960 e 1970, nos Estados Unidos as ações coletivas eram marcadas pela temática da defesa dos direitos sociais.[7]-[8] Já na década de 1990, paralelamente à multiplicação do fenômeno de *mass torts*, ocorrido em diversos países do mundo, as ações coletivas nos Estados Unidos tiveram um perfil mais relacionado ao direito do consumidor.[9] Na mesma década de 1990, aproximadamente 74% dos casos do MDL (*Multidistrict Litigation Panel*), todos relativos a demandas massificadas, acabaram solucionados por acordo entre advogados das vítimas e dos réus.[10]

Tais dados parecem indicar que os mecanismos processuais já existentes no ordenamento jurídico acabaram por impedir o assoberbamento do Poder Judiciário com processos individuais decorrentes de danos de origem comum.

Esse é um cenário particularmente interessante, especialmente para o Brasil, na medida em que, apesar de diferenças culturais em relação ao litígio[11] e na

própria estrutura do Poder Judiciário,[12] o país procura, há algumas décadas, como solucionar a insuficiência de recursos materiais e humanos diante do constante aumento quantitativo de demandas.

Nesse sentido, o cenário norte-americano prevê a resolução de conflitos pela via coletiva por duas formas, os denominados mecanismos de *aggregation* e de *consolidation*.

Consolidation se refere a uma técnica específica de julgamento, em que, baseado na Regra Federal 42 de Processo Civil, o juiz pode reunir as ações pendentes no mesmo tribunal, estadual ou federal, que possuam questões comuns de fato ou de direito. Pode ser o julgamento envolvendo todas as questões dos processos ou apenas uma questão comum a inúmeros processos, mesmo que depois outras questões, não comuns, venham a ser analisadas separadamente, caso a caso. A técnica *consolidation* pode ser aplicada, inclusive, para ações individuais, de autores que optaram pelo *opt out* nas ações coletivas.

A adoção ou não da técnica depende do número de casos existentes no tribunal, sendo que cabe ao juiz analisar a conveniência do julgamento conjunto dos casos no tribunal de tramitação. Cabe destacar que, se houver ações individuais decorrentes de *opt out*, o juiz deve possibilitar que os advogados dos autores se manifestem e especifiquem provas, já que não se manifestaram individualmente antes na ação coletiva.[13]

Porém, quando há casos de *consolidation* em tribunais federais distintos, a técnica adotada é do *aggregation*, reunindo todos os casos para julgamento instrução e em um único tribunal.[14]

Já *aggregation* ou *aggregate litigation* é uma técnica utilizada para a tutela de direitos civis, valores mobiliários e litígios massificados,[15] embora o foco do presente trabalho se restrinja às demandas de massa. Refere-se ao tratamento conjunto de demandas ou de pretensões, seja para uma audiência prévia, para a realização de um acordo conjunto ou até mesmo para julgamento. *Aggregation* é um termo mais amplo, em que não há um momento previamente fixado se o tratamento já será iniciado como coletivo ou se as demandas adquirirão, em determinado momento de sua tramitação, um tratamento coletivo. Esse momento de tratamento coletivo é fixado em cada um dos procedimentos, e não pela técnica de *aggregate litigation*.

Uma visão tradicional da técnica de *aggregation* colocava nessa categoria apenas as *class actions*, ações coletivas norte-americanas, enquanto uma técnica de tratamento conjunto de pretensões da classe. Hoje, porém, prevalece que as ações coletivas são o procedimento que merece mais cautela, pela necessidade de tutela dos ausentes, mas não são o único exemplo.[16] Foi reconhecida nessa categoria, por exemplo, a mencionada técnica de reunião de processos

em tribunais federais em distritos distintos para instrução e julgamento em conjunto.

O presente trabalho se limitará a analisar as c*lass actions* e o MDL, ambos classificados como procedimentos de *aggregate litigation*, embora, a partir da exposição da aplicação das técnicas de *aggregation* e de *consolidation* aos casos de *mass torts*, tenha-se pretendido esclarecer que a possibilidade da solução coletiva de litígios massificados é muito mais ampla. Os Estados Unidos representam um sistema bem-estruturado e que busca constantemente se aperfeiçoar para evitar o aumento de demandas no seu Poder Judiciário.

2. As ações coletivas nos Estados Unidos

As ações coletivas nos Estados Unidos são um fenômeno antigo[17] e não se restringem a um único modelo.[18] O modelo utilizado varia de acordo com a pretensão, sendo que, no contexto de *mass torts*, limita-se ao modelo das *class actions for damages*.

As ações coletivas não podem ser consideradas uma agregação de demandas individuais. Não há a reunião de demandas de autores individuais, mas uma verdadeira agregação de pretensões, tanto que as pretensões coletivas em sentido amplo são levadas a juízo por uma parte representativa.

Nesse sentido, os tribunais norte-americanos compreendem, de forma quase uníssona[19], que o legitimado para as ações coletivas só será um representante adequado se observar no pedido todas os pedidos de muitos afetados pelo dano.[20] É, portanto, ônus do legitimado para as ações coletivas — que, no sistema norte-americano, apesar de geralmente ser o indivíduo, não é apenas o indivíduo, mas também as associações, para questões relacionadas ao direito dos trabalhadores, da concorrência e dos consumidores, e os procuradores, para matérias como competitividade, proteção ao consumidor, medidas de urgência, multas ou recompensa monetária a danos[21] — demonstrar que estão presentes todas as pretensões da classe.

Para a certificação de uma ação como coletiva, devem estar presentes todos os requisitos da Regra 23, das alíneas a até a h. O primeiro requisito está compreendido de forma implícita na alínea "a": a existência de uma classe identificável. Não é importante o número de potenciais envolvidos, relevante é apenas que seja possível delinear os contornos da classe. Dificuldades geográficas ou práticas que impossibilitem a formação de um litisconsórcio já têm sido admitidas como suficientes para o preenchimento desse critério.

Como segundo requisito, a classe deve ser tão numerosa de modo que seja inviável ou logisticamente inconveniente o litisconsórcio. Não há parâmetros

rígidos para a aferição desse critério. Alguns fatores que já foram considerados para o preenchimento desses critérios foram a quantidade de membros envolvidos; localização geográfica dispersa dos membros; prova de que existe uma classe, mas seus membros, no entanto, são de difícil identificação.[22]

Deve haver questões comuns de fato ou de direito para que os membros estejam em situação semelhante. Não se exige a identidade de todas as questões de fato ou de direito, mas deve haver ao menos uma questão comum para a defesa coletiva. Nesse caso, há uma decisão comum para todos os membros.

Como outro requisito, as pretensões das partes devem ser típicas pretensões de classe, isto é, deve haver um nexo entre as questões do indivíduo que vai a juízo e as questões da classe, advindas do mesmo evento.

Por fim, a representação deve ser adequada. Uma ação só é admitida como coletiva se as partes representativas efetuarem a justa e adequada proteção do interesse da classe, como forma de proteção dos ausentes, e se a atuação do advogado também for adequada. Para esse último requisito, a alegação de quem pretende ser representante da classe e as reivindicações da classe devem ser tão interligadas que os interesses dos membros da classe serão de forma justa e adequadamente protegidos na ausência de todos os representados. E o advogado deve ser qualificado, experiente e, geralmente, capaz de conduzir o litígio.

Não há dados oficiais sobre as ações coletivas nos Estados Unidos,[23] mas a resposta positiva do funcionamento do mecanismo pode ser obtida pela própria advocacia privada. Para expressar essa relevância, destaca-se um estudo feito, apenas tendo como base o número de acordos celebrados em ações coletivas em âmbito federal no período de 2006 a 2007, para quantificar a relevância das *class actions for damages.*[24]

No referido período, foram constatados 688 acordos em ações coletivas ajuizadas por indivíduos, sendo 304 aprovados em 2006 e 384 aprovados em 2007, totalizando 33 bilhões de dólares pagos pelos réus aos autores: 22 bilhões de dólares em 2006 e 11 bilhões de dólares em 2007. Um total de 15% desse valor foi para o pagamento de honorários aos advogados. Desses acordos realizados, 89% das ações coletivas pleiteavam indenização pelos danos sofridos, sendo que apenas 23% combinavam medidas inibitórias ou que fizessem cessar a conduta ilícita com a pretensão de reparação de danos.[25]

As ações coletivas são, portanto, um mecanismo representativo consagrado no país e que, mesmo sem dados oficiais, a prática demonstra como um sistema bem-sucedido.

3. O Judicial Panel on Multidistrict Litigation (MDL)

O *Judicial Panel on Multidistrict Litigation* (MDL) ou *Multidistrict Litigation* (MDL) tem previsão nas regras federais 28 USC § 1407 e 28 USC § 2112, a primeira trazendo todas as disposições processuais e a segunda apenas trazendo disposições de cunho administrativo sobre o funcionamento. Há, ainda, no endereço eletrônico oficial do procedimento,[26] regras sobre o funcionamento dos painéis, mas apenas a regra que trata de questões relevantes sobre o mecanismo processual será abordada.

É um procedimento próprio para demandas massificadas, envolvendo uma ou mais ações com questões comuns de fato ou de direito.[27] Pode ocorrer em casos como de desastres, aéreos ou comuns, antitruste, relações de trabalho, propriedade intelectual, responsabilidade por produtos colocados no mercado, vendas e valores mobiliários.[28]

O art. 28 USC § 1407 trata da reunião de processos pendentes em tribunais federais em distritos distintos e composto de duas partes: a primeira, se é conveniente a reunião de processos e a segunda em qual tribunal os processos deverão ser reunidos.

O procedimento começa a requerimento de qualquer parte ou por determinação dos próprios juízes com questões comuns, para a realização de atos prévios ao julgamento, como oitiva de testemunhas, todos em um único tribunal, para posterior julgamento. Todos os casos serão transferidos para o MDL, exceto os que já tiverem sido julgados.

No caso de requerimento das partes, as outras partes que possuem processos com questões comuns de fato ou de direito terão que se manifestar, concordando ou não com o pedido. Porém, mesmo que não haja oposição, os tribunais deverão analisar a conveniência ou não do MDL no caso.

Se houver a decisão pela transferência ou determinação dos próprios juízes, passa-se a decidir qual será o tribunal que reunirá os processos, conhecido como tribunal cedente. Esse tribunal receberá os processos enviados pelos tribunais de origem, conhecidos como cedidos.

Para a escolha do tribunal, é permitida a manifestação por escrito, limitada a 20 (vinte) páginas, e oral, em tempo médio concedido geralmente não inferior a 1 (um) minuto e não superior a 5 (cinco) minutos, das partes nos juízos de origem sobre qual deve ser o juízo cedente.[29] A regra 28 USC § 1407 dispõe justamente que o tribunal de transferência pode ser qualquer um dos envolvidos, observando-se a conveniência para as partes, das testemunhas e a eficiência do tribunal que irá julgar.

Haverá a formação de um Conselho Executivo para a decisão do juízo cessionário, que observará, para emitir a determinação de transferência de

processos, alguns fatores, como a informação da tramitação dos processos nos juízos cessionários; as partes envolvidas; a distribuição dos casos entre os tribunais cessionários; o local de ajuizamento da primeira demanda; a proximidade do tribunal cedente a documentos importantes e às testemunhas que serão ouvidas; a experiência dos juízes cessionários para a condução dos processos.

A estrutura do MDL é de sete juízes de circuitos e distritos, com mandatos temporários e de indicação pelo Presidente da Suprema Corte Norte-Americana, sendo que apenas quatro comporão o painel de julgamento. Após a transferência, qualquer requerimento deve ser feito ao painel de julgadores. Caberá, ainda, ao MDL o dever de informar às partes sobre a tramitação dos processos reunidos e comunicar sobre audiências.

Não é cabível recurso do julgamento pelo MDL, exceto extraordinariamente, para questionar a transferência ou não para o MDL.

Se o caso não for resolvido no MDL, é devolvido ao tribunal de origem, mas é baixo o percentual de casos que os juízes não conseguem um entendimento majoritário para decidir, menos de 20% dos casos submetidos ao mecanismo. Os outros 80%, acabam decididos no próprio MDL ou solucionados pelo acordo.[30]

Dados de novembro de 2012, do endereço eletrônico oficial do procedimento,[31] indicam que, nesta data, havia, nos Estados Unidos, 284 casos no MDL, de 55 tribunais distintos e o MDL contava com 213 juízes para compor o painel de julgamento.

4. A distinção e a interface dos procedimentos

4.1. Distinções

A multiplicação das lesões de massa inegavelmente impôs transformações ao processo civil. A quantidade de demandas idênticas acabou por tornar inviável que todos os afetados tivessem o seu "*day in court*", ou, mais precisamente, ter a oportunidade de ser ouvido e de se manifestar individualmente.[32] Não haveria recursos materiais e humanos suficientes.[33].

Porém, os mecanismos processuais que enfrentam de modo coletivo a prevenção de danos de massa ou a reparação das vítimas, garantindo, mesmo que em um litígio coletivo, a reparação individual de cada afetado, não é semelhante nem em sua estrutura, nem em sua finalidade.

Não há impedimento de que as demandas comecem individuais no Poder Judiciário, mas essas demandas podem acabar recebendo um tratamento conjunto se possuem questões de fato ou de direito comuns. O MDL, por exemplo,

está inserido em um contexto de demandas que se iniciaram individualmente, mas que havia casos com questões comuns — de fato ou de direito — não apenas no mesmo tribunal, mas em muitos outros tribunais.

Como uma medida de celeridade, de economia processual e até mesmo de redução dos custos processuais, esses casos são, então, todos reunidos para os atos instrutórios e, em seguida, passarão a serem julgados conjuntamente. Dessa forma, pratica-se uma única vez o ato, os custos da prática de um único ato são repartidos entre todos os envolvidos, consegue-se uma solução mais célere e previnem-se decisões possivelmente contraditórias, já que todos os casos receberão um único julgamento.

Mais ainda, com os feitos julgados conjuntamente, aumenta a possibilidade de os réus realizarem propostas de acordo, já que a condenação mediante uma decisão representará a necessidade de indenizar a vítima de diversos processos individuais no mesmo momento.

Por outro lado, as ações coletivas evitam que várias demandas individuais já ingressem no Poder Judiciário. Essas ações coletivas representam uma ampliação do acesso à justiça, na medida em que, dependendo do valor do dano, nem todas as pessoas irão ao Poder Judiciário buscar a reparação dessa lesão. As demandas coletivas são responsáveis por buscar a reparação de lesões que não seriam feitas na ótica do processo individual, devido a seu valor irrelevante.[34] Contudo, se considerados coletivamente, os danos causados podem ser significativos, permitindo as ações coletivas que esses danos não fiquem sem reparação.[35]

Mais ainda, considerando que, nos Estados Unidos, em princípio, todos os possíveis afetados estão abrangidos pela ação coletiva, salvo se expressamente se manifestarem sobre o desejo de *opt out*, não serão beneficiados apenas os que tiverem ajuizado sua ação individual ou vierem a ajuizar, mas, em um critério mais amplo, todos os que forem vítimas do evento danoso.

Essa afirmação permite, ainda, um viés econômico, na medida em que a perspectiva de ter que indenizar todos os lesados na ação coletiva, independentemente de que tenham ajuizado uma ação individual ou venham a ajuizar — o MDL só abrange quem tenha ajuizado a ação individual ou venha a ajuizar —, será um importante instrumento para impor às empresas o respeito à legislação, garantindo direitos como os dos consumidores.

Isso porque os custos de um processo individual — ou de vários processo individuais —, incluindo tanto as custas do processo, como os honorários advocatícios, como eventuais valores pagos a título de indenização ao autor, são considerados irrelevantes e absorvidos no próprio processo de produção, até mesmo porque, se o dano for irrelevante, nem todas as vítimas procurarão

reparar a lesão no Poder Judiciário. Já as ações coletivas representam um custo mais elevado para os réus, na medida em que os valores pagos a título de acordo ou em caso de condenação não conseguem ser absorvidos na cadeia produtiva.[36]

Cabe destacar que esse repasse dos custos ao consumidor não pode trazer uma perspectiva negativa para as ações coletivas, porque, em um mercado de livre concorrência, o encarecimento dos produtos os tornará menos competitivos,[37] aumentando as vendas de produtos fabricados por empresas que não foram rés em ações coletivas e, portanto, não precisaram fazer esse repasse de custos aos seus produtos.

Nesse sentido, após uma análise do comportamento dos agentes econômicos em relação ao Direito, constatou-se que, se uma empresa respeita as disposições legislativas e, um dia, causa danos, essa reparação dos danos pode ser obtida individualmente, a mera reparação do dano causado pode ser obtida pela via individual, com um tratamento adequado pelo MDL, para evitar casos repetitivos, ou pela via coletiva, sem que haja uma interferência no resultado.

Porém, se essa empresa é uma contumaz desrespeitadora das disposições legais, a ação coletiva, por seu grande impacto, poderá se revelar um instrumento mais eficaz para buscar uma correção no comportamento violador de direitos.

Em relação aos custos processuais, nos Estados Unidos cada parte paga as suas custas, não havendo a regra da sucumbência existente no Brasil, mas é comum que o advogado apenas receba honorários em caso de êxito na demanda.[38]

As custas processuais são em valor muito semelhante se comparada a ação coletiva e o MDL, o que não permite concluir uma vantagem para qualquer procedimento.[39] Já os honorários advocatícios acabam abatidos do valor final recebido, o que não coloca em vantagem autores individuais ou membros da classe.

Contudo, nos Estados Unidos, uma ação só será coletiva se assim for certificada. Caso contrário, prosseguirá como uma ação individual. Ocorre que os tribunais norte-americanos estão cada vez mais rigorosos na análise se uma ação preenche os requisitos como coletiva.[40]

A não certificação de diversas ações como coletivas acabou gerando uma multiplicação de demandas individuais, discutindo questões comuns. Como consequência, esses casos de ações não certificadas como coletivas acabaram gerando uma função não comum para o MDL: a de receber ações cuja intenção era de serem coletivas, mas que não tiveram a certificação concedida.[41]

Essa, porém, é uma atecnia que os tribunais construíram hoje no sistema. A teoria dos procedimentos apenas lhes permite um ponto de contato, preservando o procedimento e a finalidade diferentes de cada um.

5. A interface dos procedimentos

Apesar de as ações coletivas e do MDL serem procedimentos distintos e com finalidades distintas, em determinado momento pode acontecer a interface entre eles. É o momento em que existe uma ação coletiva e outras ações individuais, de vítimas que optaram não estar abrangidas pela ação coletiva, e se percebe que há várias demandas com questões comuns. Ao ser decidido que haverá o MDL, tanto as ações individuais, como a ação coletiva serão submetidas ao MDL, com o objetivo de estimular o acordo e, caso esse não seja possível, concluir a instrução para proferir o julgamento.[42]

A decisão no julgamento do MDL acabará gerando um mesmo resultado para as ações individuais e para as ações coletivas. Isso não significa a superioridade de um procedimento nem de outro, até mesmo porque são procedimentos não excludentes, com finalidades distintas.

Significa apenas que, quando for elevada a taxa de exclusão de uma ação coletiva, com várias demandas individuais em curso, o sistema, na prática, torna possível a solução dos casos, individuais ou coletivos, da mesma forma pelo MDL. Quem optou por uma demanda individual não terá consequência distinta do resultado da ação coletiva. O sistema de *opt out*, na verdade, é que acabará sem efeitos na prática, já que o resultado do julgamento será o mesmo para todos.

Nessa hipótese, a preocupação em não assoberbar o Poder Judiciário com demandas de massa acaba não por tirar a importância das ações coletivas. Pelo contrário, apenas reforça seu papel, na medida em que os autores individuais arcarão com custas e honorários advocatícios para terem um resultado prático equivalente aos membros da classe na ação coletiva.

Trata-se, na verdade, de uma opção adotada no país que privilegia os mecanismos de solução coletiva de conflitos, independentemente de quais sejam, na solução de demandas de massa e tem sucesso em redesenhar os institutos processuais à luz dessa realidade, para conseguir um tratamento adequado às demandas que chegam em seu Poder Judiciário.

6. Conclusão

Os Estados Unidos são um exemplo bem-sucedido de solução de demandas de massa, mediante o funcionamento harmônico das ações coletivas e de mecanismos de solução coletiva de conflitos.

É preciso destacar que as *class actions for damages* e o *Judicial Panel on Multidistrict Litigation* (MDL) não são os únicos mecanismos de solução de

demandas de massa no país, embora sejam os de maior destaque.

Foram enfatizados esses instrumentos pela relevância teórica, destacando, inicialmente, as diferenças procedimentais de cada um. Enquanto uma ação, após certificada como coletiva, será um único caso, que vinculará todos os membros da classe, exceto os que se manifestarem pelo *opt out*, o MDL significa a reunião de diversos processos, pendentes em vários tribunais federais, que possuam questões comuns de fato ou de direito. Esses casos serão instruídos e julgados conjuntamente.

As ações coletivas e o MDL enquanto mecanismo de solução coletiva de conflitos, porém, possuem finalidades distintas e existem harmonicamente no sistema, com êxito na solução de demandas massificadas, em uma relação de complementaridade.

Enquanto o MDL se preocupa com a molecularização de demandas que ingressam atomizadas em diversos tribunais federais do país, proferindo um único julgamento em relação aos casos, que vinculará todos os autores das demandas individuais e autores que venham a ajuizar demandas individuais sobre a mesma questão, as ações coletivas, além de vincularem todos que não expressarem a vontade de *opt out*, são uma importante ferramenta para a garantia do acesso à justiça e para a economia processual.

Contudo, essas diferenças não impedem que esses mecanismos funcionem conjuntamente nos tribunais. Na hora de reunir os processos para o MDL, não há impedimento de que haja uma ação coletiva e diversas ações individuais de autores que expressaram o desejo de *opt out* ao terem ciência da ação coletiva. O MDL poderá resolver todos esses casos conjuntamente, sem uma cultura de que um ou outro mecanismos seja mais eficazes.

Trata-se, na verdade, de apenas uma opção feita pelo ordenamento jurídico norte-americano de solucionar a multiplicação de processos diante da possibilidade de *opt out* na ação coletiva.

Essa opção acaba por tornar sem efeito a possibilidade de uma solução individual do caso manifestada quando do pedido de *opt out*, já que, no MDL, as ações individuais e a ação coletiva receberão um único julgamento, mas essa ideia representa mais um filtro no cenário norte-americano para conter a multiplicação de demandas que possam assoberbar o Poder Judiciário, objetivando garantir um tratamento adequado e eficaz aos conflitos que lhe são submetidos.

7. Notas

[1] Pós-Doutor pela Universidade de Regensburg, Alemanha. Doutor em Direito pela UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. Mestre em Direito pela Johann Wolfgang Goethe Universität (Frankfurt am Main, Alemanha). Especialista em Direito Processual Civil pela UnB. Professor nos cursos de graduação e pós-graduação da UERJ e da Unesa. Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, da Associação Brasil-Alemanha de Juristas e da *International Association of Procedural Law*. Ex-Promotor de Justiça. Desembargador Federal.

[2] Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (Unesa). Professora no curso de graduação da Universidade Candido Mendes (Ucam), campi Tijuca e Méier. Advogada.

[3] BRICKMAN, Lester. The use of litigation screenings in mass torts: a formula for fraud? *Southern Methodist Law Review.* Dallas: Southern Methodist University, v. 61, p. 1223, agosto de 2008.

[4] BURCH, Elizabeth Chamblee. Unsettling Efficiency: When Non-Class Aggregation of Mass Torts Creates Second-Class Settlements. *Louisiana Law Review*. Lousiana: Lousiana Law School, v. 65, p.7, outono de 2004. Disponível em: <http://works.bepress.com/elizabeth_burch/3>. Acesso em: 07 abr. 2013.

[5] NAGAREDA, Richard A. *Mass Tort Litigation in a World of Settlement.* Chicago: Oxford University, 2007, p. XII.

[6] FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Manual for Complex Litigation.* Fourth Edition, 2004, p. 342. Disponível em: <https://public.resource.org>. Acesso em: 07 abr. 2013.

[7] Sobre o perfil das ações de classe nas décadas de 1960 e 1970 nos Estados Unidos, remete-se a FISS, Owen. A Teoria Política das Ações Coletivas. *Um Novo Processo Civil*: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 242-249.

[8] HENSLER. Deborah R.., PACE, Nicholas M, DOMBEY-MOORE, Bonita, GIDDENS, Beth, GRONS, Jennifer, MOLLER, Erik K. *Class Action Dilemmas*: Pursuing Public Goals for Private Gain. Santa Mônica: Rand Institute for Justice, 2000, p. 12.

[9] HENSLER, Deborah R. The Globalization of Class Action: an Overview. In: HENSLER, Deborah, HODGES, Christopher, TULIBACKA, Magdalena. *The Annals of the American Academy of Political and Social Sicente.* Filadélfia: SAGE, v. 622, março de 2009, p.8-9.

[10] BURCH, Elizabeth Chamblee. *Op. Cit.*, p.1.

[11] As diferenças culturais em relação à cultura litigante entre os dois países não se restringem aos litígios de massa, mas, utilizando estes como exemplo, remete-se à abordagem de algumas características do litígio nos Estados Unidos a GÓMEZ, Manuel A. *Will the Birds Stay South?* The Rise of Class Actions and Other Forms of Group Litigation Across Latin America, setembro de 2011, p. 1-15. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1930413>. Acesso em: 06 abr. 2013.

[12] Apenas para exemplificar, a competência da Justiça Federal nos Estados Unidos não segue o mesmo critério para deter-

minar a competência da Justiça Federal no Brasil.

[13] FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Op. Cit.,* p. 121-122.

[14] *Ibid.,* p. 355 e BURCH, Elizabeth Chamblee. *Op. Cit.,* p. 182.

[15] TRANSGRUD, Roger H. Aggregate Litigation Reconsidered. *Arguendo*: The George Washington Law Review. George Washington Law School, p. 1, fevereiro de 2011. Disponível em: <http://groups.law.gwu.edu/LR/Pages/Article.aspx?ArticleID=279>. Acesso em: 06 abr. 2013.

[16] BURCH, Elizabeth Chamblee. *Op. Cit.,* p. 1.

[17] BURCH, Elizabeth Chamblee.Litigation Groups. *Alabama Law Review.* Alabama: Alabama Law School, v. 61, n. 1, p. 15-34, dezembro de 2009.

[18] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 80-92.

[19] A única exceção que sem tem notícia, que se admitiu uma ação como coletiva, sem que estivessem relatados no processo todas as pretensões da classe ocorreu no caso *Cooper v. Federal Reserve Bank of Richmond*, uma ação de classe de empregados que alegavam discriminação por seu empregador. (Sobre o tema: SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A Legitimidade do Indivíduo nas Ações Coletivas*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Universidade Estácio de Sá. Orientador: Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Rio de Janeiro, 2012, p. 46).

[20] SHERMAN, Edward F. "Abandoned Claims". In: Class Actions: Implications for Preclusion and Adequacy of Counsel. *George Washington Law Review.* Pensilvânia: George Washington Law School, v. 79, n. 783, fev. 2011, p. 484.

[21] HENSLER, Deborah R, HODGES, Christopher, TULIBACKA, Magdalena. *Op. Cit.,* p. 36.

[22] Dados obtidos em: <http://www.classactionlitigation.com/fcapmanual/chapter2.html/>. Acesso em: 22 mar. 2012.

[23] HENSLER, Deborah H. Goldilocks and the Class Action. *Harvard Law Review.* Harvard: Harvard Law School, vol. 126, p. 58, dezembro de 2012 .

[24] Outros dados podem ser obtidos em SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *Op. Cit.*

[25] Os referidos dados podem ser obtidos em FITZPATRICK, Brian T. An Empirical Study of Class Action Settlement and Their Fee Awards. *Journal of Empirical Legal Studies* (forthcoming 2010). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1442108##>. Acesso em: 20 jul. 2012.

[26] Regras disponíveis em <http://www.jpml.uscourts.gov/rules-procedures>. Acesso em: 9 abr. 2013.

[27] O modelo norte-americano também possui a previsão que se pretende implementar no Brasil da problemática separação hermenêutica entre questões de fato e de direito, uma ficção jurídica de grande problematicidade hermenêutica Sobre o tema: STRECK, Lênio Luiz. O Direito de Obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em Época de Crise do Direito: A Necessária Concretização dos Direitos Humanos. *Hendu*, 1, julho de 2010. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/viewFi-

le/374/603>. Jul. 2010. Acesso em: 09 abr. 2013.

[28] RICHARDS, Daniel A. An Analysis of The Judicial Panel on Multidistrict Litigation's Selection Of Transferee District and Judge. *Fordham Law Review.* Nova Iorque*:* Fordham Law School, v. 78, n. 1, p. 329, outubro de 2009 .

[29] *Ibid.*, p. 311-312.

[30] *Ibid.,* p. 317.

[31] Disponível em: http://www.jpml.uscourts.gov/sites/jpml/files/Pending_MDL_Dockets-By-District-November-2012.pdf. Acesso em: 12 abr. 2013.

[32] NAGAREDA, Richard A. *Op. Cit.,* p. 7.

[33] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Op. Cit.,* p. 33-36.

[34] ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: contribuições e desmitificações. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, v. 9, n. 29, p. 54, jul.-dez. 2006.

[35] DEFFAINS, Bruno, DORIAT-DUBAN, Myriam, LANGLAIS, Éric. *Economie des actions collectives.* Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 2008, p. 20-21.

[36] *Ibid.,* p. 22.

[37] DEMOUGIN, Dominique. Class Action from an Economic Point of View. In: COHEN, Dany. *Droit et Économe Du Procés Civil.* Paris: L.G.D.J., 2010, p. 81.

[38] Gómez, Manuel A. *Op. Cit*., p. 2-3.

[39] SHERMAN, Edward F. The MDL Model for Resolving Complex Litigation if Class Action is Not Possible. *Tulane Law School,* Research Paper n. 8-12, p. 10, junho de 2008. Disponível em: <www.ssrn.com/abstract=1407588>. Acesso em: 9 abr. 2013.

[40] KLONOFF, Robert H. *The Decline of Class Actions.* Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2038985>. Acesso em: 20 jul. 2012.

[41] SHERMAN, Edward F. *Op. Cit.*, p. 3.

[42] *Ibid.,* p. 5.

8. Referências bibliográficas

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: contribuições e desmitificações. *Revista Direito, Estado e Sociedade.* Rio de Janeiro: PUC-Rio, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul.-dez. 2006.

BRICKMAN, Lester. The use of litigation screenings in mass torts: a formula for fraud? *Southern Methodist Law Review.* Dallas: Southern Methodist University, v. 61, p. 1221-1354, agosto de 2008.

BURCH, Elizabeth Chamblee. BURCH, Elizabeth Chamblee. Litigation Groups. *Alabama Law Review.* Alabama: Alabama Law School, v. 61, n. 1, p. 1-59, dezembro de 2009.

_____. Unsettling Efficiency: When Non-Class Aggregation of Mass Torts Creates Second-Class Settlements. *Louisiana Law Review*. Lousiana: Lousiana Law School, v. 65, outono de 2004. Disponível em: <http://works.bepress.com/elizabeth_burch/3>. Acesso em: 07 abr. 2013.

COHEN, Dany. *Droit et Économe Du Procés Civil.* Paris: L.G.D.J., 2010, 298 p..

DEFFAINS, Bruno, DORIAT-DUBAN, Myriam, LANGLAIS, Éric. *Econo-*

mie des actions collectives. Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 2008, 64 p.

FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Manual for Complex Litigation.* Fourth Edition, 2004. Disponível em: <https://public.resource.org>. Acesso em: 07 abr. 2013.

FITZPATRICK, Brian T. An Empirical Study of Class Action Settlement and Their Fee Awards. *Journal of Empirical Legal Studies* (forthcoming 2010). Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1442108##>. Acesso em: 20 jul. 2012.

GÓMEZ, Manuel A. *Will the Birds Stay South?*The Rise of Class Actions and Other Forms of Group Litigation Across Latin America, setembro de 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1930413>. Acesso em: 06 abr. 2013.

HENSLER. Deborah R., PACE, Nicholas M, DOMBEY-MOORE, Bonita, GIDDENS, Beth, GRONS, Jennifer, MOLLER, Erik K. *Class Action Dilemmas*: Pursuing Public Goals for Private Gain. Santa Mônica: Rand Institute for Justice, 2000.

_____. Goldilocks and the Class Action. *Harvard Law Review.* Harvard: Harvard Law School, 2012, vol. 126, p. 56-60, dezembro de 2012, 636 p.

_____. The Globalization of Class Action: an Overview. In: HENSLER, Deborah, HODGES, Christopher, TULIBACKA, Magdalena. *The Annals of the American Academy of Political and Social Sicente.* Filadélfia: SAGE, v. 622, março de 2009, p. 7-29.

NAGAREDA, Richard A. *Mass Tort Litigation in a World of Settlement.* Chicago: Oxford University, 2007, 379 p.

FISS, Owen. A Teoria Política das Ações Coletivas. *Um Novo Processo Civil*: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, p. 233-249, 2004.

KLONOFF, Robert H. *The Decline of Class Actions.* Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2038985>. Acesso em: 20 jul. 2012.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, 412 p.

RICHARDS, Daniel A. An Analysis of The Judicial Panel on Multidistrict Litigation's Selection Of Transferee District and Judge. *Fordham Law Review.* Nova Iorque*:* Fordham Law School, 2009, v. 78, n. 1, p. 311-348, outubro de 2009.

SHERMAN, Edward F. "Abandoned Claims" in Class Actions: Implications for Preclusion and Adequacy of Counsel. *George Washington Law Review.* Pensilvânia: George Washington Law School, v. 79, n. 783, p. 483-505, fev. 2011.

_____. The MDL Model for Resolving Complex Litigation if Class Action is Not Possible. *Tulane Law School,* Research Paper n. 8-12, p. 10, junho de 2008. Disponível em: <www.ssrn.com/abstract=1407588>. Acesso em: 9 abr. 2013.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A Legitimidade do Indivíduo nas Ações*

Coletivas. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Universidade Estácio de Sá. Orientador: Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Rio de Janeiro, 2012, 244 p.

STRECK, Lênio Luiz. O Direito de Obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em Época de Crise do Direito: A Necessária Concretização dos Direitos Humanos. *Hendu*, 1, julho de 2010. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/viewFile/374/603>. Jul. 2010. Acesso em: 09 abr. 2013.

TRANSGRUD, Roger H. Aggregate Litigation Reconsidered. *Arguendo*: The George Washington Law Review. George Washington Law School, p. 1, fevereiro de 2011. Disponível em: <http://groups.law.gwu.edu/LR/Pages/Article.aspx?ArticleID=279>. Acesso em: 06 abr. 2013.

Os instrumentos jurídico-econômicos em prol da proteção do *ouro azul*

Ana Alice De Carli[1]

1. Introdução

A história tem demonstrado que a humanidade é muito apegada a símbolos, os quais revelam culturas, valores e crenças. Entretanto, tal forma de linguagem também pode servir de veículo de mudanças de paradigmas, como o exemplo do "Dia Mundial da Água" — dia 22 de março —, definido pela Organização das Nações Unidas (ONU) como marco da Campanha "Água para a Vida 2005/2015". A *ratio subjacente* de se estabelecer uma data especial para celebrar o *líquido precioso* é o caráter didático, no intuito de despertar a consciência de que a água é essencial para a sobrevivência de todos, inclusive do próprio Planeta Terra. Apenas para ilustrar, na África cerca de 300 milhões de pessoas convivem com a dura realidade da falta de acesso ao líquido vital. Nesse contexto, a ONU desenvolve estratégias para mobilizar a comunidade internacional a se comprometer com a racionalização do uso desta riqueza (MOVIMENTO GAIA).

No Brasil, a educação ambiental — regulamentada pelo Diploma Normativo Federal nº 9.795/99, embora não esteja expressamente prevista no rol dos instrumentos da Política Nacional dos Recursos Hídricos, representa, indubitavelmente, profícuo mecanismo à realização dos objetivos da Lei das Águas brasileira, dentre os quais está o de garantir o direito de acesso à água potável para as gerações presente e futura.

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2013/18) n.18: 151-173 - UCAM (Rio de Janeiro)

Há de se ter em conta, conquanto, que a educação ambiental deve ultrapassar o escopo dos programas educativos escolares e de universidades, alcançando todos os atores sociais (Estado, empresas e consumidores), porque, se a conscientização não for coletiva, dificilmente se conseguirá fazer a travessia do descaso com o Meio Ambiente para a conduta consciente, racional e pró-Natureza.

Algumas empresas, embora ainda haja longo caminho a percorrer para atingir o equilíbrio entre desenvolvimento econômico e sustentabilidade ambiental, têm demonstrado preocupação e interesse em transformar as velhas práticas produtivas, introduzindo no "ciclo de produtação" (MAGALHÃES, 2007)[2] elementos sustentáveis, de forma a amenizar os impactos ambientais, visto que, de alguma maneira, as práticas de produção e consumo de um bem, ainda que dentro de padrões sustentáveis, acabam alterando o ecossistema. Segundo Bibi van der Zee (ZEE, 2010), estudos realizados na Inglaterra revelaram que parcela significativa de jovens profissionais evita trabalhar em empresas que não se preocupam em atuar de forma ética, o que inclui os cuidados com a sustentabilidade ambiental.

Na linha de pensamento de Daniel Goleman (GOLEMAN, 2009), quando ressalta a importância da Ecologia Industrial[3] e do princípio *da transparência radical*, defende-se o acesso universal às informações dos impactos ambientais das diferentes etapas dos produtos, abarcando desde a fase inicial de elaboração até seu consumo e descarte final, como uma das formas de o homem se educar ecologicamente, alterando radicalmente seu comportamento diante da Natureza.

José Renato Nalini (NALINI, 2009) vaticina que "se a humanidade continuar a dispor dos bens da terra como se eles fossem inesgotáveis, inexauríveis e a se servir da natureza como um imenso *supermercado gratuito e sem dono*, não haverá destino para a espécie". Tais palavras soam pessimistas, mas, de fato, revelam uma dura realidade e uma preocupação constante.

A preocupação com o ecossistema em sentido *lato* e, por conseguinte, com as condutas antrópicas que lhe causam impactos negativos, tem sido um dos motes mais aventados nos discursos acadêmicos, sociais e econômicos quando o tema enfeixa Meio Ambiente, desenvolvimento socioeconômico e sustentabilidade.

No caso do ecossistema hídrico já há sinais evidentes, empíricos, de sua exaustão, seja pelo consumo em crescimento exponencial e desarrazoado, seja pela sua poluição constante, o que impõe mudanças prementes e necessárias por parte do Estado, como tutor e gestor do interesse público — o qual consagra o interesse comum da comunidade —, bem assim dos demais atores sociais no tocante ao seu *modus vivendi*.

2. A Proteção do Ouro Azul e a Lei Nacional das Águas: Lei no 9.433/97

"A água é o motor da economia verde", acentua Zafar Adeel,[4] diretor da *UN WATER*. O líquido vital é mais do que isso, visto que suas múltiplas concepções e funções o tornam, indelevelmente, essencial à vida. Nesse contexto, a água, como todo ser vivo, segue processo natural de desenvolvimento, o ciclo hidrológico, definido por Salatiel Venancio (VENANCIO, 2011)[5] como:

> essencial para o desenvolvimento da vida na Terra e é composto de três fenômenos principais: evaporação para a atmosfera, condensação em forma de nuvens e precipitação, mais frequentemente em forma de *chuva*, sobre a superfície terrestre, onde ela se dispersa sobre as mais variadas maneiras, de acordo com a superfície receptora, escoando sobre a superfície, infiltrando-se e/ou evaporando-se.

O desenvolvimento de políticas no plano nacional, com reflexos no âmbito regional e local dos recursos hídricos, é fundamental para proteção deste ciclo natural, sob pena de prejuízos qualitativos e quantitativos dessa riqueza, no presente e no futuro. Nesse contexto, a Lei nº 9.433/97, a *Lei das Águas*, estabelece como premissas inafastáveis para o implemento da Política Nacional dos Recursos Hídricos o reconhecimento de que a água é bem de domínio público; finito; dotado de valor econômico; e seu uso deve ser prioritário ao consumo humano e dessedentação de animais.

O referido diploma normativo tem como escopo dar concretude ao disposto no art. 225 da Carta Maior de 1988, que estabelece como dever de todos a preservação do Meio Ambiente, e determina ao Poder Público a obrigação de implementar políticas públicas no sentido de gerir e proteger o macrossistema ecológico, do qual as águas fazem parte.

A água doce é essencial à existência da vida, fundamental ao desenvolvimento econômico e à produção de alimentos, imprescindível ao uso doméstico, especialmente no espaço urbano, construído artificialmente pelas cidades. Nesse contexto, a sustentabilidade dos recursos hídricos impõe à humanidade mudanças de paradigmas, com vistas a adequar seus interesses à preservação da Natureza. Nessa trilha, afirmam Yanko M. de Alencar Xavier e Lívia M. do Nascimento (XAVIERN e NASCIMENTO):

> Alterações substanciais devem ser verificadas no âmbito dos mecanismos e legislação sobre os usos da água, da avaliação dos impactos, da disponibilidade de água *per capita* e das necessidades de gerenciamento integrado,

> tendo-se em vista a urgência na implementação de uma sustentabilidade dos recursos hídricos e do desenvolvimento.

A esse respeito não se pode ignorar que o quantitativo de água doce no mundo chega a 2,8%, sendo o restante de 97,2% de água salgada, a qual, para ser passível de consumo humano, depende de oneroso processo de dessalinização.

A Política Nacional dos Recursos Hídricos brasileira, conforme sublinhado, funda-se na premissa de que a água é recurso natural finito e indispensável à sobrevivência das pessoas, da fauna e da flora. Assim, é condição necessária à sua preservação a efetividade de gestão séria, descentralizada e participativa, envolvendo todos os atores sociais no compromisso com uma governança sustentável. Nessa senda, a Lei nº 9.433/97, além de instituir a Política Nacional, regulamenta e sistematiza as diversas formas de tutela dos mananciais de águas no território brasileiro.

É oportuno frisar que também em âmbito internacional, nos vários eventos organizados, a preocupação em encontrar caminhos que levem à preservação do que ainda resta de água - especialmente a doce, que é para consumo — tem sido a tônica dos trabalhos apresentados e dos debates. Nesse sentido, vale ressaltar a *Conferência sobre Água e Economia Verde*,[6] realizada na Espanha em outubro de 2011, preparatória para a Rio+20, sob os auspícios da *United Nations Water*.

No que diz respeito à *Lei das Águas brasileiras*, assevera José Afonso da Silva (SILVA, 2004) que a mesma visa a "dar organicidade e sistemática às formas de proteção dos recursos hídricos brasileiros para além da simples proteção contra a poluição". Neste sentido, em seu art. 1º, o diploma em tela expõe alguns princípios basilares - os quais merecem algumas considerações:

> I - a água é um **bem de domínio público**; II - a água é um **recurso natural limitado, dotado de valor econômico**; III - **em situações de escassez**, o **uso prioritário** dos recursos hídricos é o **consumo humano e a dessedentação de animais** (sem grifo no original).

O princípio esculpido no inciso I, do dispositivo em referência, segundo o qual a "água é um bem de domínio público", revela uma série distinta de aspectos relevantes, na opinião de Paulo Affonso Leme Machado (MACHADO, 2011), para quem a expressão *domínio,* utilizada pela Lei em comento, não torna a União e os Estados-membros proprietários do *ouro azul*.[7] Conforme interpretação do referido ambientalista pátrio: "a dominialidade pública da água, afirmada na Lei 9.433/97, não transforma o Poder Público federal e estadual em proprietário da água, mas o torna gestor desse bem, no interesse de todos". Na mesma linha de pensamento, Celso Pacheco Fiorillo (FIORILLO, 2000) esclarece:

> [...] a aludida lei, no seu art. 1º, ao estabelecer os fundamentos da Política Nacional dos Recursos Hídricos, refletiu uma impropriedade. No inciso I, desse artigo, preceituou-se que a água é um bem de domínio público. Tal assertiva padece de inconstitucionalidade, porquanto, conforme demonstrado, a água é um bem tipicamente ambiental, sendo, portanto, de uso comum do povo [...], bem difuso.

Coerente com o pensamento dos mencionados autores, pontua Luciana Cordeiro de Souza (SOUZA, 2006) que o disposto no art. 1º, da Lei nº 9.433/97 não se coaduna com a normativa constitucional, esculpida no art. 225, que trata a água — *microbem ambiental* — como *bem de uso comum do povo*, tratando-se de "um bem difuso", o que importa em arguição de vício de inconstitucionalidade desse inciso, pontua a autora. João Marcos Adede y Castro (ADEDE y CASTRO, 2008) também contesta a expressão "domínio público", ao argumentar que o legislador, ao tratar os mananciais de águas (rios, lagos, lagoas etc) como bens da União e dos Estados não os qualifica como bens de "governos ou de administrações", mas a exegese correta é a de que se trata de bens públicos. Cabendo aos representantes do povo (governos e parlamentares) tão somente o dever de preservar os recursos naturais, que são de todos.

Para a administrativista brasileira Odete Medauar (MEDAUAR, 2004), a *dominialidade pública* não se confunde com o domínio privado. E acrescenta:

> Os bens públicos têm titulares, mas os direitos e os deveres daí resultantes, exercidos pela Administração, não decorrem do direito de propriedade no sentido tradicional. Trata-se de um vínculo específico, de natureza administrativa, que permite e impõe ao poder público, titular do bem, assegurar a continuidade e regularidade da sua destinação, contra quaisquer ingerências.

Na linha de pensamento esposada pelos mencionados estudiosos, entende-se que, de fato, os *bens*, quando adjetivados do vocábulo *público*, consubstanciam bens da coletividade, porquanto o Estado constitui figura jurídica, cujo desiderato é articular racionalmente os interesses da sociedade. No entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, 2002), o Estado, fundado no princípio da soberania nacional (art. 1º, p.u., CF/88), tem o domínio eminente sobre todos os bens inseridos no respectivo território. Assim explica o administrativista: "o domínio eminente se manifesta, porém, diferentemente, sobre cada uma das mencionadas categorias de bens: sobre os bens públicos, sobre os bens privados[8] e sobre os bens de ninguém (*res nullius*)".

Nesse sentido, os *bens públicos* têm a função social de atender às finalidades institucionais de interesse público, enquanto os *bens de ninguém* (os *bens adéspotas*) seriam aqueles "sobre os quais o Estado não pode ou não quer reconhecer, nem instituir qualquer tipo amplo de disposição, pública ou privada", assevera Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Op. Cit.*).

Ainda, segundo o mencionado administrativista pátrio, alguns bens adéspotas, sob certas condições, podem ser apropriáveis. São aqueles sobre os quais o Estado exerce domínio eminente, por meio de "regimes especiais que disciplinam sua apropriação ou sua utilização, como o são os regimes das águas, do subsolo, da energia, do espaço aéreo, da fauna e da flora".

Como se depreende dessa vertente de pensamento, há bens que, por essência e finalidade, pertencem a todos e, paradoxalmente, não são de ninguém, a água e o ar são exemplos clássicos dessa ordem de raciocínio. Esses dois elementos da Natureza, por serem vitais aos seres vivos, não podem submeter-se à ideia tradicional de propriedade, da qual são extraídos os direitos, em regra, incontestes, de uso, gozo e disposição (CÓDIGO CIVIL, 2002) do titular, tampouco, deixados à mercê dos desejos e da negligência individuais, donde se infere a importância de a Constituição reservar aos Entes Políticos as prerrogativas de gerir, controlar e fiscalizar os mananciais de água.

Paulo Affonso Leme Machado (*Op. Cit.*), ao se debruçar sobre o quadro normativo da Lei nº 9.433/97, assinala que a *Lei das Águas* delineia a *sustentabilidade* dos recursos hídricos, a partir de três perspectivas: "disponibilidade de água", "utilização racional" e "utilização integrada".

A *disponibilidade da água,* a que se refere o autor, é equitativa, eis que o direito ao acesso ao líquido vital deve ser exercido por todos. A *utilização racional* do *ouro azul*, a seu turno, depende de uma série de variáveis, desde a formulação de políticas públicas, por meio de instrumentos jurídicos e econômicos (a exemplo da outorga do direito de uso e da cobrança de tributo em caso de necessidade de restrição do uso quando excessivo) até o desenvolvimento de atividades que fomentem a educação ambiental e as inovações tecnológicas, com vistas à preservação dessa riqueza e de outras. Por fim, sustenta *o estudioso em tela que a utilização integrada dos mananciais de águas é parte elementar* de sua sustentabilidade, cujas diretrizes estão estabelecidas no art. 3º da Lei das Águas:

> Art. 3º Constituem diretrizes gerais de ação para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos:
>
> I - a gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade;
>
> II - a adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País;

> III - a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental;
>
> IV - a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional;
>
> V - a articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo;
>
> VI - a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras.

A *Lei Nacional das Águas* também estabelece um conjunto de instrumentos à implementação efetiva da gestão do *ouro azul,* consoante se extrai do seu art. 5º. A rigor, o diploma legal em análise tem a finalidade precípua de disciplinar a criação de um sistema integrado, entre órgãos de âmbitos federal, estaduais, municipais, as comunidades locais e demais usuários, com vistas ao desenvolvimento de uma gestão cooperativa, solidária e racional dos mananciais de água, garantindo o líquido vital para esta e para as futuras gerações.

Reconhece-se a importância da *Lei das Águas* brasileira, no entanto, admite-se que ainda há lacunas no tocante à sua eficácia, pois, apesar de prever a gestão participativa com a atuação das comunidades interessadas, no mundo da *praxis* verifica-se que as iniciativas são pontuais, o que pode ser reflexo da "centralização do poder definitivo de decisão em órgãos públicos e administrativos, que vão de encontro à ideia de gestão descentralizada e participativa", como conclui Manuela Paradeda Montanari (MONTANARI, 2012).

Embora não se pretenda neste trabalho discorrer sobre a previsão normativa da participação da população no processo de gestão do líquido precioso, vale destacar a relevância de se refletir sobre o tema.

3. Os instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos

A Carta Constitucional brasileira de 1988, conforme já mencionado, elevou o Meio Ambiente à qualidade de "bem de uso comum do povo"; sendo a água um de seus elementos, a ela estende-se tal natureza jurídica.

No entanto, o uso desordenado, descompromissado e irresponsável dessa riqueza finita gera impactos negativos que repercutem no bem-estar de todos os seres vivos e no desenvolvimento econômico. Assim, a gestão das águas — fundamental para sua proteção — precisa de instrumentos efetivos. Nesse sentido, a Lei nº 9.433/97 (Lei das Águas) contempla os mecanismos para a

consecução da Política Nacional dos Recursos Hídricos, os quais são importantes à administração dos usos múltiplos do *ouro azul*, consoante dispõe o art. 5º:

> I - os Planos de Recursos Hídricos;
>
> II - o enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água;
>
> III - a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos;
>
> IV - a cobrança pelo uso de recursos hídricos;
>
> V - a compensação a municípios;
>
> VI - o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos.

Seguindo a lógica normativa mencionada, destacam-se os *Planos de Recursos Hídricos* (www2.ana.gov.br), os quais contribuem sensivelmente para a implantação de programas e projetos relacionados com a gestão dos usos das águas, à medida que apontam estatísticas, diagnósticos, metas de racionalização de uso e ações necessárias para sua realização, bem como contemplam situações que exigem prioridade para outorga de direitos de uso de recursos hídricos, critérios para a cobrança pelo uso das águas, entre outras diretrizes, nos termos do art. 7º, do diploma legal em tela.[9]

Vale dizer, o art. 6º da Lei das Águas conceitua o referido instrumento de gestão como "planos diretores que visam a fundamentar e orientar a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e o gerenciamento dos recursos hídricos". Nesse sentido, a Agência Nacional de Águas apresenta uma lista de *planos de recursos hídricos*, a saber: Bacia do Rio Doce, Complexo Estuarino Lagunar Mundaú/Manguaba, Guarda e Guandu Mirim — PBH-Guandu,[10] Plano Estratégico de Recursos Hídricos da Bacia Amazônica — Afluentes da Margem Direita, São Francisco Tocantins-Araguaia, Verde Grande e Plano Nacional de Recursos Hídricos.

A propósito, na América do Sul, o Brasil é pioneiro na elaboração de um plano para garantir o uso sustentável das águas até 2020, informa o Relatório de Gestão 2003/2006 do Ministério do Meio Ambiente.

O segundo instrumento da Política Nacional de Recursos Hídricos, contemplado no art. 5º da Lei das Águas, é o *enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água*. Este mecanismo de gestão tem como objetivo assegurar a qualidade das águas de acordo com seus variados usos, além de propiciar a diminuição dos custos relativos ao controle da poluição do líquido vital, por meio de ações de caráter preventivo.

A Resolução Conama nº 357/2005 estabelece uma classificação das águas doces levando em conta seus múltiplos usos. Nesse sentido, merece destaque

a *classe especial,* que compreende as águas destinadas ao consumo humano, com desinfecção, e aquelas destinadas à preservação do equilíbrio natural do ambiente e das espécies aquáticas. Na sequência, pode-se identificar as classes 1, 2, 3 e 4. A *primeira classe*, de acordo com a normativa em tela, destina-se ao consumo humano, após processo simplificado de tratamento;[11] à proteção das comunidades aquáticas; à recreação de contato primário (natação, esqui aquático e mergulho) e à irrigação de hortaliças e frutas. A *segunda classe* de águas baseia-se em tratamento convencional,[12] destinada ao consumo humano, à proteção das comunidades aquáticas, à aquicultura, às atividades pesqueiras etc. A *terceira classe* de águas compreende aquelas que recebem tratamento convencional ou avançado, sendo utilizadas "à irrigação de culturas arbóreas, cerealíferas e forrageiras; à pesca amadora; à recreação de contato secundário e à dessedentação de animais". Por fim, a *quarta classe* de águas doces destina-se à navegação e à harmonia paisagística.

A aludida Resolução do Conama também contempla outros dois grupos de águas: *as águas salinas e as águas salobras*. As *águas salinas* dividem-se em duas classes: a *classe 5* compreende aquelas destinadas à recreação, à proteção das espécies aquáticas e à aquicultura, enquanto a *classe 6* está voltada à navegação, à harmonia paisagística e à recreação de contato secundário. O grupo das *águas salobras* também é segmentado em duas espécies: a *classe 7* tem como funções a recreação primária, a proteção da espécies aquáticas e aquicultura; já a *classe 8* de águas salobras destina-se à navegação comercial, à estética paisagística e à recreação secundária.

Há outras classificações de água, como revela o professor Paulo Cesar Lima Azevedo (AZEVEDO, 2011), que confere ênfase à "água natural; água mineral; águas subterrâneas; águas superficiais; água do mar; água da chuva; água pura ou destilada; água deionizada e à água potável ou doce.[13].

A *outorga dos direitos de uso de recursos hídricos*,[14] por sua vez, é um dos mais eficientes mecanismos de controle do uso das águas. A Constituição Federal de 1988 reza em seu art. 21, inciso XIX, ser da competência da União o estabelecimento dos critérios para concessão de outorga de direitos de uso dos recursos hídricos. A Lei nº 9.433/97, a seu turno, consagra, em seu art. 11, os objetivos do regime de outorga, quais sejam, "assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água". Essas diretrizes são normas de observância obrigatória por parte de todos os Entes da Federação e por aqueles que receberam a outorga.

Assim, ao concederem a outorga do direito de uso do líquido precioso, a União e os Estados não apenas atuam como gestores desta riqueza natural — logo são fiscalizadores do seu uso —, como também estão declarando que aqueles beneficiários (concessionários) preencheram os requisitos necessários

para o recebimento da concessão. Por outro lado, os outorgados do direito de uso das águas assumem a responsabilidade de usá-la de forma sustentável.

Não somente ao Poder Público cumpre a função fiscalizadora, à medida que a água é, ao mesmo tempo, *bem de uso comum do povo* — ou seja, um direito fundamental difuso — e *sujeito de direitos*, mas também cabe a qualquer cidadão (no sentido *lato* do termo, isto é, abarcando todos aqueles indivíduos que estão domiciliados em território brasileiro), representar junto aos órgãos públicos quando verificar qualquer irregularidade no uso do *ouro azul* no regime de outorga.

A Lei nº 9.433/97 apresenta a finalidade da cobrança, por meio do instituto da outorga pelo uso da água. Assim, em seu art. 19 elenca os fundamentos sociojurídicos da imposição do ônus financeiro sobre os usuários do líquido vital:

> Art. 19. A **cobrança pelo uso** de recursos hídricos **objetiva**:
>
> I - reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor;
>
> II - **incentivar a racionalização do uso da água;**
>
> III - obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos (sem grifo no original).

Embora as três razões insculpidas no citado artigo são extremamente importantes para a gestão das águas, apregoa-se, em um primeiro momento, o *incentivo à racionalização do uso da água* como o mais relevante dos fundamentos, pois dele se pode extrair o princípio da sustentabilidade hídrica. Sendo o primeiro objetivo — *reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor* — corolário daquele. No tocante à terceira finalidade da cobrança pelo uso da água, considera-a importante sob a perspectiva funcional, visto que os programas e projetos voltados à preservação das águas dependem de recursos.

A Lei das Águas brasileira estabelece em seu art. 12 as hipóteses de usos de recursos hídricos sujeitos à outorga, a saber:

> I - derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo;
>
> II - extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo;

> III - lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, **tratados ou não**, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final;
>
> IV - aproveitamento dos potenciais hidrelétricos;
>
> V - outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água. (sem grifo no original).

Conforme se verifica no inciso III, do dispositivo anteriormente transcrito, a *Lei das Águas* ainda admite o lançamento em corpos de água de esgotos não tratados. Entende-se, porquanto, que esta norma encontra-se em estado de inconstitucionalidade progressiva,[15] pois à medida que houver a implementação plena dos sistemas de tratamento de esgoto em todos os Municípios, não haverá mais espaço normativo permissivo para lançamento de esgoto não tratado nos mananciais de água. Por hora, o dispositivo em tela ainda é constitucional, embora viole o disposto no art. 225 da CF/88, que impõe a tutela do Meio Ambiente ao Estado por meio de ações legislativas e materiais.

Retomando a análise do instrumento de *outorga dos direitos de uso de recursos hídricos,* faz-se mister realçar que o mencionado art. 12 da *Lei das Águas* traz também algumas situações em que é dispensado o regime de outorga dos recursos hídricos; isso por conta da observância do princípio do mínimo existencial. Assim, independem de outorga:

> o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural; as derivações, captações e lançamentos considerados insignificantes e as acumulações de volumes de água consideradas insignificantes.

Não é demais repisar que o compromisso de garantir o pleno exercício do direito ao acesso à água potável está diretamente relacionado aos princípios da dignidade humana e do mínimo existencial, razão pela qual o *Diploma Nacional das Águas* estabelece, em algumas situações, a dispensa de outorga, o que não implica dizer que os seus beneficiários estão dispensados de observar o princípio da sustentabilidade no uso do *ouro azul.*

O Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), em suas Resoluções 16/2001 e 65/2006, conceitua o instituto da *outorga dos direitos de uso de recursos hídricos* da seguinte forma:

> **ato administrativo**[16] mediante o qual a autoridade outorgante faculta ao outorgado previamente ou mediante o direito de uso de recurso hídrico, **por prazo determinado**, nos termos e nas condições expressas no respectivo

> ato, consideradas as legislações específicas vigentes (sem grifo no original).

De fato, a *outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos*, como instrumento de gerenciamento dos mananciais de água, compreende, conforme lições de Talden Farias (FARIAS, 2012), "um conjunto de ações e de metas que têm por objetivo garantir a distribuição quantitativa, a distribuição qualitativa e o acesso equitativo a esse recurso", razão pela qual o ato administrativo que materializa a outorga deve ser de natureza precária, ou seja, passível de revogação diante de mudanças geo-hidrológicas, ou mesmo objeto de cassação quando os outorgados não estiverem utilizando os recursos hídricos dentro do que foi estabelecido no ato de outorga, ou ainda com abuso no que diz respeito à inobservância do princípio da sustentabilidade ambiental.[17]

No que pertine aos recursos hídricos de domínio da União, a Lei das Águas permite a delegação da concessão de outorga aos Estados e ao Distrito Federal, desde que estes Entes Políticos tenham condições materiais para exercer tal atividade (art. 14, §1º, da Lei nº 9.433/97). Paulo Affonso Leme Machado (*Op. Cit.*, p. 507) sustenta a adoção de um "sistema integrado de outorgas", nas hipóteses em que numa mesma região hidrográfica houver mais de um titular do domínio das águas, considerando o regime constitucional dos recursos hídricos no Brasil, que estabelece a sua titularidade múltipla — águas de domínio da União e águas de domínio dos Estados e do Distrito Federal.

O Estado do Rio de Janeiro, em sua Política Estadual de Recursos Hídricos, adota a *outorga de uso das águas* como um dos principais mecanismos de gestão desta riqueza natural e finita. A Lei nº 3.239/99, que instituiu a mencionada política estadual, estabelece, com base na legislação federal, a Bacia Hidrográfica como unidade de gerenciamento e os Comitês de Bacia como *locus* social de participação de outros atores sociais, e apresenta como instrumentos de gestão das águas, a título de exemplo: o Plano Estadual de Recursos Hídricos; a outorga de direito de uso dos recursos hídricos e a cobrança aos usuários pelo uso dos recursos hídricos, seguindo a lógica sistemática nacional.

Nos Estados-membros, o ato concessivo de outorga de uso das suas águas fica a cargo de seu órgão ambiental; no caso do Estado do Rio de Janeiro, compete à Diretoria de Licenciamento Ambiental do Instituto Estadual do Ambiente (INEA) editar atos administrativos de outorga de uso de recursos hídricos, nos termos do art. 25 do Decreto Estadual nº 41.628/2009, bem como arrecadar, distribuir e aplicar as receitas advindas da cobrança pelo uso das águas, *ex vi* do art. 3º da Lei Estadual nº 4.247/2003.

Já no âmbito federal, compete à Agência Nacional de Águas (ANA) a *concessão de outorga de uso dos mananciais de águas*, nos termos do art. 4º, da Lei

nº 9.984/2000, cujas receitas oriundas da cobrança em razão da concessão são mantidas na Conta Única do Tesouro Nacional, enquanto a mencionada entidade não lhe der destinação específica em algum programa, conforme dispõe o art. 21, da Lei nº 9.984/2000. Discorda-se, entretanto, dessa norma, pois à medida que cabe a essa Autarquia Federal gerir em âmbito nacional os mananciais de águas de domínio da União; fiscalizar o cumprimento da legislação federal pertinente; bem como disciplinar, em caráter normativo, a implementação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, nada mais razoável do que tais recursos ficarem sob seu controle e administração.

As receitas arrecadadas como contraprestação da *concessão de outorga de uso das águas* pelo órgão ambiental, do exemplo regional aqui destacado, o Rio de Janeiro, diferentemente do que ocorre na seara federal, são mantidas no Fundo Estadual de Recursos Hídricos (FUNDRHI) em subcontas, cada uma de titularidade de uma Região Hidrográfica, sendo uma subconta específica em nome do Instituto Estadual do Ambiente (Inea), conforme dispõe a Resolução nº 27/2010, da referida Entidade Estadual.

Outra questão que merece realce diz respeito à natureza jurídica[18] da *cobrança pelo uso da água no regime de outorga*. Vale lembrar, sob a perspectiva do Direito Financeiro/Tributário, o Estado arrecada receitas originárias, ou seja, aquelas advindas de seu próprio patrimônio, a exemplo de um aluguel auferido pela Fazenda Pública em razão de contrato de um imóvel seu, e receitas derivadas, aquelas que, como o nome mesmo diz, decorrem do patrimônio do particular.

Nesse sentido, as receitas derivadas, consoante lições de Leonardo de Andrade Costa (*Op. Cit.*) podem ser analisadas a partir de duas perspectivas: financeira e tributária. No que diz respeito às finanças públicas, as receitas derivadas são aquelas obtidas do particular de forma impositiva para manutenção da máquina administrativa pública. Enquanto para o Direito Tributário, tais receitas decorrem do Poder de Tributar do Estado, ou seja, são aquelas oriundas dos tributos.

As receitas decorrentes da cobrança pelo uso dos recursos hídricos no regime de outorga seriam receitas originárias, pois decorrem de um bem que está sob o domínio do Estado, a água. Nesse sentido, preleciona Cid Tomanik Pompeu (POMPEU, 2010):

> A contraprestação pela utilização das águas públicas: não configura imposto, porque neste a vantagem do particular é puramente acidental [...]; não é taxa, pois não se está diante de exercício de poder de polícia — taxa de polícia — ou da utilização efetiva de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto

> à sua disposição [...]. Sendo assim, e por exclusão, está-se diante de preço, que pode ser denominado de preço público e é parte das receitas originárias.

Nesse diapasão, concorda-se que a cobrança pela *concessão do direito de uso de manancial de água* tenha natureza jurídica de preço público, porquanto se está diante de um bem — repise-se — de domínio do Estado em sentido *lato.* Entretanto, considerando ser o instituto da *concessão do direito de uso do líquido vital* um instrumento de gestão, entende-se que não se pode afastar o elemento de controle, em que o poder de polícia está implícito. Afinal, a *ratio subjacente* de o domínio das águas ser do Estado é porque este, como criação do Direito, encontra sua finalidade existencial, na linha de pensamento de John Locke, na tutela dos direitos fundamentais e na gestão do interesse público.

Segundo Antonio Eduardo Lanna (LANNA, 2012), no Brasil adota-se, basicamente, três modalidades de outorga, que seriam:

> **1. Concessão de uso**: concedida em todos os casos de utilidade pública. A outorga das concessões é dada pelo prazo de 10 a 35 anos, ficando sem efeito se, durante um número predeterminado de anos consecutivos, geralmente 3, o concedido deixar de fazer uso privativo das águas;
>
> **2. Licença de uso**: quando não se verificar a utilidade pública. É o caso do uso para fins de indústria, agricultura, comércio e piscicultura. As licenças são outorgadas pelo prazo de 5 a 10 anos, podendo ser revogadas a qualquer tempo, independentemente de indenização, desde que o interesse público assim o exija e ficando sem efeito se durante um número predeterminado de anos consecutivos, geralmente de 1 a 3, o licenciado deixar de fazer uso das águas;
>
> **3. Autorização ou permissão de uso**: são geralmente outorgadas em caráter precário, podendo a qualquer momento serem revogadas, independentemente de indenização, desde que o interesse público assim o exigir. Se durante períodos que vão de 1 a 2 anos o autorizado deixar de fazer uso das águas, fica a respectiva autorização ou permissão sem efeito. Atendem a usos com pequenas derivações relativamente às disponibilidades de água de acordo com critérios a serem definidos pelo órgão estadual com atribuição de realizar a outorga.

No que diz respeito à *outorga de recursos hídricos para fins de geração de energia,* cabe também à Agência Nacional de Águas a prerrogativa de outorgar

direitos à utilização de mananciais de água para produção de energia elétrica, a qual deve observar o Plano Nacional de Recursos Hídricos, conforme prescreve o art. 12, § 2º da Lei nº 9.433/97. É oportuno destacar também a disciplina da Resolução nº 16/2001, do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), que dispõe em seu art.11, *in verbis:*

> Para licitar a concessão ou autorizar o uso de potencial de energia hidráulica, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) deverá promover, junto à autoridade outorgante competente, a prévia obtenção de declaração de reserva de disponibilidade hídrica, observando o período de transição conforme estipulado na Lei nº 9.984, de 2000.

Por força do disposto na mencionada Resolução, a empresa ou entidade que receber da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) a concessão ou autorização para utilizar potencial de energia elétrica terá sua declaração de reserva de disponibilidade hídrica transformada em outorga de direito de uso de recursos.

Por fim, sem a pretensão de esgotar o assunto, *a cobrança pela utilização das águas,* na trilha da Política Nacional de Recursos Hídricos, alcança tanto os usos consuntivos quanto os usos não consuntivos. Conforme lições Yanko Xavier e Livia Nascimento (XAVIER & NASCIMENTO, 2008), o *uso consuntivo* do *ouro azul* consubstancia "a redução do volume de água de um corpo d'água, resultando em alteração da disponibilidade", a exemplo do que ocorre com a produção industrial, a irrigação (hipóteses de água virtual) e o uso doméstico. Por seu turno, os usos *não consuntivos* "referem-se aos usos que retornam à fonte de suprimento praticamente na totalidade da água utilizada, podendo haver alguma modificação no padrão temporal da disponibilidade"; são exemplos a hidroeletricidade, a recreação, a piscicultura e a navegação.

Ainda, cabe trazer à baila outro instrumento da Política Nacional de Recursos Hídricos, o *Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos*, o qual revela a necessidade de cooperação técnica e cognitiva entre todos os envolvidos na gestão das águas. Tal sistema é norteado pelos seguintes princípios, nos termos do art. 26, da *Lei das Águas* (Lei nº 9.433/97): "descentralização da obtenção e produção de dados e informações; coordenação unificada do sistema; e acesso aos dados e informações garantido a toda a sociedade".

O *Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos* tem como meta fornecer bases cognitivas para a elaboração dos Planos nesta área, além de promover a divulgação de dados referentes à disponibilidade, demanda e qualidade do *ouro azul.* O art. 25 da *Lei das Águas* define-o como "um sistema de coleta, tratamento, armazenamento e recuperação de informações sobre recursos hídricos e fatores intervenientes em sua gestão".

Nesse sentido Fernando Maciel Lima e Sousa, Valdevino Siqueira Campos Neto, Wilfredo Enrique Pacheco e Sérgio Augusto Barbosa (LIMA SOUZA et al, 2012) esclarecem que o *Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos* realiza-se a partir de uma série de elementos, a saber:

> por meio da sistematização conceitual de partes subsistêmicas e modulares, transacionais, gerenciais ou de natureza processual, predefinidas pelos dispositivos legais; pela identificação e definição clara das necessidades funcionais inerentes à gestão de recursos hídricos, sejam essas necessidades de natureza técnica, especialista ou administrativa; pelo requisito de integração e compartilhamento, tanto de informações quanto de ações complexas, com parceiros e órgãos intervenientes da gestão integrada de recursos hídricos e, ainda, pela preocupação basilar com a qualidade e a quantidade da água e dos ecossistemas brasileiros.

Conforme lições dos autores *supra* referidos, o instrumento da Política Nacional de Recursos Hídricos em comento contempla um conjunto de subsistemas[19] que se interconectam com o propósito de apoiar e facilitar a implementação de outros instrumentos de gestão, a exemplo dos já mencionados, como a outorga do direito de uso; a cobrança pela utilização de recursos hídricos; o apoio à elaboração e o desenvolvimento de planos e estudos de recursos hídricos em bacia hidrográfica e o enquadramento de corpos de água.

4. Considerações finais

A temática da água, conforme é possível extrair deste sucinto trabalho, é extremamente complexa, porquanto cuida de um bem de múltiplas funções, cuja principal — pode-se destacar sem medo de errar — é o de elemento essencial à própria existência de todos os seres vivos, incluindo neste rol, a *Mãe Terra* — expressão utilizada no projeto votado para transformar o Dia Internacional da Terra em Dia Internacional da Mãe Terra. Com efeito, o referido projeto foi acolhido por unanimidadade pelos 192 representantes dos povos, esclarece o ecofilósofo brasileiro Leonardo Boff (BOFF, 2013).

É imperioso destacar que os indigitados instrumentos jurídico-econômicos, consagrados na Lei das Águas Brasileiras (Lei nº 9.433/97), são extremamente relevantes no processo de gestão dos recursos hídricos, e a consequente proteção dessa riqueza finita, natural e fundamental à existência e ao desenvolvimento econômico, impõe a participação democrática de todos os atores sociais.

Resguardar os mananciais de águas significa não apenas observar os planos normativos constitucionais e insfraconstitucionais de manutenção da sadia qualidade deste recurso — repise — finito e essencial à vida — mas, sobretudo, para tornar real, no mundo da vida, o direito fundamental ao acesso à água e o direito fundamental das águas de serem protegidas contra as investidas prejudiciais da humanidade.

Há que se pensar sobre o que queremos para as nossas vidas, para o Planeta Terra e para aquelas que estão por vir.

5. Notas

[1] Doutora e Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Unesa-RJ. Especialista em Direito Público pela Universidade de Gama Filho-RJ. Professora concursada da Inifeso-Teresópolis. Professora convidada da Emerj-Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professora convidada da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Unesa-RJ. Pesquisadora do GEDAPI-UFF. Advogada.

[2] O termo *ciclo de produtação,* segundo o autor, consiste em todas as etapas de produção, desde o projeto até o descarte final.

[3] Esclarece o autor que a Ecologia Industrial surgiu na década de 1990, idealizada por um grupo de estudiosos da *National Academy of Engineering*.

[4] Palavras proferidas em sua palestra durante a Conferência na Espanha em 2011. Disponível em <http://www.unwater.org>. Pesquisa realizada em 16.02.2012.

[5] Esclarece o estudioso: "A cada ano, a energia do Sol faz com que um volume de aproximadamente 500.000 km^3 de água se evapore, especialmente dos oceanos, embora também de águas e rios. Essa água retorna para os continentes e ilhas, ou para os oceanos, sob a forma de precipitações: chuva ou neve. Os continentes e ilhas têm um saldo positivo nesse processo. Estima-se que eles "retirem" dos oceanos perto de 40.000 km^3 por ano. É esse saldo que alimenta as nascentes dos rios, recarrega os depósitos subterrâneos, e depois retorna aos oceanos pelo deságue dos rios. A água é encontrada na atmosfera mais frequentemente sob a forma de vapor ou de partículas líquidas, embora não seja raro sob a forma de *neve* ou de *gelo*. Para que ocorra uma precipitação é necessário que o vapor atmosférico sofra condensação em gotículas que, ao atingir determinado peso, não podem continuar em suspensão, caindo em forma de chuva. Se durante essa precipitação essas gotas atravessarem camadas atmosféricas com temperaturas negativas poderá ocorrer o congelamento e a precipitação ocorrer na forma de partículas de gelo, o *granizo*. Se essa condensação ocorrer sob temperaturas de congelamento, a precipitação se dará em forma de *neve*".

[6] A expressão *economia verde* não encontra consenso quanto ao seu sentido e alcance. Apenas à guisa de informação, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) a define como "uma economia que resulta em *melhoria do bem-estar da humanidade e igualdade social, ao mesmo tempo em que reduz significativamente riscos ambientais e escassez ecológica*", disponível em <http://www.unep.org.br>. Pesquisa realizada em 16.02.2012. Já o sítio da Organização Vitae Civilis informa que a *economia verde* vem gradualmente assumindo o sentido de *ecodesenvolvimento*. Segundo os pesquisadores da referida ONG, a expressão *economia verde* consubstancia "o conjunto de processos produtivos da sociedade e as transações deles decorrentes que contribuem cada vez mais para o Desenvolvimento Sustentável, tanto em seus aspectos sociais quanto ambientais". Vide in: <http://www.vitaecivilis.org.br>. Pesquisa realizada em 16.02.2012.

[7] Expressão extraída da obra *Ouro Azul*: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta, de Maude BARLOW e Tony CLARKE.

[8] Esclarece o autor, sobre os bens privados "o domínio eminente se revela pelo estabelecimento de regras de Polícia, limitando o exercício de direitos inerentes à propriedade privada".

[9] Dispõe o art. 8º, da Lei nº 9.433/97, "Os Planos de Recursos Hídricos serão elaborados por bacia hidrográfica, por Estado e para o País".

[10] Conforme dados da ANA, "as Bacias Hidrográficas dos Rios Guandu, da Guarda e Guandu Mirim possuem cerca de 1.400 km^2, incluindo o ribeirão das Lajes como seu formador, sendo o curso d'água contribuinte da Baía de Sepetiba, no Rio de Janeiro, de maior importância. Ele recebe as águas advindas da transposição do Rio Paraíba do Sul, em Santa Cecília, e é a principal fonte de abastecimento de água para a Região Metropolitana do Rio de Janeiro. O Plano visa identificar e propiciar a redução dos principais problemas e conflitos nessa complexa bacia, além de ordenar ações e programas para possibilitar a oferta de água, em qualidade e quantidades adequadas, e a melhoria da qualidade de vida da população". Disponível em <http://www2.ana.gov.br>. Pesquisa realizada em 07.05.2012.

[11] Conforme ensinam Nayara de Oliveira Pinto e Luiz Carlos Hermes: *os processos simplificados de purificação da água* exigem métodos fáceis e baratos, a exemplo: a) *leitos cultivados,* os quais "são baseados nos alagados, nas várzeas, ou "wetlands" naturais, que são áreas de solo hidromórfico permanentemente inundados ou saturados por águas superficiais ou subterrâneas, onde vegetam várias espécies de plantas que são diretamente dependentes da hidrologia, do meio suporte e dos nutrientes característicos da região onde se encontram"; b) *a desinfecção por radiação solar* (SODIS – Solar Water Desinfection) cuida de "uma metodologia simples de tratamento de água desenvolvida por uma agência de pesquisa em tecnologia ambiental da Suíça e está sendo estudada e adaptada às condições do Brasil, que utiliza a radiação solar UV-A e a temperatura para inativar os patógenos que causam diarreia (SODIS, 2004)"; c) a *filtração lenta de areia*, segundo os estudiosos, trata de sistema que não requer o uso de coagulantes ou de outro produto químico, é de simples construção, operação e manutenção, não requer mão de obra qualificada para sua operação, produz águas com características menos corrosivas e apresenta custos geralmente acessíveis a pequenas comunidades, principalmente de países em desenvolvimento, além de ser um dos processos de tratamento de águas de abastecimento que produz menos quantidade de lodo e esse lodo pode ser utilizado na agricultura e na piscicultura"; d*) sistema com o uso de sementes da árvore da moringa oleífera; segundo os autores,* "as sementes da *Moringa oleífera* contém quantidades significativas de proteínas solúveis com carga positiva. Quando o pó das sementes é adicionado à água turva, as proteínas liberam cargas positivas atraindo as partículas carregadas negativamente, como barro, argila, bactérias, e outras partículas tóxicas presentes na água. O processo de floculação ocorre quando as proteínas se ligam com as cargas negativas formando flocos, agregando as partículas presentes na água". Com efeito, há outros métodos simplificados de água, a exemplo da água fervida, muito utilizada em ambiente doméstico. In: OLIVEIRA PINTO, Nayara e HERMES, Luiz Carlos. *Sistema Simplificado para Melhoria da Qualidade da Água Consumida nas Comunidades Rurais do Semi-Árido do Brasil.* Disponível em <http://www.cnpma.embrapa.br>. Pesquisa realizada em 14.12.2011.

[12] Ensinam os pesquisadores Amanda Alcaide Francisco, Paulo Henrique Mazieiro Pohlmann e Marco Antônio Ferreira que o tratamento convencional compreende

um "conjunto dos processos sequenciais de Coagulação, Floculação, Decantação, Filtração, Desinfecção, Fluoretação e Correção da acidez". In: ALCAIDE FRANCISCO, Amanda; POHLMANN, Paulo Henrique Mazieiro e FERREIRA, Marco Antônio. *Tratamento Convencional de Águas para Abastecimento Humano:* uma abordagem teórica dos processos envolvidos e dos indicadores de referência. Disponível em <http://www.ibeas.org.br>. Pesquisa realizada em 14.12.2011.

[13] Explica Paulo Cesar Lima Azevedo, que as *águas naturais* são aquelas "que constituem os oceanos, mares, rios, lagos, etc.". As *águas minerais* "assim se denominam aquelas águas que, pela qualidade ou quantidade de certas substâncias nelas naturalmente dissolvidas, podem exercer ação terapêutica. Algumas devem ainda às suas virtudes em relação à temperatura com que se apresentam, podendo esta ser às vezes muito elevada. A de Claudes Aigues, na França, é de 81°C, e a do Geyser da Islândia atinge 100°C. Tais águas denominam-se Termais, e as outras, por oposição, são chamadas frias". As *águas superficiais* são aquelas "dos rios e dos lagos, e também aquelas provenientes de minas, da chuva ou do degelo, que percorrem uma grande extensão de superfície antes de chegar ao mar, lago ou rio. Estas águas são geralmente de baixa dureza. Normalmente, se enriquecem de sais solúveis e trazem detritos e materiais em suspensão. Certos lagos são enriquecidos com águas superficiais carregadas de sais dissolvidos. São os chamados lagos salgados, os quais, seja efeito do terreno, seja por serem provenientes de antigos mares, ou pela evaporação contínua, alcançam uma elevada concentração de sais dissolvidos que chegam a alcançar mais de 20% como o Mar Morto, Mar Cáspio e o grande lago salgado (EUA)". As *águas das chuvas*, assevera o autor, "podem conter dissolvidos: ácido nítrico, ácido nitroso, gás carbônico, nitrogênio, oxigênio etc., todos originários da atmosfera. Do mesmo tipo, são as águas procedentes da neve. A água da chuva é a água natural mais pura (3 mg de resíduos)". A *água destilada*, "é a água que foi obtida por meio da destilação (condensação do vapor de água obtido pela ebulição ou pela evaporação) de água não pura (que contém outras substâncias dissolvidas)". A *água deionizada* é aquela "que foi obtida por meio da deionização. Deionização é um processo utilizado em laboratórios e indústria para produzir solventes puros, isentos de íons, com grande destaque a para a água". Por fim, A *água potável,* consoante palavras do autor é a água para o consumo humano e uso doméstico. "As águas potáveis nunca são puras sob o ponto de vista químico; possuem sempre em solução substâncias, tanto sólidas como gasosas".

[14] A rigor, a legislação brasileira prevê dois tipos de outorga, o *direito de uso* e a *preventiva,* nesse sentido, disciplina a Resolução nº 135/2002 da Agência Nacional de Águas.

[15] A *inconstitucionalidade progressiva* (a lei é ainda constitucional) "é a que decorre da falta de implementação das estruturas normativas previstas na Constituição", ensina Uadi Lammego Bulos, in: BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158.

[16] É importante salientar que se trata de um ato administrativo precário, passível de revogação a qualquer tempo, pois a sua manutenção está condicionada às condições hidrológicas, conforme se extrai do §2º, do art. 1º da Resolução nº 16/2001,

in verbis: "A outorga confere o direito de uso de recursos hídricos condicionado à disponibilidade hídrica e ao regime de racionamento, sujeitando o outorgado à suspensão da outorga".

[17] O art. 15 da Lei nº 9.433/97 contempla as situações que dão ensejo à suspensão da outorga.

[18] Apenas para relembrar, em singela síntese: a diferença entre *natureza jurídica* e *regime jurídico* de um instituto. Aquela mostra a posição que o instituto ocupa na seara jurídica, enquanto este (o regime jurídico) consubstancia o conjunto de normas que disciplina o instituto.

[19] Cf. os autores "os subsistemas componentes do SNIRH correspondem ao conjunto de aplicações computacionais que executam as funções concebidas para atender aos diversos processos de gestão de recursos hídricos". Ainda, apresentam alguns exemplos: "os subsistemas finalísticos são aqueles subsistemas do SNIRH que estão diretamente relacionados com a gestão e a informação sobre os recursos hídricos; são eles: o subsistema de Planejamento e Gestão, cuja sigla é PLANN; o subsistema Quali-Quantitativo, que trata de dados e operações relacionados à qualidade e à quantidade de água, da oferta hídrica e da operação hidráulica e é identificado por QUALT; e o subsistema de Regulação de uso, que recebeu o acrônimo REGLA".

6. Referências Bibliográficas

ADEDE Y CASTRO, João Marcos. Água: um direito humano fundamental. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

ALCAIDE FRANCISCO, Amanda; POHLMANN, Paulo Henrique Mazieiro e FERREIRA, Marco Antônio. Tratamento Convencional de Águas para Abastecimento Humano: uma abordagem teórica dos processos envolvidos e dos indicadores de referência. Disponível em: <http://www.ibeas.org.br>. Pesquisa realizada em 14.12.2011.

AZEVEDO, Paulo Cesar Lima. Portal de Estudos em Química. Disponível em: <http://www.profpc.com.br>. Pesquisa realizada em 14.12.2011.

BARLOW, Maude e CLARKE, Tony. Ouro Azul: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta. Tradução de Andreia Nastri. Tradução de atualizações de Natália Coutinho Mira de Assumpção. São Paulo: M. Books do Brasil, 2003.

BOFF, Leonardo. Discurso na ONU: por que a Terra é nossa Mãe. Disponível em: <http://leonardoboff.wordpress.com/>. Pesquisa realizada em 01.03.2013.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Relatório de Gestão 2003/2006: Política Ambiental Integrada para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <http://www.mma.gov.br>. Pesquisa realizada em 06.05.2012.

BRASIL. Poder Executivo. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/conama/>. Pesquisa realizada em 02.11.2011.

BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Leonardo de Andrade. Material Didático de Direito Tributário e Fi-

nanças Públicas I. Escola de Direito FGV-Rio. Colaboradora CARLI, Ana Alice De. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://academico.direito--rio.fgv.br>. Pesquisa realizada em 08.05.2012.

FARIAS, Talden. O papel da outorga de recursos hídricos no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <http://jusvi.com>. Pesquisa realizada em 07.05.2012.

FIORILLO, Celso Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2000.

GOLEMAN, Daniel. Inteligência ecológica: o impacto do que consumimos e as mudanças que podem melhorar o planeta. Tradução de Ana Beatriz Rodrigues. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

INEA — Instituto Estadual do Meio Ambiente. Base Legal para a Gestão das Águas do Estado do Rio de Janeiro: 1997-2011. JOHNSSON, Rosa Maria F., ACSELRAD, Moema V., SAMPAIO, Glaucia F. e ROMANO, Livia S (Orgs.). Rio de Janeiro: INEA; Secretaria do Meio Ambiente, 2011.

LANNA, A. Eduardo. Capítulo 5 – Instrumentos de Gestão das Águas: Outorgas. Disponível em: <http://www.iph.ufrgs.br>. Pesquisa realizada em 09.05.2012.

LIMA e SOUSA, Fernando Maciel; CAMPOS NETO, Valdevino Siqueira; PACHECO, Wilfredo Enrique e BARBOSA, Sérgio Augusto. Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos: sistematização conceitual e modelagem funcional. Disponível em: <http://www.ana.gov.br>. Pesquisa realizada em 11.05.2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MAGALHÃES, Nelsom J. Veiga de. Produtação e Construção Modular como Fator de Competitividade e Inovação Tecnológica. In: BARBARA, Saulo e FREITAS, Sydney (Orgs.). Design, Gestão, Métodos, Projetos, Processos. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2007, cap. VIII.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MONTANARI, Manuela Paradeda. Análise da Aplicabilidade e Efetividade da Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997 (Lei da Política Nacional e de Gestão dos Recursos Hídricos). Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs>. Pesquisa realizada em 23.02.2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOVIMENTO GAIA. 2005-2015 - A Década da ONU: Água para a vida. Disponível em: <www.gaia-movement.org>. Pesquisa realizada em 20/10/2010.

NALINI, José Renato. Ética e Sustentabilidade no Poder Judiciário. In: MARQUES, José Roberto (Org.). Sustentabilidade e Temas Fundamentais de Direito Ambiental. Campinas, SP: Millenium, 2009.

OLIVEIRA PINTO, Nayara e HERMES, Luiz Carlos. Sistema Simplificado para Melhoria da Qualidade da Água Consumida nas Comunidades Rurais do Semi-Árido do Brasil. Disponível em: <http://www.cnpma.

embrapa.br>. Pesquisa realizada em 14.12.2011.

POMPEU, Cid Tomanik. Direito de Águas no Brasil. 2 ed. São Paulo: RT, 2010.

RIO DE JANEIRO. Poder Legislativo. Lei nº 3.239 de 02 de agosto de 1999. Publicada no Diário Oficial do Estado em 04.08.1999. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br>. Pesquisa realizada em 08.05.2012.

SILVA, José Afonso. Direito Ambiental Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Luciana Cordeiro de. Águas e sua proteção. Curitiba: Juruá, 2006.

UN WATER — United Nations Water. Water in the Green Economy in Practice: Towards Rio+20. Disponível em: <http://www.unwater.org>. Pesquisa realizada em 16.02.2012.

VENANCIO, Salatiel. Notas de Aula: A Água na Natureza. Disponível em: <http://www.dec.ufcg.edu.br>. Pesquisa realizada em 14.12.2011.

XAVIER, Yanko M. de Alencar e NASCIMENTO, Lívia M. do. Usos da Água no Brasil. In: XAVIER, Yanko M. de Alencar; IRUJO, A. Embid e SILVEIRA NETO, Otacílio (organizadores). O Direito de Águas no Brasil e na Espanha: um estudo comparado. Fortaleza/Ceará: Fundação Konrad Adenauer, 2008.

ZEE, Bibi van der. Empresas Ecológicas. Série Sucesso Profissional. Tradução de Rosemarie Ziegelmaier. São Paulo: Publifolha, 2010.

A aplicação do agir comunicativo de Habermas na mediação comunitária: o diálogo como instrumento transformador[1]

Ana Paula Bustamante[2]

1. Introdução

A explosão da litigiosidade dos dias atuais aliada à ineficácia dos meios tradicionais de resolução das demandas, permite cada vez mais a busca pelos meios alternativos de tratamento dos conflitos (mediação, conciliação e arbitragem), que de forma mais célere e menos onerosa, promovem a paz social. A mediação surge como uma nova forma de olhar o conflito, propiciando uma mudança no paradigma de ganhar × perder, para o do ganhar × ganhar, trabalhando com o diálogo transformador e a participação das partes na formação de um consenso que atenderá aos envolvidos.

Tendo por base a existência de conflitos que são circunscritos a determinada comunidade e aos indivíduos que nela habitam, e sob uma perspectiva crítica do direito marcada pelo pluralismo jurídico, este capítulo irá desenvolver a mediação comunitária como um método que permite o tratamento do conflito pela própria comunidade. Com isso, verifica-se a possibilidade da mediação como instrumento de transformação social, possibilitando a construção de

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2013/18) n.18: 175-193 - UCAM (Rio de Janeiro)

espaços democráticos que conduzem a uma efetiva democratização do acesso à justiça por meio de uma cidadania ativa e um direito emancipatório.

A mediação comunitária, portanto,

> [...] implica a consciência da capacidade e articulação de comunidades para resolver suas questões locais. Mais que um método alternativo de resolução de conflitos, consiste numa proposta paradigmática ao Direito: uma proposta multidisciplinar, intersetorial e integradora de transformação social. A mediação comunitária inclui e vai além dos princípios gerais da mediação de conflitos, se configurando a partir da influência do contexto local nas pessoas — que possuem uma referência identitária partilhada — e em seus conflitos e a partir do impacto do aprendizado ou transformação proporcionada pela mediação neste mesmo contexto.[3]

É nesse contexto que a mediação comunitária se apresenta como um instrumento democrático e autocompositivo de tratamento de conflitos, que promove o resgate e a valorização do diálogo, representando uma grande ferramenta transformadora, permitindo aos indivíduos criarem ou recriarem laços, de forma a se auto-organizarem, prevenindo e solucionando seus próprios conflitos de interesses. Assim, a comunicação é capaz de permitir que os indivíduos possam construir decisões justas e legítimas, que sejam capazes de pacificar o litígio e facilitar uma melhor compreensão sobre os fatos que desencadearam a disputa. A utilização do diálogo representa o uso de uma nova forma de se observar e resolver as controvérsias; a mediação surge, portanto, como uma ferramenta para a transformação social, pois a facilitação do diálogo, com um acordo de entendimentos, permite que os sujeitos se reconheçam reciprocamente em seus direitos e deveres, o que constituirá em uma convivência harmoniosa e geradora de decisões obtidas consensualmente.

Neste sentido, a intervenção de um terceiro imparcial, como, por exemplo, o magistrado, pode não se apresentar como a melhor opção para a resolução dos conflitos que surgem nessas comunidades, sendo importante identificar quais as características que devem ter este terceiro mediador, de forma a atingir com sucesso os propósitos da mediação. O mediador, nesse caso, é um membro da própria comunidade e, conforme será abordado neste capítulo, ficará evidenciado que, por pertencer à mesma realidade social, possuir os mesmos valores, hábitos e crenças que as partes envolvidas, é conhecedor dos conflitos que surgem naquela localidade e, portanto, "se coloca a serviço da comunidade e de seus cidadãos, para incentivar a criatividade urbana, melhorando as relações humanas, colaborando com a inclusão social".[4]

Desse modo, organizou-se este artigo para, num primeiro momento, abordar a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas e a importância do diálogo como uma forma de transformação social. Na sequencia, será analisado o conflito e sua resolução por um dos mecanismos alternativos, a mediação, apresentando suas características e especificidades e sua importância como um instrumento do Estado Democrático de Direito que promove a reconstrução dos canais de comunicação e dos laços sociais destruídos. E, finalmente a análise da mediação comunitária, como uma forma de resolução alternativa do conflito, que possibilita o empoderamento e a responsabilização das partes envolvidas, fortalecendo os vínculos e promovendo a pacificação social, servindo como um importante instrumento de efetivação da cidadania, fortalecendo a participação dos membros daquela comunidade na vida social, restabelecendo laços, colaborando para a inclusão social e pacificação social.

2. Habermas e a teoria do agir comunicativo

Para o filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas, as sociedades atuais, pós-convencionais, complexas, estão estruturadas em condições precárias de integração social, arranjos que potencializam os conflitos, dificultam a formação de unidades axiológicas e impedem a emancipação do homem. Em meio a esse cenário, os indivíduos dirigem suas ações por critérios de racionalidade meramente instrumentais, voltados à busca de interesses próprios, espelhados através de cálculos de vantagens e decisões arbitrárias. Atua-se sobre o outro e não com o outro, isto é, um "agir racional com direção a fins" meramente estratégico.

Para Habermas,[5] as interações comunicativas são aquelas em que:

> [...] as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validez. No caso de processos de entendimento mútuo linguísticos, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validez, mais precisamente, pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se refiram a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados de coisas existentes), ou a algo no mundo social comum (enquanto totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas de um grupo social), ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vivências a que têm acesso privilegiado). Enquanto que no agir estratégico um *atua* sobre o outro para *ensejar* a continuação

> desejada de uma interação, no agir comunicativo um é *motivado racionalmente* pelo outro para uma ação e adesão — e isso em virtude do efeito ilocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita.

A teoria da ação comunicativa e ética discursiva de Habermas busca entender a moralidade sob a visão filosófica, sociológica e psicológica, apresentando a ética discursiva como sendo parte da ação comunicativa, que com ela se confunde.

Sales,[6] analisando essa teoria habermasiana, afirma que:

> A Teoria da Ação Comunicativa, de Jürgen Habermas (*Theorie des Kommunikativen Handels*), procura um conceito comunicativo de razão e um novo entendimento da sociedade, ou seja, sociedade na qual os indivíduos participam ativamente das decisões individuais e coletivas conscientemente, ensejando-lhes a responsabilidade por suas decisões. Essa teoria entende o indivíduo como ente participativo que antes de agir avalia as possíveis consequências, tendo em vista, por exemplo, as normas e sanções apresentadas pelo ordenamento jurídico do país. Não agem, portanto, mecanicamente.

Para o filósofo, a ética discursiva tem a linguagem como o instrumento que possibilitará as interações necessárias entre os três caminhos anteriormente identificados (filosofia, sociologia e psicologia), ou seja, a que propiciará a unidade na interdisciplinaridade.

A perspectiva sociológica da teoria da ação comunicativa diz respeito a dois tipos de ação, que Habermas identifica como: ação instrumental e ação comunicativa.[7] As sociedades que possuem locais onde há a prevalência da ação instrumental são identificadas pelo filósofo como mundo sistêmico, e aquelas nas quais a prevalência é da ação comunicativa a identificação é de mundo vivido ou mundo da vida.

Citadino,[8] contextualizando Habermas, afirma que "a ação comunicativa, por facilitar o diálogo, acaba por trazer uma melhor decisão para os indivíduos e, diferentemente do mundo sistêmico, o mundo da ação comunicativa é o mundo vivido ou o mundo da vida".

A ação comunicativa "[...] modifica a relação entre os indivíduos, transformando o subjetivo em intersubjetivo, possibilitando maior compreensão do individual, do coletivo e do bem-estar social, permitindo a organização social, a elaboração e a validação de normas [...]".[9]

O indivíduo, para a teoria do agir comunicativo, é possuidor de capacidade de autorreflexão e crítica, pois antes que inicie o seu agir, irá avaliar as

consequências de suas ações, atuando, portanto, com mais consciência, o que possibilitará uma modificação do mundo. Com isso, Habermas "[...] amplia o conceito de racionalidade e designa como racionais os indivíduos que, frente aos seus padrões valorativos, têm a capacidade de adotar uma atitude reflexiva e, portanto, crítica [...]".[10]

Assim, Habermas, fazendo uma ponte com a psicanálise e a atuação do terapeuta (visão freudiana), acredita que tem pessoas que se comportam irracionalmente, pois acabam se enganando no seu autoconhecimento, E existem pessoas que conseguem ter uma atitude reflexiva sobre sua subjetividade e, através da autorreflexão, têm condições de se liberarem de suas ilusões e fantasias que foram adquiridas com a própria vivência.[11]

Portanto, fica clara a necessidade de se ultrapassar o processo comunicativo característico do mundo da vida para se ingressar no processo de racionalidade reflexiva e crítica, ou seja, a argumentação.

Nesse sentido, os sujeitos têm capacidade de linguagem e ação e podem estabelecer práticas argumentativas, através das quais há uma garantia intersubjetiva de compartilhamento de um contexto comum, de um "mundo da vida". Com isso, há um despertar para o indivíduo quanto às suas responsabilidades como membros da sociedade, e como decorrência desse despertar, dessa modificação, surge uma compreensão não só das manifestações individuais, mas também daquelas ocorridas no mundo à volta, o que acaba possibilitando o entendimento, a cooperação e a solidariedade, permitindo, portanto, uma compreensão maior dos fenômenos individuais, propiciando uma melhor percepção dos sentimentos entre os envolvidos.

Nessa perspectiva de interação, "[...] há desta forma uma inter-relação entre sujeito e sociedade, que se processa através de estruturas linguísticas, formando aquilo que Habermas designa por intersubjetividade",[12] sendo esta o direcionamento para o qual se volta a ética discursiva.

Temos, portanto, a construção de relações sociais apoiadas no princípio da reciprocidade. Os processos se legitimam quando há o entendimento dos cidadãos acerca das regras de sua convivência, o que somente é possível quando há comunhão de valores. Neste caso, temos todos os interessados atuando ativamente, falando, agindo, intervindo, fazendo afirmações, trazendo problemas, apresentando novas declarações e tudo sempre nas mesmas condições de igualdade e com liberdade de comunicação, condições essas totalmente favoráveis ao diálogo, e que Habermas identificou como sendo uma ética discursiva.

As pessoas se valem da argumentação para buscar o entendimento e, justamente, essa argumentação racional tem o condão de fazer com que as partes possam se convencer mutuamente da veracidade das afirmações e das decla-

rações mútuas. O entendimento entre as pessoas depende da argumentação entre elas.[13]

Como já afirmado, a formação discursiva da vontade que permite a interação comunicativa com a utilização do melhor argumento propiciará aos sujeitos a possibilidade de promoverem mudanças sobre algumas de suas convicções, e com isso encontrarem razões para seus atos. Assim, os próprios sujeitos orientarão suas ações, alcançando a "situação ideal de fala" proposta por Habermas.

Portanto, Habermas propõe uma teoria crítica da sociedade, que tem no agir comunicativo o principal mecanismo de realização de entendimentos entre sujeitos, os quais formam uma consciência moral dirigida por princípios de justiça, com igual respeito por cada um dos integrantes do corpo social e consideração dos interesses de todos, orientados pela ideia de reciprocidade. Assim, formam-se consensos com base nesses ideais de justiça e solidariedade social.

Esta forma de restabelecer o consenso, com o uso de argumentos sobre o qual se constrói uma razão comunicativa nos moldes proposto por Habermas, tem como fundamento a existência de uma sociedade fraterna, que tem como pilares a amizade e a fraternidade, permitindo que as partes possam decidir suas próprias lides, promovendo o diálogo e a cooperação entre si, apresentando-se, portanto, como um fundamento para resolução alternativa do conflito, apostando numa sociedade fraterna e solidária.

3. A mediação como tratamento do conflito sob a ótica habermasiana

Várias são as acepções para o conceito de conflito. Este pode ser social, político, familiar, religioso e etc., entretanto, o sentido que será adotado é o de conflitos sociais enquanto desequilíbrio de uma relação harmônica entre duas pessoas, dois grupos ou duas nações dentro de um mesmo contexto social.[14] Assim, o ponto de partida é a existência do conflito e a forma de sua interpretação e administração na sociedade.

O conflito ocorrerá sempre que houver resistência do outro, uma vez que consiste na tentativa de predominância de uma posição sobre a outra, como forma de solução, que pode ocorrer com o uso da violência (direta ou indireta) ou da ameaça (física ou psicológica). Há uma incompatibilidade entre atos que originam ou não da vontade dos envolvidos, sendo certo que cada uma das partes tem o conhecimento da incompatibilidade das posições, entretanto, ainda assim, tentam impor os seus argumentos, gerando um ciclo vicioso. "Por isso, para que haja conflito é preciso, em primeiro lugar, que as forças confrontantes

sejam dinâmicas, contendo em si mesmas o sentido da ação, reagindo umas sobre as outras".[15]

O conflito, quer seja ele coletivo ou individual, é normalmente oriundo das complexidades das relações sociais, envolvendo pessoas que geram os acontecimentos. Não há como evitá-los, uma vez que ocorrem onde há discordância de interesses e rompimento da comunicação, o que acaba gerando uma anulação na percepção da vontade de um dos envolvidos e consequentemente uma sobreposição da vontade de um sobre o outro. Conforme afirmado por Spengler, dessa sobreposição de vontades"resulta-se muitas vezes a submissão de um aos desejos do outro, de modo que se pode individuar um ganhador (aquele que se sobrepõe) e um perdedor (aquele cujos desejos são sublimados pelo outro)".[16]

Assim, é nítido que no conflito há um aspecto negativo que conduz a uma interpretação como um fator de desagregação e obstáculo, e que diante da possibilidade de acarretar perdas, a solução encontrada, e que perdurou durante muito tempo (e que ainda perdura), é de que deverá ser controlado, removido/exterminado da sociedade.

Entretanto, o conflito também pode ser analisado sob outro enfoque, o positivo, uma vez que dele pode-se deflagrar um processo de autoconhecimento, "é um fator de amadurecimento das relações humanas, proporcionando um crescimento dos envolvidos",[17] sendo "salutar para o crescimento e desenvolvimento da personalidade, por gerar vivências e experiências valiosas para o indivíduo em seu ciclo de vida".[18]

E, na esteira desse raciocínio, verifica-se que o conflito acaba por transformar os indivíduos não só nas suas relações interpessoais, mas também nas relações com o outro, gerando mudanças e adaptações interiores que interferem não somente nos envolvidos, mas também no próprio grupo. Essas consequências são "desfiguradoras e purificadoras, enfraquecedoras ou fortalecedoras".[19] E, dessa forma, pode-se afirmar que o conflito acaba por promover uma integração social.

Diante dos conflitos que permeiam a sociedade moderna, é com a aplicação do direito, suas regras e princípios que será instaurada a ordem social. O Estado detém a legitimidade exclusiva para decidir, é o detentor do monopólio da aplicação do direito (jurisdição) e, através do Poder Judiciário, representado por um terceiro imparcial, o juiz, irá decidir os conflitos da sociedade, na busca de garantir e restaurar a paz e a harmonia social.

Contudo, esse monopólio do Estado na decisão do conflito já não se apresenta mais como a adequada, uma vez que resolvê-lo nem sempre significa acabar de vez com ele. A adjudicação judicial, com a prolação de uma sentença pelo juiz que impõe a decisão para os envolvidos, o que inevitavelmente, cria

a figura de um ganhador e um perdedor, pode não se aproximar do que seria melhor para as partes, uma vez que, por ser imposta, não é uma solução democrática, mas sim uma análise processual.

Neste sentido, Eligio Resta[20] afirma que "[...] a tarefa do juiz é a de assumir decisões com base em decisões e de permitir decisões com base nas mesmas decisões [...]". E, dessa forma, o juiz, ao decidir amparado no que a lei determina, "não desenvolve a tarefa de cimento social que compete a outros mais preparados fazer",[21] o que acaba por gerar um resultado contraditório, uma vez o magistrado decide litígios alheios, "sem sentir os outros do conflito, encaixando-o num modelo normativo, sem ouvir/sentir as partes".[22]

Portanto, a resolução de alguns conflitos de forma judicial, como já afirmado, não se mostra mais como adequada, sendo necessário um olhar diferenciado acerca da justiça, propondo a identificação e implantação de reformas no sentido de melhor atender às necessidades dos indivíduos. A terceira onda renovatória, capitaneada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, acenou para utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos, uma vez que não é mais possível resolver os problemas somente com atuação de advogados, sendo necessários novos mecanismos procedimentais que possibilitem a efetividade dos direitos envolvidos.

Esses novos mecanismos consensuais proporcionam às partes a possibilidade de gerirem os conflitos, aproximando-as através da oralidade, da rapidez, negociação e redução ou ausência de custos. Com isso aquela figura da relação triangular da jurisdição (autor, réu e juiz) acaba dando espaço à uma relação dual, pois somente as partes envolvidas é que irão construir o melhor resultado.

Com isso, Morais e Spengler[23] apresentam a ideia de um direito construído em conjunto, a jurisconstrução:

> [...] na medida em que esta nomenclatura permite supor uma distinção fundamental entre os dois grandes métodos. De um lado, o dizer o direito próprio do Estado, que caracteriza a jurisdição como poder/função estatal e, de outro, o elaborar/concertar/pactar/construir a resposta para o conflito em que reúne as partes.

Dessa forma, em decorrência da complexidade de alguns litígios, da explosão da litigiosidade e consequentemente da crise do Judiciário, Ghisleni e Spengler[24] apontam que a solução é a utilização de meios que resolvam o conflito "de forma consensual, solidária e fraterna", e que esta venha a ser a alternativa encontrada para se obter uma transformação do paradigma do litígio para o do consenso, no sentido de trazer uma aproximação entre as partes, facilitando o diálogo e alcançando uma decisão equilibrada, pacífica e harmônica.

Na esteira desse raciocínio, uma vez instaurado o conflito, faz-se necessário identificar qual será o processo de resolução que melhor atenderá aos resultados esperados pelas partes, a justiça consensual ou a judicial.

A partir da análise dos meios alternativos de resolução dos conflitos (MASC), verifica-se a possibilidade de utilizar a mediação (espécie de justiça consensual) como um instrumento capaz de restaurar uma identidade harmoniosa "[...] que atravessaria o campo social, exigindo conceber um julgamento jurídico como um modelo reflexivo, e não mais sob o modelo silogístico de uma fórmula determinante".[25] A mediação, portanto, como um instrumento de transformação, promove a "pacificação do conflito por meio de um mecanismo de diálogo e compreensão",[26] e se apresenta como a mais adequada para determinados conflitos.

A mediação nos ensinamentos de Sales[27] é:

> [...] um procedimento em que através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa, evitando antagonismos, porém sem prescrever a solução. As partes são as responsáveis pela decisão que atribuirá fim ao conflito [...]

Segundo Bonafé-Schmitt,[28] mediação é:

> Um processo frequentemente formal pelo qual um terceiro neutro tenta, através da organização de trocas entre as partes, permitir a estas confrontar seus pontos de vista e procurar, com sua ajuda, uma solução para o conflito que os opõe.

Dessa forma, a mediação pode ser definida "como o instrumento de solução de um conflito por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial, e que seja detentor de sua confiança".[29] Esse terceiro, o mediador, tem como função facilitar o diálogo entre as partes, a ele não cabe a decisão do conflito, e sim auxiliá-las no sentido de reconhecer, respeitar e escutar o outro. O restabelecimento desse vínculo comunicativo que foi rompido é fundamental para o sucesso da mediação.

Nesse sentido, a mediação se apresenta como uma proposta inovadora que "potencializa a capacidade de compreensão dos problemas, fazendo com que os envolvidos produzam o tratamento do conflito".[30]

Para Resta, a mediação "[...] não deve concluir nem decidir nada, deve somente fazer com que as partes conflitantes estejam em condições de recomeçar a comunicação".[31]

Assim, pode-se afirmar que a mediação é pautada em uma prática discursiva, na qual, através do diálogo, da conscientização do outro, se alcança uma solução para o conflito, sem, contudo, fazer uso da força coercitiva.

O processo comunicativo funciona como base para a resolução do conflito, tendo como fundamento a prática discursiva e a inserção do diálogo, fundamentos utilizados pelo filósofo Jürgen Habermas, conforme abordado no item 2 deste artigo.

A mediação, portanto, surge como um processo de superação dos conflitos centrada no diálogo e na autonomia dos envolvidos no problema, que tem na pessoa do mediador uma terceira pessoa imparcial (que é detentora da confiança das partes) na condução dessa nova concepção de resolver o conflito, atuando como um facilitador do processo.

Ao expressar-se sobre a mediação, seus resultados e cabimento, Pinho[32] afirma:

> As partes compreendem que o vínculo que as une é mais importante que um problema circunstancial e talvez temporário. A mediação é o método de solução de controvérsias ideal para as relações duradouras, como é o caso de cônjuges, familiares, vizinhos e colegas de trabalho, entre outros.

Portanto, em uma relação continuada, duradoura, o conflito não surge somente por uma razão, na verdade é um conjunto de mágoas que se somam ao longo do convívio e envolvem profundas emoções, e é aqui que temos a mediação como um instrumento de restabelecimento do diálogo e da comunicação de forma a preservar e restabelecer o vínculo entre as partes através do agir comunicativo, pacificando o conflito.

Esse diálogo, presente na mediação, no qual todos têm acesso, todos participam na busca de um acordo, prevalecendo o melhor argumento, permite o reconhecimento do outro enquanto diferente, "possibilitando a transformação do tratamento do conflito e não o seu engessamento",[33] apresentando-se a mediação, portanto, como um instrumento que reestrutura o diálogo e a prática do consenso.

4. A comunidade e seu agir comunicativo: o diálogo como ferramenta de transformação social

Nos espaços sociais (comunidades carentes — favelas e bairros periféricos) a pouca ou nenhuma presença do Estado, somada à falta de diálogo e compreensão do mundo moderno, propicia o aumento da organização e a aplicação de

regras criadas pelo próprio cidadão objetivando o tratamento de seus conflitos. Dessa forma, "cansados de esperar, muitas vezes os indivíduos aplicam suas próprias regras, ainda que ausentes de oficialidade".[34]

Essa ausência ou presença mínima do Estado, aliada à crise do Judiciário, que não consegue desempenhar seu papel com eficiência, rapidez e efetividade, principalmente no sentido de entender os conflitos rotineiros de uma comunidade, bem como a dificuldade dos moradores ao acesso à justiça, acaba por gerar cada vez mais a "proliferação de direitos ditos inoficiais, que tem berço quase sempre na falta de atenção do Estado para com os direitos fundamentais do cidadão".[35]

Nesse sentido, vale lembrar que Boaventura de Souza Santos, fazendo uma alusão a uma favela do Rio de Janeiro (Pasárgada), menciona que nessa comunidade vigora um "direito paralelo não oficial, cobrindo uma interação jurídica muito intensa à margem do sistema jurídico estatal (o direito do asfalto, como lhe chamam os moradores das favelas [...])".[36]

Dessa forma, verifica-se que diante do cenário de ineficiência e de ilegitimidade estatal os moradores acabam buscando outras formas de resolução dos conflitos, criando alternativas à justiça estatal, de modo que responsabilize o cidadão por suas escolhas, procurando mecanismos mais adequados para o tratamento das divergências daquela localidade.

Conforme afirmado por Spengler, este direito inoficial:

> [...] esbarra no contraponto do direito oficial no qual o Estado tem o monopólio da violência legítima e do direito, dispondo de organização burocrática de larga escala, centralizada e centralizadora; a cidadania é atribuída a indivíduos pelo estado de que são nacionais, pelo que em princípio não há cidadania sem nacionalidade e vice-versa [...][37]

Com isso, constata-se a própria crise do Judiciário, pois, em que pese ter o monopólio da aplicação do direito, não possui o monopólio da produção do direito, o que consequentemente faz surgir na sociedade "uma pluralidade de ordens jurídicas, com diferentes centros de poder a sustentá-las, e diferentes lógicas normativas".[38]

A mediação comunitária realizada dentro dos bairros periféricos em algumas cidades brasileiras visa "oferecer àqueles que vivem em condições menos afortunadas possibilidades de conscientização de direitos, resolução e prevenção de conflitos em busca da paz social".[39]

Na esteira desse raciocínio, e tendo como base essas comunidades, que por suas características e especificidades, potencializam a problematização das rela-

ções entre os cidadãos, aprofundando os conflitos, a mediação comunitária se apresenta como uma ferramenta perfeita, pois extrai a sua força legitimadora ao viabilizar o entendimento entre os cidadãos sobre as regras de sua convivência.

Nos conflitos que surgem nas comunidades, a manutenção dos vínculos é algo primordial, pois as relações são contínuas e duradouras e a resolução do impasse com a adjudicação judicial não é a melhor saída. Portanto, o que se pretende com a mediação comunitária é o estímulo ao diálogo, à consciência de que o cidadão pode solucionar seu conflito de forma amigável, sem a necessidade da intervenção do Estado-Juiz, tão distante da sua realidade. É uma forma emancipadora de acesso à justiça, servindo não só como um "instrumento de pacificação social, mas também como um meio para o exercício da cidadania e para independência da comunidade".[40]

A ideia de que os próprios moradores da comunidade terão a possibilidade e a capacidade de resolver seus conflitos sozinhos, sem qualquer interferência do Poder Judiciário, propicia uma união interna, promovendo o empoderamento[41] dos habitantes daquela localidade, o que propicia também, como já afirmado, a pacificação social.

Na mediação comunitária, o mediador (terceiro imparcial), é um dos moradores do próprio meio (geralmente líderes comunitários), que não tem a missão de decidir e sim de auxiliar as partes na obtenção de uma solução consensual, fazendo com que estas enxerguem os obstáculos ao acordo e possam removê-los de forma consciente, como verdadeira manifestação de sua vontade e de sua intenção de compor o litígio como alternativa ao embate.

Dessa forma, o que se tem é uma abordagem do conflito por um indivíduo igual, que pertence à mesma comunidade, possuindo valores, hábitos e crenças que são comuns aos conflitantes. "A mediação comunitária trabalha com a lógica de um terceiro independente, membro dessa mesma comunidade, e este terceiro pretende levar aos demais moradores o sentimento de inclusão social",[42] neste sentido, desenvolve-se na comunidade, como afirmado por Sales, "conhecimentos, crenças, atitudes e comportamentos conducentes ao fortalecimento de uma cultura político-democrática e uma cultura de paz".[43]

O mediador, nesse caso, fala a mesma linguagem que os conflitantes, possuindo uma "legitimidade que não é atribuída pelo Estado e sim pelas próprias partes, em função de suas características, da sua conduta, do seu código de ética e de moral".[44] Dessa forma, a comunidade não espera do mediador o que a jurisdição tradicional espera do juiz, ou seja, o mediador não irá solucionar o conflito de forma a dizer quem é o vencedor, quem tem mais direito, cabe sim, ao mediador, possibilitar o diálogo entre as partes.

O fato de o mediador comunitário ser um integrante da própria comunidade não afasta a necessidade de sua capacitação para tal atuação. Deve, portanto, ser imparcial e, mesmo tendo uma proximidade com as partes envolvidas no conflito, o que pode ocasionar certa parcialidade, essa característica não pode ser excessiva, de forma a prejudicar a mediação. Nas palavras de Vedana:

> Em regra, quando o mediador é escolhido a partir de membros da própria comunidade, nem sempre a sua posição é imparcial, contudo, sua atuação é considerada por todos como justa. Ocorre que, por estar inserido na rede social, o mediador tem um contato anterior com as partes, por relações de parentesco, de vizinhança ou de convívio social, Essas relações, apesar de afetarem, em maior ou menor grau a parcialidade do mediador, são irrelevantes no âmbito comunitário, pois a própria comunidade reconhece o mediador como uma figura neutra. Isso ocorre de forma mais acentuada nos programas em que a própria comunidade escolhe o mediador ou legitima sua escolha.[45]

Esse mecanismo de tratamento do conflito não significa que o Estado/Judiciário não está presente na comunidade, mas sim que é uma forma inoficial e autocompositiva de resolução das controvérsias, que representa a um só tempo educar, informar e favorecer a tomada de decisão pelos próprios interessados.

Assim, é inegável que a mediação comunitária objetiva não só a solução de conflitos, mas também a utilização do diálogo como forma de compreensão, a prevenção de conflitos, a inclusão social e a paz social.

A inclusão social confere autonomia aos mediados, que passam a se encarar como responsáveis pela solução de seus próprios problemas, por meio de uma simples característica do cidadão, a voz — o poder do diálogo, a compreensão mútua. Nesse sentido cabe fazer o paralelo com Habermas e sua teoria do agir comunicativo.

A prevenção dos conflitos se apresenta "na medida em que as partes se tornam responsáveis por suas decisões, e. principalmente, porque são decisões discutidas e acordadas com base na solidariedade entre as partes" e, quando se percebe que a solução dos conflitos, "com base no diálogo, transforma o conflito e possibilita novos vínculos entre as partes".[46]

Não se pode esquecer que muitas dessas comunidades têm sido palco de conflitos permanentes da luta de todos contra todos, retornando aos tempos de Hobbes, do homem como lobo do homem; e a implementação da mediação comunitária contribui para a resolução dos conflitos que surgem, sendo o diálogo o grande instrumento transformador.

Portanto, a aposta nos laços de amizade, surge no sentido de "garantir à comunidade autonomia e responsabilidade para tratar seus conflitos com o auxílio de um terceiro, igual, legitimado por suas características morais e por seus vínculos, não institucionais, mas de amizade".[47]

Assim, ao aderir à prática da mediação, a comunidade é tomada pela consciência de que conflitos internos podem ser prevenidos ou solucionados internamente, com o uso de técnicas de interação e promoção do diálogo que funcionarão, junto com a sua ação comunicativa, como instrumentos perfeitos para consolidação dos direitos fundamentais, da participação social e da democracia.

5. Conclusão

A inserção da ação comunicativa de Habermas com a facilitação do diálogo, promovendo um acordo de entendimentos nas comunidades carentes, contribui para a formação de uma unidade axiológica no seio destas, facilitando o encontro dos cidadãos com seu projeto de valores, os sujeitos se reconhecem reciprocamente em seus direitos e deveres e esse reconhecimento é constitutivo de uma convivência harmoniosa.

A mediação comunitária é a ponte que permite aos sujeitos passarem do estado de conflito permanente denunciado por Hobbes para o da cooperação, contribuindo para formação de uma consciência moral erigida por princípios, orientando o agir dos indivíduos singulares pela ideia de entendimento.

As formações de consensos com base em grandes princípios morais de justiça e solidariedade social possibilitam que as normas de convivência se tornem reflexivas e impõem orientações acerca dos valores universais compartilhados. A ética discursiva na mediação comunitária promove o respeito, a comunicação, a tolerância, a compreensão e a paz, fatores esses necessários para a convivência dos mediados.

Nesse contexto, a mediação comunitária apresenta-se como um importante instrumento que possibilita uma mudança de paradigma com a criação de um diálogo transformativo que irá prevenir o surgimento de novos conflitos na medida em que o cidadão passa a ter consciência de que é de sua responsabilidade deliberar sobre seus problemas e encontrar a solução que melhor se adeque a seu caso.

6. Notas

[1] O presente trabalho foi elaborado a partir das conclusões parciais acerca das pesquisas realizadas pela autora para sua dissertação de mestrado.

[2] Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (Unesa/RJ), na linha de pesquisa: Acesso à Justiça e Efetividade do Processo; Especialista em Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá (Unesa/RJ); Professora de Prática Simulada e Mediação de Conflitos (*on-line*) na Unesa/RJ; Professora contratada da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ).

[3] GUINDANI, Miriam Krenzinger A.; ANSARI, Moniza Rizzini. "Mediação Comunitária como Mecanismo de Democratização do Acesso à Justiça no Brasil". Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0c9ebb2ded806d7f>. Acesso em março de 2013. [s/p].

[4] SALES, Lilia Maia de Morais, Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 137.

[5] HABERMAS, Jürgen. Consciência moral e agir comunicativo. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 79.

[6] SALES, Lilia Maia de Morais, Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 171.

[7] SALES discorre sobre estas ações, afirmando que: "A ação instrumental representa a ação técnica, na qual são aplicados os meios para a obtenção dos fins. A ação comunicativa, por sua vez, representa o diálogo entre as partes, buscando através da linguagem as melhores decisões para os indivíduos e para a sociedade. As sociedades modernas, tomadas pelo dinheiro e pelo poder, utilizam-se da ação instrumental. No sistema político, o poder substitui a linguagem e, no sistema econômico, a linguagem (diálogo) tem sido substituída pela ação técnica, quando os fins justificam os meios. Nesses sistemas não há espaço para ação comunicativa. A ação comunicativa prevalece em esferas da sociedade onde existe a inferação linguisticamente mediada, ou seja, comunicação entre os membros da sociedade voltada para o entendimento e harmonia entre seus membros. A interação por meio do diálogo busca o entendimento e o bem estar de cada um. Na ação comunicativa, o dinheiro e o poder, determinantes na ação instrumental, são substituídos pela linguagem, pela comunicação. O espaço da sociedade em que ainda existe a ação comunicativa é o chamado por Jürgen Habermas, de mundo vivo ou mundo da vida (*Lebenswelt*).". Ibidem, p. 173

[8] CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 108.

[9] SALES, Lilia Maia de Morais, Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 175.

[10] CITTADINO, op. cit., p. 108.

[11] *"Quien sistemáticamente se engaña sobre sí mismo se está comportando irracionalmente, pero quien es capaz de dejarse ilustrar sobre su irracionalidad, no solamente dispone de la racionalidade de un agente capaz de juzgar y de actuar racionalmente con arreglo a fines, de la racionalidad de un sujeto moralmente lúcido y digno de confianza en asuntos práctico-morales, de la racionalidad de un sujeto sensible en sus valoraciones y esteticamente capaz, sino también de la fuerza de comportarse reflexivamente frente a su propia subjetividad*

y penetrar las coacciones irracionales a que pueden estar sistemáticamente sometidas sus manifestaciones cognitivas, sus manifestaciones prácticomorales y sus manifestaciones práctico-estéticas." (HABERMAS, Jürgen. Teoria de la Accion Comunicativa, Tomo I, Madrid: Taurus Ediciones, 1999, p. 41).

[12] CITTADINO, *op. cit.*, p. 91.

[13] SALES, Lilia Maia de Morais, Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 p. 176.

[14] MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. 3ª ed. rev. e atual. com Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010, Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 45.

[15] SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação comunitária como meio de tratamento de conflitos. *Pensar*, Fortaleza, v.14, n. 2 p. 271-285, jul./dez.2009, p. 273.

[16] Idem. Fundamentos políticos da mediação comunitária. Ijuí: Unijuí, 2012, p. 109.

[17] OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de. A mediação como o agir comunicativo do consenso. Trabalho publicado na Revista Diritto.it. disponível em <http://www.diritto.it/docs/32982-a-media-o-como-o-agir-comunicativo-doconsenso>. Acesso em outubro de 2012, [s/p]

[18] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, , 2008, p. 33.

[19] MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion., *op. cit.*, p. 54.

[20] RESTA, Eligio. O Direito Fraterno. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 116.

[21] RESTA, Eligio. *op. cit.*, p. 100.

[22] MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. 3ª ed. rev. e atual. com Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010, Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 74.

[23] Ibidem., p. 121-122.

[24] GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação como forma autônoma e consensuada na resolução de conflitos. In: REIS, Jorge Renato. LEAL, Rogerio Gesta e COSTA, Marli Marlene Moraes da (Org.). As políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo. 1ª ed. Tomo 2. Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2010. Texto eletrônico. Acesso em 20 de outubro de 2012. p. 253.

[25] MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion, *op. cit.*, p. 122.

[26] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. DURÇO, Karol. A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O "Juiz Hermes" e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional, disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_e_a_solucao_de_conflitos_no_estado_democratico.pdf>. Acesso em julho de 2012. p. 14.

[27] SALES, Lilia Maia de Morais. *op. cit.*, p. 23-24.

[28] Bonafé-Schmitt, Jean-Pierre. La Mediation: Une Justice Douce, Paris: Syros, 1992, p. 16 e 17. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. 3ª ed. rev. e atual. com Projeto de Lei do novo CPC brasileiro

(PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 131.

[29] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. DURÇO, Karol. A Mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O "Juiz Hermes" e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional, disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_e_a_solucao_de_conflitos_no_estado_democratico.pdf>. Acesso em julho de 2012, p. 14.

[30] OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de. A mediação como o agir comunicativo do consenso. Trabalho publicado na Revista Diritto.it. disponível em <http://www.diritto.it/docs/32982-a-media-o-como-o-agir-comunicativo-doconsenso>. Acesso em outubro de 2012. [s/p].

[31] RESTA, Eligio. *Op. cit*., p. 129-131.

[32] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Mediação no Direito Brasileiro: Evolução, Atualidades e Possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_e_o_processo_civil_brasileiro_-_evolucao_atualidades_e_expectativas_no_ncpc_-_200511.pdf>. Acesso em 08 de setembro 2011, p. 13.

[33] OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de. A mediação como o agir comunicativo do consenso. Trabalho publicado na Revista Diritto.it. disponível em <http://www.diritto.it/docs/32982-a-media-o-como-o-agir-comunicativo-doconsenso>. Acesso em outubro de 2012. [s/p].

[34] SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação comunitária como meio de tratamento de conflitos. *Pensar*, Fortaleza, v. 14, n. 2 , jul./dez. 2009, p. 279.

[35] Idem. Fundamentos políticos da mediação comunitária. Ijuí: Unijuí, 2012, p. 215.

[36] SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 14.

[37] SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação comunitária como meio de tratamento de conflitos. Pensar, Fortaleza, v. 14, n. 2 , jul./dez. 2009, p. 277-278.

[38] BAUMAN, Zygmunt. Amor líquido — sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 38.

[39] SALES, Lilia Maia de Morais, *op. cit*., p. 135.

[40] VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. O perfil da mediação comunitária: acesso à justiça e empoderamento da comunidade. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação [recurso eletrônico]. v. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. Disponível em: <http://vsites.unb.br/fd/gt/Volume2.pdf>. Acesso em setembro de 2012, p. 264.

[41] Cf. afirmado por VEDANA, ibid., p. 264, a noção de empoderamento dos membros de uma comunidade está ligada à ideia de diminuição da dependência destes em medidas assistencialistas (estatais ou de outras entidades), pela promoção de medidas que permitam o exercício direto dos direitos e deveres dos cidadãos com um consequente ganho qualitativo.

[42] SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação comunitária como meio de tratamento de conflitos. *Pensar*, Fortaleza, v. 14, n. 2 p. 271-285, jul./dez.2009, p. 273.

[43] SALES, Lilia Maia de Morais, Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 135.

[44] SPENGLER, *op. cit.*, p. 280.

[45] VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. O perfil da mediação comunitária: acesso à justiça e empoderamento da comunidade. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação [recurso eletrônico]. v. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. Disponível em: <http://vsites.unb.br/fd/gt/Volume2.pdf>. Acesso em setembro de 2012, p. 271.

[46] Ibidem., p. 169.

[47] SPENGLER, Fabiana Marion. Fundamentos políticos da mediação comunitária. Ijuí: Unijuí, 2012, p. 240.

7. Referências bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. Amor líquido — sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. A Mediação como forma autônoma e consensuada na resolução de conflitos. In: REIS, Jorge Renato. LEAL, Rogerio Gesta e COSTA, Marli Marlene Moraes da (Org.). As políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo. 1. Ed. Tomo 2. Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2010. Texto eletrônico. Acesso em 20 de outubro de 2012.

GUINDANI, Miriam Krenzinger A.; ANSARI, Moniza Rizzini. "Mediação Comunitária como Mecanismo de Democratização do Acesso à Justiça no Brasil". Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0c9ebb2ded806d7f>. Acesso em março de 2013. [s/p].

HABERMAS, Jürgen. Teoria de la Accion Comunicativa. Tomo I. Madri: Taurus Ediciones, 1999.

_____ Consciência moral e agir comunicativo. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. 3ª ed. rev. e atual. com Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010, Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de. A mediação como o agir comunicativo do consenso. Trabalho publicado na Revista Diritto.it. disponível em <http://www.diritto.it/docs/32982-a-media-o-como-o-agir-comunicativo-doconsenso>. Acesso em outubro de 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, A Mediação no Direito Brasileiro: Evolução, Atualidades e Possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_e_o_processo_civil_brasileiro_-_evolucao_atualidades_e_expectativas_no_ncpc_-_200511.pdf>. Acesso em 08 de setembro 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. DURÇO, Karol. A Mediação e a Solução dos Conflitos no

Estado Democrático de Direito. O "Juiz Hermes" e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_e_a_solucao_de_conflitos_no_estado_democratico.pdf>. Acesso em julho de 2012.

RESTA, Eligio. O Direito Fraterno. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

SALES, Lilia Maia de Morais, Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A crise das jurisdições brasileiras e italianas e mediação como alternativa democrática da resolução de conflitos. In: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Org.). Mediação enquanto política publica: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas [recurso eletrônico]. 1ª ed. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2012. Disponível em: <http://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/mediacao.pdf>. Acesso em setembro de 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion. Fundamentos políticos da mediação comunitária. Ijuí: Unijuí, 2012.

_____. A mediação comunitária como meio de tratamento de conflitos. *Pensar*, Fortaleza, v. 14, n. 2 p. 271-285, jul./dez.2009.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo, Método, 2008.

VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. O perfil da mediação comunitária: acesso à justiça e empoderamento da comunidade. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação [recurso eletrônico]. v. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. Disponível em: <http://vsites.unb.br/fd/gt/Volume2.pdf>. Acesso em setembro de 2012.

O ÓCIO COMO CRIME: VAGABUNDOS E VADIOS À LUZ DO DIREITO PENAL PORTUGUÊS MEDIEVAL

Beatris dos Santos Gonçalves[1]

Em fins da Idade Média, especialmente em sua última centúria, Portugal rumava em direção ao fortalecimento de seu reino, ao definir aos poucos o espaço do rei como *centro*, conquistado por ações políticas e jurídicas consolidadoras do seu poder.

Os reis de Avis que reinavam àquela época,2 determinaram a maneira pela qual a sociedade portuguesa era representada, ao proceder à qualificação e à determinação dos *lugares sociais* ocupados por seus súditos. Próximos ao centro estavam os inseridos, os que eram exemplarmente percebidos como cidadãos--cristãos, estereótipo idealizado pelo pelo rei e pela Igreja. Já nas periferias, estavam os espaços próprios dos marginais e dos excluídos, que deviam ser reintegrados, quando possível, ou afastados, para que não pusessem em risco o desejado ordenamento social.3

Todavia, dentre estes, importa aqui tratar dos marginais. Daqueles que ocupavam um lugar intermediário, fronteiriço que, por seu aspecto limítrofe, situado entre a inclusão e a exclusão, e por permitir gradações, assumia um caráter flexível, fluido e, por vezes, transitório,4 capaz de possibilitar a atuação estratégica do poder régio em seus deslocamentos.

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2013/18) n.18: 195-211 - UCAM (Rio de Janeiro)

1. O homem marginal

A condição marginal era determinada àqueles que estavam em desarmonia, seja por não estarem de acordo com o papel atribuído pelo seu estatuto social; seja por sua condição material; seja pelas suas capacidades e pela sua formação profissional; seja por não participarem do processo de produção;5 seja por se recusarem a pertencer a uma célula familiar ou por se absterem de domicílio fixo,6 enfim, por se mostrarem irredutíveis aos valores e às normas de comportamento em vigor, estabelecidos por uma dada sociedade. O historiador polonês Bronislaw Geremek (2004, p. 185) acentua o aspecto tênue da marginalidade, ao lembrar que o estado marginal não rompe completamente com os vínculos familiares e sociais, "[...] estes laços podem afrouxar até um limiar mais ou menos tangível e, contudo, manter-se-á um certo número de situações em que o [...] marginal permanece numa relação de interdependência com a sociedade".

O aumento da marginalidade nos séculos XIV e XV foi uma tendência observada não somente em Portugal, mas uma realidade que teve abrangência em praticamente toda a Europa, produto das dificuldades trazidas pela crise que sobre esta se abateu naqueles tempos. Tais penúrias foram desencadeadas por diversos processos interligados, a exemplo dos prejuízos no setor agrícola provocados, principalmente, pela intemperância climática que ceifou a vida de muitos pela desnutrição ou, que pelo mesmo motivo, tinham a saúde fragilizada, tornando-se suscetíveis às doenças. Acrescenta-se que essa situação foi agravada com as *pestes*, haja vista potencializar a mortandade.

As danosas consequências dessa crise foram sentidas tanto nas regiões campesinas quanto nas citadinas, levando muitos indivíduos a passar de incluídos à marginais, alterando suas formas de representação social devido à fome, à miséria e à não inserção em diferentes ofícios e corporações.

Em face de tais dificuldades, houve aqueles que optaram por abandonar os campos e seguir em direção às cidades, deixando áreas rurais com carência de braços e de víveres. Apesar dos esforços régios para buscar manter os homens nos campos, a cidade era cada vez mais atrativa para pessoas de diversas origens e categorias sociais, convergindo para ela mercadores, camponeses, nobres, mas também homens destituídos de bens, que viam na vida urbana uma possibilidade de enriquecimento. No entanto, essa dinâmica levou à proliferação da pobreza e da criminalidade, sendo, então, revelada a cidade como um ambiente potencialmente propício à marginalidade e à exclusão.7

A sedução exercida pelo meio urbano motivou a inserção de novos grupos a este, ao preço de serem submetidos aos valores e costumes urbanos. Outros, portanto, devido à origem campesina, ao ofício exercido e à itinerância ob-

servadas pela migração, atípica para uma sociedade que primava pelo vínculo a uma determinada comunidade, não foram bem inseridos neste ambiente.

Essa percepção moldou o olhar dos homens da cidade, rejeitando aqueles que chegavam, pois aumentavam a concorrência em relação ao trabalho, intensificando, de certo modo, os problemas já existentes e próprios da *urbe*. Diante dessa realidade, desde inícios do século XIII, os monarcas portugueses buscaram agir no sentido de combater os que não tinham um *mester*, sendo, por isso, considerados *maus homens*, conforme determinação legislativa do rei D. Afonso II, datada de 1211.8 No entanto, tal medida não foi suficiente para solucionar essa situação. Os que não conseguiram se associar a algum tipo de ofício, de corporação acabaram caindo na marginalidade, sendo classificados como vadios, vagabundos e inúteis.

2. Inúteis ao mundo: vadios e vagabundos

Aparentemente sinônimos, os termos vadio e vagabundo, guardam suas particularidades, apesar de serem evocados com frequência sem distinção. De acordo com a etimologia da palavra,9 **vadio** é aquele que *anda sem própósito, sem destino*. Já **vagabundo**, além de qualificar aquele que vagueia, que possui um estilo de vida nômade, também traduz outras noções que ultrapassam o sentido de vadiagem. Acrescentam-se, pois, a tal adjetivo significados como: aquele que *tem vida errante*, que *não tem ocupação* ou que *não faz nada* (ocioso, tunante) e, ainda, o que é *pouco constante* (volúvel).

De acordo com essas definições, compreende-se o porquê de a sociedade medieval perceber os vadios e vagabundos de modo demeritório, vez que experimentavam um estilo de vida antagônico ao que era caro a esta, que primava por um *habitus vivendi* fundamentado na fixação, no enraizamento, no pertencimento, na utilidade, na retidão e na constância.

A partir dessa percepção, para ser considerado inserido, e portanto aceito, era preciso se mostrar útil, provido de uma ocupação, vez que o ócio era associado à noção de pecado,10 principalmente, ao pecado da *ascedia* (preguiça). Escalonada dentre os pecados capitais e, por muito tempo associado ao pecado dos monges, a *ascedia* associava-se à ideia de tristeza, de abatimento da alma (desânimo) ou, em sentido mais atual, à depressão. O indivíduo que se deixava tomar por tais sensações, prostrava-se, acomodava-se, entregava-se à uma incômoda placidez, que o impedia de exercer uma das mais altas virtudes: a contemplação, por estar preso às paixões humanas e vivenciar práticas e sentimentos condenados, a exemplo do ócio, da sonolência, da melancolia, irritação (azedume), da inquietude, da curiosidade, da vagabundagem (*pervagatio*) e da instabilidade do espírito e do corpo;11 enfim, recusas de uma sociedade que se assentava na noção de *estabilidade* física e social.

Como remédio para tais vícios, eis que surgem algumas referências como força, paciência e perseverança, qualidades atinentes àqueles que se dedicavam ao trabalho, principalmente ao trabalho manual. Mas, nem sempre o trabalho foi exaltado como virtude.

> [...] as palavras que mais se aproximavam ao trabalho, tal qual a concepção atual, *labor*, *opus*, relacionavam-se à pena física e moral, consequência do Pecado Original ou à oferenda do próprio esforço a Deus (*opus Dei*). Contudo, com o desenvolvimento urbano e comercial o trabalho passou a possuir certo valor material. Neste sentido, poder-se-ia trocar o trabalho seja pela compra, seja pela venda, por dinheiro (Schmitt, 2001, p. 269; Le Goff, 2002, p. 559).

Há de se notar, desta maneira, que o pecado da *ascedia* "laicizou-se" a partir do século XIII, no mesmo momento em que o trabalho foi reabilitado e tornou-se um dos principais valores da sociedade medieval, acompanhando o crescimento econômico que esta começava a sentir e a participar. Logo, o pecado da preguiça, assim como qualquer outro que pudesse estar a este vinculado, passou a assumir o topo da hierarquia dos pecados, sendo considerado a "mãe de todos os vícios".12 Nesse diapasão, expressões como *ocioso* e *mendigo válido* tornaram-se etiquetas injuriosas atribuídas a certos marginalizados13 que não gozavam das benesses do trabalho, elemento que contribuía para a construção da imagem do *bom cristão* e do *bom súdito*, daquele que deveria estar sempre pronto a mostrar seus préstimos a Deus e à sociedade.

3. A representação social da vagabundagem

Na Idade Média, o vagabundo era considerado um marginal por excelência, mas seu estatuto podia assumir caráter ambíguo. Ele confundia-se com o peregrino e, mesmo, com o pobre.14 A vida associal e irregular constituía a principal característica da vagabundagem, bem mais que a itinerância, embora a mobilidade15 gerasse desconfiança numa sociedade que primava por ser estável.

> O fato de se viver num lugar fixo, de se permanecer durante muito tempo [...] numa mesma comunidade [era] valorizado porque o sentido de ordem e de segurança social base[ava]-se em laços de sangue e de boa vizinhança (Geremek, 1990, p. 234).

Para tanto, aquele que estava em exílio, degredo, que era estrangeiro, viajante (exceto os ricos), ou, até mesmo, excomungado, eram vistos com ressalva. Não obstante a existência de uma associação do pobre ao vagabundo,

havia uma noção que os reposicionava, fazendo-os ocupar lugares separados na percepção social.

> O pobre, aceite [, em sua maioria,] pela sociedade medieval, é o fraco por excelência. O vagabundo é o homem forte. [...] E a partir daí desenvolveu-se todo um discurso: o vagabundo não tem o direito de ser socorrido porque é "são dos seus membros", não tem direito de pedir esmola e não é fraco, é perigoso para a sociedade. [...] O medo define o outro mundo (Geremek; Duby, 1993, p. 91-92).

Em fins do medievo, a pobreza material ganhou destaque, com a necessidade de subsistir pela esmola e pelo auxílio social, realidade que suscitou a desclassificação social,16 potencializada pela percepção da pobreza como uma situação de descompasso, vulnerabilidade e fraqueza,17 própria dos que não tinham condições de sustentar a si mesmo ou, ainda, de serem sustentados por sua família de modo condizente com sua posição social.18

A pobreza remetia, assim, à compreensão de "[...] um estado de debilidade, de carência, de insuficiência, de privação [...], suscitando na sociedade determinados sentimentos e atitudes: a compaixão, o medo, o desprezo, a piedade [...]" (GEREMEK, 2004, p. 213), reações condicionadas à voluntariedade ou não do estado de pobreza.

A pobreza voluntária era concebida como uma atitude de exaltada vida cristã, baseada nos princípios de austeridade e mortificação. A opção pela pobreza, idealizada e praticada pelas Ordens Mendicantes, por exemplo, representava um pilar necessário para a ascensão do espírito e estampava como exemplo de conduta valorosa; contudo, a vivência da pobreza também podia ser por mera simpatia, sendo uma atração para alguns. Enfatiza-se, porém, que os indivíduos que se vinculavam à pobreza de maneira voluntária não eram motivados unicamente pela concretização da busca espiritual pelo *estado de necessidade*, mas também porque eram contestatários da ordem social estabelecida,19 filhos expulsos de casa, soldados desertores, artistas boêmios,20 clérigos que não se adaptavam à disciplina exigida pela vida religiosa, entre outros, cuja origem social e situação econômica eram variáveis.21

Devido a esse sentimento, um elemento que *a priori* seria "anômalo" para a sociedade passou a ser acolhido como um tipo de "marginalização heróica", e, portanto, virtuosa, vez que não se fundamentava na transgressão das normas legais e morais, mas ao contrário, visava a sua plena realização. Neste sentido, a qualificação "desprezível" não mais se aplicaria devido ao reconhecimento de seu significado funcional e positivo para a sociedade: uma vida marginal pública e vigiada.22

Já o pobre involuntário era aquele que fora conduzido à pauperização por causas que extrapolavam sua vontade, tendo sido fatores como guerra, fome, doenças físicas e mentais, decadência econômica, por exemplo, determinantes para a situação de pobreza não só do indivíduo, mas também, por vezes, de toda uma comunidade.23

Sendo "legítimos pobres", a estes era permitido esmolar e o dever de caridade passa a determinar o comportamento individual dos cristãos na sua vida temporal, evidenciando a misericórdia e a beneficência social como meio de salvação.

A atitude cristã de dar esmolas foi referenciada no *Livro dos Conselhos* de D. Duarte, tendo sido assinaladas as [esmolas d el rey per alg as festas do ano] (fl. 225 v, p. 218-219), no que tangia aos festejos religiosos, passando a imitar o ato virtuoso de seu pai D. João I que, em seu tempo, distribuía "[...] tres rações de quatro pães com os acrecentamentos [...]"(*Ibid*., fl. 16 v, p. 19), assim como outras esmolas, aos indigentes. Neste livro, relatou-se o episódio ocorrido na *qoresma* de 1436 em que 13.500 reais brancos foram gastos, acrescidos de trezentos para os pobres. E, ainda, era de praxe a distribuição de dinheiro pelo esmoler régio na ocasião dos festejos da *conceição de santa Maria*, na *sua nascença*, na *anunciação*, na *festa do natal*, na *purificação*, na *asunção* e na *festa dos reis* com a oferenda de trezentos reais brancos para vestir uma pobre e eram doados, especificamente no dia de Reis, 250 reais brancos a três pobres cada. Já em *Corpus Christi*, eram distribuídos dez reais brancos, para fins alimentícios, a sete pobres.24

Essa faceta beneficente dos monarcas foi mostrada pelos cronistas, a exemplo de Garcia de Resende, que, ao exaltar D. João II, o descreveu como um rei feitor de grandes obras,25 que tinha por hábito dar oferendas:

> [...] esmola a algum caualleiro pobre, e era boa esmola, que sempre tiraria vinte couados de contray. E o lauar dos pés aos pobres, e todalas outras cerimônias fazia com tanto acatamento, e lagrimas, que aos bons religiosos daua singular exemplo, quanto mais aos seus familiares (RESENDE, 1991, p. XXII).

Segundo Bernard Guenée (1998, p. 138-139), as virtudes privadas do monarca eram indispensáveis, devendo ser difícil a distinção daquelas que pertenciam ao homem público e ao homem privado, sendo essas virtudes privadas consideradas como necessárias ao bom desempenho de seus ofícios régios.

Visto isso, o poder central, na figura do rei, durante os séculos XV-XVI alterou sua estrutura no que tange ao auxílio jurídico, médico e hospitalar,26 provavelmente, como afirma a historiadora portuguesa Maria José Pimenta

Ferro Tavares (1997, p. 482), devido à influência das ordens mendicantes, principalmente do franciscanismo, em território lusitano. Além disso, ainda era resistente o estado de indigência de viúvas, órfãos, cegos, mutilados, famintos e enfermos27 que viviam no reino.

Apesar de o rei exercer uma função assistencialista, *a priori* não era essa sua esfera de atuação. Esta era de domínio da Igreja secular e monástica, que assumia o exercício da caridade. Somente no século XV, momento em que a assistência foi traduzida na função de hospitais e albergarias, que a realeza portuguesa passou a funcionar também nesse sentido, assumindo uma perspectiva que ia além da motivação religiosa, haja vista D. João II ter incorporado o assistencialismo ao projeto político prático de Avis.28 Todavia, era preciso evitar que "falsos mendigos" se locupletassem da caridade alheia. Refutados pela sociedade, esses tipos desonestos e oportunistas, podendo trabalhar, preferiam mendigar e roubar.29

A falsa mendicância não era um problema somente de quatrocentos, mesmo em 1349, quando do reinado de D. Afonso IV, já dava a entender por sua legislação que esmolar passou a ser a opção de muitos que deixavam suas ocupações em busca desse benefício.30 Pouco depois, na Lei de Sesmarias de 1375, relatou-se que muitos se passavam falsamente por religiosos, inclusive portando vestes destes, no intuito de induzir a semelhança e, contra estes, D. Fernando legislou.31 Tais esforços, todavia, não significaram o fim dessas práticas no reino.

4. A legislação régia face aos vagabundos e vadios

Ainda que fosse possível localizar o vagabundo32 próximo ou mesmo inserido no mundo da pobreza, não poderia ser considerado um pobre, com impedimentos de trabalhar por questões de doença ou de idade avançada. Neste sentido, D. João I determinou ao corregedor de Lisboa em 08 de dezembro de 1401que impedisse as pessoas válidas de mendigar.33 Na realidade, o rei observava que os falsos pedintes "[...] *nom querem seruir e lhis dam esmollas que deuyam a seer pera os uelhos e mancos e cegos e doentes e outros que nom podem guaanhar per que uyuam*" (*Livros das Leis e Posturas*, 1971, p. 450). Por tal motivo, veio a necessidade de "[...] as instituições tradicionais de caridade, sobrecarregadas, passa[r]em a impor uma distinção entre os "pobres de verdade"[...], os únicos que deviam de fato ser assistidos, e os "mendigos válidos", que tinham condições de trabalhar" (SCHMITT, 2001, p. 275).

A falsa mendicidade foi também alvo de sanção da justiça, na época de D. Duarte, onde nas Cortes de Lisboa de 1427, foi advertido que:

> [...] a vida dos homeens nom deve seer acçiossa e a esmola nom deve sseer dada see nom aaquelles que per ssy nom podem guanhar nem merecer per serviço de sseu corpo per que mantenham e ssegundo o dicto dos sabedores e dos sanctos doctores, mais justa coussa he de castigar o pedinte ssem necessidade (AHCM. Livro 2º dos Reis D. Duarte e D. Afonso V, doc. nº 8, fl. 8).

Fato foi que a simulação da mendicância levou ao incremento da vadiagem34 e da vagabundagem e, naturalmente, da propagação de crimes,35 realidade que assumia desde feições mais pacíficas e convenientes, agindo individualmente para próprio proveito, até a formação de bandos e grupos profissionais que espalhavam o medo pela violência de seus atos.36

Nas Cortes de Évora de 140837 os procuradores concelhios inquietavam-se com o fato de existirem em Portugal muitas pessoas que não possuíam qualquer atividade profissional e que se organizavam em bandos, dedicando-se ao crime. Desta feita, solicitavam providências a D. João I que, em resposta, determinou aos Corregedores das Comarcas nos seguintes termos:

> [...] o façam assy apregoar cada hum corregedor em sua comarca; e se depois forem achados, que os prendam, e façam na cadea atee que filhem algüu mester, ou vivam com alguem, e nom querendo despois continuar en ello, que os açoutem publicamente (*Ordenações Afonsinas*,1984, Livro IV, p. 141-142).

Dois anos depois, nas Cortes de Lisboa de 1410,38 a questão voltou a ser posta. Denúncias apresentadas a tal respeito foram reiteradas nas Cortes de 1427 e, ainda, em outras que ocorreram até finais de quatrocentos.

O historiador português Humberto Baquero Moreno (1998) observou em seus estudos que foi identificada uma vagabundagem individual e pouco organizada no século XIV, sendo esta transformada no século XV, passando a adotar feições coletivas e organizadas, incorporando-se a tais grupos certos estrangeiros que também passaram a agir da mesma maneira, formando *bandos de malfeitores*.

Corroborando com a descrição do referido autor, Dean Trevor ressaltou a existência de uma associação estereotipada dos "fora da lei" com viajantes estrangeiros, soldados e vagabundos. Após a crise do século XIV-XV, leis foram feitas em várias partes da Europa no combate à insolência,39 posto que identificada como responsável por muitos atos criminosos.

Luís Miguel Duarte (1995, p. 239) adverte que os bandos que se formaram em Portugal em fins do medievo não somente agiam por questões

particulares ao grupo, mas também a serviço de alguém. Neste sentido, o autor observa que:

> [...] um bando em ação comete, por um lado, o somatório dos desacatos individuais dos seus membros que se sentem impunes (agressões, insultos, violências sexuais, raptos) e, por outro "malfeitorias" funcionais, isto é, ações brutais, ditadas pelos interesses do senhor: afrontar um bando rival, molestar camponeses menos submissos ou roubar-lhes gado e colheitas, tomar posse pela força de um mosteiro ou igreja cujo padroado ou propriedade estejam em litígio, arrombar uma cadeia, assaltar um castelo ou atacar a escolta do corregedor, do ouvidor ou do meirinho para libertar dos grilhões um companheiro que lá ia preso.

De um modo geral, estes eram percebidos tanto pelas populações quanto pela justiça régia como malfeitores, despertando o medo e o ódio por suas atitudes violentas, pelo descontrole que causavam e pelo possível protecionismo dos senhores, fato que disseminava o receio dos locais em denunciar os nobres envolvidos devido ao seu poder social.40

Apesar de ser frequente a associação da vagabundagem ao crime e, muitas vezes, o era, necessário se faz tecer algumas considerações sobre a relação marginal — criminoso que os envolvia. Sabendo-se que a insubordinação às normas e aos preceitos da sociedade era uma das principais características da condição marginal, a marginalidade aparece muitas vezes como criminalidade ou em formas muito análogas a esta.

A criminalidade pode ser entendida como resultado da não adaptação, da exclusão ou da falta de espaço no corpo social e da recusa da ordem social, contudo não como sinônimo de marginalidade, isso porque as franjas da sociedade englobam elementos que foram vilipendiados, mas que não cometeram crimes,41 necessariamente. Somente os comportamentos criminosos que acarretavam desclassificação e exclusão da sociedade é que podem conduzir à marginalização de um indivíduo, de uma família ou de um grupo.42

O caráter instável e acidental norteava, assim, a criminalidade. Isso porque muitos criminosos eram inseridos no mundo do trabalho organizado, pertenciam a um contexto familiar, eram de boa vizinhança, mas que, num dado momento, de maneira inesperada ou gradual, acabaram rompendo com essas estruturas.

> Mesmo um tipo de vida não criminoso pode ser considerado marginalizante, na medida em que não há estabilidade profissional e [...] em que as profissões exer-

> cidas se encontram nos limites da aceitação social ou são consideradas infames (GEREMEK, 1990, p. 239).

Por outro lado, existem grupos que são objeto da exclusão social, mas que não recaem sob a repressão judiciária, sendo, por vezes, assimilados às categorias ou às situações perseguidas pela lei, como o mendigo que é associado ao vagabundo.43

Desta forma, a pobreza e a mendicância tinham certa associação, motivada ou não, com a vagabundagem, isso porque a miséria era, por vezes, assimilada ao crime "[...] frente a uma justiça cada vez mais centralizada e desejosa de controle e organização. Assim, o pobre é um ladrão em potencial" (SCHMITT, 2001, p. 275), ainda que se conceba que a vagabundagem não era sempre o resultado da pobreza ou da miséria.44

A vagabundagem, que de atitude marginal, permeada pelo estigma do ócio, da inutilidade e da desordem, passou a constar nas leis penais, passando, portanto, a constar no rol de crimes. Juntamente com as necessidades advindas da pobreza, a vagabundagem podia ser apontada, ainda que não obrigatoriamente, como uma condição que ensejava outros crimes, a exemplo do furto, do roubo e, até mesmo, o homicídio, ainda que este último estivesse associado a inúmeros outros fatores, como a vingança.45

Nesta perspectiva, o rei D. Duarte instruiu em uma das constituições inseridas nas suas legislações o tipo de pena que deveria ser aplicada aos *homeens que andam per a terra uagabundos*. No intuito de coibir tal realidade, o monarca determinou a todo reino que "[...] *nom more homem que nom ouuer posisom ou alguum mester per que posa uiuer sem sospeita*" (Ordenações Del-Rei D. Duarte, 1988, p. 53). E, como punição, deviam perder as terras.

Apesar de não aparecer nas *Ordenações Afonsinas* uma norma específica sobre a vagabundagem, D. Afonso V, mostrou-se disposto a reprimi-la, ordenando que, sem exceção, os corregedores, juízes e justiças, meirinhos e alcaides determinassem a prisão de vadios e criminosos; caso contrário, seriam obrigados a dar explicações pela falta de colaboração46.

Entretanto, as *Ordenações Manuelinas* (1521) dedicaram em seu 5º Livro, o Título 72 para tratar da matéria, sendo este intitulado *Dos Vaadios*, com um conteúdo bastante próximo às previsões antecedentes. Eis a letra da lei:

> Mandamos que qualquer homem que não viver com senhor, ou com amo, nem tiver ofício, nem outro mister em que trabalhe, e ganhe sua vida, ou não andar negociando algum negócio seu, ou alheio, passados vinte dias do dia que chegar a qualquer cidade, vila, ou lugar, não tomando dentro dos ditos vinte dias amo, ou senhor

> com quem viva, ou mister em que trabalhe, e ganhe sua vida; ou se o tomar, e depois o deixar, e não continuar, seja preso e açoitado publicamente; e se for pessoa que não caiba açoites, seja degredado para as partes de além por um ano (*Ordenações Manuelinas*, 1984, p. 224-225).

Observa-se, assim, que na regência de D. Manuel I houve um endurecimento das penas previstas aos que não estavam vinculados a um ofício ou que não tinham nenhum senhor que por eles respondesse. Por certo, devido ao aumento da demografia citadina, ocasionado pelo número cada vez maior de pessoas que chegavam aos espaços urbanos em finais do século XV e início do XVI, motivados pela dinâmica expansionista vivida por Portugal naquele período.

Contudo, tais processos agravaram a situação de desordem, principamente nas cidades, fato que levou o monarca a determinar um curto prazo para se estabelecer, se fixar e se associar a um mester, para se tornar útil e produzir, a partir do momento em que este chegava. Caso contrário, a pena pública e vexatória era aplicada àqueles de *menor qualidade* e, aos de *maior qualidade*, o degredo. Por tal determinação, o rei, além de afastar o problema da desocupação e os possíveis transtornos que tal situação podia ocasiosar, levando o vadio para longe, este o tornava útil ao reino, na medida em que a pena do degredo normalmente estava acompanhada de trabalhos.

As ações régias, portanto, diante da vadiagem e da vagabundagem inspiravam sentimentos contraditórios: ora de solidariedade ora de repressão, com atitudes que oscilavam entre a tolerância e a intolerância[47] por parte da sociedade e das autoridades. Neste sentido, constitui um aspecto significativo o modo pelo qual o poder régio se articulava a fim de isolar os elementos sediciosos que interferiam na organização do reino. E, como melhor medida, oferecer a reintegração, posto que era mais vantajosa a participação dos súditos nos processos de produção, e não os condenar a ficar completamente alheios a estes.

A rejeição, as classificações e, por vezes, a tentativa de reingresso de marginais a exemplo de vadios e vagabundos como membros da comunidade promoveu o entendimento de como a sociedade era percebida e ordenada[48] pelo núcleo central, gerando um "jogo de poderes" entre reis e súditos que marcaram o projeto de centralização monárquica de Avis.

5. Notas

[1] Pós-doutoranda em História Medieval pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Doutora em História Social pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em História Comparada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Graduada e Licenciada em História pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professora de História do Direito e História Medieval na Universidade Candido Mendes (UCAM). Pesquisadora do Laboratório de Estudos Medievais e Ibéricos — *Scriptorium*/UFF. E-mail: beatrisgoncalves@outlook.com

[2] Citem-se os reinados de D. João I, D. Duarte, D. Afonso V, D. João II e D. Manuel I (1385 a 1521).

[3] As normas estabelecidas pelo poder central definem a formação de grupos por seu caráter discriminatório. BOISSELLIER, Stéphane. De la différenciation sociale à la minoration en passant par les régulations, quelques propositions._____; CLÉMENT, François; TOLAN, John (Dir.). Minorités et régulations sociales en Méditerranée médiévale. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2010, p. 27.

[4] SCHMITT, Jean-Claude. A história dos marginais. In: LE GOFF, Jacques. A história nova. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 264.

[5] GEREMEK, Bronislaw. Marginalidade. In: RUGGIERO, Romano (Dir.). Enciclopédia Einaudi. Sociedade — Civilização. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004. V. 38, p. 185.

[6] GEREMEK, Bronislaw. Les marginaux parisiens aux XIV^{e} et XV^{e} siècles. Paris: Flammarion, 1999, p. 6; 361-362.

[7] Cf. MORENO, Humberto Baquero. Exclusão social e minorias étnicas. In: MOTA, Guilhermina (coord.). Minorias étnicas e religiosas em Portugal. História e actualidade. Actas do curso de inverno. 9-11 de janeiro de 2002. Coimbra: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2003.

[8] Cf. LIVRO das Leis e Posturas. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1971, p. 19-20.

[9] VADIO, do latim *vagativu*, aquele que vaga sem ocupação e VAGABUNDO, do latim *vagabundus*, errante. Cf.DICIONÁRIO etimológico da língua portuguesa. Antônio Geraldo da Cunha. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010, p. 666; SILVA, Deonísio da. De onde vêm as palavras: origens e curiosidades da língua portuguesa. 16ª ed. São Paulo: Novo Século, 2009, p. 1002.

[10] REIS, Mário Simão dos. A vadiagem e a mendicidade em Portugal. Lisboa: Imprensa Libanio da Silva, 1940, p. 48.

[11] CASAGRANDE, Carla; VECCHIO, Silvana. Histoire des péchés capitaux au Moyen Âge. Paris: Aubier, 2003, p. 129.

[12] CASAGRANDE, Carla; VECCHIO, Silvana. Pecado. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude. Dicionário Temática do Ocidente Medieval. São Paulo: Edusc, 2002, 2 v. V. II, p. 349.

[13] LE GOFF, Jacques. O maravilhoso e o quotidiano no Ocidente medieval. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 160.

[14]GEREMEK, Bronislaw. Pobreza. In: RUGGIERO, Romano (Dir.). Enciclopédia Einaudi. Sociedade — Civilização. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004. V. 38, p. 213-244.

[15] CUBERO, José. Histoire du vagabondage: du Moyen Âge à nos jours. Paris: Imago, 1998, p. 52-55;75-79.

[16] Id. Ibid., p. 53.

[17] VAUCHEZ, André. A espiritualidade na Idade Média Ocidental (século VIII a XIII). Lisboa: Estampa, 1995, p. 67 ; MOLLAT, Michel. Pauvres et assistes au Moyen Âge. In: A pobreza e a assistência aos pobres na Península Ibérica durante a Idade Média. *Op. cit.*, p. 12; _____. Les pauvres au Moyen Age. Étude sociale. Paris: Hachette, 1978, p. 14

[18] GEREMEK, Bronislaw. Poverty. A history. Oxford: Balckwell, 1997, p. 52-53.

[19] Cf. MORENO, Humberto Baquero. Exilados, marginais e contestatários na sociedade portuguesa medieval. Estudos de História. Lisboa: Presença, 1990.

[20] A marginalidade dos jovens era tida como um fenômeno temporário, sendo um "rito de passagem". Certos goliardos na Idade Média cantavam a revolta contra a Igreja e depois se tornavam bispos. GEREMEK, Bronislaw. Marginalidade. *Op. cit.*, p. 207-209.

[21] MARQUES, A. H. de Oliveira. Portugal na crise dos séculos XIV e XV. In: SERRÃO, Joel; _____. Nova história de Portugal. Lisboa: Presença, 1986. v. 2, p. 276-277.

[22] GEREMEK, Bronislaw. Les fils de Caïn. Pauvres et vagabonds dans la littérature européenne (XV^{e}—XVII^{e} siècle). Paris: Flammarion, 1997, p. 11.

[23] TAVARES, Maria José Pimenta Ferro. Pobreza e morte em Portugal na Idade Média. Lisboa: Presença, 1989, p. 44.

[24] LIVRO dos Conselhos de El-Rei D. Duarte (Livro da Cartuxa). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian,1988, fls. 237 v, 238-238 v, p. 230-231.

[25] "Vimos seu edificar,/No Reyno fazer alçar/Paços, igrejas, mosteiros,/Grandes povos, cavaleiros,/Vi ho reyno renovar". RESENDE, Garcia. Crónica de Dom João II e Miscelânea. Lisboa: Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 1991, p. 343.

[26] Cf. ALONSO, Carmen Lopez. La pobreza en la España medieval. Estudio histórico-social. Madri: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986.

[27] SERRÃO, Joel (dir.). Mendicidade. In: ___. Dicionário de história de Portugal. Lisboa: Iniciativas, 2002, p. 18; Cf. COELHO, Maria Helena. O Baixo Mondego nos finais da Idade Média.Tese de doutorado. Coimbra: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 1983. 2 v. V.1, p.1-81; LOBO, A. Costa. História da sociedade em Portugal no século XV e outros estudos históricos. Prefácio de Maria José Lagos Trindade. Colecção Clássicos da Historiografia Portuguesa — Estudos n. 1. Lisboa: História Crítica, 1979, p. 9-66.

[28] TAVARES, Maria José Pimenta Ferro. Pobreza e morte em Portugal na Idade Média. *Op. cit.*, p. 125.

[29] GEREMEK, Bronislaw. La potence ou la pitié. L'Europe et les pauvers du Moyen Âge à nous jours. Paris: Gallimard, 2007, p. 35.

[30]DUARTE, Luís Miguel. Marginalidade e marginais. In: MATTOSO, José (dir.). História da vida privada em Portugal. A Idade Média. Coordenação de Bernardo Vasconcelos e Sousa. Lisboa: Temas e Debates/Círculo de Leitores, 2011, p. 176.

[31] MORENO, Humberto Baquero. A vagabundagem nos fins da Idade Média portuguesa. In:_____. Marginalidade e conflitos sociais em Portugal nos séculos XIV e XV. Estudos de história. Lisboa: Editorial Presença, 1985, p. 25; 35-36.

[32] De acordo com Luís Miguel Duarte, parcas são as informações sobre a vagabundagem em território português, o pouco que se sabe parte do poder régio, das elites municipais, notoriamente as lisboetas, e dos grandes lavradores de terras. DUARTE, Luís Miguel. Marginalidade e marginais. In: MATTOSO, José (dir.). História da vida privada em Portugal. A Idade Média. Coordenação de Bernardo Vasconcelos e Sousa. Lisboa: Temas e Debates/Círculo de Leitores, 2011, p. 175.

[33] Cf. OLIVEIRA, Eduardo Freire de. Elementos para a história do município de Lisboa. Lisboa: Typog. Universal, 1887, v. 1, p. 307.

[34] SCHMITT, Jean-Claude. A história dos marginais. *Op. cit.*, p. 268.

[35] Os marginais comportam, no seu íntimo, elementos em movimento permanente que rejeitam o caráter estático da sociedade. Esta mobilidade, numa sociedade organizada em quadros sociais, caracteriza-se pelo aparecimento de vagabundos e grupos criminais de profissionais. GEREMEK, Bronislaw. Les marginaux parisiens aux XIVe et XVe siècles. *Op. cit.*, p. 341. Ver também: MORENO, Humberto Baquero. Exilados, marginais e contestários na sociedade portuguesa medieval. *Op. cit.*, p. 57-62.

[36] O bandoleirismo representa o evidente desequilíbrio das estruturas econômicas, da ruptura dos vínculos sociais ou familiares tradicionais ocasionados pelas crises. HEERS, Jacques. L'Occident aux XIVe e XVe siècles. Aspects économiques et sociaux. Nouvelle Clio. Paris: P.U.F, 1994, p. 68; MORENO, Humberto Baquero. Marginalidade e conflitos sociais em Portugal. *Op. cit.*, p. 25.

[37] SERRÃO, Joaquim Veríssimo. Cortes de Évora (1408). In: SERRÃO, Joel. Dicionário de história de Portugal. Lisboa: s/d. V. II, p. 150.

[38] SERRÃO, Joaquim Veríssimo. Cortes de Lisboa (1410). In: SERRÃO, Joel. Dicionário de história de Portugal. *Op. cit.*, p. 760-761.

[39] DEAN, Trevor. Crime in medieval Europe 1200-1550. London: Pearson Education, 2006, p. 50.

[40] Id. Ibid., p. 32.

[41] GEREMEK, Bronislaw. The margins of society in late medieval Paris. United Kingdom: Cambridge University Press, 2009, p. 03.

[42] GEREMEK, Bronislaw. O marginal. In: LE GOFF, Jacques (Dir.). O homem medieval. Lisboa: Presença, 1990, p. 237-238.

[43] GEREMEK, Bronislaw. Marginalidade. *Op. cit.*, p. 205.

[44] HEERS, Jacques. L´Occidente aux XIVe—XVe siècles. *Op. cit.*, p. 89-90.

[45] GAUVARD, Claude. Violência. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude. Dicionário Temático do Ocidente Medieval. São Paulo: Imprensa Nacional SP/Edusc, 2002. 2 v. V. 2, p. 611.

[46] ANTT. Chancelaria de D. Afonso V, liv. 34, fl. 93.

[47] AURÉLIO, Diogo Pires. Tolerância/intolerância. In: RUGGIERO, Romano (Dir.). Enciclopédia Einaudi. Política — Tolerância / Intolerância. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1996. V. 22, p. 179-230.

6. Referências Bibliográficas

Fontes Primárias

AHCM — Arquivo Histórico da Câmara Municipal. Livro 2º dos Reis D. Duarte e D. Afonso V, documento n. 8, fl. 8.

ANTT — Arquivo Nacional da Torre do Tombo. Chancelaria de D. Afonso V, liv. 34, fl. 93.

LIVRO das Leis e Posturas. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1971.

LIVRO dos Conselhos de El-Rei D. Duarte (Livro da Cartuxa). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ORDENAÇÕES Afonsinas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

ORDENAÇÕES Del-Rei D. Duarte. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ORDENAÇÕES Manuelinas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

RESENDE, Garcia. Crónica de Dom João II e Miscelânea. Lisboa: Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 1991.

Obras Consultadas

ALONSO, Carmen Lopez. La pobreza en la España medieval. Estudio histórico-social. Madri: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986. 735p.

AURÉLIO, Diogo Pires. Tolerância/intolerância. In: RUGGIERO, Romano (Dir.). Enciclopédia Einaudi. Política — Tolerância/Intolerância. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1996. V. 22, p. 179-230.

BOISSELLIER, Stéphane. De la différenciation sociale à la minoration en passant par les régulations, quelques propositions._____; CLÉMENT, François; TOLAN, John (dir.). Minorités et régulations sociales en Méditerranée médiévale. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2010, p. 15-48.

CASAGRANDE, Carla; VECCHIO, Silvana. Histoire des péchés capitaux au Moyen Âge. Paris: Aubier, 2003. 409p.

_____; _____. Pecado. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude. Dicionário Temática do Ocidente Medieval. São Paulo: Edusc, 2002, 2 v. V. II, p. 337-352.

COELHO, Maria Helena. O Baixo Mondego nos finais da Idade Média. Tese de doutorado. Coimbra: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 1983. 2 v. V. 1. 727p.

CUBERO, José. Histoire du vagabondage: du Moyen Âge à nos jours. Paris: Imago, 1998. 294p.

DEAN, Trevor. Crime in medieval Europe 1200-1550. London: Pearson Education, 2006. 224p.

DESVOIS, Francis; MUNRO-LANDI, Morag J. (dir.). Le vagabond en Occident: sur la route, dans la rue. Paris: L´Harmattan, 2012. V.1. 374p.

DICIONÁRIO etimológico da língua portuguesa. Antônio Geraldo da Cunha. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010. 712p.

DUARTE, Luís Miguel. Bandos, bandidos e crimes no Portugal das caravelas. In: Actas do Congresso O Mundo do Infante D. Henrique. Agra do Heroísmo, junho/1995, p. 231-248.

_____. Marginalidade e marginais. In: MATTOSO, José (Dir.). História da vida privada em Portugal. A Idade Média. Coordenação de Bernardo Vasconcelos e Sousa. Lisboa: Temas e Debates/Círculo de Leitores, 2011, p. 170-197.

GAUVARD, Claude. Violência. In: LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude. Dicionário Temático do Ocidente Medieval. São Paulo: Imprensa Nacional SP/Edusc, 2002. 2 v. V. 2, p. 605-614.

GEREMEK, Bronislaw. La potence ou la pitié. L'Europe et les pauvers du Moyen Âge à nous jours. Paris: Gallimard, 2007. 330p.

_____. Les fils de Caïn. Pauvres et vagabonds dans la littérature européenne (XV^{e}—XVII^{e} siècle). Paris: Flammarion, 1997. 416p.

GEREMEK, Bronislaw. Les marginaux parisiens aux XIV^{e} et XV^{e} siècles. Paris: Flammarion, 1999. 374p.

_____. Marginalidade. In: RUGGIERO, Romano (Dir.). Enciclopédia Einaudi. Sociedade — Civilização. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004. V. 38, p. 185 — 212.

_____. O marginal. In: LE GOFF, Jacques (Dir.). O homem medieval. Lisboa: Presença, 1990, p. 233-248.

_____. Pobreza. In: RUGGIERO, Romano (Dir.). Enciclopédia Einaudi. Sociedade — Civilização. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004. V. 38, p. 213-244.

_____. Poverty. A history. Oxford: Balckwell, 1997. 273p.

_____. The margins of society in late medieval Paris. United Kingdom: Cambridge University Press, 2009. 317p.

HANAWALT, Barbara A.; WALLACE, David (Eds.). Medieval crime and social control. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999. V. 16. 260p.

HEERS, Jacques. L´Occident aux XIV^{e} e XV^{e} siècles. Aspects économiques et sociaux. Nouvelle Clio. Paris: P.U.F, 1994. 425p.

LE GOFF, Jacques. O maravilhoso e o quotidiano no Ocidente medieval. Lisboa: Edições 70, 2010. 227p.

LE GOFF, Jacques. Trabalho. In:_____; SCHMITT, Jean-Claude. Dicionário temático do Ocidente medieval. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo/ Edusc, 2002. 2 v. V. 2, p. 559-572.

LOBO, António de Sousa Silva Costa. História da sociedade em Portugal no século XV e outros estudos históricos. Prefácio de Maria José Lagos Trindade. Colecção Clássicos da Historiografia Portuguesa — Estudos n. 1. Lisboa: História Crítica, 1979. 616p.

MARQUES, A. H. de Oliveira. Portugal na crise dos séculos XIV e XV. In: SERRÃO, Joel; _____. Nova história de Portugal. Lisboa: Presença, 1986. V.2. 662p.

MITRE FERNÁNDEZ, Emilio. Fronterizos de clio: marginados, disidentes y desplazados en la Edad Media. Granada: Universidad de Granada, 2003. 248 p.

MOLLAT, Michel. Les pauvres au Moyen Age. Étude sociale. Paris: Complexe, 2006. 392p.

_____. Pauvres et assistes au Moyen Âge. In: A pobreza e a assistência aos

pobres na Península Ibérica durante a Idade Média. Actas das 1as Jornadas Luso-Espanholas de História Medieval. Lisboa, 25-30 set. 1972. Lisboa: Instituto de Alta Cultura/Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, 1973. 2 t. T. 1, p. 11-30.

MORENO, Humberto Baquero. A vagabundagem nos fins da Idade Média portuguesa. In:_____. Marginalidade e conflitos sociais em Portugal nos séculos XIV e XV. Estudos de história. Lisboa: Editorial Presença, 1985, p. 24-60.

_____. As quatro ordens da sociedade quatrocentista. In: Revista Tempo. Rio de Janeiro, v. 3, n. 5, 1998, p. 107-119.

_____. Exclusão social e minorias étnicas. In: MOTA, Guilhermina (Coord.). Minorias étnicas e religiosas em Portugal. História e actualidade. Actas do curso de inverno. 9-11 de janeiro de 2002. Coimbra: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2003. 546p.

_____. Exilados, marginais e contestários na sociedade portuguesa medieval. Estudos de História. Lisboa: Presença, 1990. 235p.

OLIVEIRA, Eduardo Freire de. Elementos para a história do município de Lisboa. Lisboa: Typog. Universal, 1887. V.1. 680p.

REIS, Mário Simão dos. A vadiagem e a mendicidade em Portugal. Lisboa: Imprensa Libanio da Silva, 1940. 780p.

RHEINHEIMER, Martin. Pobres, mendigos y vagabundos: la supervivencia en la necessidad, 1450-1850. Madri: Siglo XXI, 2009. 237p.

SCHMITT, Jean-Claude. A história dos marginais. In: LE GOFF, Jacques (Dir.). A História Nova. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 261-289.

SERRÃO, Joaquim Veríssimo. Cortes de Évora (1408) e Cortes de Lisboa (1410). In: SERRÃO, Joel. Dicionário de história de Portugal. Lisboa: Iniciativas, 2002. 6 v. V. 2, p. 197-201.

SERRÃO, Joel. Mendicidade. In: _____. Dicionário de história de Portugal. Lisboa: Iniciativas, 2002. 6 v. V. 6, p. 254-256.

SILVA, Deonísio da. De onde vêm as palavras: origens e curiosidades da língua portuguesa. 16ª ed. São Paulo: Novo Século, 2009. 1069p.

TAVARES, Maria José Pimenta Ferro. Pobreza e morte em Portugal na Idade Média. Lisboa: Presença, 1989. 158p.

_____. Sociedade e cultura portuguesas. Lisboa: Universidade Aberta, 1997. 375p.

VAUCHEZ, André. A espiritualidade na Idade Média Ocidental (século VIII a XIII). Lisboa: Estampa, 1995. 224p.

Considerações sobre socioeducação como mecanismo de autonomia: críticas sobre as medidas socioeducativas em tempos de sinase

Celeste Anunciata Baptista Dias Moreira[1]

1. Introdução

O termo socioeducação ganha força a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo uma referência para ressaltar as medidas de caráter pedagógico que deveriam ser aplicadas aos adolescentes apreendidos por prática de ato infracional. A construção do conceito de socioeducação está marcada pela ideia de educação para a vida em sociedade e diz respeito à formação dos sujeitos sociais, que ocorre através da aprendizagem de conhecimento e das formas de sociabilidade num dado contexto.

Compartilhando o pensamento de Heller (2008), é possível dizer que o homem nasce inserido na sua cotidianidade e nela assimila as relações sociais, o que é essencial para sua sobrevivência. A aquisição de conceitos, valores ou qualquer outro aprendizado pode ser iniciada na família e na escola, e se constrói na apreensão de conteúdos já acumulados no mundo. É na vida cotidiana que o homem desenvolve e exercita as habilidades para a vida social, fundamentado nas mediações construídas pelos sujeitos sociais entre os costumes, normas

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2013/18) n.18: 213-223 - UCAM (Rio de Janeiro)

e ética e a sociedade. Neste sentido o homem terá uma percepção imediata da realidade, mas também outra de caráter mediato e reflexivo. A mediação abarca a compreensão dos fenômenos num processo dialético, considerando sua contradição e aproximação com o real em outros níveis de complexidade e concretude. Todo indivíduo estabelece uma relação mediatizada entre sua singularidade e a genericidade humana, na qual desempenha atividades específicas ao homem enquanto ser social e se distingue dos demais seres, mas que desenvolverá de modo particular. Quando a estrutura de uma sociedade se organiza de maneira a obstruir o desenvolvimento do homem no seu progresso humano genérico, na participação nas relações de produção e no exercício de liberdade, nela existirá um campo fértil para que os indivíduos sejam tomados pela alienação, distanciados da realidade na sua totalidade.

A vida cotidiana, na maior parte do tempo, é pragmática, impulsiona o homem para a propagação de ações fixas, repetitivas e regulares, fragmentadas e previsíveis. Da mesma forma, o pensamento cotidiano, mediado pela necessidade proveniente das atividades em questão, não exige a formulação de ideias para além daquelas próprias ao ordenamento social constituído. A vida cotidiana é propiciadora da alienação, uma vez que o homem não é estimulado a revelar-se na sua inteira individualidade, numa superação da sua particularidade e do cotidiano, enquanto unidade consciente do humano-genérico.

A racionalidade da sociedade capitalista favorece aos indivíduos a apreensão de uma realidade fragmentada e direcionada para sua particularidade, o que traz como resultado a construção de respostas de caráter singular, através da utilização de mecanismos de ultrageneralização baseados na experiência, na analogia, no uso de precedentes, na entonação e ainda na imitação. Tal processo tende a criar generalizações a partir das experiências práticas do que já está instituído tradicionalmente ou do que parece ser a partir da experiência individual, o que nada mais é do que a formulação de juízos provisórios com os quais serão conduzidas as ações (HELLER, 2008).

A dinâmica produzida em torno do aprender a pensar e a agir está vinculada à compreensão do significado sócio-histórico da existência dos sujeitos e das condições objetivas em que ela se realiza. Tal processo se materializa nas relações sociais, pois é a partir delas que se constitui a produção de valores, de costumes, das escolhas e das práticas sociais predominantes. O sujeito social faz história e ao mesmo tempo sofre os efeitos dela. O processo de aprendizagem requer a vida cotidiana, mas não pode se restringir a ela.

A superação da vida cotidiana só é possível à medida que o homem consegue reconhecê-la para além dos valores, modos e costumes predominantes nela. A ultrapassagem do que é aparente requer a suspensão do cotidiano e esforços para produzir crítica e transformação da realidade, retornando ao ponto de par-

tida com base em outras referências. Assim, a produção de crítica e a superação dos valores instituídos pressupõem uma educação direcionada à autonomia dos sujeitos com vistas à emancipação humana (GALUCH, 2011).

As ciladas produzidas pelo modo de produção para assegurar a acumulação e reprodução do capital podem ser reconhecidas nas diversas esferas da vida social. A transformação da educação em mercadoria e passível de lucro é um exemplo de organização social da exploração do trabalho nas suas mais variadas formas. O debate sobre o capital e a reestruturação produtiva dos últimos vinte anos traz rebatimentos importantes no campo da educação e aponta para uma ênfase numa aprendizagem que prima pelo individualismo, competitividade e profissionalização, num processo de adaptação às novas complexidades do mundo do trabalho contemporâneo, apoiado um regime flexível de acumulação (Harvey, 2003).

No contexto brasileiro podem ser encontradas diferenciações importantes que servem para elucidar a construção do conceito de socioeducação presente na realidade das políticas públicas. As perdas do trabalhador decorrentes de um desemprego estrutural são amortecidas por uma política de educação que, através de estratégias de capacitação e formação voltadas para os interesses do capital, mantém os indivíduos empregáveis, sem que tal condição passe necessariamente pelo vínculo com o mercado formal. Nas relações de trabalho, a flexibilização das atribuições, a competitividade e a necessidade premente de "aprender a aprender" para aquisição da empregabilidade são algumas características que marcam o processo produtivo. Na educação, tal dinâmica se revela no utilitarismo e volatilidade dos conteúdos, na necessidade de associar o ensino a questões práticas do cotidiano, numa formação rápida em que predominam sobre a atitude reflexiva a prática, a pedagogia do afeto e a transversalidade dos conhecimentos (SAVIANI, 2007). É a educação a serviço da conformação a uma lógica mais desigual, própria do modo de produção vigente.

Nesse sentido observa-se a valorização da "pedagogia de competências" que marcará a legislação educacional brasileira, fortemente influenciada por organismos internacionais (FERRETI, 2002; GALUCH, 2011). A direção pedagógica mencionada está ancorada na argumentação de que a sociedade contemporânea requer dos sujeitos a aquisição de novas habilidades fincadas na criatividade e na autonomia. Assim sendo, a desigualdade social que marca as relações de classe, raça, etnia e gênero torna-se coadjuvante diante do protagonismo dos parâmetros de desenvolvimento tecnológico e novas demandas profissionais.

A chamada "pedagogia das competências" também está articulada ao cumprimento de objetivos operacionais, num processo de adaptação dos sujeitos ao meio, que se daria através da adoção de comportamentos flexíveis diante de condições objetivas adversas. Em decorrência, tem-se o reforço da

desresponsabilização do Estado em face do seu compromisso com os cidadãos e o estímulo à busca individual dos sujeitos pelo sucesso a ser conquistado no mercado. Essa orientação educacional tão funcional à doutrina neoliberal não está restrita aos espaços de aprendizagem tradicional como as escolas: ela foi replicada nas diversas instituições presentes na vida social, assim como no próprio sistema socioeducativo.

2. Socioeducação e sistema de atendimento a adolescentes autores de ato infracional

Diante da histórica fragilidade da qualidade do atendimento aos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, vale a atenção às referências teóricas, políticas e éticas que conduzem a implantação do sistema. Reconhecendo o SINASE como uma proposta em andamento, ainda é prematuro analisar os caminhos assumidos por cada estado da federação a partir das orientações apresentadas pela União através da Secretaria de Direitos Humanos, órgão responsável pela coordenação da política. Dentre as principais questões que atravessam sua implantação destacam-se pelo menos três, a serem assinaladas: a direção política, os elementos teóricos sugeridos e as referências éticas implicadas no processo.

A construção do Sinase pode ser considerada fruto dos embates entre Estado e sociedade, respondendo parcialmente às demandas operacionais decorrentes da aplicação das medidas socioeducativas. Calcado em princípios de Direitos Humanos, o sistema interliga políticas públicas através do Sistema de Garantia de Direitos e traz orientações que, baseadas na educação e na ética, têm como parâmetro a ampliação da proteção social e a emancipação dos sujeitos (Sinase, 2006). Contudo, sofre as consequências de ser gestado no atual estágio do capitalismo, em que as ações de criminalização da pobreza se estabelecem em meio à consolidação de mecanismos cada vez mais seletivos e controladores da população que utiliza as políticas sociais, em especial a de Assistência Social.

A manutenção do poder instituído está diretamente relacionada à formação sócio-histórica e à estruturação de direitos no país. O sistema se instala num contexto contraditório com os princípios e diretrizes que o regem. Muito embora traga avanços no campo dos direitos gerais e específicos, possui fragilidades metodológicas. Dessa forma, vale considerar que os limites de convívio social, propostos a partir da normativa, não ultrapassam àqueles já determinados pela desigualdade nos padrões do capital. Em outras palavras, é um investimento que responde a parte do debate sobre violações de direitos, reincidência e baixa qualidade de atendimento, mas não supera as práticas institucionais já constituídas, à medida que se utiliza das mesmas estratégias do poder público que discriminam e criminalizam a população pobre em geral.

Nas principais publicações sobre as ações para adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas após a publicação do Sinase (2006), a socioeducação parece estar atrelada às orientações de Costa (2006) e segue as mesmas referências em torno da criação de novas competências e com ocupação através da profissionalização. Nesse sentido, os esforços para aprofundar o estudo sobre a sua natureza da medida socioeducativa tornam-se secundários diante de manuais a respeito da operacionalização do sistema, onde a experiência cotidiana assume relevância na apreensão da realidade.

A implantação da política, em face da duplicidade de gestão, apresenta movimentos diferentes de acordo com a modalidade socioeducativa. O acompanhamento das medidas socioeducativas se dá nas unidades estaduais de privação de liberdade e nos municípios, através dos Centros de Referência Especializada de Assistência Social (Creas). A sobrevivência dos programas socioeducativos, entre outras considerações, está ligada à superação das divergências e superposições de gestão entre as políticas de Direitos Humanos e de Assistência Social que dão suporte às ações de internação e semiliberdade e às de meio aberto, respectivamente. Distinções significativas na organização das equipes, nas orientações e nos acúmulos teóricos e técnicos são alguns aspectos que precisam ser ressaltados em face da conhecida desarticulação entre as políticas sociais, o que traz consequências perversas para os usuários e suas famílias.

A implantação dos serviços prescinde também de articulações consistentes entre os Poderes Judiciário e Executivo, em que o primeiro reconheça o Creas como equipamento apropriado para atender tais demandas e que o segundo possa cumprir as exigências mínimas de constituir equipes capazes de realizar o atendimento proposto. Negociações dessa natureza são tensionadas por disputas de poder local, mudanças de rotinas instituídas pelos operadores do sistema de garantia de direitos dos municípios e pela criação de uma política municipal socioeducativa.

As práticas anteriores ao Sinase estavam diretamente articuladas à retirada temporária de jovens comprometidos com o rompimento da ordem local através da privação de liberdade. As medidas em meio aberto eram preteridas e, quando utilizadas, consistiam no encaminhamento de jovens para equipamentos distantes das referências familiares e comunitárias como mecanismo de favorecer a manutenção do ordenamento social de territórios. A efetivação do Sinase obriga à inserção desses adolescentes em programas gestados pelos municípios de origem, favorecendo a criação de propostas de acompanhamento personalizadas, sem perder a referência dos sujeitos em situação de desenvolvimento. Em outra medida propicia o rompimento com pactuações muito peculiares de controle social por parte do Estado.

Quanto aos programas ofertados na privação de liberdade, a metodologia desenvolvida por Costa (2006) parece emergir como uma tendência dentre as interpretações contemporâneas sobre socioeducação. Ao conceito de socioeducação é atribuído o potencial de transformação do adolescente transgressor da ordem em cidadão com plenos direitos.

A base metodológica da proposta indica aproximações com um padrão de mudança comportamental através da elaboração de procedimentos que seriam destinados às diversas dimensões da vida do adolescente. Para o referido autor, o sentido da socioeducação está calcado nos quatro pilares da educação extraídos do Relatório Jacques Delors (1999, p.101):

> Para poder dar resposta ao conjunto das suas missões, a educação deve organizar-se em torno de quatro aprendizagens fundamentais que, ao longo de toda vida, serão de algum modo para cada indivíduo, os pilares do conhecimento: aprender a conhecer, isto é adquirir os instrumentos da compreensão; aprender a fazer, para poder agir sobre o meio envolvente; aprender a viver juntos, a fim de participar e cooperar com os outros em todas as atividades humanas; finalmente aprender a ser, via essencial que integra as três precedentes.

O Relatório Delors (1999) tem sido uma referência de educação para vários países, incluindo o Brasil, e enfatiza a importância de investir na formação de valores e de modos de pensar e de agir adaptativos dos sujeitos à sociedade. Apesar desta lógica de socioeducação apresentada por Costa (2006) estar contida numa base de transformação social deflagrada pelo Sinase a ela são associadas outras referências conceituais, em que o retorno ao convívio social precisa estar atrelado aos padrões socioculturais predominantes na sociedade. O movimento ao qual os socioeducadores são convidados a aderir é pautado na vocação, na solidariedade, na harmonia, no messianismo, na reciprocidade e na aceitação do outro.

Nas publicações construídas pelo Governo Federal sobre o sistema de atendimento é ressaltada a articulação com a educação que prevalece no mundo do trabalho e que, segundo Costa (2006), deve ser desenvolvida em três modalidades: educação para o trabalho, educação pelo trabalho e educação no trabalho. Desse modo, o socioeducador deverá aprender para trabalhar, ser educado a partir de outros socioeducadores mais experientes que lhe dedicarão tempo, experiência, presença, atenção e exemplo. Além disso, deverá " [...] analisar, sintetizar e interpretar dados, fatos e situações com vistas a transformar o aprendizado em conhecimentos úteis (lições) que tenham como raiz e destino o próprio processo de trabalho (BRASIL, 2006, p.15)". Tal metodologia, ao

que parece, trata de transformação social através do saber imediato, alienado, fruto exclusivo das escolhas morais e da experiência cotidiana nos processos de trabalho.

Carvalho & Netto (2005) advertem sobre a imediaticidade e alienação próprias da vida cotidiana, que têm sua funcionalidade diante de um conjunto de valores relevantes em cada etapa histórica em que se altera a trajetória dos sujeitos de acordo com as particularidades e interesses de sua vida.

O cotidiano impõe a superficialidade, que mantém o homem " [...] restrito à aparência manipulável das coisas, e desconhecedor da essência constitutiva dos fenômenos (FREDERICO, 2000:304). Contudo, é ao cotidiano que os sujeitos retornam para enriquecê-lo diante de novas necessidades postas pela vida e quando conseguem atingir outros níveis de consciência distintos do senso comum do qual o cotidiano está eivado.

As iniciativas vinculadas ao "aprender a aprender", longe de favorecerem o movimento dialético essencial de aproximação com o real, estimulam a naturalização de práticas conservadoras, tornando-as verdades legítimas. Como é possível construir práticas socioeducativas sem uma efetiva produção de crítica à realidade? Como contribuir para a emancipação de sujeitos sem reconhecer o movimento do real e as disputas de classe, gênero e raça/etnia presentes na sociedade brasileira?

Nessa mesma lógica, sobrevive a compreensão de que o adolescente será convidado a desenvolver habilidades e competências próprias da sociedade capitalista, que o colocará em condição de igualdade para conviver com os demais. São argumentos aparentemente opostos à lógica punitivo-correcional, mas de consistência teórico-metodológica questionável, à medida que não têm potencial de reversão da violência produzida e reproduzida dentro da estrutura socioeducativa. Nada mais conservador do que o rompimento com práticas ilícitas construído somente através do exemplo moral presente em técnicas institucionais desenvolvidas e muito menos com o afastamento radical e acrítico do educando de seu modo de pensar e compreender o mundo.

Para além dos aspectos teóricos que apontam para uma análise desvinculada das relações sociais em que os sujeitos estão inseridos, essa interpretação da socioeducação pouco contribui para a construção de medidas consistentes de acompanhamento da medida aplicada. A preocupação em apresentar conteúdos operacionais da vida prática e amortecer os conflitos decorrentes da violação de direitos nas instituições de cumprimento de medida socioeducativa não beneficia os indivíduos na tarefa de se reconhecerem como sujeitos de sua história.

O processo educativo é fruto de um tensionamento dialético em que educador e educando participam do debate sobre as distinções, contradições e

possíveis relações entre o conhecimento apresentado e o cotidiano vivenciado, o que permite retornar ao último a partir de outras referências, em que o educando é estimulado a orientar-se para o plano do mediato (ALMEIDA, 2002).

A proposta requer uma mudança radical na compreensão e na condução dos acompanhamentos das medidas. Tradicionalmente o atendimento socioeducativo foi centrado no adolescente, independentemente da qualidade das relações familiares e comunitárias estabelecidas. A realização de pactuações tendencialmente horizontalizadas entre adolescente, família/comunidade e instituição prescinde da inclusão da família e de outros vínculos afetivos e comunitários existentes para o adolescente nos procedimentos institucionais. Obriga os profissionais envolvidos a efetuar uma revisão conceitual das rotinas empregadas, em especial o atendimento familiar, as visitas e as atividades coletivas desenvolvidas.

Apesar dos anos de vigência do Estatuto, não é possível desconsiderar os limites de sua efetivação diante da histórica violação dos direitos da criança e do adolescente. O enaltecimento da violência como categoria importante na funcionalidade dos institutos socioeducativos aponta para um projeto de sociedade ainda marcado pela punição dos sujeitos com o acréscimo do reconhecimento de uma desumanidade própria dos autores de ato infracional.

A operacionalização de um sistema nacional exige o cumprimento de normativas nacionais e internacionais vinculadas à proteção integral contida no Estatuto da Criança e do Adolescente, que reafirmam o respeito aos Direitos Humanos. Nesse sentido, é importante considerar que os valores têm uma dimensão idealizada e uma dimensão real para sua efetivação na realidade. São elaborações históricas oriundas da atividade do homem na vida em sociedade (BRITTES, 2011; BARROCO, 2001), passíveis de projeções elaboradas pelos sujeitos e com uma efetividade diante de suas necessidades na vida social. A concretização da proteção integral sofre os rebatimentos da maneira como os profissionais vinculados ao sistema de garantia de direitos se apropriam dos valores em questão e dos sentidos que eles têm assumido no processo histórico. O não reconhecimento de direitos, da humanidade dos sujeitos e sobretudo da cidadania desses adolescentes remete a práticas institucionais cristalizadas na violação de direitos humanos, que não precisam necessariamente se expressar em manifestações de violência explícita. Assim, as mudanças nas práticas socioeducativas não dependem apenas dos esforços para a construção de metodologias para as almejadas alterações na realidade.

Teixeira (2011), diante da promoção da socioeducação, enfatiza o debate ético sobre as possibilidades do exercício da educação em espaços em que a dignidade não é um valor reconhecido. Com base na discussão da autora é possível também acrescentar outros valores como liberdade, democracia, cidadania

e direitos, que em certa medida são sinônimos, mas têm uma especificidade de significado na realidade social e precisam ser referenciados no atendimento socioeducativo.

3. Considerações finais

A concretização da proteção integral sofre os rebatimentos dos sentidos que os valores têm assumido no processo histórico e da maneira como os profissionais vinculados ao sistema de garantia de direitos se apropriam dos mesmos. O não reconhecimento de direitos, da humanidade dos sujeitos e sobretudo da cidadania desses adolescentes remete a práticas institucionais cristalizadas na violação de direitos humanos, que não precisam necessariamente se expressar em manifestações de violência explícita. Assim, as mudanças nas práticas socioeducativas não dependem apenas dos esforços para a construção de metodologias.

A violência tem sido o pano de fundo para as imbricações entre a cidadania e a adolescência na contemporaneidade. A articulação entre as categorias desigualdade e violência é basilar para a compreensão da perpetuação de relações de autoridade, subordinação entre sujeitos que são iguais diante da lei e desiguais diante das práticas sociais.

O aparelhamento do sistema em torno de parâmetros democráticos de socioeducação traz, entre outras orientações, a descentralização da medida de internação nos estados, a extinção dos grandes internatos de outrora e o acompanhamento efetivo do adolescente através de atendimento personalizado que reconheça seu potencial para a vida, que não pode se restringir à educação voltada para o trabalho, na maioria das vezes de caráter subalterno.

As influências do pensamento conservador têm interferido nas interpretações do sentido da socioeducação, que ainda incorpora tendências vinculadas à lógica da ressocialização, travestida em outras nomenclaturas. Em torno do acompanhamento de medida socioeducativa também têm lugar as práticas adaptativas, despolitizadas e frágeis nos seus aspectos educacionais, que continuam a privilegiar formas de proteção à sociedade em detrimento do adolescente.

4. Notas

[1] Doutora em Serviço Social pela Escola de Serviço Social da UFRJ. Docente do Curso de Serviço Social da Universidade Candido Mendes Padre Miguel.

5. Referências Bibliografias

ALMEIDA, J. L. V. A mediação como fundamento da didática. In: 25ª Reunião Anual da ANPEd, 2002. Caxambu. Anais da 25ª Reunião Anual da ANPEd. ANPEd: ANPPEd, 2002. p. 3/87-402

BRASIL. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Diário Oficial da União. Poder Executivo. Brasília. 2012.

_____Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente. Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo. Brasília: Presidência da República/SDH, 2010.

_____Secretaria de Direitos Humanos & CONANDA. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Brasília: SEDH/CONANDA, 2006.

_____ Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Parâmetros para formação do socioeducador: uma proposta inicial para reflexão e debate/Coordenação técnica Antônio Carlos Gomes da Costa. Brasília, 2006.

_____. Lei 8.069/90, de 13 jul. 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Ministério da Justiça, Brasília, 1990.

BARROCO, L. Ética e Serviço Social: fundamentos ontológicos. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2003.

CARVALHO, M. do Carmo Brant de; NETTO, José Paulo. Cotidiano: conhecimento e crítica, 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

BRITTES, Cristina Mª Valores, ética, direitos humanos e lutas coletivas: um debate necessário. In: FORTI, V. & GUERRA, Y. Direitos Humanos e Serviço Social: polêmicas, debates e embates. Coletânea Nova de Serviço Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DELORS, Jacques. Educação: Um Tesouro a Descobrir (Unesco, MEC, Cortez Editora, São Paulo, 1999.

FERRETTI, Celso João. A pedagogia das competências: autonomia ou adaptação?.*Educ. Soc.* [online]. 2002, vol.23, n.81. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v23n81/13943.pdf>. Acesso em 13-06-2012.

FREDERICO, Celso. Cotidiano e arte em Lukács. Estudos avançados [online]. 2000, vol. 14, n.40. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-01420000003000022>. Acesso em 15/06/2012.

GALUCH, Maria Terezinha Bellanda. Reflexões sobre a Organização do Ensino e Formação no Contexto das Relações Sociais de Produção. Revista Internacional d'Humanitats, CEMOrOc-Feusp/Univ. Autònoma de Barcelona, 21 jan-jun 2011.

GURALH, Soeli Andrea. A socioeducação na dinâmica de afirmação dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil. Revista Emancipação, Ponta Grossa 10(1): 351-359.

HARVEY, D. A condição pós moderna. São Paulo: Loyola, 2003.

HELLER, A. O quotidiano e a história. 8ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

TEIXEIRA, Mª de Lourdes T. Evitar o desperdício de vidas. In: ILANUD, ABMP, SEDH; UNPA (Orgs.). Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

SAVIANI, Demerval. O pensamento pedagógico brasileiro: da aspiração à ciência sob suspeição. Educação e Filosofia, Uberlândia, v. 21, n. 42, jul./dez, 2007.

Uma sociedade global e um novo tempo

Charles Alexandre Souza Armada[1]

1. Introdução

O tema da globalização tem apresentado um interesse crescente, particularmente na seara acadêmica, sobretudo após a eclosão, em 2008, da primeira crise capitalista do século XXI, a crise financeira mundial.

Paralelamente aos conhecidos efeitos danosos promovidos pela globalização, outra faceta desse processo vem ganhando espaço de forma contínua e consistente. Outra globalização, antítese daquela perniciosa e egoísta, parece estar se instalando no planeta através de uma mudança de postura do ser humano em relação a alguns temas globais.

O presente artigo tem como objetivo geral a identificação dessa mudança de postura global como consequência dos efeitos dessa outra globalização.

Com o fim de atingir o objetivo proposto, serão analisadas algumas características da globalização enquanto processo multifacetado, bem como os impactos que esse processo tem determinado no planeta; em seguida, far-se-á a identificação de uma globalização emergente e positiva; por fim, analisar-se-á a mudança de postura do ser humano no tratamento de questões singulares e plurais, locais e globais.

O artigo foi produzido através do método indutivo, no qual as formulações individualizadas foram trazidas na busca de obter-se uma percepção do panorama generalista.

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2013/18) n.18: 225-242 - UCAM (Rio de Janeiro)

A operacionalização do presente estudo utilizou as técnicas do referente,[2] categorias básicas[3] e conceitos operacionais, bem como do fichamento.

Ao final do trabalho, apresentam-se as considerações acerca do tema proposto.

2. Conceituação e contextualização da Globalização

A Globalização é um tema complexo e abrangente. O próprio termo determina dificuldades de interpretação ao possibilitar sua utilização enquanto gênero e enquanto espécie.

As principais críticas, portanto, ao termo Globalização residem na sua abrangência e no fato de ser utilizado para definir as mais variadas situações.

No entendimento de GÓMEZ,[4] o termo Globalização

> está atravessado por uma ambivalência ou imprecisão constitutiva em função da variedade de fenômenos que abrange e dos impactos diferenciados que gera em diversas áreas: financeira, comercial, produtiva, social, institucional, cultural etc.

A utilização da expressão Globalização, no sentido econômico que hoje prevalece, data do começo dos anos 1980. Para Chesnais:[5]

O adjetivo "global" surgiu no começo dos anos 1980, nas grandes escolas americanas de administração de empresas, as célebres "*business management schools*" de Harvard, Columbia, Stanford etc. [...] Fez sua estreia a nível mundial pelo viés da imprensa econômica e financeira de língua inglesa, e em pouquíssimo tempo invadiu o discurso político neoliberal.

Para Moreira,[6] Globalização pode ser conceituada "como um processo social que atua no sentido de uma mudança na estrutura política e econômica das sociedades, ocorrendo em ondas com avanços e retrocessos separados por intervalos que podem durar séculos [...]".

Nesse sentido, a Globalização, analisada como processo, apresentaria ciclos com maiores ou menores incidências, permitindo a identificação de quatro momentos históricos da Globalização: o período de ascensão do Império Romano, a época das Grandes Descobertas (séculos XIV e XV), a colonização europeia da África e da Ásia no século XIX e o período que se inicia logo após a Segunda Grande Guerra Mundial.[7]

Essa visão da Globalização como um processo cíclico é compartilhada por Therborn:[8]

A Globalização, no sentido de referenciação a tendências para um alcance ou impacto de fenômenos sociais no mundo inteiro, é antiga e multidimensional. A primeira onda importante de Globalização data de quase dois mil anos, com a primeira expansão das religiões mundiais.

Há, na verdade, diversas globalizações acontecendo simultaneamente no planeta. Acrescente-se, também, a capacidade que cada uma delas possui de interagir com as demais.

Nesse sentido, Gómez[9] orienta que:

> A globalização não deve ser equacionada exclusivamente como um fenômeno econômico ou como um processo único, mas como uma mistura complexa de processos frequentemente contraditórios, produtores de conflitos e de novas formas de estratificação e poder.

Há uma globalização econômica transformando o planeta em um único mercado consumidor, há uma globalização financeira que permite o milagre da multiplicação dos ativos especulativos, há uma globalização cultural pasteurizando a cultura do planeta e há uma globalização da produção que movimenta as estruturas produtivas do planeta com base "apenas" nos parâmetros de custo.

Segundo Gómez,[10]

> a chamada globalização da economia refere-se à nova forma gerada nas últimas décadas pelo processo de acumulação e internacionalização do capital e às restrições crescentes que seu funcionamento [...] impõem à soberania e à autonomia dos estados nacionais.

Com relação à globalização financeira, Faria[11] apresenta que "o sistema financeiro aproveitou a expansão tecnológica na área da informática e o desenvolvimento das telecomunicações para informatizar sua rede operacional". Dessa forma, foi possível "aumentar a velocidade dos fluxos de recursos e da circulação de capitais, facilitar o acesso a distintos mercados, [...] e assegurar a consecução de vantagens crescentes para os investidores a cada flutuação nos valores das ações e nas taxas de câmbio e de juros".

Há, também, uma globalização cultural que pretende a uniformização das sociedades. O processo de globalização pode ensejar o risco de uma pasteurização da cultura. Esse processo, segundo Featherstone,[12] "além de acarretar uma maciça padronização da vida cotidiana leva a consumir culturalmente imagens e ícones do *American way of Life*, reforçado pela adoção do inglês como idioma mundial da cultura de consumo de massa".

O mundo globalizado da produção, por sua vez, exige que as grandes corporações multinacionais modernas procurem construir suas filiais onde possam

aproveitar melhor as vantagens de uma mão de obra barata. Caso contrário, tais companhias correm o risco de perder espaço em relação à concorrência.

Da mesma maneira, essas corporações decidem o país que abrigará sua próxima fábrica em função dos incentivos fiscais, das isenções tributárias e dos empréstimos com juros a perder de vista. É quase um leilão justificado pelos empregos diretos e indiretos que a instalação da referida fábrica poderá proporcionar.

Além dessas globalizações mais conhecidas e óbvias há outras mais sutis e, nem por isso, menos eficazes e dramáticas: há uma globalização excludente e uma globalização como ideologia. A globalização como ideologia, por exemplo, tem a capacidade de justificar e potencializar todas as demais globalizações.

A globalização excludente consegue produzir desemprego ao mesmo tempo em que reduz o valor dos salários. Além disso, consegue estabelecer essa situação de desemprego de uma forma "pervasiva, generalizada, permanente, global".[13]

A globalização como ideologia apresenta o nirvana econômico na adoção de uma única política econômica fundada, por sua vez, no neoliberalismo e no mercado. Para Gómez,[14] "as visões mais apologéticas da Globalização [...] vêm sublinhando a formidável possibilidade de lucro que se abre com a configuração definitiva duma economia mundial sem fronteiras [...]."

Nesse sentido, Casanova[15] entende que "[...] combinou-se de maneira sem precedentes na história do mundo a exploração com a exclusão, a população oprimida que trabalha cada vez mais por menos. Com a que está sobrando e não tem trabalho, nem assistência, nem solidariedade, nem nada".

O desenvolvimento capitalista sempre se deu de forma desigual. Contudo, "na fase atual, essa escala crescente de diferenciação e desigualdade internacional está transformando marginalização em exclusão".[16]

As novas técnicas que aumentaram exponencialmente a velocidade e a expansão dos meios de comunicação contribuíram para o fortalecimento de outra globalização: a globalização política.

Além disso, de acordo com Gómez,[17] verificou-se, logo após o término da Segunda Guerra Mundial, um desenvolvimento acelerado

> [...] de padrões de internacionalização do processo decisório e de mundialização das atividades políticas. Tais padrões apontam, em primeiro lugar, para a densa rede de organizações internacionais e de regimes internacionais [...], que se multiplicaram em função duma rápida expansão das ligações transnacionais, da crescente interpenetração dos assuntos de política internacional e

> doméstica em cada país e da necessidade, por parte da maioria dos estados, de estabelecer alguma forma de governança internacional para o tratamento de problemas de política coletiva.

Cabe destacar, também, a importância do papel desempenhado pelo direito internacional no processo de internacionalização e mundialização crescente da política. Gómez[18] entende que o "direito internacional tem submetido indivíduos, governos e organizações não governamentais a novos sistemas de regulação legal, que implicam o reconhecimento de 'poderes e limitações, direitos e deveres que transcendem o Estado-nação [...]".

A globalização política, portanto, ao subverter o poder do Estado-nação, permite a inclusão de novos atores no palco das decisões globais.

A atuação conjunta, simultânea, de todas essas globalizações tem afetado o planeta de forma incisiva e em vários níveis e dimensões. Em decorrência da atuação de cada uma dessas globalizações e de todas elas simultaneamente, o mundo tem se modificado na experimentação de crises novas e, aparentemente, sem solução.

O resultado desses impactos é a criação de mundos distintos, todos em crise.

Há um mundo em crise econômica onde as oportunidades e as riquezas são inversamente distribuídas. Há um mundo em crise financeira que consegue consumir bilhões de dólares em recursos para salvar instituições bancárias mas não consegue enxergar o contingente de desempregados produzidos por essa mesma crise. Há um mundo em crise de segurança pela ameaça nuclear que insiste em se renovar a cada década. Hoje, essa ameaça vem dos países "'periféricos" que ameaçam o planeta como um todo. Há um mundo em crise ecológica que vê diminuir a capacidade de renovação dos recursos do planeta ao mesmo tempo em que vê crescer a velocidade na utilização destes mesmos recursos.

Neste admirável mundo capitalista não há espaço para a solidariedade. A batalha pelo lucro reinventa o capitalismo dando novas roupagens a velhas estratégias. Dessa forma, convive-se com expressões como "reengenharia", "terceirização", "*just-in-time*" etc.

De acordo com Santos,[19] "consumismo e competitividade levam ao emagrecimento moral e intelectual da pessoa, à redução da personalidade e da visão do mundo, convidando, também, a esquecer da oposição fundamental entre a figura do consumidor e a figura do cidadão".

A competitividade no mundo moderno e globalizado assume características de guerrilha. Empresas passam a "inovar" nos treinamentos de seus executivos ao utilizar cartilhas inusitadas como, por exemplo, o manual de treinamento

dos *Mariners* norte-americanos e obras como *A arte da guerra*, de Sun Tzu, e *O príncipe*, de Maquiavel.

Segundo Santos, "num mundo globalizado, regiões e cidades são chamadas a competir e, diante das regras atuais da produção e dos imperativos atuais do consumo, a competitividade se torna também uma regra da convivência entre as pessoas".

Essa ausência da solidariedade como marca mais forte das relações também é apontada por Faria:[21]

> [...] A ênfase à individualidade, à calculabilidade e à livre autonomia da vontade de cada participante da negociação exclui desses contratos qualquer sentimento de solidariedade e cooperação ou, então, de favorecimento da parte economicamente mais vulnerável, débil ou hipossuficiente. [...].

No entendimento de Morin,[22] "os fatores de estímulo são também desintegradores: o espírito de competição e de êxito desenvolve o egoísmo e dissolve a solidariedade".

Vive-se o consumo a qualquer preço.

Vive-se uma sociedade que cultua a esperteza em detrimento de tudo o mais.

Em uma sociedade assim, as pessoas vangloriam-se sem pudor das vantagens conquistadas e das maneiras como elas foram obtidas, estabelecendo entre si uma espécie de ranking ou competição que considera a vantagem obtida e o custo na sua obtenção. De acordo com essa sistemática, quanto maior for a vantagem obtida e menor o custo relacionado, mais esperta essa pessoa será considerada e maior será seu status perante seus pares.

Nesse sentido, Santos[23] apresenta que "é uma situação na qual se produz a glorificação da esperteza, negando a sinceridade, e a glorificação da avareza, negando a generosidade. Desse modo, o caminho fica aberto ao abandono das solidariedades e ao fim da ética, mas, também, da política".

Para Morin,[24] "a degradação das relações pessoais, a solidão, a perda das certezas ligada à incapacidade de assumir a incerteza, tudo isso alimenta um mal subjetivo cada vez mais difundido".

O resultado do conjunto das crises do mundo é um outro mundo, um mundo em agonia, desesperançado e imediatista, competitivo até a medula e cego, gigante e insensível, onde não há espaço para a solidariedade. É, também, um mundo com novos problemas, que cultiva e cultua o individualismo e onde o próprio Estado vê-se diminuído.

3. Uma outra Globalização

Os Estados confrontam-se, hoje, com novas limitações impostas pelo desenrolar das crises dos mundos em crise da Globalização. Pouco a pouco, fortalece-se a constatação que "os Estados dominam a cena mundial como titãs brutais e bêbados, poderosos e impotentes".[25]

Essa constatação é necessária.

O Estado-nação moderno, forte o bastante para destruir homens e sociedades, segundo Morin,[26] "se tornou demasiado pequeno para se ocupar dos grandes problemas agora planetários, embora seja demasiado grande para se ocupar dos problemas singulares concretos de seus cidadãos".

Cientes da incapacidade do Estado, novas forças se apresentam quase que imperceptivelmente para atuar contra as crises planetárias. Aqui e ali despontam sinais de que um novo mundo se apresenta para confrontar os mundos em crise. A dificuldade está em identificar o novo dentro do velho.

Esses sinais, hoje, são inequívocos. Uma nova realidade coexiste com uma antiga. O que há, de fato, é um conflito em andamento, um embate sem tréguas entre tendências. De um lado, as velhas e conhecidas tendências globalizantes, egoístas e desumanas da apropriação do capital, das desigualdades de renda, das exclusões etc., e de outro lado, uma luta cada vez maior para reparar o caos e eliminar as disparidades.

Condutas pontuais parecem querer manter acesa a chama da solidariedade personificada pela defesa dos direitos humanos, da democracia e do meio ambiente. Aqui e ali despontam sinais de que um outro mundo emerge dos mundos em crise da globalização.

É interessante notar que as mesmas técnicas que permitiram o desabrochar da Globalização nas suas diversas modalidades e o desenvolvimento das crises que assolam o planeta também estão atuando a serviço do mundo em busca de um novo mundo.

De fato, essas novas técnicas "permitem que novos atores entrem no jogo e reivindiquem o direito a ser ouvidos [...]".[27]

As eleições presidenciais de 2009 no Irã transcorreram sob o signo da fantasia e da fraude ao darem larga vantagem ao atual presidente e permitirem, em consequência, um segundo mandato. As manifestações de apoio ao candidato vencido pelas ruas de Teerã e por uma eleição transparente foram proibidas pelo governo. Apesar da proibição, as manifestações passaram a ser planejadas pela internet e coordenadas pelos sites de relacionamento. Além disso, a resposta agressiva do governo às passeatas da população passou a ser registradas

por câmaras digitais pessoais e aparelhos de celular inofensivos e quase que instantaneamente supriam a ação (proibida) da imprensa local e internacional.

Os eventos de 2009 no Irã podem ser considerados o estopim para o fenômeno que vem varrendo os países árabes sob o título de 'Primavera Árabe'.

O que há de novo na utilização de meios digitais para difundir causas políticas, principalmente aquelas que não têm destaque na mídia tradicional, é a internet trazendo a política de volta para as ruas.[28]

Além da internet e de sua utilização pró-democracia, outras formas de ação global combinada têm se materializado. Um exemplo importante é o Fórum Social Mundial (FSM). O FSM nasceu com o objetivo de reunir movimentos e organizações internacionais contrários à globalização neoliberal em um encontro simultâneo ao Fórum Econômico Mundial, promovido pelas corporações transnacionais e pelo capital financeiro em Davos, na Suíça.[29]

Enquanto o primeiro FSM reuniu perto de 20 mil pessoas em Porto Alegre, no ano de 2001, a última edição (na cidade de Belém, Pará, em janeiro de 2009) contou com presença de 150 mil pessoas, entre participantes, jornalistas e organizações civis (entre ONGs, movimentos sociais e agências de desenvolvimento).[30]

O aumento substancial tanto no número de participantes como na diversidade de organismos presentes determina, além do engajamento, a proliferação do interesse pelas causas e temas discutidos em todos os FSM. Finalmente, na última versão do FSM, os principais temas discutidos estiveram ligados à questão do meio ambiente.

O aparecimento de novos atores no palco do Direito Internacional, principalmente a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, tem permitido aos Estados-nação atuar em áreas antes improváveis. Dois exemplos recentes, distintos e relevantes, dentre outros, são a conjunção de forças para combater a crise financeira mundial e o movimento global para encontrar uma vacina contra a Sars.[31]

Os exemplos apresentados determinam a busca de uma plataforma comum entre os mais importantes atores da Globalização. Os atuais desafios do Estado são transnacionais por natureza, transinstitucionais na solução e exigem uma ação colaborativa. Essa ação colaborativa implica a aliança dos Estados com organizações internacionais, corporações multinacionais, organizações não governamentais e, até mesmo, dos indivíduos.

O exemplo da cooperação internacional para controlar a Sars é relevante, pois determinou um salto na evolução de sistemas globais necessários para reduzir a ameaça do surgimento de novas doenças. Além disso, a cooperação internacional firmada foi rápida e sem precedentes.

Com relação ao exemplo da crise financeira mundial, reuniões envolvendo quase a totalidade da economia do planeta, chamadas de reuniões do G20,[32] foram realizadas para combater a crise capitalista e discutir a criação de um organismo supranacional de regulação e regulamentação dos mercados financeiros mundiais. Nos últimos 100 anos foram poucos, bem poucos, os outros exemplos de movimentação planetária como a que ocorreu em função da primeira crise capitalista do século XXI.

Segundo Thernorn,[33] os exemplos apresentados são exemplos de uma outra globalização, "aquela que inclui também a ação social no mundo todo e o interesse mundial e a comunicação direta". Além disso, podem ser exemplos de um novo mundo em defesa da democracia.

No que diz respeito à questão ecológica, em 1997, por exemplo, 184 países assinam o Protocolo de Quioto, um acordo internacional criado no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas e cujo principal objetivo é estabilizar a emissão de gases de efeito estufa (GEE) na atmosfera e frear o aquecimento global e seus possíveis impactos.[34]

Enquanto os Estados Unidos ignoram o Protocolo de Quioto, o mundo da cultura globalizada decide abraçar a causa premiando o documentário "Uma Verdade Inconveniente" (um alerta sobre o aquecimento global) com o maior prêmio da indústria do cinema mundial. Enquanto os Estados Unidos continuam ignorando o Protocolo de Quioto, a comunidade internacional outorga o Prêmio Nobel da Paz de 2007 para Al Gore, ex-vice-presidente americano durante as gestões de Bill Clinton e um dos principais críticos do aquecimento global.

Esses fatos podem ser indícios de um novo mundo em defesa do meio ambiente.

No campo dos direitos humanos também é possível perceber sinais de que alguma coisa nova está acontecendo. É bem verdade que o novo, nesses casos, pode não ser tão novo assim, uma vez que convive com o velho e pelo fato de nossa capacidade de diferenciá-lo não ser tão imediata assim.

Nesse sentido, dois casos merecem destaque especial: a ocupação de Kosovo pela Otan e o processo de extradição iniciado por um juiz espanhol que "sentou jurisprudência através de várias sentenças históricas [...] a favor da extradição e julgamento de ex-ditadores e qualquer outro tipo de personagens que tenham cometido crimes contra a humanidade durante o exercício do poder público".[35]

Para Leis,[36] as intervenções da Otan em Kosovo em 1999 e o processo de extradição de Pinochet na Inglaterra em 1998 "colocam em pauta os parâmetros da governabilidade democrática dos Estados nacionais no mundo globa-

lizado e, em consequência, os marcos da ampliação da cidadania na sociedade contemporânea".

Todos os exemplos apresentados determinam medidas com a aura da solidariedade e, salvo melhor juízo, sem qualquer objetivo mercantilista. Seriam sinais do retorno da solidariedade? São, de certo, ações contrárias à moral capitalista, contrárias ao signo competitivo das últimas décadas e, o mais importante, envolvendo conjuntamente diversas classes de protagonistas, de pequenos órgãos de classe locais a entidades relevantes como os Estados nacionais, de organizações não governamentais a organismos supranacionais.

Uma nova globalização, portanto, tem propiciado essa "espécie" de reorganização mundial e, também, uma certa convergência de ações direcionada para uma tríade virtuosa composta, por sua vez, pelos direitos humanos, pelo meio ambiente e pela democracia no planeta.

Interessante destacar que cada um dos componentes dessa "tríade virtuosa" possui um mesmo elemento que lhe define e que lhe é essencial, a solidariedade.

Estamos adentrando um novo estágio da Globalização.

De acordo com Bonavides,[37] "a primeira globalização, selvagem, menosprezou o Estado; a segunda globalização, civilizada, esta, sim, será obra do Estado neossocial que caminha pra o futuro, e não para o passado".

Novos sinais de uma nova globalização calcada na solidariedade disputam um lugar no planeta dos Estados-nação *pari passu* com a velha globalização.

4. Um novo tempo

A nova globalização do século XXI tem permitido uma transformação silenciosa do planeta. Apesar de as técnicas relacionadas com a velocidade da informação estarem contribuindo para a caracterização dessa outra globalização, a ação humana tem sido determinante para a mudança.

Em outras palavras, mesmo com a disponibilidade de novas ferramentas, as mudanças que ora vislumbramos não teriam sido possíveis sem uma concomitante mudança de postura do agente principal: o ser humano.

Dando como exemplo as manifestações desencadeadas em todo o mundo árabe durante o ano de 2011, Cerf[38] assinala:

> [...] Embora as manifestações tenham frutificado porque milhares de pessoas decidiram participar, talvez nunca tivessem ocorrido sem a possibilidade que a internet oferece de comunicação, organização e divulgação ins-

> tantânea do que quer que seja em todo e qualquer lugar do mundo.

De fato, a internet tem sido uma ferramenta importante para o ressurgimento da solidariedade uma vez que vem se configurando um instrumento indispensável para que grande parte dos direitos humanos seja respeitada.

Contudo, as ferramentas não atuaram sozinhas. A participação maciça de uma sociedade transnacional crescente tem sido determinante para caracterizar esse momento histórico como um verdadeiro divisor de águas.

Segundo Kennedy,[39]

> a expressão divisor de águas também pode ser usada para descrever um fenômeno histórico e político. Um marco, um momento transcendental, o instante em que as atividades e circunstâncias humanas atravessam a linha divisória que separa diferentes eras. Quando isso ocorre, poucas pessoas percebem que entraram em um novo tempo […].

A restauração da solidariedade em todas as formas e âmbitos assinalados determinaria um primeiro nível de conquista planetária abrindo-se espaço para uma associação planetária que busque os interesses associativos e priorize o coletivo (o planeta) em lugar de lutar pelos interesses individuais (de nações).

Segundo Leis,[40] "a mudança principal do mundo contemporâneo reside na passagem da dinâmica social do plano das sociedades nacionais para o da sociedade global."

Essa sociedade global, também chamada de "Condomínio Terra" pelo Senador da República Federativa do Brasil, Cristovam Buarque,[41] seria:

> Um sistema de solidariedade global, onde cada país é dono de seu próprio patrimônio e destino, mas cada um deles é parte de um todo e deve se submeter a regras internacionais que orientem o uso do seu patrimônio e seu destino pelas repercussões internacionais.

Os doutrinadores citados tratam de necessidades e possibilidades, não de utopias.

No entendimento de Casanova,[42] essa é uma utopia que já está na terra, "[...] uma democracia também global, plural, transparente, na qual a sociedade civil controle o multiestado no todo e em suas partes e assuma o problema social com o poder da maioria em cada nação e na humanidade".

Complementando as posições doutrinárias já citadas, Morin[43] complementa que, "a possibilidade de uma opinião pública planetária existe: por intermédio

dos meios de comunicação, [...] há consciência em flashes de identidade humana, consciência em flashes de cidadania terrestre".

Este posicionamento é compartilhado por Chase,[44] citado por Dallari, para quem "a humanidade já está caminhando rumo à sua integração numa unidade, apesar de ainda existirem muitos e sérios obstáculos". Seus argumentos principais estão relacionados com o fato de os imperativos tecnológicos estarem "se sobrepondo às fronteiras nacionais, por mar e terra, pelo ar, na estratosfera e no espaço exterior".

Essa nova ordem jurídica mundial com bases já lançadas é a exigência de um novo habitante do planeta, perfeitamente legitimado pela solidariedade que se espalha por sinais (ações) na defesa da democracia, dos direitos humanos e da preservação concreta do meio ambiente do planeta.

Essa nova ordem jurídica mundial é também uma aposta e, sem dúvida, uma aposta em algo possível. Uma Sociedade Global é, portanto, tão possível quanto tudo o que a incrível capacidade do ser humano já conquistou.

De acordo com Melo,[45]

> As forças sociais, partindo dos valores predominantes, dos indicadores econômicos e das relações de poder, vão ajudar a compor a consciência jurídica da sociedade. E quando esta se manifesta, as mudanças são possíveis e se operam não só nos conhecimentos mas nas atitudes dos homens.

As mudanças que já estão ocorrendo provam que as forças sociais, promotoras das mudanças, também perceberam mudanças.

Nas palavras de Garaudy,[46] "com o homem o possível faz parte do real, compreendendo-se, aí, as rupturas que em cada época de sua história o homem teve de realizar para se transcender, a si mesmo".

É exatamente o que está a ocorrer.

O divisor de águas em que o mundo se encontra se deve à um momento particular de transcendência humana. Garaudy[47] define transcendência como sendo

> […] a superação pela qual o homem, em cada um de seus atos criadores (quer se trate de invenção científica, ou técnica, de criação artística, de amor, de revolução ou de sacrifício) vive a experiência de que ele é outra coisa e mais do que o conjunto das condições históricas que o engendraram; que seu futuro não se deduz apenas de

> sua herança biológica, de seus condicionamentos sociológicos, de sua cultura, de sua formação.

Essa superação significa uma mudança de postura com a ordem previamente existente e, também, na maneira de tratar os objetivos do planeta. O novo homem que consegue superar o egoísmo do singular, característica da velha globalização, na procura por soluções globais plurais está, de fato, transcendendo a si mesmo. Esse momento de transformação do individual para o coletivo caracteriza-se por um efetivo processo de transcendência da sociedade humana.

Essa nova relação do homem com o mundo também pode ser descrita segundo acepção de Maffesoli,[48]

> Há, com efeito, algo de sensível, de sensual, sensualista, numa relação com o mundo e com outro, vivida dia a dia e assentada na experiência, seja a interior, do microcosmo, ou a outra, mais ambiental, ecológica, do macrocosmo matricial. É isso, propriamente, que pode permitir compreender que, para além dos discursos sobre a crise e outros pensamentos convencionados sobre a morosidade ou a depressão social, cada um mais abstrato que o outro, estejamos confrontados, em todos os domínios, a uma efervescência inegável e uma criatividade específica.

As ferramentas dessa nova globalização estão permitindo a emergência de um novo ser humano no planeta. O homem do terceiro milênio é dono de uma nova racionalidade, uma razão sensível, e consegue perceber as novas necessidades do planeta.

É, ao mesmo tempo, a caracterização de um processo de hominização, segundo definição de Morin,[49] "a busca da hominização deve ser concebida como o desenvolvimento de nossas potencialidades psíquicas, espirituais, éticas, culturais e sociais".

As três bandeiras de luta solidária representam, portanto, uma busca do ser humano pelo seu próprio desenvolvimento.

5. Conclusão

É inegável a constatação de uma crescente preocupação global com três questões chaves: a questão do meio ambiente, da democracia e dos direitos humanos.

A globalização é reconhecidamente o pivô da maioria das crises que assolam o planeta mas, ao mesmo tempo, tem permitido muitas das ações positivas que vem sendo tomadas envolvendo essas três questões.

Contudo, essa outra modalidade de globalização não se materializou por si só. Necessariamente, uma outra mudança foi necessária: uma mudança na maneira como o homem vê a si próprio enquanto habitante do planeta e uma mudança na maneira como este novo homem vê o planeta em que vive.

Essa mudança de comportamento do homem em relação aos grandes problemas planetários implica o reconhecimento do signo da solidariedade em cada um deles. Tanto as questões relacionadas com o meio ambiente, como aquelas relacionadas com os Direitos Humanos e com a Democracia trazem naturalmente o signo da solidariedade em seu cerne.

A materialização de atitudes pró-ativas, o crescente envolvimento planetário e a proliferação de entidades não governamentais tratando daqueles temas configuram um processo de transcendência do ser humano em andamento; configuram, igualmente, a escolha do ser humano por decisões racionalmente sensíveis, no sentido de sua preservação; e configuram, por fim, o início de um processo de hominização, no sentido de uma tomada de consciência do papel do ser humano no planeta.

6. Notas

[1] Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí-Univali, especialista em Direito Público pela Fundação Regional de Blumenau-Furb, mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí-Univali como bolsista da Capes e mestrando em Derecho Ambiental y la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante na Espanha. Itajaí, Santa Catarina, Brasil. charlesarmada@hotmail.com

[2] "Referente é a explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa." In: PASOLD, Cesar Luiz. Prática da pesquisa jurídica — idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennnium, 2008, p. 62.

[3] "Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia" In: PASOLD, Cesar Luiz. Prática da pesquisa jurídica —idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito, p. 31.

[4] GÓMEZ, José Maria. Globalização da política: mitos, realidades e dilemas. In: GENTILI, Pablo (Org.). Globalização excludente. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999, p. 129.

[5] CHESNAIS, François. A mundialização do capital. São Paulo: Xamã, 1996, p. 23.

[6] MOREIRA, Alexandre Mussoi. A transformação do estado: neoliberalismo, Globalização e conceitos jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 95.

[7] MOREIRA, Alexandre Mussoi. A transformação do estado: neoliberalismo, Globalização e conceitos jurídicos, p. 95-96.

[8] THERBORN, Göran. Dimensões da Globalização e a dinâmica das (des) igualdades. In: GENTILI, Pablo (Org.). Globalização excludente. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999, p. 88.

[9] GÓMEZ, José Maria. Globalização da política: mitos, realidades e dilemas. In: GENTILI, Pablo (Org.). Globalização excludente. p. 139.

[10] GÓMEZ, José Maria. Globalização da política: mitos, realidades e dilemas. In: GENTILI, Pablo (Org.). Globalização excludente, p. 146.

[11] FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 66.

[12] FEATHERSTONE *apud* GÓMEZ, José Maria. Globalização da política: mitos, realidades e dilemas. In: GENTILI, Pablo (Org.). Globalização excludente, p. 135.

[13] SANTOS, Milton. Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal. 15ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 72.

[14] GÓMEZ, José Maria. Globalização da política: mitos, realidades e dilemas. In: GENTILI, Pablo (Org.). Globalização excludente, p. 129.

[15] CASANOVA, Pablo González. Globalidade, neoliberalismo e democracia. In: GENTILI, Pablo (Org.). Globalização excludente. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999, p. 58.

[16] LIMOEIRO-CARDOSO, Miriam. Ideologia da globalização e (des)caminhos da ciência social. *In*: GENTILI, Pablo (Org.). Globalização excludente. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999. p. 109.

[17] GÓMEZ, José Maria. Globalização da política: mitos, realidades e dilemas. In:

GENTILI, Pablo (Org.). Globalização excludente, p. 159.

[18] GÓMEZ, José Maria. Globalização da política: mitos, realidades e dilemas. In: GENTILI, Pablo (Org.). Globalização excludente, p. 161.

[19] SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal, p. 49.

[20] SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal, p. 57.

[21] FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada, p. 203.

[22] MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. Terra-Pátria, p. 88.

[23] SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. p. 61.

[24] MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. Terra-Pátria, p. 89.

[25] MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. Terra-Pátria, p. 79.

[26] MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. Terra-Pátria, p. 122.

[27] GÓMEZ, José Maria. Globalização da política: mitos, realidades e dilemas. In: GENTILI, Pablo (Org.). Globalização excludente, p. 135.

[28] MATIAS, Alexandre. Da rua para a rede, da rede para a rua. O Estado de S. Paulo, São Paulo, n. 921, 22 junho 2009, p. L1.

[29] AMARAL, Marina. As muitas bandeiras de Porto Alegre. Caros Amigos Especial, São Paulo, n. 16, p. 4, mar. 2003.

[30] BRASIL. Agência Brasil. FSM termina como 'novas inspirações' para buscar outro mundo possível, diz organizador. Disponível em: <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2009/ 02/01/materia.2009-02-01.1114873037/view>. Acesso em: 10 jul. 2009.

[31] Sigla em inglês para a Síndrome Respiratória Aguda Severa, doença respiratória grave de rápida disseminação que afligiu o mundo no ano de 2003, ao espalhar-se sobretudo para partes do leste e sudeste da Ásia, bem como para a região de Toronto, no Canadá.

[32] O Grupo dos 20 (ou G20) é um grupo formado pelos ministros de finanças e chefes dos bancos centrais das dezenove maiores economias do mundo mais a União Europeia. Em 15 de novembro de 2008, pela primeira vez, os chefes de Estado ou de governo se reuniram — e não somente os ministros de finanças — tendo a crise financeira mundial como principal item da pauta de discussões.

[33] THERBORN, Göran. Dimensões da globalização e a dinâmica das (des)igualdades. In: GENTILI, Pablo (Org.). Globalização excludente, p. 92.

[34] BRASIL. COP 16. Protocolo de Quioto. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cop/panorama/o-que-esta-em-jogo/protocolo-de-quioto>. Acesso em: 16 mar. 2012.

[35] LEIS, Héctor Ricardo. Cidadania e globalização: novos desafios para antigos problemas. In: SCHERER-WARREN, Ilse; FERREIRA, José Maria Carvalho (Orgs.). Transformações sociais e dilemas da globalização: um diálogo Brasil/Portugal. São Paulo: Cortez, 2002, p. 201.

[36] LEIS, Héctor Ricardo. Cidadania e globalização: novos desafios para antigos problemas. In: SCHERER-WARREN, Ilse; FERREIRA, José Maria Carvalho (Orgs.). Transformações sociais e dilemas

da globalização*:* um diálogo Brasil/Portugal, p. 201.

[37] BONAVIDES, Paulo. Do Estado neoliberal ao Estado neo-social. Direito Administrativo em Debate. Disponível em: <http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com/2008/11/06/do-estado-neoliberal-ao-estado-neo-social/>. Acesso em: 31 mar. 2010.

[38] CERF, Vinton G. A internet e os direitos humanos. O Estado de S. Paulo. São Paulo, 08 janeiro 2012, p. A13.

[39] KENEEDY, Paul. Entramos em uma nova era? O Estado de S. Paulo. São Paulo, 12 novembro 2011, p. A20.

[40] LEIS, Héctor Ricardo. Cidadania e globalização: novos desafios para antigos problemas. *In*: SCHERER-WARREN, Ilse; FERREIRA, José Maria Carvalho (Orgs.). Transformações sociais e dilemas da globalização*:* um diálogo Brasil/Portugal, p. 198.

[41] BUARQUE, Cristovam. Palestra proferida na University of Texas Pan-American, nos Estados Unidos, em 14 de novembro de 2007.

[42] CASANOVA, Pablo González. Globalidade, neoliberalismo e democracia. In: GENTILI, Pablo (Org.). Globalização excludente, p. 60.

[43] MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. Terra-Pátria, p. 137.

[44] DALLARI, Dalmo de Abreu. O futuro do estado. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 161.

[45] MELO, Osvaldo Ferreira de. Tatuais de política do direito. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 40.

[46] GARAUDY, Roger. O projeto esperança. Trad. Virgínia da Mata-Machado. Rio de Janeiro: Salamandra, 1978, p. 98.

[47] GARAUDY, Roger. O projeto esperança, p. 98.

[48] MAFFESOLI, Michel. Elogio da razão sensível. Trad. Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998, p. 190.

[49] MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. Terra-Pátria, p. 108.

7. Referências Bibliográficas

AMARAL, Marina. As muitas bandeiras de Porto Alegre. Caros Amigos Especial, São Paulo, n. 16, p. 4, mar. 2003.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado neoliberal ao Estado neo-social. Direito Administrativo em Debate. Disponível em: <http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com/2008/11/06/do-estado-neoliberal-ao-estado-neo-social/>. Acesso em: 31 mar. 2010.

BRASIL. Agência Brasil. FSM termina como "novas inspirações" para buscar outro mundo possível, diz organizador. Disponível em: <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2009/ 02/01/materia.2009-02-01.1114873037/view>.

BRASIL. COP 16. O que está em jogo. Protocolo de Quioto. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cop/panorama/o-que-esta-em-jogo/protocolo-de-quioto>. Acesso em: 16 mar. 2012

BUARQUE, Cristovam. Palestra proferida na University of Texas Pan-American, nos Estados Unidos, em 14 de novembro de 2007.

CASANOVA, Pablo González. Globalidade, neoliberalismo e democracia. In: GENTILI, Pablo (Org.). Globa-

lização excludente. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

CERF, Vinton G. A internet e os direitos humanos. O Estado de S. Paulo. São Paulo, 08 janeiro 2012.

CHESNAIS, François. A mundialização do capital. São Paulo: Xamã, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O futuro do estado. São Paulo: Saraiva, 2001.

GARAUDY, Roger. O projeto esperança. Trad. Virgínia da Mata-Machado. Rio de Janeiro: Salamandra, 1978.

LEIS, Héctor Ricardo. Cidadania e globalização: novos desafios para antigos problemas. In: SCHERER-WARREN, Ilse; FERREIRA, José Maria Carvalho (Orgs.). Transformações sociais e dilemas da globalização: um diálogo Brasil/Portugal. São Paulo: Cortez, 2002.

MAFFESOLI, Michel. Elogio da razão sensível. Trad. Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

MATIAS, Alexandre. Da rua para a rede, da rede para a rua. O Estado de S. Paulo, São Paulo, n. 921, 22 junho 2009.

MELO, Osvaldo Ferreira de. Temas atuais de política do direito. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. Terra-Pátria. Porto Alegre: Sulina, 1995.

FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros. 2004.

GÓMEZ, José Maria. Globalização da política: mitos, realidades e dilemas. In: GENTILI, Pablo (Org.). Globalização excludente. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

LIMOEIRO-CARDOSO, Miriam. Ideologia da globalização e (des)caminhos da ciência social. In: GENTILI, Pablo (Org.). Globalização excludente. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. A transformação do estado: neoliberalismo, Globalização e conceitos jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

PASOLD, Cesar Luiz. Prática da pesquisa jurídica — idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennnium, 2008.

SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. 15ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

THERBORN, Göran. Dimensões da Globalização e a dinâmica das (des) igualdades. In: GENTILI, Pablo (Org.). Globalização excludente. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

Efetividade da tutela ao direito fundamental ao meio ambiente

Luciana Costa Poli[1] *e Bruno Ferraz Hazan*[2]

1. Introdução

A partir da percepção do envolvimento e do posicionamento do Poder Judiciário em temas controversos e polêmicos que têm, de certa forma, contribuído para moldar o pensamento jurídico do país, propõe-se estudar o fenômeno do ativismo judicial e sua importância para efetivação de princípios e valores caros ao Estado contemporâneo. Ao mesmo tempo, constata-se que a temática da sustentabilidade, na concepção principiológica que se apresenta neste trabalho, embora presente na ordem do dia, ainda carece de implementação efetiva.

Com isso, o estudo pretende demonstrar que a participação do Poder Judiciário, por meio de decisões que imprimam efetividade ao primado principiológico proposto pela Constituição da República de 1988 — em especial, o princípio da sustentabilidade —, é legítima, necessária e útil. Para tal fim, o trabalho se propõe inicialmente a analisar o ativismo judicial, compreendido como uma participação mais ativa e politizada do Poder Judiciário.

Percebe-se que com a inclusão de cláusulas gerais de conteúdo aberto e fluido no ordenamento jurídico, como ocorre com o Código Civil de 2002, o juiz passou a receber do próprio legislador instrumentos para que trabalhe a

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2013/18) n.18: 243-262 - UCAM (Rio de Janeiro)

construção de uma decisão mais coerente com a implementação dos valores e princípios perseguidos pelo Estado Democrático de Direito.

Partindo dessa visão, procura-se demonstrar que o direito na pós-modernidade abandonou o modelo positivista, que transformava os juízes em meros executores da lei, e passou a exigir uma maior participação do Poder Judiciário como corresponsável pela construção de uma sociedade que, de fato, pretenda alcançar os ideais do Estado de Direito. Sustenta-se que o ativismo judicial é uma ferramenta importante para que se possa extrair o máximo das potencialidades das linhas diretrizes do texto constitucional, privilegiando a busca de soluções mais adequadas para cada caso concreto.

A sustentabilidade, segundo a concepção que se apresentará, refere-se à busca do equilíbrio em qualquer esfera do desenvolvimento, seja ele econômico, político ou social. Assim, passa a ser vista como uma preocupação para com as gerações futuras, no sentido de que se relaciona intimamente com a forma de desenvolvimento da sociedade e seus impactos no entorno. Parte-se, portanto, da noção de que o desenvolvimento sustentável é aquele que pretende atender às necessidades do presente sem comprometer as possibilidades de gerações futuras.

Procurar-se-á constatar que o Estado Democrático de Direito não mais permite uma postura desidiosa e passiva do Judiciário, sendo que o juiz deve concretizar o significado dos princípios e, por conseguinte, do conteúdo da sustentabilidade, buscando dar-lhe densidade real e concreta. O juiz, atento às demandas no mundo contemporâneo, não deve, ao julgar o caso, apenas aplicar o comando da lei, mas, sim, avaliar e sopesar os impactos de sua decisão na sociedade.

Defender-se-á que a sustentabilidade não pode ser concebida como mera opção. Ao contrário, deve ser adotada como orientação necessária e irrefutável para a conservação de mais capital natural para futuras gerações e, portanto, todos os mecanismos para sua implementação devem ser utilizados.

2. Ativismo judicial e cláusulas gerais

A fim de atingir as metas propostas pelo Estado, torna-se fundamental a tarefa do julgador de contribuir para a construção de uma sociedade voltada à satisfação dos princípios e objetivos previstos no ordenamento constitucional. Essa visão pretende romper com o hermetismo técnico-jurídico da mera subsunção do caso concreto às regras legais e a compreender o fenômeno jurídico como fenômeno social importante que deve servir como instrumento, ou um meio (não um fim), para a realização dos próprios valores perseguidos pelo Estado.

Tem-se denominado ativismo judicial a participação mais abrangente e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, mais especialmente de metas ambientais e de sustentabilidade, por meio da atuação que, de certa forma, demonstra uma maior interferência no espaço dos demais Poderes. Esse instituto, segundo Barroso (2009, p. 75), associa-se à postura ativista do juiz, que se manifesta por meio de condutas diversas, que incluem:

> (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

A atuação do Poder Judiciário ganha, dessa forma, um relevo que passa a ser compreendido como necessário ao processo de implementação das políticas públicas e dos valores e princípios pretendidos pela Constituição da República de 1988.

Em princípio, o ativismo judicial pretende extrair o máximo das potencialidades das linhas diretrizes do texto constitucional, privilegiando a busca de soluções para o caso concreto que se coadunem com a principiologia a ser implementada pelo Estado Democrático de Direito. Ao que tudo indica, o próprio Poder Legislativo tem dado impulso ao movimento ativista. Tal prática é perceptível nas próprias diretrizes introduzidas no ordenamento civil, com o advento do Código Civil de 2002, o qual foi erigido por inúmeras cláusulas gerais.

A cláusula geral apresenta características de generalidade e abstração, permitindo ao intérprete a construção de uma decisão calcada em princípios considerados relevantes na solução do caso concreto. Além disso, também é um instrumento pelo qual o Estado, por meio do Poder Judiciário, aumenta sua interferência na economia e nas relações negociais.

O conteúdo da cláusula geral é aberto e dinâmico, permitindo a cada magistrado o seu preenchimento. Afirma Martins-Costa (1999, p. 23):

> Do ponto de vista de técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente "aberta", fluida ou vaga, caracterizando se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato para que, à vista

> dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema.

Dessa forma, a atuação do juiz ganha complexidade e importância, passando a usufruir de grande abertura e mobilidade, permitindo-lhe a construção de uma solução que absorva o conteúdo principiológico de todo o sistema jurídico, abandonando a aplicação fria e distante do texto puramente legal ao caso concreto.

Submetem-se, assim, os julgados a princípios éticos e solidaristas perseguidos pela Carta Magna, pois as cláusulas gerais, quando inseridas na lei, refletem esses ideais. Nessa conformação, o Código Civil estabelece diversas cláusulas gerais, tais como a boa-fé objetiva, a responsabilidade pelo dano, o enriquecimento ilícito e a função social do contrato, que irão permitir que a decisão, sobre tais institutos, atenda a valores não apenas econômicos e individualistas, mas éticos e solidários.

É inegável que a lógica e o perfil do sistema foram invertidos. De um sistema fechado, no qual se identificava o dogma do Direito-Lei, passa-se a um sistema aberto, de autorreferência relativa, que reclama novas soluções, uma nova hermenêutica e desafia o intérprete.

A crescente inclusão de cláusulas gerais no ordenamento conduz à conclusão de que o direito não é originado somente pelo que preceitua o legislador. Mais que isso, é um produto das experiências, dos fatos e dos costumes da sociedade, de modo que imaginar um direito pleno, baseado no centralismo jurídico e com todas as condutas-tipo3 previstas, facilmente o torna obsoleto. Menezes Cordeiro (2001, p. 46), ao abordar a adequação da amplitude semântica (para o direito acompanhar o fato social), prevê que "ainda quando a lei não reaja, a ordem jurídica deve fazê-lo". Nas palavras de Canaris (1996, p. 24), o ideal seria que, para acompanhar a evolução social, o sistema legal fosse dotado da ideia de incompletude.

Essa noção de incompletude do sistema revela que não se deve esperar do Poder Legislativo a solução para todas as situações concretas enfrentadas pela sociedade. Ao contrário, talvez seja o momento de admitir que o Poder Judiciário tem papel decisivo na implementação de um Estado comprometido com as metas constitucionais. Isso denota também que, ao acompanhar o caso concreto, o magistrado está mais próximo dos dilemas e dos problemas sociais e, portanto, mais apto a concretizar as escolhas constitucionais de modo a coaduná-las com os interesses das partes.

3. A compatibilidade do ativismo judicial na estrutura do poder judiciário no contexto do estado democrático de direito

Além das alterações políticas e sociais que culminaram com o fim do modelo clássico, as incansáveis e prejudiciais interferências do homem no planeta trouxeram mudanças significativas ao meio ambiente, levando o Estado a repensar os seus próprios fins. Adverte Canotilho (1995, p. 13) que o Estado passa a assumir o dever de defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correto ordenamento territorial. Tais tarefas, prossegue o autor, enquadradas em ordenamentos jurídicos de vários países como princípios fundamentais, transformam o Estado de direito em Estado democrático-ambiental, ao admitir o direito ao ambiente como seu fim (CANOTILHO, 1995, p. 81 e 93).

A teoria clássica da separação de poderes foi concebida para atribuir existência e limites a cada órgão do Estado, na medida em que no contexto absolutista da época era necessária uma oposição à autoridade centralizada e arbitrária. O cerne da construção dessa teoria baseia-se na separação das funções políticas e do direito, o que culminou, de certa forma, na neutralização da política no exercício da atividade jurisdicional.

Nesse contexto, o Poder Judiciário orientava suas ações observando o princípio da estrita legalidade, o que transformou a aplicação do direito em subsunção racional-formal dos fatos às normas, divorciada de quaisquer referências políticas ou valorativas. Essa postura ideológica de total vinculação do juiz aos ditames legais não considerava os ideais de justiça substancial e do próprio direito, gerando a errônea impressão de que o magistrado não podia ser politizado, sob pena de afastar-se dos postulados da época (PODESTÁ, 2005, p. 163). O Poder Judiciário tornou-se introspectivo e retroativo, já que se destinava tão somente a garantir aplicação da lei de modo a reconstituir determinadas situações que não se coadunavam com as normas preestabelecidas.

A ideia de que a prestação jurisdicional deveria corresponder aos ditames já consagrados pelo ordenamento legal eleva o princípio da segurança jurídica, como dogma, de forma a não admitir soluções para o caso concreto que não estivessem na lei. A atuação dos magistrados era confinada aos limites do litígio interindividual, assinalando a ideologia individualista que marcou o início da era moderna.

O distanciamento entre a prestação jurisdicional e as novas demandas e expectativas sociais refletia a ausência de oxigenação do sistema jurídico, que arraigado pelo ideal positivista refletia, ao reproduzir fielmente o direito positivo, uma distorção entre a realidade e a decisão proferida.

As insuficiências desse modelo logo surgiram com a perda da certeza de que todas as respostas às demandas estariam na lei. Passa-se a compreender a ciência do direito enquanto ciência de compreensão hermenêutica (SILVA, 2004, p. 22), abandonando-se o paradigma dogmático. Nesse sentido, Souza (1993, p. 112) afirma que, para regular a contingência e diversidade do sistema social, faz-se necessário transcender os meros limites da dedução, reconhecendo que as normas haverão de ceder espaço aos princípios, mais flexíveis, rompendo a clausura imposta pela era da codificação. A dogmática jurídica há de ser vista como ciência interpretativa de caráter funcional, na medida em que o juiz passa a operar pautado em valores (LARENZ, 1997, p. 312) e princípios, voltados à concretização de determinados fins considerados socialmente relevantes.

A higidez do sistema jurídico e sua contínua evolução dependem da abertura do sistema jurídico. A ciência do Direito, como toda ciência, depende de mobilidade que se perfaz por constantes rupturas de paradigmas e pela aceitação de novas ideologias.

O Estado Democrático de Direito requer um abandono da postura distante do Poder Judiciário, reclamando uma postura ativa e participativa na concretização das políticas sociais e dos objetivos da República. A atuação do juiz passa a ser fundamental na sedimentação de uma pauta de princípios e valores que se orientam para a construção de um Estado voltado a metas de implementação de crescimento sustentável.

O papel de juiz é vital para que se confira efetividade à carta de princípios do Estado Democrático, compatibilizando, no caso concreto, os direitos individuais e os fins do Estado, apregoando não apenas o solidarismo, mas propiciando o desenvolvimento sustentável de quaisquer políticas públicas. Assim, perfeitamente lícita e eficaz será a intervenção do Judiciário como forma de conferir o necessário equilíbrio das relações privadas às metas de sustentabilidade. Adverte-se:

> Não no sentido pejorativo do juiz criar o Direito, de decisão extralegal de ditadura do Poder Judiciário ou qualquer outro epíteto semelhante que se queira atribuir, nem no sentido da utilização exclusiva da jurisprudência como fonte de direito, mas no sentido do juiz vivificar no caso concreto, a norma abstrata e estática posta pela lei (PODESTÁ, 2005, p. 168).

O Estado Democrático de Direito mostra-se como um sistema aberto, que se alimenta também da atividade jurisdicional criadora, razão pela qual não pode a atuação do juiz ser trabalhada como mero ato mecânico de aplicação da lei, afinal, o sistema jurídico atual é dialético (LORENZETTI, 1998, p.

79). Nesse diapasão, a lógica da interpretação jurídica deve ser argumentativa e não dedutiva (FIÚZA, 2004, p. 33).

Certo é que a solução dada a cada caso não poderá contrariar frontalmente o sistema vigente. Há limites à argumentação, limites esses que são pautados pelos direitos fundamentais (LEAL, 2002, p. 148-149). A atividade do magistrado deve ser cautelosa e responsável, sob pena de desencadear um governo dos juízes, ou implementar juízes legisladores (CAPELLETTI, 1999, p. 15).

A legitimidade do processo jurisdicional "criativo" se dará na construção argumentativa da aplicação dos princípios. A norma é o sentido que se pode encontrar em um costume ou em um texto normativo, atribuído por meio da argumentação jurídica, que não se revela pela discricionariedade do juiz no julgamento do caso concreto, mas pressupõe a existência de uma comunidade (jurídica) linguisticamente estruturada, o que significa que este sentido é atribuído por intermédio do discurso e da universalização (GALUPPO, 1999, p. 208).

A interpretação da norma de forma a aproximar-se do princípio por ela fixado não é opção, mas pressuposto de legitimidade da solução jurídica. Assim, o princípio da funcionalidade do direito subjetivo é o elemento legitimador da própria regra, de forma que o que vem explícito no princípio vem implícito na regra. Assim, o princípio deve ser observado pelo jurista, pelo juiz e pelo legislador (LORENZETTI, 1998, p. 253).

A implementação de metas de sustentabilidade se dará, no caso concreto, na vinculação do sistema jurídico a partir do problema (VIEHWEG, 1979, p. 99), considerando-se que sempre haverá uma pluralidade de soluções para o litígio. Não se pode olvidar que os efeitos jurídicos produzidos pela decisão terão direto impacto na realidade fática. Nesse quadro, não é satisfatório ou suficiente que a decisão seja coerente apenas no âmbito do sistema jurídico, deve ser adequada em relação às consequências produzidas, ou que irá produzir, no mundo real (FIÚZA, 2004, p. 55).

O paradigma do Estado Democrático de Direito pressupõe que o Judiciário retrabalhe construtivamente os princípios e regras do sistema para que possa satisfazer, cumulativamente, a exigência de reforçar a crença na legalidade entendida como segurança jurídica e o sentimento de justiça realizada, que se dará pela adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto (CARVALHO NETTO, 1999).

A intensidade dos problemas planetários na contemporaneidade requer respostas rápidas e adequadas. Há que se construir uma perspectiva de conformação do direito ajustado às demandas desses novos tempos. Não basta apenas concebê-lo como instrumento de pacificação dos conflitos, como sistema ou

ordenamento de normas jurídicas estáticas que objetivam assegurar direitos e exigir o cumprimento dos deveres. Deve-se pensá-lo como um processo sociocultural de promoção, regulação e garantia das conquistas já obtidas também para as próximas gerações.

4. Sustentabilidade: noções gerais

A relevância das questões ambientais nos dias atuais é de ordem tal que não poderia deixar indiferentes o Estado e o Direito. Consequentemente, de forma paralela à juridicidade, à democracia, à socialidade, à eticidade, a sustentabilidade ambiental surge como uma das metas dos Estados Democráticos de Direito. Todavia, a sustentabilidade é tema bastante amplo que não se encerra apenas em uma visão ambiental. Ao contrário, permeia toda a atividade humana.

A sustentabilidade pode ser compreendida como a busca do equilíbrio em qualquer esfera do desenvolvimento, seja ele econômico, político ou social. Engles (2009) deixa clara a correlação entre o aprimoramento da capacidade humana para transformar a natureza e o desenvolvimento de relações sociais mais complexas. A lógica humana, segundo se extrai do pensamento desse autor, parece sempre a mesma: utilizar os recursos naturais de maneira que melhor possa gerar benefícios materiais imediatos, a quem os explorasse, sem qualquer preocupação com os efeitos das ações humanas sobre o entorno.

O desenvolvimento das teorias e sistemas econômicos deu maior impulso a essa atitude e o capitalismo, ao apregoar a circulação e acumulação de riquezas, acelerou o processo de ocupação territorial. O crescimento populacional e as novas demandas consumistas levaram à contratação em massa e, consequentemente, a utilização e o emprego dos recursos naturais se elevaram significativamente trazendo impactos sem precedentes para o meio ambiente (HANSEN, 2012).

A humanidade, dessa maneira, foi criando uma redoma de conveniências e comodidades, subjugando o ambiente natural e, ao mesmo tempo, tentando empurrá-lo a uma distância segura, como se de fato pudesse dele se desvincular ou distanciar. Assim, o desenvolvimento do arado e a domesticação de animais levou o homem do nomadismo às primeiras experiências espaciais territoriais. Depois, o incremento das técnicas de agricultura, o aperfeiçoamento da tecnologia do maquinário e a larga utilização da energia aumentaram sobremaneira a produtividade e conduziram o homem à apropriação cada vez maior dos espaços, levando-o a lugares até então inacessíveis e confinando espécies de animais e plantas a territórios determinados e restritos.

A força onipresente da natureza, tão cara ao homem primitivo, tornou-se apenas uma referência longínqua para o homem da cidade que, na condução de suas máquinas ultramodernas, parecia ignorar os efeitos de sua existência inconsequente para o planeta.

Talvez, a Conferência de Estocolmo de 1972 tenha sido um marco do despertar oficial para as necessidades de um planeta devastado pela exploração desmedida. A voracidade do crescimento descontrolado e a estupidez humana parecem ter colocado a própria existência em risco. Diante de um quadro de degradação do meio ambiente natural, o caos perpetrado pela humanidade na ocupação dos espaços acabou por engendrar um novo ideal, uma nova força que se converteria num verdadeiro mantra ambientalista: sustentabilidade ou desenvolvimento sustentável.4

A partir dessa noção, deve-se buscar conciliar as necessidades atuais do homem — e sua habilidade na exploração dos recursos naturais — com as necessidades das gerações futuras, o que se entende por responsabilidade intergeracional.5 Tal tarefa revela-se, na prática, extremamente complexa, ainda que aparentemente lógica e irrefutável (CHALIFOUR, 2007, p. 25). Nesse contexto, todos os atores sociais precisam se envolver conscientemente de modo a cooperar para a implementação de políticas de sustentabilidade.

Sustentabilidade é expressão polissêmica que tanto pode ser compreendida por meio de um conceito ecológico, a qual visa à capacidade de atender às necessidades de um grupo social no espaço que ocupa, bem como um conceito político, na qual a sociedade estabelece formas de organizar-se, delimitando seu crescimento, tendo em vista a observância das condições dos recursos naturais, dos meios tecnológicos e do nível efetivo ao bem-estar social.

Esse enfoque, no entanto, é insuficiente, pois a sustentabilidade comporta diversos outros fatores, com conceitos e características próprias — o que revela sua importância no contexto socioambiental:

> O conceito de sustentabilidade comportaria sete aspectos principais: (i) sustentabilidade social: melhoria da qualidade de vida da população, equidade na distribuição de renda e de diminuição das diferenças sociais, com participação e organização popular; (ii) sustentabilidade econômica: públicos e privados, regularização do fluxo desses investimento, compatibilidade entre padrões de produção e consumo, equilíbrio de balanço de pagamento, aceso à ciência e tecnologia; (iii) sustentabilidade ecológica: o uso dos recursos naturais deve minimizar danos aos sistemas de sustentação da vida: redução dos resíduos tóxicos e da poluição, reciclagem de materiais e energia,

> conservação, tecnologias limpas e de maior eficiência e regras para uma adequada proteção ambiental; (iv) sustentabilidade cultural: respeito aos diferentes valores entre os povos e incentivo a processos de mudança que acolham as especificidades locais; (v) sustentabilidade espacial: equilíbrio entre o rural e o urbano, equilíbrio de migrações, desconcentração das metrópoles, adoção de praticas agrícolas mais inteligentes e não agressivas á saúde e ao ambiente, manejo sustentável das florestas e industrialização descentralizada; (vi) sustentabilidade política; no caso do Brasil, a evolução da democracia representativa para sistemas descentralizados e participativos, construção de espaços públicos comunitários, maior autonomia dos governos locais e descentralização da gestão de recursos; (vii) sustentabilidade ambiental: conservação geográfica, equilíbrio de ecossistemas, erradicação da pobreza e da exclusão, respeito aos direitos humanos e integração social (FARIA, 2011, p. 17).

A noção de sustentabilidade, de certa forma, revela a expressão da crise cultural, civilizacional e espiritual que a humanidade atravessa. Capra (1982, p. 19) já vislumbrava, nas últimas décadas do século XX, essa profunda crise mundial. Uma crise, segundo o autor, que afetaria todos os aspectos da vida humana — saúde, relações sociais, economia, tecnologia, direito e política. Uma crise de dimensões espirituais, intelectuais e morais, em tal escala que, pela primeira vez na história, a humanidade estaria sendo obrigada a se defrontar com a real ameaça de sua extinção e de toda a vida no planeta.

Esta crise direciona o homem a repensar seu posicionamento perante o planeta, obrigando-o a discutir sua real dimensão de responsabilidade perante tudo o que existe — e não apenas o seu entorno próximo — e, ainda, a responsabilizar-se diante daqueles que ainda nem existem.

Na obra de Jonas (1995), são encontrados caminhos para a formulação de uma ética da sustentabilidade fundada no princípio da responsabilidade. A responsabilidade, segundo o autor, está umbilicalmente ligada à sustentabilidade ao referir-se ao futuro longínquo da humanidade, estendendo-se até descendentes muito afastados no tempo, abarcando um futuro ilimitado. A responsabilidade para com as gerações vindouras não admite pausas, é contínua e perpétua.

5. Sustentabilidade e ativismo judicial: a sustentabilidade como princípio sistêmico orientador das decisões judiciais

Com a superação do positivismo, restou clara a insuficiência do modelo de sistema hermético. O dogma da completude6 caiu por terra e passou-se a admitir que as normas jurídicas resguardam alguma abertura — as denominadas franjas — a qual, nos casos difíceis, poderia ser usada pelo magistrado para construir a norma compatível com essas situações complexas, o que denota, de forma inquestionável, o poder criativo do juiz (CHAMON JUNIOR, 2003, p. 52).

A era pós-positivista7 resgata a importância dos princípios, que reaparecem reivindicando uma qualidade normativa de certa forma inovadora (BARROSO, 2001). De meras premissas que estampavam enunciados amplos, fluidos e insertos de valores esparsos, passam a ser tornar diretrizes normativas integrantes do sistema jurídico.

Com a pós-modernidade, a tendência é pensar os princípios cada vez mais como constituintes lógicos que orientam os processos de comunicação e de argumentação. Consequentemente, cada vez mais os princípios são empregados como princípios racionais, e não causais, da realidade. Por isso mesmo a tendência está em se conceber que, no caso dos princípios práticos, eles decorrem de padrões de escolhas contextualizadas, geralmente determinadas pelo estágio moral da própria sociedade que se coloca a questão acerca dos princípios (GALUPPO, 1999, p. 200).

Diante desse panorama, a atividade jurisdicional passa ganhar maior relevo, já que o juiz não está mais adstrito a raciocínios dedutivos, à lógica dos silogismos, na resolução dos casos. Ao contrário, o magistrado passa a usufruir de maior liberdade para proferir suas decisões, que poderão ser fundamentadas nos princípios. Registre-se que os princípios, para terem validade, não precisam estar positivados de forma expressa na ordem jurídica. Não há uma enumeração taxativa, o que permite maior maleabilidade ao sistema jurídico que pode agregá-los a qualquer tempo, sinalizando um movimento jurídico de incorporação de valores e que procura refletir os anseios da sociedade.

Deve-se compreender sustentabilidade como princípio geral e sistêmico, já que a ausência de previsão normativa explícita não se antepõe como pressuposto insuperável ao seu reconhecimento. É que a sustentabilidade não surge como realidade tópica, resultado de referência em dispositivo específico e isolado; ao contrário, nela se aninha um princípio sistêmico, que se funda e decorre da leitura conjunta e do diálogo multidirecional das normas que compõem a totalidade do vasto mosaico constitucional (PINTO COELHO; ARAÚJO, 2001).

Ademais, a sustentabilidade é decorrente do primado da dignidade humana que se irradia em diversos outros princípios como: da obrigatoriedade de proteção ambiental; da prevenção ou precaução; da ampla informação ambiental; da função social dos contratos e da propriedade; do poluidor-pagador; da compensação; da responsabilidade; da solidariedade, da educação ambiental. Decorre, o princípio da sustentabilidade, ainda da combinação de outras normas (princípios e regras) insertas na mesma carta constitucional, em tratados e convenções por ela recepcionados e, ademais, decorrentes legislação infraconstitucional pertinente.

Os princípios importam em tal a generalidade e abstração que propiciam a asserção de que sua interpretação deve ser ampla, móvel e evolutiva, o que implica dizer que não comportam encarceramento, rigidez. Cada caso ao ser julgado deve ser analisado como um novo caso, irrepetível como os fatos da história, único, que requer a interpretação das normas de todo o sistema jurídico de forma sistematizada e não apenas de forma isolada e literal, também considerando e sopesando princípios e, especialmente, os valores sociais e jurídicos contemporâneos, para apresentar solução que se apresente como a única adequada e justa que o caso comporta, e que guarde aceitação racional segundo entendimento do cidadão médio (OLIVEIRA, 1997).

A sustentabilidade encontra-se habitualmente associada a um conteúdo ambiental, mas como salientado no tópico anterior, essa é apenas uma caracterização primária, pois o meio ambiente é apenas um de seus alicerces fundamentais. A sustentabilidade pode ser compreendida como um comando constitucional abrangente, a orientar as demais normas jurídicas e as decisões judiciais:

> Partindo da Constituição Federal e irradiando-se por todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, a sustentabilidade como princípio constitucional possui uma estruturação fundamentalmente interdisciplinar e transdisciplinar [...]. Compreender a sustentabilidade como um princípio constitucional não somente ambiental, mas também como princípio constitucional interdisciplinar, social, empresarial, administrativo e econômico, constitui uma importante tarefa da dogmática jurídica contemporânea, em busca da efetividade das ideias que gravitam no entorno da solidariedade e da dignidade como balizas do Estado Democrático de Direito. Nesse sentindo, busca-se evidenciar a sustentabilidade em seu caráter sistêmico-constitucional, o que implica uma compreensão interdisciplinar desse principio basilar não somente no viés ambiental, mas também na perspectiva

> econômico-empresarial e social, numa visão que se quer integrada e integrativa desses âmbitos, quando alçados ao plano constitucional (PINTO COELHO; ARAÚJO, 2001, p. 263).

Ao se compreender sustentabilidade como princípio, sua importância se evidencia no ordenamento jurídico, o que justificaria o embasamento e fundamentação de decisões do Poder Judiciário a fim de dar efetividade ao texto constitucional. Manifesta-se a sustentabilidade como base fundamental dos direitos, sendo eles constitucionais e organizacionais, além de guardar estreita relação tutelar com o direito ao meio ambiente e ao primado da preservação dos bens naturais que possibilitam a sobrevivência digna e equilibrada dos seres humanos (MILARÉ, 2007).

O princípio da sustentabilidade ambiental é corolário do princípio do não retrocesso na seara ambiental. Ora, a sustentabilidade só é possível se guiada por ações permanentes e responsáveis, seja do Estado, seja dos particulares. Nessa ordem de ideias, a participação do juiz é fundamental ao atribuir, a cada caso concreto, a possibilidade de efetivação dos ideais sustentáveis. Busca-se um novo horizonte hermenêutico (CALDEIRA, 2012), que exige do juiz uma participação efetiva na construção de decisões comprometidas com o crescimento sustentável.

A reflexão de Ricouer (1991, p. 43) denota a insuficiência da resposta dogmática clássica e a crise no direito contemporâneo que demanda a busca de novas respostas e decisões fora do âmbito restrito de aplicação da lei. Trata-se da construção de uma concepção ética e solidarista que se caracteriza pela subsistência de duas responsabilidades não excludentes ligadas a sustentabilidade: a responsabilidade do bem — que obriga a preservação — e a responsabilidade do melhor — que determina o progresso e o aperfeiçoamento qualitativo da vida humana.

A Constituição da República de 1988 é esclarecedora e não deixa margens para dúvidas: o modelo político instituído no Brasil tem, como um de seus "objetivos fundamentais", o "desenvolvimento nacional" e a erradicação da "pobreza" (artigo 3º, II e III), norte esse que igualmente informa a necessária cooperação com outras nações, que observará, entre outros princípios, "o progresso da humanidade" (artigo 4º, IX). Ademais, dispõe o artigo 225 da CR/88:

> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Ao abraçar o "progresso da humanidade" na forma de conceito informador de seu sistema, o texto constitucional demostra uma aspiração constitucionalizada de melhoria universal: progresso planetário que inclui seres humanos e todas as bases da vida na terra. A sobrevivência atual e futura da humanidade depende dessa prosperidade. Por progresso haverá de se entender não apenas prosperidade material, pois, ao certo, inclui a ampliação e fortalecimento permanente do arcabouço de antigos e novos valores intangíveis, muitos deles coletivos por excelência e subprodutos da ética da solidariedade e da responsabilidade. A prosperidade imaterial coaduna-se com o conteúdo da sustentabilidade que tem caráter etéreo e impalpável, mas de indiscutível realidade (BENJAMIN, 2004, p. 11).

O Estado Democrático de Direito não aceita mais a postura desidiosa e passiva do Judiciário. O juiz deve concretizar o significado das declarações constitucionais e, nesse sentido, não pode executar uma função apenas jurídica, técnica e secundária, mas, ao contrário, há de comprometer-se a desempenhar um papel ativo. É chamado a contribuir para a efetivação dos princípios constitucionais buscando dar-lhes densidade real e concreta. O magistrado, atento às demandas no mundo contemporâneo, deve, ao julgar o caso, não apenas aplicar o comando da lei, mas avaliar as repercussões sociais, políticas, econômicas, ambientais e outras que a decisão irá surtir.

É o exercício ativo da atividade jurisdicional, não apenas conformando suas decisões com as regras legais, mas buscando soluções que se coadunem com os valores condutores do Estado Democrático de Direito. Na verdade, as atividades política e judicial estão intimamente ligadas no Estado de direito.

A sustentabilidade pode ser compreendida como uma proposta que pretende a implementação de um desenvolvimento ético e solidário, e não apenas visando um horizonte de desenvolvimento técnico dissociado da implementação dos primados constitucionais. Nesse sentido, o Poder Judiciário não pode se manter silente e distante, já que a participação do juiz é fundamental para dar efetividade a metas de sustentabilidade. As decisões judiciais podem ser instrumentos de implementação de práticas sustentáveis por meio, por exemplo, da revisão dos contratos que não atentam para o desenvolvimento sustentável. A sustentabilidade assume a condição de um dos mecanismos para a afirmação efetiva de um direito constitucional inclusivo, solidário e altruísta.

Admitir a sustentabilidade como princípio implica incorporar de modo definitivo ao horizonte da intervenção transformadora do homem (mundo das necessidades atuais) o compromisso com a perenização da vida. Propõe-se a adoção da sustentabilidade como norteadora de todo o agir humano de forma a transformar suas ações em resultados sólidos e efetivos para garantir o seu verdadeiro objetivo.

A sustentabilidade não pode ser concebida como mera opção, há de ser adotada como orientação necessária e irrefutável a fim de se conservar mais capital natural para futuras gerações e, portanto, todos os mecanismos de sua implementação devem ser envidados, concentrando todas as esferas do Poder para a assunção dessa meta.

6. Conclusão

Procurou-se demonstrar a crescente importância do ativismo judicial, como uma atuação consciente, politizada e criativa do juiz no sentido de aplicar, a cada caso concreto, uma decisão que se coadune com a principiologia pretendida pelo Estado Democrático de Direito.

A possibilidade de uma atuação mais livre e politizada do magistrado é demonstrada por meio da inclusão de cláusulas gerais no ordenamento jurídico. A cláusula geral, ao criar aberturas no ordenamento, reconfigura-o de modo a permitir, na aplicação do direito ao caso concreto, um conteúdo de dinamicidade social. Essa técnica legislativa permite a conjugação, pelo magistrado, dos elementos pré-determinados pela lei com elementos ainda não presentes na legislação.

Demonstrou-se que a ideia de completude do sistema jurídico de regras é obsoleta, já que poderia propiciar, por ausência de previsão legal, a efetiva tutela dos interesses dos sujeitos. E mais, sustentou-se que a decisão judicial deve revelar a adoção de práticas de implementação de princípios e valores pretendidos pela sociedade.

Nesse contexto, a sustentabilidade, na sua multiplicidade conceitual, é compreendida como um princípio sistêmico a orientar as decisões judiciais e a legitimar a atuação criativa do juiz, principalmente se considerada a responsabilidade do homem com as gerações futuras. Assim, a atuação jurisdicional é fundamental para o fomento de ações sustentáveis, conformando a autonomia, de certa forma, às metas de sustentabilidade.

Como principio jurídico, evidencia-se o conteúdo de generalidade e abstração assumido pela sustentabilidade no atual sistema, bem como sua importância, a propiciar uma interpretação ampla, móvel e evolutiva de seu conceito. Defende-se que sua promoção depende também da atuação do Poder Judiciário, que poderá conferir, sempre que possível, a cada caso concreto, uma decisão comprometida com a efetivação do princípio da sustentabilidade.

Incorporar tal conceito como princípio orientador do ordenamento jurídico implica a aceitação definitiva de que qualquer intervenção transformadora do homem deve ter o compromisso com a perenização da vida.

As relações privadas, no contexto atual, não podem ser compreendidas tão somente como espaço de satisfação de necessidades e desejos imediatos dos particulares, mas hão de ser compreendidas também como palco para que se alcance o desenvolvimento sustentável.

7. Notas

[1] Doutora em Direito Privado pela PUC-MINAS. Professora na Escola Superior Dom Helder Câmara/MG e na Faculdade Estácio de Sá/MG.

[2] Mestre e Doutorando em Direito Privado pela PUC-MINAS. Professor na Escola Superior Dom Helder Câmara/MG e na Escola Superior de Advocacia da OAB/MG.

[3] É a técnica da *fattispecie*, comumente usada na época da codificação, que visava reduzir a margem interpretativa do aplicador de direito, revestindo a norma de imutabilidade, garantindo a segurança jurídica (IRTI, 1999, p. 20).

[4] Preocupação tão constante na atualidade que foi o foco da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a RIO+20, no mês de junho de 2012, na cidade do Rio de Janeiro/RJ.

[5] Segundo Brundtland (1991, p. 46), desenvolvimento sustentável é "aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer as possibilidades de gerações futuras atenderem suas próprias necessidades". Trata-se, basicamente, da igualdade intergeracional.

[6] "[...] princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, uma solução sem recorrer à equidade [...]" (BOBBIO, 1999, p. 19).

[7] Compreende-se esse período pela superação dialética da antítese entre positivismo e jusnaturalismo, com a distinção das normas jurídicas em regras e princípios, tendo como conteúdo os valores (CHAMON JUNIOR, 2003, p. 65).

8. Referências Bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais. Revista de Direito Renovar, Rio de Janeiro, n. 18, p. 11-19, set./dez. 2000.

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Francisco. Transformações dos sistemas positivos a descodificação do direito civil brasileiro. O Direito, Lisboa, ano 129, v. I, n. II, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ — Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, setembro, p. 1-32, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf >. Acesso em: 8 mar. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. O Estado teatral e a implementação do direito ambiental. In: Congresso Internacional de Direito Ambiental, 7, 2004, São Paulo. Anais... São Paulo: IMESP, 2004.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Universidade de Brasília. 1999.

BRUNDTLAND, Gro Harlem. Nosso futuro comum: comissão mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12906958/Relatorio--Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues>. Acesso em: 8 mar. 2013.

CALDEIRA, Ana Paula Canoza. A interconexão entre o direito e o meio ambiente sob a ótica da hermenêutica. In: FLORES, Nilton Cesar Flores (Org.). A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces. São Paulo: Millennium, 2012.

CANARIS, Claus-Wilheim. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Protecção do ambiente e direito de propriedade: crítica de jurisprudência ambiental. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de direito. Lisboa: Gradiva, 1999. (Colecção Cadernos Democráticos, v. 7).

CAPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CAPRA, Fritjof. O Ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente. 25ª ed. São Paulo: Cultrix, 1982.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, v. 3. 1999, p. 473-486.

CHALIFOUR, Nathalie J. Land use law for sustainable development. Cambridge University Press: Cambridge, 2007.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DEL NERO, João. Interpretação realista do direito e seus reflexos na sentença. São Paulo: RT, 1987.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGLES, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do estado. Tradução Ruth M. São Paulo: Klauss Centauro, 2009.

FARIA, José Henrique de. Por uma teoria crítica da sustentabilidade. In: NEVES, Lafaiete Santos (Org.). Sustentabilidade: anais de textos selecionados do V seminário sobre sustentabilidade. Curitiba: Juruá, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Justicia penal y democracia. Jueces para la Democracia, Madri, n. 4, set. 1988.

FIÚZA, César. Crise e interpretação do direito civil da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). Direito civil: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIÚZA, César. Direito civil — curso completo. 12ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FREITAS, Juarez de. A interpretação sistemática do direito. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GALUPPO. Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999.

HANSEN, Gilvan Luiz. A sociedade de consumo e o paradoxo da proteção ambiental. In: FLORES, Nilton Cesar (Org.). A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces. São Paulo: Millennium, 2012.

IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. 4ª ed. Milão: Giufrrè, 1999.

JONAS, Hans. El principio de la responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Editorial Herder, 1995.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Cláusulas gerais no novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

LARENZ. Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria processual da decisão jurídica. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. Revista Jurídica Unijus, Uberaba, v. 6, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. Tradução Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2001.

MILARÉ, Edis. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Tutela jurisdicional e estado democrático de direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO COELHO, Saulo de Oliveira; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, Uberlândia, v. 39, n. 1, p. 261-291, 2011. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18499/9916>. Acesso em: 8 mar. 2013.

PODESTÁ, Fábio Henrique. A ideologia das decisões judicias em matéria de contratos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A outra face do judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Sistema de ciência positiva do direito. 2ª ed., vol. IV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

PRIEUR, Michel. De l'urgente nécessité de reconnaître le principe de non régression en droit de 'environnement In: OLIVEIRA, Carina Costa; SAMPAIO, Romulo Silveira R. (Org.). A economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável: a governança dos atores públicos e privados. Rio de Janeiro: FGV, Direito Rio, 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10353/A%20Economia%20Verde%20no%20Contexto%20do%20Desenvolvimento%20Sustent%C3%A1vel.pdf?sequence=1>. Acesso em: 8 mar. 2013.

RICOUER, Paul. Le juste. Paris: Éditions du Seiu, 199l.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Direito de morrer. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. In: Revista de Direito Ambiental, n. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out-Dez/2008, p. 73-100.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas Liberal, Social e Pós-Social (Pós-modernidade constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e Ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. O papel das ideologias no preenchimento das lacunas de direito. São Paulo: RT, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Temas de direito civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

O direito à educação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Matheus Farinhas,[1] *Thayanna Cardoso*[2] *e Igor Pereira*[3]

1. Introdução

Este artigo é fruto das discussões iniciais feitas no Núcleo de Pesquisa Jurídica da Universidade Candido Mendes. Reflete o primeiro contato dos graduandos com a pesquisa e é um desafio à escrita acadêmica. O "fazer" e o "criar" são de suma importância para o ensino. Assim, a produção de artigos é um meio inventivo para driblar alguns aspectos niilistas da educação contemporânea.

Nesse sentido, a proposta foi educar pensando a educação, essa dama maltratada pelas superficialidades das salvações contemporâneas. Reflexões sobre a educação são imprescindíveis, emergenciais, sendo, quiçá, um aspecto indesconstruível da ação política.

Em época de abundância de informações, aposta-se ainda em uma educação essencialmente informativa. Na ausência de reflexões e regulações, são punidos os bons professores e os bons alunos. Na produção do trabalho morto, promove-se um desenvolvimento passivo no lar e desrespeitoso na escola e nas universidades. Demanda-se do professor um espetáculo facilitador de massa e dos alunos uma posição passiva irrefreável e aduladora, em um "eterno ciclo" de repetições. O ideal da "boa educação" é o roteiro sinistro de uma novela de massa: entreter com o básico, de modo seguro, para cobrar um resumo estrate-

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2013/18) n.18: 263-275 - UCAM (Rio de Janeiro)

gicamente colhido de manuais esquematizados. Se os problemas educacionais fossem apenas financeiros, teríamos motivos para ser otimistas.

Tentemos, portanto, promover encontros. Explicar com cuidado. Lutar contra uma hiperespecialização acomodada. Defender do extermínio todas as mentes que ousam pensar. Contra o comércio das facilidades, talvez consigamos ganhar alguns com força de coração. Resistiremos até o fim ou o amanhã não virá.

É um "introito conclusivo", nós admitimos. Mas é desconstrução e é preciso. Afinal, que garantia temos de que haverá conclusão? Nada mais atual do que querer uma conclusão mastigada para prosseguir na balada. Há que se "introduzir-concluir" ou nada será lido e o "baixo clero" encontrará motivos para te sacrificar. A educação é o boneco de palha da vez. *How to live without irony*?

Com a palavra, os alunos.

2. A dignidade da pessoa humana e o direito à educação

A Constituição da República de 1988 trouxe a dignidade da pessoa humana como fundamento da república federativa do Brasil em seu artigo 1º, inciso III. O constituinte originário incluiu-a, portanto, no rol de princípios fundamentais que norteiam o ordenamento jurídico, possuindo conteúdo ético e moral latente, bem como aplicabilidade e eficácia imediata.

Segundo Klaus Stern, a dignidade da pessoa humana é o princípio constitucional de mais alta hierarquia axiológica valorativa,[4] espraiando-se para todo o ordenamento, mormente na análise de outros direitos fundamentais.

Não obstante a reconhecida importância pela doutrina, difícil é a sua conceituação. Assim sendo, alguns autores, de forma pouco defendida, é verdade, aduzem acerca da impossibilidade de conceituação,[5] ao menos no que tange à definição eminentemente jurídica, porquanto esta possui alguns atributos que tornam esse mister bastante complexo. A sua "porosidade", polissemia,[6] ambiguidade, bem como vagueza e imprecisão[7] causam dificuldades na adoção de um critério objetivo de conceituação.

Contudo, imprescindível que seja formulado um conceito, pois em sendo o judiciário chamado a se pronunciar no caso estará obrigado a decidir, baseando-se na vedação ao *non liquet*, ou seja a proibição direcionada ao Estado-juiz de, sob a escusa de inexistir um parâmetro claro, esquivar-se de apreciar determinada questão.

Segue-se neste ponto a doutrina de Denninger, haja vista que para este doutrinador cabe à jurisdição constitucional, a práxis constitucional exercida

pelos tribunais constitucionais ou pelos magistrados que estejam apreciando questões constitucionais, intervir ao ser provocado nas situações em que houver inação dos outros poderes, baseando-se, assim, no princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.[8]

Nesse viés, interessante a proposição de Günter Dürig sobre uma fórmula objetiva para a análise concreta da violação ou não da dignidade da pessoa humana, qual seja: em sendo o indivíduo reduzido a um objeto, instrumento ou coisa haverá flagrante violação da sua dignidade.[9]

Essa teoria foi, inclusive, utilizada na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha como modo de análise do caso concreto. Muito embora essa proposição albergue um grande número de casos, claramente ela não poderá ser adotada como medida genérica e universal de balizamento, até porque não conseguirá abranger todas as hipóteses de incidência da dignidade da pessoa humana, como o caso no qual o referido princípio servir como balizamento interpretativo para outro princípio constitucional.

Segundo Ingo Sarlet, o princípio da dignidade da pessoa humana consubstancia-se na:

> [...] 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.[10]

Desse modo, o conceito daquela parcela mínima sem a qual o indivíduo não poderia ter a sua dignidade tutelada,[11] chamado pela doutrina de *mínimo existencial*, está intimamente ligada ao conceito de dignidade da pessoa humana. Segundo Ricardo Lobo Torres, "[...] sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade".[12]

Com tudo que foi dito, entende-se que só haverá de fato respeito à dignidade da pessoa humana em um estado social democrático de direito quando houver: a) garantia do mínimo existencial; b) limitação de poder, além de possuir um adequado sistema de freios e contrapesos; c) bem como os princípios fundamentais forem reconhecidos e amplamente tutelados.[13]

Como referido anteriormente, o conceito de dignidade da pessoa humana abrange o mínimo existencial, bem como o direito à promoção e a garantia à participação ativa da pessoa nos destinos da própria existência. Com efeito, para que seja possível a conjugação do mínimo existencial com a inserção do agente na sociedade, além de possibilitar uma participação ativa nos seu próprio destino, mister que se analise o direito à educação. Segundo importante observação de doutrina constitucional alienígena, fala-se inclusive em "constituição cultural"[14] ou ordem constitucional da cultura. Nesse sentido, preocupação manifesta do constituinte originário quando da elaboração da carta ao dedicar uma seção inteira ao tema educação.

No art. 205 o legislador assevera que a educação consubstancia-se em "um direito de todos e um dever do Estado e da família", tendo por escopo precípuo: a) educar a pessoa para o seu pleno desenvolvimento; b) prepará-la para o exercício da cidadania; c) educá-la para uma melhor qualificação no seu labor.

Ademais, o legislador constituinte definiu oito princípios que norteiam esse tema, quais sejam: a igualdade de condições para o acesso e permanência; a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento; o pluralismo de ideias e concepções; gratuidade do ensino público; valorização dos profissionais da educação escolar; gestão democrática do ensino público; garantia de padrão de qualidade; bem como piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública.[15]

Outrossim, caberá ao Estado garantir educação básica obrigatória e gratuita; garantir creches e pré-escolas para as crianças de até cinco anos; possuir programas de amparo ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático, transporte, alimentação e assistência à saúde, para que este possa ter pleno acesso à inserção social, objetivo perquirido pela Constituição Federal.[16]

Destarte, conclui-se que ao Estado é atribuído dois deveres constitucionais. Primeiramente, em um enfoque positivo, este é obrigado a desenvolver políticas públicas de acesso à educação seguindo as diretrizes trazidas pela carta constitucional. Além disso, ao Estado impõe-se o dever, de feitio negativo, a não transgressão do direito à educação da pessoa.

Essas diversas faces assumidas por este direito social por excelência demonstram que ao Estado cabe garantir a dignidade da pessoa humana, mormente em que pese o direito ao desenvolvimento pleno, só podendo ser alcançado com a garantia de uma educação de qualidade.

3. O Direito à educação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O direito à educação e a dignidade da pessoa humana são temas em constante diálogo. Não é possível que se fale em um direito social sem que se faça uma leitura crítica de sua proteção e aplicação dentro dos parâmetros da dignidade da pessoa humana.

Assim é que na ADPF nº 186 o STF foi instado a decidir acerca das cotas estabelecidas, pela Universidade de Brasília, com critérios exclusivamente raciais.[17]

O Supremo Tribunal Federal deparou-se com a questão da constitucionalidade das ações afirmativas, que diferencia-se da mera política universalista material, pois leva em conta a posição relativa dos grupos sociais envolvidos.[18] A Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, em seu art. 2º, II, define ação afirmativa (prestação positiva imposta ao Estado) como as:

> [...] medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas.[19]

Apreciou-se, portanto, no referido *leading case*, que a mera igualdade formal, aquela ilidida pela interpretação literal, não poderia sobreviver, porquanto o princípio da dignidade da pessoa humana, em seu conteúdo normativo espraiado pelo ordenamento, condena a injustiça que seria trazida à tona nos casos de admissão da igualdade formal como modelo geral de hermenêutica. Buscou-se, assim, uma igualdade material, de maneira que fosse garantido ao menos favorecido o direito ao mínimo existencial relacionado à educação. Como bem assevera John Rawls, mister que haja uma forma de garantir a "justiça distributiva.[20]

Não obstante a discussão ora travada, não é algo novo a análise, no controle de constitucionalidade brasileiro, acerca das ações afirmativas que garantam a igualdade material.[21] Aliás, a própria constituição Federal elencou algumas "desigualdades necessárias" para que de fundo fosse atingida a igualdade material, como é o caso dos deficientes físicos, bem como das mulheres, porquanto ambos sofrem com discriminação no mercado de trabalho.

Outrossim, não se pode olvidar que as referidas diferenciações não ferem o princípio da igualdade, porquanto, quando utilizadas as técnicas de sopesamento dos valores fundamentais entre o princípio da igualdade meramente formal e a dignidade da pessoa humana, verifica-se que a segunda fará com que o conteúdo da primeira seja alterado para uma interpretação daquela conforme a dignidade da pessoa humana. Afora isso, "os indivíduos não têm direitos automáticos a quaisquer benefícios, dependem de seus talentos naturais e habilidades. É tarefa da sociedade distribuir benefícios de acordo com critérios razoáveis e publicamente justificados".[22]

Em que pese o critério exclusivamente étnico-racial, a corte entendeu que não há qualquer discriminação, porquanto, pelo conteúdo probatório analisado no processo, por meio de todas as informações trazidas ao bojo da ADPF, verificou-se que de fato os negros possuem índices menos desfavoráveis que os brancos no que se refere ao direito à educação.

Nesse sentido Oscar Vilhena Vieira aduzindo que: "pelos dados do MEC, o número de negros que conquistam o diploma universitário limita-se a 2%".[23] Destarte, os postos de comando, no setor público, bem como no privado, serão ocupados em primazia pelos brancos, confirmando mais uma vez nossa "estrutura racial estratificada".[24]

Uma série de fatores podem demonstrar essa posição socioeconômica inferior, dentre os quais analfabetismo; analfabetismo funcional; acesso à educação; aspectos relacionados aos rendimentos; posição na ocupação e arranjos familiares com maior risco de vulnerabilidade. Nos índices analisados, verifica-se uma persistente diferença entre os níveis apresentados pela população branca, por um lado, e pelas populações negra ou parda, por outro.[25]

Ademais, impende ressaltar que segundo a Corte, no julgamento conhecido como "Caso Ellwanger", no qual o réu foi condenado pelo crime de racismo, por ter publicado livros com conteúdo antissemita, definiu-se que racismo:

> [...] Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre da mera concepção histórica, política e social e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito.[26]

O objetivo, portanto, das cotas é "colocar um fim àquilo que foi seu termo inicial',[27] dirimir as injustiças sociais criadas por ações discriminatórias no passado com ações afirmativas que visem acabar com a discriminação no futuro.

Hodiernamente, mais do que simplesmente uma distribuição equânime de riquezas criadas pelo esforço coletivo, entende-se que para alcançar a justiça

distributiva mister que se reconheça e incorpore à sociedade uma ampla gama de valores culturais diversificados.[28]

Aqui colaciono frase de eminente sociólogo polonês Zygmunt Bauman, aduzindo que os "rótulos" impostos por grupo majoritário a grupo minoritário "estereotipam, humilham, desumanizam, estigmatizam".[29] Assim também Jürgen Habermas, entendendo que "as minorias étnicas e culturais [...] se defendem da opressão, marginalização e desprezo, lutando, assim, pelo reconhecimento de identidades coletivas".[30]

Nessa acepção, também foi instada a se pronunciar a Suprema Corte Americana nos *hard cases* em que ela examinou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, a exemplo[31] do *case* Grutter v. Bollinger julgado em 2003, um caso paradigmático no qual a Suprema Corte Americana confirmou a política de ação afirmativa de admissões da Universidade de Direito de Michigan por votação apertada de cinco votos a quatro. A juíza Sandra Day O'Connor, voto vencedor, asseverou que a referida universidade tinha interesse convincente na promoção da diversidade da classe.[32] Vale ressaltar que o tribunal não entende que qualquer medida discriminadora é constitucional, mas tão somente as comprovadamente necessárias que possam alcançar os efeitos pretendidos.

Em outro *leading case* relacionado ao direito à educação o STF foi provocado a apreciar uma ação direta de inconstitucionalidade que atacava a lei paulista nº 7.844 de 1992, que concede aos estudantes direito ao pagamento de 50% do valor efetivamente cobrado do ingresso, desde que estejam matriculados em estabelecimento de ensino, conforme dispõe o art. 1º da referida lei.[33]

Nesse caso, visualiza-se uma "bilateralidade de valores constitucionais",[34] quais sejam o da livre iniciativa e o do direito à educação, cultura e entretenimento. Com efeito, em havendo conflito de princípios constitucionais, mormente os relacionados aos direitos fundamentais, não é possível a utilização da regra do "tudo ou nada". Dessa forma, surge a necessidade de utilizar o sopesamento entre os valores, aplicando-se o princípio da dignidade da pessoa humana como fonte balizadora da contração e expansão dos referidos princípios. O ministro relator do referido julgado entendeu que:

> Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. A superação da oposição entre os desígnios de lucro e de acumulação de riqueza da empresa e o direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, como meio de formação dos estudantes, não apresenta maiores dificuldades.[35]

No mesmo viés, entendendo que no sopesamento entre esses dois valores, em alguns casos, dar-se-á primazia ao direito à educação, cultura e entretenimento o Ministro Nelson Jobim, no julgamento da liminar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.163-0 do Rio de Janeiro, na qual foi atacada lei estadual que atribuía aos menores de vinte e um anos de idade o pagamento de meia entrada. Segundo o eminente relator, nos casos de deferimento da liminar os jovens acabariam se afastando do meio cultural. Ao revés, no caso de indeferimento desta, os comerciantes saberiam lidar com os prejuízos que porventura viessem a lograr.[36]

Percebe-se, portanto, que para uma escorreita análise do direito à educação, mormente nos *hard cases,* considerados como os casos concretos de difícil solução levados à apreciação da jurisdição constitucional, que envolvem mais de um valor constitucional, principalmente àqueles valores erigidos pelo constituinte originário como direitos fundamentais, mister que se faça uma leitura voltada para a concretização do mínimo existencial da pessoa, sendo assim respeitado o principal aspecto do princípio da dignidade da pessoa humana.

Passa-se, doravante, à análise do direito à creche e à pré-escola na jurisprudência do STF.

O direito à creche e a pré-escola são direitos fundamentais de Segunda Geração, garantidos pelo próprio texto constitucional, no artigo 208, IV, da Constituição da República, qualificando-se como um dos direitos sociais mais relevantes, impondo ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, criando condições objetivas que propiciem aos seus titulares o acesso pleno ao sistema educacional.

Sendo assim, inaceitável a omissão governamental no que tange à educação das crianças de zero a seis anos, não cabendo à Administração Pública a discricionariedade com relação à execução desse direito.

Por tratar-se de um direito fundamental, o direito à educação tem como características a inalienabilidade, não podendo ser transferido, a imprescritibilidade, não estando sujeito à prescrição, com possibilidade de a qualquer tempo ser exigido e a irrenunciabilidade, que se refere a não viabilidade de renúncia.

Com isso, destaca-se que o Estado não pode se valer da reserva do possível com relação ao direito à educação, alegando neste caso que a efetivação dos direitos sociais estaria limitada a sua possibilidade orçamentária, pelo fato deste pertencer ao rol de direitos que garante uma existência humanamente digna pela própria constituição, fazendo parte assim do que consiste o mínimo existencial.

Cabe ao Estado a criação e execução dessas políticas públicas, admitindo-se excepcionalmente a intervenção do Poder Judiciário no que tange ao descum-

primento desses direitos fundamentais pelos seus órgãos estatais competentes, os quais por muitas vezes se valem da Teoria da Reserva do Possível, comprometendo assim a integridade e efetividade plena dos direitos sociais garantidos constitucionalmente.

Nesse aspecto, o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, tem papel fundamental, no qual preza pelo programa de políticas públicas, que visa deter, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola, traduzindo assim, a não efetivação pelo Poder Público, como uma situação de omissão constitucional.

Conforme demonstra o Relator Ministro Celso de Mello, no Informativo/STF nº 345/2004, no qual afirma que o Supremo Tribunal Federal não pode se eximir de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se aproximam enquanto direito de Segunda Dimensão. Estando comprometida a própria integridade e efetividade da Constituição, motivada por inércia governamental de prestação positiva imposta pelo Poder Público.

No entanto, o Ministro Celso de Mello, no RE 41075 AgR/SP, afirmou que a efetivação do direito à educação, como também dos demais direitos de Segunda Dimensão, depende, em grande parte, de um possível vínculo financeiro, estando subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado. Porém, deve-se exigir a comprovação da incapacidade econômico-financeira do Poder Público.

Entretanto, não se aplica a teoria da reserva do possível, caso o Estado crie barreiras dissimuladas, traduzidas em indevida manipulação da sua atividade financeira, que indique intenção de fraudar a concretização dos direitos fundamentais. Conforme dito pelo Min. Celso de Mello, na ADPF nº 45/DF:

> Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese — mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa — criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um

> sentido de essencial fundamentalidade. (Rel. Ministro Celso de Mello).

Desse modo, a implementação do direito a educação é indispensável para promover o bem-estar social e a melhoria na qualidade de vida de todos. Com relação à educação infantil, de acordo com o Supremo Tribunal Federal e a Constituição da República (artigo 208, IV), está vedado ao Poder Público, principalmente ao Município (art. 211, § 2º, CF), dispor de um abrangente espaço de discricionariedade, que pode acarretar no desrespeito ao mínimo existencial.

Os Municípios possuem um mandado constitucional, juridicamente vinculante, no que tange ao atendimento das crianças em creche, sendo uma limitação da discricionariedade político-administrativa. Não se pode comprometer a efetividade desse direito básico, sendo o Poder Judiciário um importante guardião do mínimo existencial, podendo adotar provimentos jurisdicionais que ensejam a consolidação desse dever-poder constitucional.

4. Conclusão

O Supremo Tribunal Federal tem sido favorável aos pleitos educacionais, entretanto, a preocupação se limita ao acesso. Faz-se mister que o Estado passe a debater também a qualidade do ensino. É evidente que o país ainda possui graves problemas de acesso à educação, só que é preciso mais ousadia na demanda e no juízo.

Faz-se curial a busca pelo **acesso à educação de qualidade**, que implica o questionamento da sua dinâmica atual. O STF, porém, já impôs limites à reserva do possível no âmbito educacional, atrelando-a ainda à perspectiva da igualdade material. O que é um indício de consciência da Corte. Afinal, a educação é fundamental para a qualidade de vida e ela deve ser para todos.

5. Notas

[1] Graduando em Direito pela Universidade Cândido Mendes (Ucam)

[2] Graduanda em Direito pela Universidade Cândido Mendes (Ucam)

[3] 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 Penal e de Direito Constitucional da Universidade Candido Mendes (Ucam). Professor Colaborador UFRJ NEPP-DH. Ex-Professor de Direito Constitucional Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Ex-Pesquisador da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado. E-mail: igor@uerj.br

[4] STERN, Klaus apud SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 53.

[5] Ibid., p. 54.

[6] Ibid., p. 39.

[7] MAUNZ, T.; ZIPPELIUS apud SARLET, Ingo Wolfgang. Revista Brasileira de Direito Constitucional — RBDC n. 09, jan./jun. 2007.

[8] DENNINGER apud SARLET, Wolfgang. Revista Brasileira de Direito Constitucional — RBDC n. 09, jan./jun. 2007.

[9] DÜRIG, G apud Ingo Wolfgang Sarlet. Revista Brasileira de Direito Constitucional — RBDC n. 09, jan./jun. 2007, p. 382.

[10] SARLET, Ingo Wolfgang. Revista Brasileira de Direito Constitucional — RBDC n. 09, jan./jun. 2007, p. 383.

[11] TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 69.

[12] Loc. Cit.

[13] SARLET, Ingo Wolfgang. Revista Brasileira de Direito Constitucional — RBDC n. 09, jan./jun. 2007, p. 382

[14] Canotilho e Vital Moreira apud SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 31ª ed. São Paulo:Malheiros, 2008. p. 838.

[15] Art. 206 da CRFB de 1988.

[16] Art. 208 da CRFB de 1988.

[17] ADPF 186 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 16/11/2011, Data de Publicação: DJe-220 DIVULG 18/11/2011 PUBLIC 21/11/2011.

[18] IKAWA, Daniela. Ações afirmativas em universidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 152.

[19] Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, em seu art. 2º, inciso II.

[20] RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Trad. Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 3.

[21] ADPF 186 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 16/11/2011, Data de Publicação: DJe-220 DIVULG 18/11/2011 PUBLIC 21/11/2011.

[22] SMITS, Katherine. Applying Political Theory: Issues and Debates. Londres: Macmillan, 2009, p. 71 APUD ADPF 186 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 16/11/2011, Data de Publicação: DJe-

220 DIVULG 18/11/2011 PUBLIC 21/11/2011. p. 13

[23] VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais — uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2006, p. 376.

[24] Loc. Cit.

[25] Síntese de Indicadores Sociais — 2010 vide voto do MIN. LEWANDOWSKI,

[26] HC 82424 RS , Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 16/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

[27] ADPF 186 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 16/11/2011, Data de Publicação: DJe-220 DIVULG 18/11/2011 PUBLIC 21/11/2011

[28] FRASER, Nancy and HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition*? A politicaphilosophical exchange. Londres/ Nova York: Verso, 2003, p. 7-8. Apud. ADPF 186 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 16/11/2011, Data de Publicação: DJe-220 DIVULG 18/11/2011 PUBLIC 21/11/2011.

[29] BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*. Entrevista a Benedetto Vecchi. Trad. Carlos Alberto.Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 44.

[30] HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro — estudos de teoria política. (Die Einbeziehung des Anderen — Studien zur politischen Theorie). Trad. George Sperber, Milton Camargo Mota e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 1997, p. 246-247

[31] Vide Bakke v. Regents of the University of California em 1978.

[32] ADPF 186 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 16/11/2011, Data de Publicação: DJe-220 DIVULG 18/11/2011 PUBLIC 21/11/2011.

[33]ADI 1950 SP, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 02/11/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 02-06-2006 PP-00004 EMENT VOL-02235-01 PP-00052 LEXSTF v. 28, n. 331, 2006, p. 56-72 RT v. 95, n. 852, 2006, p. 146-153.

[34] ADI 1950 SP , Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 02/11/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 02-06-2006 PP-00004 EMENT VOL-02235-01 PP-00052 LEXSTF v. 28, n. 331, 2006, p. 56-72 RT v. 95, n. 852, 2006, p. 146-153.

[35] ADI 1950 SP , Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 02/11/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 02-06-2006, p. 8.

[36] ADI 2163 RJ , Relator: NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 28/06/2000, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 12-12-2003.

5. Referências bibliográficas

IKAWA, Daniela. Ações afirmativas em universidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAWLS, John. Uma teoria da Justiça. Trad. Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Revista Brasileira de Direito Constitucional — RBDC, n. 09, jan./jun. 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 838.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais — uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Direito GV/Malheiros, 2006.

La cláusula de protección ambiental y el derecho humano al agua en la Constitución Nacional Argentina

Oscar E. Defelippe[1] *y Adriana N. Martínez*[2]

1. Preliminar

El derecho al ambiente sano y equilibrado, conjuntamente con el derecho al desarrollo, a la paz, a la libre determinación de los pueblos, al patrimonio común de la humanidad, y, finalmente el mega derecho humano al desarrollo sustentable[3], constituyen la pléyade de derechos humanos de tercera generación, que atraviesa y afecta todo el espectro jurídico, conduciendo a una nueva concepción político-filosófica de Estado - nuevo Estado Social, Económico y Ambiental de Derecho-.

El artículo 41 de la Constitución Nacional Argentina, introducido por la reforma de 1994, consagra el derecho de todos los habitantes a gozar de *"un ambiente sano, equilibrado apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras"*, como así también el deber de preservarlo.

Así se recepta expresamente el mencionado derecho fundamental o derecho humano de tercera generación, sustentado en los principios elaborados a partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente Humano –Estocol-

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2013/18) n.18: 277-293 - UCAM (Rio de Janeiro)

mo 1972- y desarrollados ampliamente en la Cumbre de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo –Río 1992-.[4]

El desarrollo sustentable, tal como surge del parágrafo transcripto, aparece íntimamente ligado al derecho al ambiente, bajo la clara referencia a la cláusula intergeneracional.

Pero conjuntamente con estos nuevos derechos, que fueron perfilándose como institutos que integran la nómina axiológica del constitucionalismo al incorporar el valor "solidaridad", su proyecto ha sido completado con una visión cada vez más integral de la persona y la asunción de este nuevo paradigma ha sido constitucionalizado al incluir, en el mismo parágrafo, con un criterio novedoso entre los sistemas comparados, el concepto de "desarrollo humano".

La trilogía ambiente, desarrollo sustentable y desarrollo humano define el perfil ideológico de la constitución argentina reformada en materia de derechos humanos de la solidaridad.

La incorporación del concepto de desarrollo humano -surgido y desarrollado con base en los documentos del PNUD- se relaciona íntimamente con el bien jurídico calidad de vida y su inclusión en el texto constitucional plantea un claro pronunciamiento del constituyente respecto de los postulados que han de regir las políticas públicas en pro de la calidad de vida de la presente generación que exige también la cautela de las generaciones futuras, respecto de su dignidad, calidad e igualdad, es decir la equidad y solidaridad intra e intergeneracional.

Asimismo, la norma sub examen establece claros mandatos dirigidos a las autoridades nacionales, provinciales y municipales respecto a la protección a los bienes ambientales, sin distinguir entre ellas, y por tanto ha de entenderse que pesa sobre todas una responsabilidad solidaria en la tutela de los derechos consagrados, indicándoles la realización obligatoria de determinadas políticas públicas y habilita prerrogativas jurídicas de los habitantes, operativizando su actuación en juicio por la vía de la acción de amparo que se regula en el art. 43 de la Constitución.[5]

Desde esta perspectiva, el presente trabajo tiene por objeto indagar sobre el derecho humano al agua, como bien fundamental y recurso indispensable para la vida y el desarrollo humano sustentable, el cual queda inserto en la concepción constitucional de protección al ambiente sano.

En otras palabras, si bien el derecho al agua como tal no goza de un reconocimiento expreso en nuestra Carta Magna, es preciso señalar que el art. 41 representa un reconocimiento implícito de aquel, pues resulta impensable que en ausencia de tal prerrogativa se configure un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano sustentable.

En ese sentido, ha de tenerse presente que no todo debe encontrarse expresamente consignado en el texto constitucional, *"porque hay muchas cosas que, sin formularse en esas normas, se hallan alojadas en los silencios de la constitución o en las implicitudes de la constitución"*.[6]

No obstante, entendemos que ante el silencio de la norma constitucional, debe insistirse, a pesar de la eliminación efectuada por el Poder Ejecutivo Nacional, en el reconocimiento expreso del derecho fundamental de acceso al agua potable que realiza el art. 241 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, conforme al cual *"Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua para fines vitales"*.[7]

Siguiendo el camino así trazado, en primer lugar, examinaremos el contenido del derecho humano al agua y su fundamento jurídico. Luego, nos ocuparemos de las principales obligaciones y responsabilidades de los Estados para garantizar la plena realización de aquel, y su correlato con los mandatos impuestos a las autoridades por la cláusula de protección ambiental.

Finalmente, haremos una breve reseña de la labor de los magistrados y tribunales del Poder Judicial que en el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad difuso[8], al constatar la vulneración del derecho al agua, han dispuesto medidas específicas atendiendo al reconocimiento que de aquel derecho realizan la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

2. El acceso al agua como derecho humano

El agua es esencial para la vida humana. *"No obstante esta necesidad vital, mil cien millones de personas (18 % de la población mundial) carecen de acceso al agua potable…lo que sin duda, constituye una afrenta masiva a la dignidad humana"*.[9] Es una necesidad indispensable del hombre y se relaciona directamente con su salud. Pero también, es indispensable para generar un ambiente adecuado, producción económica, desarrollo cultural, aspectos todos que integran la vida individual y social, posibilitando la dignidad del hombre. Por esa razón, el acceso al agua *"es una necesidad humana innegable. De todos los recursos y elementos ambientales existentes, el líquido elemento es el que impacta de mayor manera en la subsistencia humana, sin que la técnica o la tecnología haya podido reemplazarlo*."[10]

El ser humano depende del agua para subsistir, pero también, para su bienestar, es decir, para posibilitar el desarrollo de una vida digna y como condición previa para la realización de otros derechos humanos, como el derecho a la vida, a un nivel de vida adecuado, a la vivienda y a la alimentación.

En base al principio de la dignidad humana, y considerando entonces que el agua es un bien público fundamental e indispensable para posibilitar la vida

y garantizar niveles mínimos de salud y bienestar de las personas, el derecho internacional de los derechos humanos dio a luz al derecho humano al agua.[11]

Por su parte, los Estados, de modo directo o indirecto, han reconocido en sus constituciones el derecho humano al agua. Lo han receptado expresamente en sus constituciones Uruguay (art. 47), Ecuador (arts. 12, primer párrafo, y 3°, punto 1), Colombia (arts. 224 y 366), entre otros. En el caso de Argentina, en virtud del art. 75 inc. 22, incorporado a la Constitución Nacional por el poder constituyente reformador del año 1994, existen tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional por figurar en la enumeración que se realiza en la citada norma y, otros (como ha ocurrido con los tratados sobre Desaparición Forzada de Personas, en 1997, y sobre Crímenes Aberrantes y de Lesa Humanidad, en 2004), que podrán alcanzarla en el futuro conforme a lo que ella establece.[12]

Por consiguiente, como veremos, desde el reconocimiento que realizan dichos tratados y por su alojamiento implícito en la clausula de protección ambiental, el derecho humano al agua es un derecho fundamental, plenamente operativo y exigible en el derecho argentino.

3. Contenido del derecho humano al agua

El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable y asequible para el uso personal y doméstico.[13]

Veamos entonces, el contenido mínimo del derecho al agua a partir de los elementos enunciados en la definición.

La disponibilidad del agua supone un abastecimiento continuo y suficiente[14] para los usos personales y domésticos (conf. Pto. 12. a), OG 15). Entre ellos, quedan comprendidos el consumo por boca, el lavado de la ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y del hogar.

El agua debe ser salubre, esto es, exenta de microbios y de sustancias químicas y radiológicas. Debe poseer un color, olor y sabor aceptables. Su abastecimiento debe ser accesible a todos. Es decir, debe encontrase al alcance tanto físico[15] como económico de la población.[16]

Por último, conviene dejar sentado que no debe realizarse distinción alguna que pudiera generar desigualdades en el acceso al agua, y que debe asegurarse el derecho a participar en la toma de decisiones, previo acceso total e igualitario a la información sobre las cuestiones del agua.

4. Fundamento jurídico del derecho humano al agua

El fundamento jurídico del derecho al agua recae en varios tratados de derechos humanos que realizan tanto un reconocimiento implícito como explícito de aquel.

Entre los primeros podemos mencionar a la Declaración Universal de Derechos Humanos[17] y a los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[18] y de Derechos Civiles y Políticos.[19]

Por su parte, incluyen un reconocimiento expreso del derecho al agua las Convenciones sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra a Mujer[20], los Derechos del Niño[21] y los Derechos de las Personas con Discapacidad.[22]

Aquella tendencia a propiciar el reconocimiento expreso del derecho humano al agua, se vio plasmada en el año 2002 cuando el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobó la Observación General N° 15.

Ese Comité interpretó que el derecho al agua deriva de otros derechos contenidos en el Pacto, estableciendo que el uso de la palabra "incluso" del art. 11.1. significa que la enumeración no pretendió ser exhaustiva (conf. Pto. 3, OG 15).[23] De modo que, el derecho al agua se encuadra en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado puesto que es una de las condiciones imprescindibles, como anticipamos, para asegurar la calidad de vida.

Asimismo, el Comité entiende que el derecho al agua se halla implícitamente reconocido en el art. 12 del Pacto, es decir, entiende que se encuentra indisolublemente asociado al más alto nivel posible de salud.

En suma, si bien ya existían diversos instrumentos internacionales que habían reconocido el derecho al agua, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dio un paso decisivo al interpretar que implícitamente se hallaba reconocido en los arts. 11 y 12 del Pacto y configurarlo como un derecho humano (conf. Ptos. 2 y 3, OG 15).

A su turno, siguiendo el camino así iniciado, y luego que el 28 de julio de 2010 la Asamblea General de la ONU declarara el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos,[24] el 30 de septiembre de 2010, el Consejo de Derechos Humanos emite una resolución reconociendo ambos derechos e instando a los países a tomar medidas para su cumplimiento efectivo.[25]

En lo que concierne a nuestro país, hemos dicho que el derecho humano al agua tiene alojamiento constitucional y, como tal, puede ser jurídicamente

exigido a pesar que la República Argentina no tiene en su Constitución una cláusula expresa sobre aquel.

Veamos. La reforma constitucional argentina de 1994, introdujo cambios trascendentes en el sistema de recepción constitucional del derecho internacional, especialmente, en materia de derechos humanos. En otras palabras, trajo aires de cambio en la jerarquía de aquellas normas internacionales respecto de la Constitución y de las demás normas de derecho interno.

En efecto, aquel poder constituyente reformador tomó una decisión jurídica cuya primera consecuencia fue asumir la creación de un bloque de constitucionalidad integrado por la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos, a los que se les reconoce jerarquía constitucional.[26]

La manda constitucional contenida en el art. 75, inc. 22, luego de enumerar los instrumentos internacionales de derechos humanos, dispone sobre ellos que *"... en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".* Interpretando la norma, hemos señalado que la frase *"en las condiciones de su vigencia"* comprende tanto al modo en que los tratados fueron aprobados y ratificados por la República Argentina con las respectivas reservas permitidas como también a la jurisprudencia de los órganos internacionales encargados de la aplicación, en ese ámbito, de los instrumentos con jerarquía constitucional.[27]

Por lo tanto, el primer peldaño del ordenamiento jurídico federal argentino se encuentra conformado por un conjunto de normas de igual jerarquía suprema pero no incluidas en un mismo cuerpo normativo. Así, esos instrumentos no han sido incorporados a la Constitución ni constitucionalizados, sino elevados a la jerarquía constitucional, manteniendo su carácter de fuente de derecho internacional, permaneciendo afuera de la Constitución y compartiendo con ésta su carácter de norma suprema.[28]

Es decir, por un lado, la Constitución Nacional desde el Preámbulo hasta la última Disposición Transitoria, y por el otro, deben adicionarse los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con rango constitucional que, a pesar de esa jerarquía, no integran el texto constitucional.[29]

En definitiva, el art. 75, inc. 22 CN, elevó a la jerarquía constitucional once instrumentos internacionales de derechos humanos. Esos instrumentos, con la misión de llenar vacíos e implicitudes de nuestro sistema, no están incorporados a la Constitución ni constitucionalizados, mantienen su carácter de fuente de derecho internacional, y permanecen afuera de la Constitución compartiendo con ésta su carácter de norma suprema.[30]

Por tal motivo, desde la reforma constitucional aludida, ya no es posible interpretar a la Constitución Nacional sin recurrir a aquellos tratados o a los que se agreguen con tal jerarquía, puesto que el Estado Argentino asumió una fuerte responsabilidad en el orden interno al elegir el camino de la consagración expresa. En otras palabras, se adecuó el principio de la supremacía constitucional concediendo al derecho internacional de los derechos humanos el mismo nivel de jerarquía que la Constitución.

Así las cosas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que como dijimos aloja implícitamente el derecho al agua en los arts. 11 y 12, tiene rango constitucional y es por esta razón, que ha sido receptado en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental.

Asimismo, dentro de los tratados y convenciones internacionales que gozan de jerarquía constitucional encontramos las Convenciones sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y sobre los Derechos del Niño, que contienen normas expresas que obligan a los Estados a adoptar medidas para asegurar el suministro y abastecimiento, suficiente y adecuado, de agua potable y salubre a estos grupos concretos.

Finalmente, el derecho humano al agua está implícitamente incluido dentro de la regulación del art. 41, CN. pues, como anticipamos, es impensable que sin el reconocimiento tal prerrogativa humana se configure un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano; y a su vez, en el art. 42, CN., que se ocupa de los derechos del usuario de servicios públicos.

5. Obligaciones de los estados

Los Estados tienen la obligación primordial de proteger y promover los derechos humanos, puesto que el derecho al agua se agrega a los derechos sociales consagrados en Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y, consecuentemente, los sujetos principalmente obligados son los Estados, respecto de los cuales se establecen distintas obligaciones legales que subsisten con independencia que, conforme la legislación de cada Estado, el servicio de agua sea prestado en forma directa a través de organismos o empresas estatales, o por intermedio de empresas privadas (concesionarias o licenciatarias) respecto de las cuales el Estado debe de ejercer la supervisión y el control.[31]

Ello es así, desde que por un acto de soberanía han firmado y ratificado los instrumentos internacionales de derechos humanos y aceptado la jurisdicción contenciosa del Tribunal interamericano.

En lo que concierne al derecho que nos ocupa, es preciso destacar que las diversas prerrogativas que encierra permiten garantizar su acceso para la satis-

facción de las necesidades humanas. Entre las obligaciones legales de carácter general, podemos mencionar aquellas de cumplimiento inmediato para los Estados, por ejemplo, la garantía de que el derecho al agua será ejercido sin discriminación alguna; la de adoptar medidas en aras de la plena realización de aquel; etc. (conf. Punto 17, OG 15).

En consecuencia, pesan sobre los Estados las siguientes obligaciones específicas (conf. Ptos. 20 a 38, OG 15):

a) Obligación de respetar: impone a los Estados que se abstengan de obstaculizar directa o indirectamente el goce del derecho al agua. A modo de ejemplo, señalamos que los Estados deben implementar medidas destinadas a evitar la contaminación de los recursos hídricos; abstenerse de reducir el suministro de agua potable a los asentamientos precarios para atender la demanda de las zonas más ricas; etc.

b) Obligación de proteger: exige a los Estados impedir toda injerencia de terceros en el disfrute del derecho al agua. En ese sentido, deben adoptar legislaciones u otras medidas que permitan asegurar que los agentes privados respeten las normas de derechos humanos relacionadas con el derecho al agua. Por ejemplo, para asegurar que terceros no efectúen cortes arbitrarios e ilegales de los servicios de agua; etc.

c) Obligación de cumplir: exige a los Estados que adopten medidas de índole legislativa, administrativa, presupuestaria, judicial, de promoción y de otra índole que resulten adecuadas para el pleno ejercicio del derecho al agua. Desde ese punto de mira, deben adoptar una política nacional sobre los recursos hídricos que dé prioridad en la gestión del agua a los usos personales y domésticos esenciales; defina los objetivos de la extensión de los servicios de abastecimiento de agua, centrándose en los grupos desfavorecidos y marginados; etc.[32]

No obstante lo expuesto, es posible identificar obligaciones básicas de los Estados, con efecto inmediato, para garantizar el acceso al agua. Entre ellas, la de garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua para uso personal y doméstico; la de asegurar el derecho al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados, etc. (conf. Pto. 37, OG 15).

Por otra parte, a fin de garantizar la correcta defensa las víctimas de violaciones del derecho al agua, los Estados deben proveer de recursos judiciales y administrativos efectivos (conf. Pto. 55, OG 15).

Por último, destacamos que pesan sobre los Estados obligaciones internacionales destinadas al lograr el pleno ejercicio del derecho al agua (conf. Ptos. 30-36, OG 15). De allí, que les esté vedado adoptar medidas que obstaculicen,

directa o indirectamente, el ejercicio del derecho al agua potable en otros países. En el sentido indicado, deben abstenerse de imponer embargos o medidas semejantes que impidan el suministro de agua, así como de aquellos bienes y servicios esenciales para garantizar el derecho al agua (conf. Pto. 32, OG 15).

Las obligaciones mencionadas guardan estrecha vinculación con el art. 41, CN. cuyo segundo párrafo, tal como adelantamos, impone a las autoridades mandatos expresos a fin de proveer distintas prestaciones ambientales con destino a la protección del derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano sustentable, que exigen tanto una labor de tipo legislativo como de tipo administrativo, puesto que *"para hacer frente a estos desafíos no basta con el solo dictado de normas, por más numerosas que estas sean, las dificultades se presentan principalmente en el terreno de su aplicación. …"* [33]

Entre ellos, podemos mencionar el de proveer a la utilización racional de los recursos naturales. La clausula ambiental estipula el deber de las autoridades del Estado de atender a la utilización de aquellos, de modo tal que en el presente cubran las necesidades humanas y el bienestar de las personas y, a su vez, les impone la carga de velar por las generaciones futuras para que dispongan de ellos.

En ese sentido, es preciso adoptar estrategias y programas amplios e integrados para velar por que las generaciones presentes y futuras dispongan de agua suficiente y salubre. A modo de ejemplo, podemos mencionar entre esas estrategias y programas, la reducción y eliminación de la contaminación de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas relacionados con el agua por radiación, sustancia químicas nocivas y excrementos humanos; la vigilancia de las reservas de agua; la seguridad de que los proyectos de desarrollo no obstaculicen el acceso al agua potable; entre otras (conf. Pto. 28, OG 15).

Al mismo tiempo, enuncia el mandato de proveer a la información y educación ambientales. Con relación a él, los Estados deben adoptar medidas para que se difunda información adecuada acerca del uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de agua (conf. Pto. 25, OG 15). También, deben proporcionar a los particulares y grupos un acceso pleno e igual a la información sobre el agua y el medioambiente que este en posesión de las autoridades públicas o de terceros (Conf. Pto. 48, OG 15).

En efecto, estamos frente a un saber que por ser público le corresponde a los gobernados y que de ningún modo puede permanecer de manera injustificada en el conocimiento exclusivo de los gobernados. Por tal motivo, queda a cargo de la autoridad el almacenamiento sistemático y periódico de aquella información, como así también la obligación de ordenarla de modo de facilitar el acceso público a la misma.

Finalmente, la accesibilidad al agua comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua (Pto. 12 c), OG 15).

En cuanto a la educación ambiental que encomienda, sobre la base de que la información sea libre y accesible, deben organizarse planes educativos y campanas públicas tendientes a la concientización ciudadana y a la promoción de conductas, individuales y sociales, que se dirijan a cuidar y preservar el recurso.

6. Reconocimiento judicial sobre el derecho al agua

El sistema argentino de control de constitucionalidad y convencionalidad difuso ha llevado a que distintos tribunales internos se ocuparan de casos en lo que se constató la vulneración del derecho al agua.[34]

Seguidamente reseñaremos algunos importantes precedentes que reconocieron el derecho al agua como derecho constitucionalmente protegido. Adelantamos que las acciones judiciales han sido enderezadas tanto a procurar la consagración del acceso al agua como derecho fundamental, como a plantear la cuestión de los parámetros mínimos, cualitativos y cuantitativos, que deben cumplirse en la provisión de agua potable; el acceso equitativo a aquel y la protección de los grupos vulnerables.

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, un juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires[35], reconoció el derecho humano al agua con sustento en los arts. 14 bis y 16, CN, y 10, CP, y 33, CN, y 9, CP, y en los tratados internacionales de derechos humanos. En dicha oportunidad, el magistrado sostuvo *"la necesidad del acceso al agua potable para el normal funcionamiento de las aptitudes físicas del ser humano, del normal desarrollo de la vida familiar, de la salud, en definitiva de la dignidad del hombre"*. Y sentenció: *"… El ser humano ha podido vivir sin electricidad, sin agua jamás"*. Es de lamentar, que luego la alzada haya discrepado con aquella solución al considerar que ninguna norma escrita establecía la obligatoriedad de la municipalidad enjuiciada de proveer agua potable y rechazara la acción de amparo.

En el precedente "Menores Comunidad Paynemil s/ acción de amparo", en el cual se procuraba salvaguardar el derecho a la salud de niños de comunidades aborígenes ante un incidente de contaminación hídrica por mercurio y plomo, la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, Sala II, ordenó al Poder Ejecutivo provincial la provisión de 250 litros diarios de agua potable por habitante y asegurar, en el plazo de 45 días, la provisión de agua potable a los afectados por cualquier medio conducente a ese fin. Si bien se obtuvo el reconocimiento judicial del derecho al agua, el incumplimiento parcial del

tal decisorio conllevó a que los demandantes acudieran a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en donde finalmente tuvo lugar un acuerdo por el cual se comprometió la construcción de una planta de agua potable.[36]

También, en sentencia del 2 de marzo de 1999, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén reconoció el derecho humano al agua como derecho humano fundamental y ordenó al estado local la provisión de agua potable en el caso "Defensoría de Menores N° 3 v. Poder Ejecutivo Municipal", conocido como el caso "Colonia Valentina Norte".

En el año 2001, en la causa "Quevedo, Miguel A. y otros, v. Aguas Cordobesas S.A. s/ amparo", la Jueza Sustituta de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 51 de la Provincia de Córdoba, declaró que los cortes de servicio de agua por falta de pago injustificados resultan violatorios de derechos constitucionalmente reconocidos.

Por su parte, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, Sala IV, en sentencia del 6 de mayo de 2009, en el precedente "Vallejos Ripoll, Carlos M. v. Aguas Corrientes S.A" se expidió en esa misma dirección. El tribunal estableció la procedencia de la acción de amparo interpuesta con el objeto que la empresa concesionaria del servicio de agua corriente cesara con los cortes del suministro y dispusiera la inmediata rehabilitación del servicio, con base en que *"… el Estado a través del Poder Judicial, tiene la obligación de asegurar el acceso de las personas al agua potable, en tanto, se trata de un derecho humano fundamental que nace de la Constitución Nacional"*. La misma línea de pensamiento jurisprudencial fue seguida in re "Club Defensores de Torino v. Aguas Corrientes S.A", sentencia del 24/02/2011.

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala I, en la causa "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ amparo", en sentencia del 18 de julio de 2007, ordenó al Gobierno de la Ciudad garantizar el suministro de agua potable a varias manzanas de la Villa 31 bis donde el precario sistema troncal de provisión de agua no llegaba a abastecerlas. La acción, iniciada por la asociación aludida en representación de los derechos de incidencia colectiva del núcleo poblacional allí ubicado, permitió a los habitantes del asentamiento la provisión de agua potable a través de camiones cisterna que debían concurrir la cantidad de veces que resulte necesario hacerlo en el horario de 8 a 22 horas, inclusive los días domingos.

Por último, destacamos el precedente "Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios"[37], referido a la contaminación de aguas de la cuenca Matanza-Riachuelo, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresamente se ocupó del derecho al agua. Allí, al referirse al progra-

ma integral de saneamiento a cargo de la Autoridad de Cuenca (ACUMAR), estableció la obligación de expansión de la red de agua potable tanto en lo que atañe a las obras en ejecución como a las proyectadas. En ese sentido, el Alto tribunal sentenció: *"Respecto de la tarea de expansión de la red de agua potable prevista en el Plan, la Autoridad de Cuenca deberá informar públicamente, de modo detallado y fundado, sobre el plan de ampliación de las obras de captación, tratamiento y distribución a cargo de AySA (Aguas y Saneamientos Argentinos) y del Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento (ENOHSA), con particular énfasis en la información relativa a las obras que debían ser terminadas en 2007; a las obras actualmente en ejecución; al inicio de la ejecución de las obras de expansión de la red de agua potable en el período 2008/2015. En todos los casos deberán incluirse los plazos de cumplimiento y los presupuestos involucrados. El incumplimiento de cualquiera de los plazos establecidos en cada etapa, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca".*

Recientemente, en sentencia del 5 de octubre de 2012, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, en la causa "Benítez Miriam y otros v/ Municipalidad de Neuquén y otro s/ incidente apelación medida cautelar", ordenó a la Municipalidad demandada restituir el servicio de agua potable a un barrio de esa ciudad en el cronograma diario de provisión. A esos fines, sostuvo que, sin desconocer la naturaleza excepcional de la tutela anticipatoria, *"…la situación de vulnerabilidad que provoca la falta de agua potable para consumo humano presenta con suficiente nitidez la afectación del derecho fundamental que requiere el amparo cautelar…".*

7. Epílogo

A partir de la Reforma Constitucional de 1994, Argentina adecuó el principio de la supremacía constitucional concediendo al derecho internacional de los derechos humanos el mismo nivel de jerarquía que la Constitución.

Por tanto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que alojó implícitamente el derecho al agua en los arts. 11 y 12, tiene rango constitucional. En consecuencia, el derecho humano al agua ha sido receptado en el ordenamiento jurídico argentino, tiene alojamiento constitucional y es plenamente operativo y exigible.

El derecho humano al agua se encuentra estrechamente vinculado a la satisfacción de otros derechos, entre los que destacamos el derecho al ambiente sano y el desarrollo humano sustentable, expresamente reconocidos por la Constitución Nacional en el art. 41, en un todo acorde con el perfil ideológico de la constitución argentina reformada en materia de derechos humanos de la solidaridad.

El sistema argentino de control de constitucionalidad y convencionalidad difuso ha llevado a que distintos tribunales internos se ocuparan de casos en lo que se constató la vulneración del derecho al agua. Las decisiones judiciales adoptadas por los magistrados y tribunales intervinientes, han dispuesto medidas específicas en atención al reconocimiento que del derecho humano al agua realizan la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

8. Notas

[1] Especialista en Derecho Administrativo, Investigador y Profesor Adjunto Ordinario del Depto. de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Luján y Profesor Adjunto Interino de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, República Argentina. Abogado. E-mail: oscardefelippe@fibertel.com.ar

[2] Magíster en Ambiente Humano, Investigadora y Profesora Asociada Ordinaria del Depto. de Ciencias Sociales y Jefa de la División Derecho de la Universidad Nacional de Luján y Profesora Adjunta Regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, República Argentina. Abogada. Escribana. E-mail:anmart@arnet.com.ar

[3] PEÑA CHACÓN, Mario. Daño ambiental y prescripción. Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental, ISSN-e 1576-3196, Nº. 19, 2009 – Disponible en: http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/ Acceso:15/04/2013

[4] MARTINEZ, Adriana Norma-LOPEZ ALFONSIN, Marcelo Alberto. El ambiente desde los paradigmas de la sustentabilidad y el desarrollo humano, en Desarrollo Territorial Sostenible. Instrumentos Participativos para la Acción, MARTÍNEZ, Adriana N. – IGLESIAS, Alicia N. (compilación), Programa de Desarrollo Local Sostenible, Departamento de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Lujan-Maestría en Intervención Ambiental, Facultad de Ingeniería, Universidad Nacional del Comahue, EDUCO, UNCOMA, 2008. ISBN 978-987-604-083-9.Primera parte. Capítulo 1, pag. 45/62.

[5] JIMÉNEZ, Eduardo P. La cuestión de la tutela ambiental antes y después de la Reforma de 1994 (Un análisis crítico del artículo 41 de la Constitución Nacional), en GARGARELLA, ROBERTO; (coord.), Teoría y crítica del Derecho Constitucional, 1ª ed.Vol. 2, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, ps. 1001 a 1028.

[6] BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución Reformada, 1ª reimpresión, t. I, EDIAR, Buenos Aires, 1998, p. 324

[7] Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Disponible en:.www.nuevocodigocivil.com/pdf/Texto-del-Proyecto-de-Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion.pdf. Acceso: 15/04/2013

[8] Conviene recordar aquí que cuando una regla de reconocimiento constitucional desde la supremacía de su Constitución invita a una fuente externa conformada por los tratados internacionales sobre derechos humanos respetando su lógica de funcionamiento, como es el caso de nuestro país, el espacio normativo que sirve de parámetro de validez de las normas inferiores es habitado por el control de constitucionalidad proveniente de la fuerte interna, y el control de convencionalidad, proveniente de la fuente externa. GIL DOMINGUEZ, Andrés. El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio: ¿una tensión difícil de superar? En La Ley 16/03/2010, 1. En suma, los organismos judiciales internos deben cumplir una inspección de constitucionalidad para evitar que en sus fallos se infrinja la Constitución y, paralelamente, ver si tales decisorios se acomodan con las convenciones internacionales de derechos humanos ratificadas. HITTERS, Juan C. "Control de c constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación". La Ley 2009-D, 1205. p. 6.

[9] CENICACELAYA, María. El derecho al agua en Latinoamérica. En Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Año 8 N° 41. La Ley. Buenos Aires. 2011. p. 87.

[10] PINTO, Mauricio E. et alt. El derecho humano al agua: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio, 1ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. XIX.

[11] DARCY, Norberto C., "El derecho humano al agua y su recepción como derecho fundamental en Argentina", Documento de Trabajo N° 06-2010, Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica, Universidad de Alcalá, p. 5. Disponible en: www.portalfio.org/inicio/publicaciones/documentos-de-trabajo.html. Acceso: 15/04/2013

[12] BIDART CAMPOS, Germán J. Manual de la Constitución Reformada. 1ª reimpresión. Tomo. I, Ediar. Buenos Aires. 1998. p. 337

[13] Conforme el punto 2 de la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (2002), en adelante OG 15

[14] Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), se necesitan entre 50 y 100 litros de agua por persona al día para cubrir la mayoría de las necesidades básicas. Estas cantidades son indicativas, dependerán del contexto particular y pueden diferir de un grupo a otro en función del estado de salud, el trabajo, las condiciones climáticas. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Folleto informativo N° 35. El derecho al agua. p. 9. Disponible en: www.ohchr.org. Acceso: 15/04/2013

[15] Para tener un acceso básico a 20 litros de agua por día, según la OMS, la fuente debe estar no más de 1000 m del hogar y el tiempo necesario que demande su búsqueda no debe exceder de 30 minutos. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Folleto informativo N° 35, cit., p. 11.

[16] *"Los costes de los servicios de agua y saneamiento no deberían superar el 5% de los ingresos del hogar, asumiendo así que estos servicios no afectan a la capacidad de las personas para adquirir otros productos y servicios esenciales…".* "El derecho humano al agua y el saneamiento. Nota para los medios", Oficina de Naciones Unidas de apoyo al Decenio Internacional para la Acción "El agua, fuente de vida" 2005-2015. Disponible en: www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_spa.pdf. Acceso: 15/04/2013

[17]ONU. Declaración de Derechos Humanos. Art. 25: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda,". Disponible en: http://www.un.org/es/documents/udhr/. Acceso: 15/04/2013

[18] ONU. Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Arts. 11.1. "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. …" y 12.1. "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. …". Dis-

ponible en: http://www.derhuman.jus.gov.ar/pdfs/PACTO_INTERNACIONAL_DE_DERECHOS_ECONOMICOS.pdf. Acceso: 15/04/2013

[19] Art. 6.1. "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. …".Disponible en: http://www.derhuman.jus.gov.ar/pdfs/PACTO_INTERNACIONAL_DE_DERECHOS_CIVILES_Y_POLITICOS.pdf. Acceso: 15/04/2013

[20] ONU. Convenciones sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra a Mujer. Art. 14.2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales…, y en particular le asegurarán el derecho a: … Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones". Disponible en: http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm . Acceso: 15/04/2013

[21] ONU. Convención de los Derechos de Niño. Art. 24.2. "Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho [a la salud] y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: …c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;…". Disponible en: http://www.unicef.org/spanish/crc/. Acceso: 15/04/2013

[22] ONU. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Art. 28.2. "Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas: a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad;…".Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf. Acceso: 15/04/2013

[23] Así, *"… el derecho al agua quedo incluido dentro del campo de los derechos humanos a la salud, al nivel de vida y a la limitación que reconoce el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales".* PINTO, Mauricio E. et alt. En El derecho humano al agua: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio, cit. p. 39

[24] ONU. Resolución 64/292. Sexagésimo cuarto período de sesiones. Tema 48 del programa. Aplicación y seguimiento integrados y coordinados de los resultados de las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas en las esferas económica y social y esferas conexas. Disponible en: http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml. Acceso: 15/04/2013

[25] ONU.Resolución 15/9. 15º período de sesiones. Tema 3 de la agenda. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al

desarrollo. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A-65-53-Add1_sp.pdf. Consulta: 15/04/2015

[26] CAYUSO, Susana G., Constitución de la Nación Argentina. Claves para el estudio inicial de la norma fundamental. Comentada, 1ª ed., 1ª reimp., La Ley, Buenos Aires. 2007. p. 265.

[27] DEFELIPPE, Oscar E., Efectos de la jurisprudencia internacional en el derecho argentino: El control de convencionalidad. En Suplemento La Ley Constitucional. 26/09/2012. N° 6. p. 7.

[28] MANILI, Pablo L. El Bloque de Constitucionalidad. 1ª ed. La Ley. Buenos Aires. 2003. p. 199.

[29] QUIROGA LAVIÉ, Humberto et. alt. Derecho Constitucional Argentino. 2ª ed. T. I. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. 2009. p. 562.

[30] MANILI, Pablo L. El Bloque de Constitucionalidad. obra cit.p. 199.

[31] DARCY, Norberto C. El derecho humano al agua y su recepción como derecho fundamental en Argentina". Obra cit.. p. 20.

[32] Folleto informativo N° 35, El derecho al agua, cit., 30-31

[33] SABSAY, Daniel A., Constitución y ambiente en el marco del desarrollo sustentable. En Ambiente, Derecho y Sustentabilidad, WALLSH, J.R. et. alt. La Ley. Buenos Aires, 2000. ps. 67-82.

[34] OLMOS, María B. – PAZ, Martha C. El acceso al agua como derecho humano: protección internacional y jurisdicción constitucional. En Suplemento del 9 y 10/05/2012. ED 2012-247. p. 705

[35] Causa "Martelli, María E. v. Municipalidad de San Fernando". Sentencia del 3 de marzo de 1989. ED 133-821

[36] Sentencia del 19 de mayo de 1997. Disponible en : www.escr-net.org/docs/i/404346. Consulta: 15/04/2013

[37] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. Sentencia del 8/7/2008. Fallos 331:1622.

A EXTRAFISCALIDADE TRIBUTÁRIA NUM CONTEXTO DE CRISE ECONÔMICA GLOBALIZADA

Ricardo Romanini Alchaar[1-2]

1. Introdução

A extrafiscalidade tributária é tema de grande relevância na atualidade em decorrência de crescentes demandas sociais e de um contexto de crises econômicas que parecem cada vez mais assumir um comportamento crônico. A atual dinâmica trazida pela globalização sociopolítica e econômica exige cada vez mais do Estado uma postura proativa e a capacidade de adoção de medidas ágeis como resposta aos desafios impostos pela velocidade do processamento da informação, da propagação de efeitos causados por alterações na economia, na política e na sociedade, como mecanismo de atualização, adaptação e de defesa para o enfrentamento das intempéries de um mundo globalizado.

Conforme será visto na abordagem inicial, a perspectiva histórica do perfil interventivo do Estado revela que este sofreu modificações fortemente influenciadas por demandas da própria sociedade, seja em decorrência de mazelas provocadas pela guerra, pela falência de modelos econômicos, seja pela estagnação e pela incapacidade de velhos modelos em se adaptar a novos costumes e a alterações de uma sociedade em evolução e cada vez mais reivindicadora de um Estado mais garantidor de direitos fundamentais, cada vez mais reconhecidos.

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2013/18) n.18: 295-316 - UCAM (Rio de Janeiro)

Nesse sentido, observa-se modernamente um Estado mais interventivo, não mais atuando como mero espectador em sua forma Liberal pura, mas também sem ditar comportamentos e impor modelos como na sua versão socialista. A atual dinâmica sociopolítica apresenta complexidade considerável e a rapidez do processamento de informações requer a mesma velocidade de adaptação do Estado.

Nesse particular, a extrafiscalidade tributária, como instrumento de intervenção Estatal, ganha considerável importância, tendo em vista que o uso extrafiscal dos tributos, especialmente dos impostos, que são uma espécie de tributo cuja receita não se vincula a nenhuma contraprestação imediata pelo Estado, apresenta-se extremamente útil e conveniente ao Poder Público, pois, conforme será abordado, este pode atingir objetivos outros, diversos daqueles meramente arrecadatórios e supridores de receitas para o financiamento dos gastos públicos.

O uso da extrafiscalidade tributária permite ao Estado agir em variados campos, quais sejam: regulamentando o mercado financeiro, subsidiando política cambial, estimulando ou desestimulando importações e exportações, subsidiando políticas protecionistas e políticas de desenvolvimento regionais de forma a concretizar princípios constitucionais, promovendo a redução das desigualdades regionais.

É com o escopo de desenvolver uma abordagem clara e objetiva que se pretende analisar o uso da extrafiscalidade tributária como instrumento de intervenção estatal, apontando seus fundamentos constitucionais, a conveniência e oportunidade de seu uso e a eficácia de medidas que vêm sendo utilizadas pelo governo brasileiro em tempos de crises econômicas, fazendo uma análise crítica com relação aos altos índices de carga tributária suportados pelo cidadão brasileiro.

2. Sociedade, Estado e Indivíduo. Aspectos do mundo globalizado

A sociedade moderna vem sofrendo uma transformação radical, impulsionada pela explosão da tecnologia, notoriamente no campo da informação e comunicação em nível mundial. Tem como principais características contemplar uma cultura pluralista, a modificação da percepção do valor econômico e do papel do Estado, como ente mais ou menos interventor. Some-se a isso o que muitos chamam de estetização da realidade consubstanciada em padrões que surgem e são substituídos com a velocidade comandada pelos interesses comerciais amparados pelas facilidades que o avanço tecnológico proporciona,

tornando tudo muito volátil: costumes, culturas e valores que passam a ser mais estéticos e, portanto, superficiais.

A rapidez com que as informações se processam favorece a pluralização das formas de comércio, fortalece a indução ao consumo e fomenta a adequação da economia a novos mercados, dada a competitividade, potencializada pela minimização do aspecto tempo-espaço e pela quase ausência de fronteiras territoriais entre as nações. É, na concepção de Chesneaux,[3] a desterritorialização, ou seja, não existem fronteiras que sobrevivam à velocidade do mundo virtual que disponibiliza informações que invadem instantaneamente, on-line, novos territórios via redes mundiais de computadores.

O Estado-Nação enfraquece-se diante do poder das organizações transnacionais, tornando-se impotente diante da influência dos macroagregados globais e dos imprevistos do mercado mundial, fazendo com que, diante dos riscos, ao mesmo tempo em que tenha que dividir seu poder político com outros órgãos da sociedade civil, tenha também que se tornar mais controlador, interventor, coordenador e gestor de políticas públicas.

As práticas sociais cotidianas são frequentemente alteradas e as renovações das informações são uma constante na dinâmica da sociedade contemporânea, fazendo com que o conhecimento reflexivamente aplicado promova constantes alterações, obrigando os indivíduos, as instituições e as organizações políticas, sociais e econômicas a permanente reformulação como regra de sobrevivência no processo de globalização. Nesse contexto, tanto o Estado quanto o indivíduo precisam de autonomia.

A rapidez com que as transformações se processam e requerem atitudes não se compatibiliza com padrões rígidos, com homogeneidade, modelos de comunicação vertical e excessiva departamentalização. A autonomia, nesta visão, requer participação, criatividade, multiprofissionalização, horizontalidade na comunicação dentro das organizações públicas e privadas e descentralização.

O Estado precisa dispor de ferramentas ágeis e eficazes para o enfrentamento dos riscos de um mundo globalizado e, sobretudo, promover profundas alterações no modelo de política fiscal, tributária e educacional. Nos campos fiscal e tributário, sobretudo, o ordenamento jurídico precisa se adequar às novas formas de produção e comercialização, bem como às profundas alterações do mercado de trabalho, suprindo lacunas de modo a municiar o Estado de meios legais atuais para evitar não somente a evasão de receitas, mas também evitar o desemprego, zelar pela saúde atuarial da Previdência Pública e não permitir o crescimento das desigualdades sociais e setoriais econômicas, com vistas à consecução da igualdade substancial nos planos econômico, social e cultural.

Os Estados, em resposta à globalização do capital, adotam uma nova forma de organização política internacional calcada na necessária coordenação dos mais diferentes campos, inclusive o penal, conforme afirma Pugliesi.[4] A adequação da área tributária, como reconhece a Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda,[5] em vista da realidade dos blocos econômicos, em particular o Mercosul, é de fundamental importância para que este continue sua evolução econômica. Nesse aspecto, o Brasil e os demais parceiros da região têm buscado a efetivação de um acordo de cooperação multilateral entre as administrações tributárias do Mercosul e países associados. Tal acordo, além de possuir importância ímpar para a adequação dos fiscos ao processo de integração econômica regional, deve incorporar uma cláusula aberta à adesão de outros países.

No campo educacional o Estado precisa igualmente de profundas adaptações de modo a formar indivíduos verdadeiramente autônomos, ou seja, aptos a conviver com e sobreviver à modernidade reflexiva que requer do indivíduo a consciência ampla e crítica, tendo o mundo como sua localidade e seu lugar e não o contrário, isto é, tendo o seu lugar como seu mundo, o que, para o atual contexto globalizado, traduz uma visão míope e simplória da realidade.

Nesse sentido, a ampliação da consciência humana na conquista do espaço cultural mundializado depende da capacidade da escola de trabalhar pedagogicamente essa dimensão universal. A ausência de políticas sociais do Estado e de seu compromisso com a educação deixa o país à margem do processo de globalização que comporta igualmente ameaças e possibilidades, constituindo, portanto, um desafio para o Estado, bem como para a sociedade.

3. O Estado Liberal, Estado Social. Papel no mundo globalizado em crise. Uso da extrafiscalidade. Perspectiva histórica

A presença do Estado como ente ativo nas relações de ordem econômica, sociais, no combate às desigualdades mediante mecanismos de redistribuição de rendas, no fomento às relações de consumo, bem como suas regulamentações, sempre foi fenômeno bastante perceptível em maior ou menor escala, mesmo antes do nascimento da figura estatal se considerarmos as visíveis formas embrionárias de organizações políticas dotadas de meios coercitivos e indutivos de condutas.

A moderna noção de Estado adveio com a Revolução Francesa, acarretando o fim da monarquia e aprovando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, tendo como um dos princípios fundamentais a liberdade.

Laissez faire, laissez passer, este foi o grande slogan liberalista que pregava a independência da vontade do indivíduo em relação ao Estado devendo este interferir o mínimo possível na vida das pessoas, especialmente no que dissesse respeito à seara econômica, operando-se assim uma dissociação muito clara entre a atividade política e a atividade econômica, ausentando-se desta.[6]

Ocorre que o modelo de Estado Liberal, atuando como mero observador e coadjuvante de uma economia que deveria se autorregular começa a dar sinais de esgotamento.

No dizer de Berti:

> É no Estado contemporâneo, particularmente após o final da Segunda Guerra Mundial, que ocorre uma mudança na postura do Estado em face de novas necessidades despertadas no seio da sociedade, quando surgem movimentos sociais de expressão, desafiando os órgãos de governo a cumprir novos misteres, a encampar lutas e possibilitar o acesso de maior segurança — jurídica e material (econômica, por exemplo) a um número maior de cidadãos. É neste contexto que surge o chamado Estado Social, baseado na doutrina norte-americana do Welfare State ou Estado do Bem-Estar.[7]

Dessa forma, as desigualdades sociais se agravaram e a economia pós-guerra veio a exigir do Estado um papel mais ativo, passando a adotar uma postura mais realizadora, na qualidade de responsável principal pela condução da economia, a exemplo do que foi observado na Europa do pós-guerra, onde diversas formas de incentivos para a reconstrução dos países foram adotadas mediante o uso extrafiscal dos tributos. Consideráveis transformações também foram sentidas com a grande crise internacional de 1929 com a quebra da bolsa de Nova York, quando então novas reflexões surgem com as teorias de John Maynard Keynes.

O modelo de Estado intervencionista (Welfare State) foi adotado então por muitos países após a Segunda Guerra Mundial, já que os supostos mecanismos autorreguladores da economia mostraram-se insuficientes para manter a economia nos trilhos e, portanto, uma maior participação estatal mostrava-se essencial para a recuperação do mundo pós-guerra. O Estado Liberal dá lugar ao Estado Social de Direito, vigorando até meados dos anos 1980.

A atuação deste Estado Social, diretamente ligado à questão da extrafiscalidade, objeto do presente trabalho, não se limitou ao uso apenas do tributo com potencial extrafiscal, mas também lançou mão de outros tantos instrumentos, tais como subsídios e subvenções sociais, para combater a fome, a miséria e a violência urbana, mazelas que se acirraram com o contexto pós-guerra.

Assim, o Estado Social foi se fortalecendo e se consolidando ao longo das décadas de cinquenta a oitenta, quando novamente começa-se a questionar a intervenção do Estado na economia, surgindo sobretudo na Inglaterra a onda de privatizações de empresas estatais, devolvendo à iniciativa privada setores em que o Estado pecava pela ineficiência e que contribuíam para o inchaço da máquina estatal.

Surgia então o ideal batizado de neoliberalismo, impulsionado pela competitividade, pela liberdade de mercado sem protecionismos, pelo apelo a privatizações e pelos efeitos da globalização. Esse modelo ganha fôlego não apenas com as iniciativas bem sucedidas observadas no governo britânico, mas também com o desmoronamento da União Soviética e com a proliferação das comunidades econômicas e com a formação da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Ressalte-se, porém, que, apesar dos fundamentos do neoliberalismo, a participação intervencionista do Estado na economia, ainda que de forma mais branda, constitui uma realidade insuperável, quer dizer, o neoliberalismo certamente trouxe uma nova formatação socioeconômica que parece não querer repetir os erros do Liberalismo puro, reconhecendo a necessidade, ainda que em menor escala, da participação do Estado na economia, atuando sob modalidades de intervenção que vão desde a participação efetiva na atividade econômica como agente econômico, ao estabelecimento de normas de comportamento compulsório, bem como criando e adotando mecanismos incentivadores ou desestimuladores de determinada atividade econômica como, por exemplo, concedendo benefícios fiscais ou lançando mão da extrafiscalidade tributária, com o intuito de corrigir distorções do mercado, adotar política protecionista para determinado segmento do mercado interno etc.

Sob a perspectiva histórica apresentada até a era do Neoliberalismo, conclui-se que o Estado, após a consolidação dos direitos e garantias individuais, que ganharam status constitucional, não mais poderá se abster de intervir na economia, seja de forma ativa, seja de forma reguladora ou indutiva, como citado nos estudos feitos por Eros Roberto Grau,[8] Luís S. Cabral de Moncada[9] e Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti,[10] principalmente considerando o atual contexto em que a economia mundial mais uma vez se vê diante de nova crise que se processa e se alastra com a rapidez característica do mundo globalizado contemplado pela invasão do capital volátil, especulativo e, por que não dizer, ilusionista.

Mais uma vez o Estado terá o desafio de se superar e, neste particular, o Direito Tributário terá participação especial não somente por já dispor para o Estado ferramentas de intervenção, especialmente a indutiva, materializada pelo uso da extrafiscalidade tributária, como também servir de arcabouço na

formação de políticas públicas que, conforme já citado anteriormente, deverão procurar municiar o Estado de meios legais e atuais, compatíveis e eficazes, em face das peculiaridades da atual crise global, para evitar, não somente a evasão de receitas, mas também evitar o desemprego, zelar pela saúde atuarial da Previdência Pública, contribuir para a redução dos endividamentos, zelar pela Ordem Econômica e seus princípios basilares estatuídos pelo constituinte, tais como a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, o direito de propriedade e o direito do consumidor.

Conforme a concepção de Chesneaux, a desterritorialização traduz-se pela inexistência de fronteiras que possam se opor à velocidade do mundo virtual que disponibiliza informações que invadem instantaneamente, on-line, novos territórios via redes mundiais de computadores e, obviamente, tão maior será a potencialidade de invasão quanto maior for o poderio econômico de quem pretender difundir seus produtos. Nesse sentido, o mundo atual em crise é terreno fértil para a formação de trustes e cartéis por parte de grupos hegemônicos que tendem a se unir para ganhar novos mercados e também sobreviverem às intempéries de uma economia globalizada em crise.

Em razão dos riscos inerentes a esse contexto, que certamente ameaçam os princípios constitucionais basilares da Ordem Econômica, bem como em função da necessidade do Poder Público adaptar-se e prevenir-se contra a desleal concorrência, que foi editada a Emenda Constitucional nº 42/2003 que, conforme Berti,[11] criou uma matriz normativa de natureza constitucional que outorga competência legislativa para que a União estabeleça normas especiais com vistas a prevenir e combater os desequilíbrios da concorrência.

É o que dispõe o artigo 146-A, com a redação trazida pela aludida Emenda. O referido dispositivo, na prática, vem embasar ainda mais o uso extrafiscal dos impostos, estando o mesmo inserto no capitulo afeto ao Sistema Tributário, outorgando a possibilidade de lei complementar federal instituir tratamento fiscal diferenciado para as empresas e grupos econômicos que desrespeitem a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, *in verbis:*

> Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

Apesar da matriz normativa, inserida como norma constitucional em 2003, traduzir-se como um instrumento disponível para dar um maior embasamento e maior legitimidade ao uso extrafiscal de impostos, é evidente que outras medidas e forças devem atuar em conjunto, não sendo apenas com o aumento

ou diminuição de alíquotas, por exemplo, que o Estado se prevenirá contra práticas maléficas que vêm se disseminando com o agravamento das intempéries econômicas do mundo globalizado, tais como a formação de cartéis, de monopólios e oligopólios, podendo no Brasil ser citado como exemplo o que se percebe no mercado de cervejarias, de hipermercados atacadistas e varejistas, da telefonia, onde grandes grupos vêm se fusionando e criando verdadeiros oligopólios.

Basta acessar a internet para adquirir um eletrodoméstico que claramente se percebe a junção de grandes grupos praticando idênticos preços e condições, o que certamente representa uma ameaça à livre iniciativa, à livre concorrência, ao direito de propriedade e aos direitos do consumidor que, cada vez mais, vê-se refém da incapacidade do Estado de fiscalizar e punir o desrespeito às normas estatuídas para manter boas práticas de comércio, consumo, higiene e segurança. Portanto, há que se ter a participação ativa de órgãos como o Cade, a Anvisa, os Procons, assim como os aplicadores do Direito devem estar atentos e atualizados com esse contexto, de forma a também formar mais uma instância de repressão eficiente.

Ressalte-se ainda que a máquina governamental também acaba por se tornar igualmente alvo desses interesses econômicos, como contratante de bens e serviços e, nesse diapasão, o combate à corrupção também atua como excelente instância repressora, impedindo que grandes grupos acabem por oligopolizar o universo de contratações com o poder público. Nesse aspecto, a atuação eficiente dos órgãos de controles externo e interno ganha papel importante, impedindo o desvio de verbas públicas com superfaturamentos e fraudes em licitações, afastando políticos e funcionários corruptos do meio.

4. Extrafiscalidade. Conceito e aplicação

A extrafiscalidade é tema bastante atual no âmbito do direito tributário, sendo objeto de inúmeras considerações por parte da doutrina em razão de sua importância e, sobretudo, do desenvolvimento do seu uso, especialmente em decorrência da substituição gradativa do Estado Liberal pelo Estado Social, após o final da Segunda Guerra Mundial, conforme já mencionado em item anterior deste trabalho.

O Estado passou a assumir maiores atribuições em face das mazelas sociais do pós-guerra, tendo que se socorrer de uma série de instrumentos políticos, econômicos e legais para cumprir tais encargos. Neste sentido, conforme ressalta Berti,[12] o uso extrafiscal dos tributos ganha destaque e resulta em novas considerações dogmáticas e pragmáticas.

E ainda "o sistema tributário é organizado segundo duas grandezas: o fato gerador e a destinação do produto arrecadado pelos tributos. Essas grandezas, que definem as espécies tributárias, são dotadas de potencialidades extrafiscais".[13]

Para a doutrina majoritária, a extrafiscalidade é a função exercida diretamente pelo tributo que não seja aquela que tende tão somente a levar recursos aos cofres públicos.

Nesse mesmo raciocínio incide Berti:

> [...] o uso extrafiscal do tributo significa o alcance de fins distintos dos meramente arrecadatórios mediante o exercício das competências tributárias (poder de criar e alterar tributos) outorgadas pela Constituição Federal às pessoas políticas União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Neste sentido, será possível através do exercício das competências (poderes limitados, prerrogativas) tributárias outorgadas às pessoas jurídicas de direito público mencionadas, atingir objetivos relevantes de natureza social, econômica e até mesmo política [...][14]

Para Aliomar Baleeiro:

> Costuma-se denominar de extrafiscal aquele tributo que não almeja, prioritariamente, prover o Estado dos meios financeiros adequados a seu custeio, mas antes visa a ordenar a propriedade de acordo com sua função social ou a intervir em dados conjunturais (injetando ou absorvendo a moeda em circulação) ou estruturais da economia. Para isso, o ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido ao legislador tributário a faculdade de estimular ou desestimular comportamentos, de acordo com os interesses prevalentes da coletividade, por meio de uma tributação progressiva ou regressiva, ou da concessão de benefícios e incentivos fiscais.[15]

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Berti argumenta que é possível definir a extrafiscalidade como a utilização de um tributo com o fim de prestigiar certas situações tidas como social, política ou economicamente valiosas, atingindo, dessa forma, objetivos além ou diversamente daqueles que estejam unicamente afetos ao viés arrecadatório, de forma a preservar valores importantes, em razão do que o legislador dispensa tratamento mais confortável ou menos gravoso em algumas situações e mais oneroso em outras. Em sua concepção, pode-se até afirmar que o princípio inspirador do uso da extrafiscalidade dos tributos é, antes de tudo, um princípio informador do Direito

Público, aplicável não só ao Direito Tributário, mas também a vários outros ramos do Direito, qual seja, o Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular, considerando ainda outro princípio relevante, qual seja, "a indisponibilidade de referida supremacia".

Como visto, sempre que o interesse público e o interesse particular conflitarem, este deverá ceder espaço para a concretização daquele em prol do bem-estar da sociedade como um todo; e nessa linha de atuação, o Poder Público, com o uso da natureza extrafiscal de alguns tributos pode implementar políticas que sejam voltadas ao combate ao desemprego, ao uso racional da propriedade de forma a que se cumpra seu papel social, desestimulando a manutenção de propriedades e imóveis improdutivos, às políticas de proteção ao meio ambiente, ao direito do consumidor, ao desenvolvimento sustentável, ao exercício do poder de polícia sobre o mercado financeiro, ao monitoramento e o controle cambial e etc.

4.1. Os impostos como espécies por excelência para o uso extrafiscal

Diante da abrangência dos conceitos de extrafiscalidade vistos até agora, bem como diante das inúmeras possibilidades de intervenção do Estado igualmente comentadas, é de se concluir que eleger os impostos como espécie de tributo por excelência para o uso extrafiscal não é uma concepção totalmente acertada, tampouco unânime na doutrina.

Contudo, não se pode desconsiderar que eles apresentam características que em muito favorecem e viabilizam a efetivação de inúmeras políticas públicas voltadas para a realização de objetivos sociais e econômicos nas mais diversas áreas de atuação das pessoas físicas e jurídicas, incentivando ou reprimindo condutas, estimulando ou dificultando o desenvolvimento de mercados, ensejando ou inviabilizando atos e negócios jurídicos, o que vem favorecendo seu uso extrafiscal em maior escala se comparados a outras espécies.

Como características favoráveis ao uso extrafiscal, Berti[16] aponta a possibilidade dos impostos incidirem sobre situações, fatos ou estados de fato, indicativas da existência de capacidade econômico-contributiva dos sujeitos passivos, aliada ao fato do produto de sua arrecadação não ser legalmente vinculado a uma finalidade específica de atuação do Estado.

Dessa forma são os impostos a espécie tributária mais apta a instrumentalizar os objetivos extrafiscais e assim vêm sendo utilizados em larga escala, diante das turbulências das sucessivas crises econômicas globais, o Imposto sobre a Importação (II), o Imposto sobre a Exportação (IE), o Imposto sobre

Produtos Industrializados (IPI) e o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF). Contudo, cabe destacar que tais objetivos também podem e vêm sendo instrumentalizados através de algumas contribuições especiais, como foi o caso da Contribuição Provisória Sobre Movimentação Financeira (CPMF), pois, não obstante seu caráter arrecadatório voltado para suprir custeio para a saúde, esta espécie de tributo também se destacou como uma das principais ferramentas do fisco federal no combate à sonegação fiscal, ao permitir o monitoramento e a investigação de movimentações financeiras de contribuintes pessoas físicas e jurídicas, viabilizando o cruzamento de dados e revelando movimentações incompatíveis com fontes de renda e patrimônios declarados, por exemplo.

5. O uso da extrafiscalidade como instrumento de redução das desigualdades regionais

Dissertando acerca da realidade brasileira no que tange ao contexto de suas desigualdades regionais, Luiz Alberto Gurgel de Faria[17] ressalta que a atual Carta Magna já completou mais de vinte anos e, apesar da mesma conter vários dispositivos que apontam grande preocupação demonstrada pelo constituinte com as desigualdades regionais, os dados atuais ainda evidenciam índices alarmantes de dessemelhanças entre as regiões brasileiras.

Os dispositivos podem ser identificados em vários comandos constitucionais que vão desde aquele inserto no art. 3º, inciso III, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, reforçado pelo art. 170, inciso VII, prevendo como princípio geral da atividade econômica a redução das desigualdades regionais e sociais; a demais comandos esparsos.

Merecem igualmente destaque o previsto no art. 43 e a exceção ao princípio da uniformidade tributária prevista no art. 151, I. Aquele autoriza à União a articular ações em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando fomentar seu desenvolvimento e reduzir desigualdades regionais, enquanto neste o constituinte admite como exceção ao princípio da uniformidade a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre diferentes regiões do país, concedendo de forma clara o uso da extrafiscalidade para o atingimento do objetivo almejado.

Cita ainda Faria[18] o comando constitucional inserto no art. 165, parágrafos 1º e 6º dispondo que lei orçamentária plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada, devendo o projeto de lei orçamentária ser necessariamente acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito sobre

as receitas e despesas, decorrentes de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

Por último, o art.174, § 1º confere expressamente ao Estado a missão de agente normativo e regulador da atividade econômica, cabendo à lei estabelecer diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual deverá incorporar e compatibilizar os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

Como pode-se claramente ver, existe todo um farto universo de comandos bem delineados e com status normativo suficiente para que se façam cumprir. Contudo, conforme já argumentado até aqui, percebe-se claramente que pouco se tem avançado no sentido de amenizar as desigualdades regionais e sociais.

Dados do IBGE[19] demonstram que o rendimento mensal médio real de pessoas ocupadas nas Regiões Centro-Oeste e Sudeste foi aferido em R$ 1.058,00 e R$ 1.044,00 respectivamente, enquanto que nas Regiões Norte e Nordeste o valor é de R$ 784,00 e R$ 493,00, respectivamente. Tomando as regiões Centro-Oeste e Sudeste, que apresentaram melhor resultado na pesquisa, observa-se que o trabalhador da Região Nordeste tem rendimento mensal médio correspondente a menos da metade de seus valores.

Comparando-se ainda os dados relacionados à participação do PIB confrontados com a participação populacional de cada região no território nacional, vê-se que as Regiões Norte e Nordeste têm uma participação no PIB bem menor do que seus percentuais de participação populacional, o que revela uma baixa circulação e produção de recursos para as pessoas nelas residentes. No caso da Região Nordeste, a desproporção é maior que 100%, havendo, portanto, a necessidade de aumentar o PIB em montante superior ao dobro do apontado para que a riqueza ali gerada possa ser equivalente à expressividade populacional, conforme tabela:

Tabela 1: Participação do PIB

PARTICIPAÇÃO DO PIB × POPULAÇÃO 2009		
REGIÃO	**PARTICIPAÇÃO NO PIB**	**EXPRESSIVIDADE POPULACIONAL**
NORTE	5,0%	8,05%
NORDESTE	13,5%	27,63%
CENTRO-OESTE	9,6%	7,10%
SUDESTE	55,3%	42,60%
SUL	16,5%	14,62%

Fonte: IBGE, em parceria com os Órgãos Estaduais de Estatística, Secretarias Estaduais de Governo e Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa).

Dados alarmantes também são percebidos quando analisados os indicadores de pobreza em cada região. O percentual de brasileiros que se encontram em faixa considerada de pobreza, segundo dados do IBGE, em ordem decrescente de índices é de: Nordeste — 55,77%; Norte — 46,08%; Centro-Oeste — 27,38%; Sudeste — 21,27% e Sul — 19,81%.

Merece destaque também o Índice de Desenvolvimento Humano que considera não apenas o aspecto econômico visto até agora, mas também leva em conta demais aspectos sociais que influenciam a qualidade de vida, tais como saneamento básico, acesso a escola etc. Analisando o IDH, igualmente, percebe-se grande desigualdade regional, onde, mais uma vez as regiões Norte e Nordeste destacam-se pela precariedade: Nordeste 0,720; Norte 0,764; Centro-Oeste 0,815; Sudeste 0,824 e Sul 0,829.

Em síntese, com base apenas no pequeno universo de dados apresentados, pode-se concluir que, embora positivados, os direitos sociais e os comandos de ordem econômica e seus princípios não vêm sendo aplicados com a intensidade e amplitude necessárias para garantir um padrão razoável de justiça social.

Faria observa:

> Há que se ressaltar que o problema não se restringe à desconexão entre disposições constitucionais e o comportamento dos agentes públicos e privados, ou seja, não é uma questão simplesmente de eficácia como direcionamento normativo-constitucional da ação. Ele ganha relevância ao nível da vigência social das normas constitucionais escritas, diante da falta de concretização da Constituição. Não há uma integração entre o programa normativo (dados linguísticos) e o domínio normativo (dados reais).[20]

Nesse sentido também ressalta Norberto Bobbio, *in verbis:*

> [...] a maior parte dos direitos sociais, os chamados direitos de segunda geração, que são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais e internacionais, permaneceu no papel [...] Sabe-se que o tremendo problema diante do qual estão hoje os países em desenvolvimento é o de se encontrarem em condições econômicas que, apesar dos programas ideais, não permitem desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais.[21]

E ainda:

> A quem pretenda fazer um exame despreconceituoso do desenvolvimento dos direitos humanos depois da Segun-

> da Guerra Mundial, aconselharia este salutar exercício: Ler a Declaração Universal e depois olhar em torno de si. Será obrigado a reconhecer que, apesar das antecipações iluminadas dos filósofos, das corajosas formulações dos juristas, dos esforços dos políticos de boa vontade, o caminho a percorrer é ainda longo. E ele terá a impressão de que a história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que está [sic] diante de nós, talvez tenha apenas começado.[22]

Analisando a divisão das competências administrativas e fiscais entre os entes da federação, é possível observar que a Constituição de 1988 procurou resgatar o federalismo cooperativo, de modo que cada ente pudesse cuidar de suas próprias atribuições e dispusesse de recursos para cumprir tais missões. Nada obstante, movimentos como os da guerra fiscal e a "gula" da União estão, sem dúvida alguma, prejudicando a nossa Federação.

Acerca do pecado capital referido, não se pode deixar de considerar a criação de várias contribuições sociais nos últimos anos, exatamente porque, diferentemente dos novos impostos, elas não participam da repartição de receitas tributárias (art. 157, II CF/88), ficando toda a arrecadação com quem as instituiu — no caso, a União. As transferências intragovernamentais de recursos constituem um importante instrumento de redistribuição de renda, com fundamento nos princípios da igualdade e da solidariedade (ELALI, 2007), não se caracterizando como uma mera caridade dos entes mais ricos para os mais pobres. A existência de um sistema de compensação financeira entre as unidades da Federação, conforme já citado, revela a preocupação constante de manutenção ou estabelecimento de um equilíbrio federal, objetivando evitar um maior distanciamento entre as regiões do país. Além disso, para resolver os problemas gerados pelas desigualdades regionais, é necessária a adoção de uma política econômica que promova o desenvolvimento e a distribuição de renda.[23]

6. O uso da extrafiscalidade como instrumento de política fiscal no atual cenário de crise econômica. Análise da eficácia

Conforme visto até agora, várias são as possibilidades de que o Estado pode se valer para a implementação de políticas fiscais. A bem da verdade, dado o vasto universo de medidas que podem ser utilizadas, mais acertadamente seria falar em implementação de políticas não apenas de cunho fiscal, mas também monetário e socioeconômico como um todo, considerando o viés extrafiscal embutido em seus propósitos, isto é, o fim almejado com a implementação de

cada instituto: alteração de alíquotas, concessões de anistias, isenções, remissões, subsídios etc.

É certo, contudo, que a eficácia de tais medidas depende e muito da correta gestão dos recursos obtidos, bem como da correta avaliação dos efeitos gerados no que tange aos objetivos extrafiscais almejados. Trata-se, portanto, de uma tarefa complexa que envolve não apenas uma simples alteração de alíquotas ou de bases de cálculo ou o mero ato de conceder uma anistia, uma isenção ou uma remissão, mas sim requer, antes de qualquer iniciativa, o estudo que subsidie um bom planejamento para a implementação da medida desejada. É preciso mensurar e avaliar impactos positivos ou negativos nos universos envolvidos, bem como ter conhecimento de todos os agentes envolvidos. Além disso, há que se trabalhar com transparência para que a sociedade seja informada dos objetivos a serem atingidos, bem como de quais serão seus ganhos ou perdas com a medida adotada.

Diante de tantos requisitos e parâmetros a serem observados, é de se convir que a transparência para a sociedade é um atributo ainda muito distante de se perceber com a amplitude mínima desejada para o bom entendimento por parte do cidadão no que concerne aos objetivos extrafiscais pretendidos com a adoção de medidas governamentais.

Atualmente, o desafio é articular um novo modelo de desenvolvimento que traga à sociedade perspectivas de relações Estado-cidadão mais equilibradas, administração pública menos burocrática, tendo como escopo conceitos de descentralização e eficiência, voltada para o controle dos resultados e mais próxima do cidadão.

No Brasil, em face da elevada carga tributária, do baixo nível de retorno à sociedade, tanto no que diz respeito à transparência da gestão de recursos quanto à percepção da efetiva aplicação deles, somados os casos de corrupção, prepondera a cultura de não pagamento de tributos. Uma das pressuposições envolve ainda o desconhecimento da importância do Estado como regulador da vida em sociedade e dos tributos como mantenedores da máquina pública.

Para oferecer serviços públicos satisfatórios aos cidadãos torna-se imprescindível o gerenciamento dos recursos públicos de forma a aplicá-los em atividades prioritárias para a comunidade. A conscientização do papel da administração pública ganhou maior relevância com a Lei de Responsabilidade Fiscal, que requer a participação da comunidade nas decisões do orçamento anual.

Uma vez compreendidos o funcionamento do Estado e a gestão dos recursos públicos, faz-se necessário conhecer os aspectos específicos sobre tributação com vistas à discussão de alternativas para aproximar os interesses do Estado (recolhimento espontâneo dos tributos) dos interesses do cidadão (acompanhamento da aplicação dos recursos arrecadados).

Feita essa primeira análise acerca dos pressupostos para um planejamento efetivo e eficaz na condução de adoção de medidas de cunho extrafiscal, passa-se agora à análise prática da eficácia de medidas adotadas recentemente em meio a uma sequência de turbulências provocadas no cenário socioeconômico em decorrência da crise econômica globalizada iniciada nos Estados Unidos com o colapso do sistema de hipotecas subprimes. Esse sistema caracterizou-se pelos empréstimos hipotecários de alto risco e de taxa variável concedidos a famílias sem o devido lastro financeiro que lhes proporcionasse segurança para arcar com o ônus do financiamento.

Os bancos responsáveis por essas hipotecas também passaram a negociar derivativos no mercado financeiro, lastreados pelos respectivos direitos hipotecários, consubstanciados em títulos livremente negociáveis com outros bancos, companhias de seguro e fundos de pensão por todo o mundo, até que a Reserva Federal dos Estados Unidos passou a promover aumentos na taxa de juros para conter a inflação, onerando o financiamento dos imóveis e reduzindo seus valores de mercado, fazendo o índice de inadimplentes crescer, o preço dos imóveis cair, tornando impossível seu refinanciamento e atingindo em cheio a credibilidade dos derivativos, tornando-os impossíveis de serem negociados, o que desencadeou um efeito dominó, fazendo balançar o sistema bancário internacional, a partir de agosto de 2007.

Conforme já discutido anteriormente, o avanço tecnológico alavancador da economia globalizada trouxe grandes desafios para o Estado em diversos campos, exigindo adaptações que, em regra, ocorrem de forma lenta, colocando-o como mero agente reflexivo, reativo, dada a rapidez de processamento e a volatilidade de um todo, inerente ao processo de globalização. É preciso, portanto, que o Estado disponha de ferramentas e instrumentos que o permitam agir com mais rapidez de forma a prevenir impactos indesejáveis, como os que foram percebidos com o deflagrar da crise econômica de 2007, iniciada, conforme citado anteriormente, com a adoção de uma política localizada de concessão de crédito imobiliário arriscada e que, dada a potencialidade de difusão em função da volatilidade de capitais, rapidamente gerou efeitos em mercados financeiros de vários países do mundo.

Nesse sentido, dadas as limitações ao poder de tributar bem como suas exceções previstas na Lei Maior, ultimamente o uso de medidas extrafiscais, mediante o uso de alterações de alíquotas e bases de cálculo de impostos que incidem sobre produção, comércio exterior e operações financeiras, têm sido as preferidas e, portanto, utilizadas em larga escala pelo governo de forma a atingir objetivos extrafiscais, tais como, incentivo ou desestímulo ao consumo, à importação e à entrada de capitais meramente especulativos no país.

6.1. Impactos da redução do IPI concedida ao setor automobilístico

O objetivo deste tópico é responder às perguntas que muito são feitas com a implementação de tais medidas: Qual a eficácia desta ou daquela medida? O objetivo almejado costuma ser alcançado? Conforme mencionado anteriormente, a falta de transparência da gestão dos recursos gera a ausência do conhecimento e da percepção por parte da sociedade da sua correta aplicação.

Para o presente estudo serão apresentados a partir de agora os dados levantados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) constantes da Nota Técnica[24] elaborada por sua Diretoria de Estudos Macroeconômicoa (Dimac), na qual foram relatados os resultados do estudo realizado acerca dos impactos da redução do Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI) incidentes sobre a produção de automóveis.

O objetivo da referida Nota Técnica foi o de analisar uma das medidas de desoneração do setor produtivo, ou seja, a redução das alíquotas do IPI de automóveis, de forma a verificar quais os impactos efetivamente ocorridos sobre as vendas, a arrecadação e o emprego. Conforme esclarece o Ipea, o enfoque dado à redução do IPI incidente sobre a produção industrial de automóveis se justifica pelo fato da desoneração haver vigorado durante todo o primeiro semestre de 2009 e ter sido aplicada a um setor com grande capacidade de encadeamento na economia brasileira.

A partir de dados já levantados pelo Instituto em 2005, estima-se que um aumento de R$ 1,00 na demanda por automóveis, caminhonetes e utilitários acarreta um aumento de R$ 2,37 na produção da cadeia automobilística e R$ 1,39 nos demais setores, totalizando uma elevação de R$ 3,76 na produção.

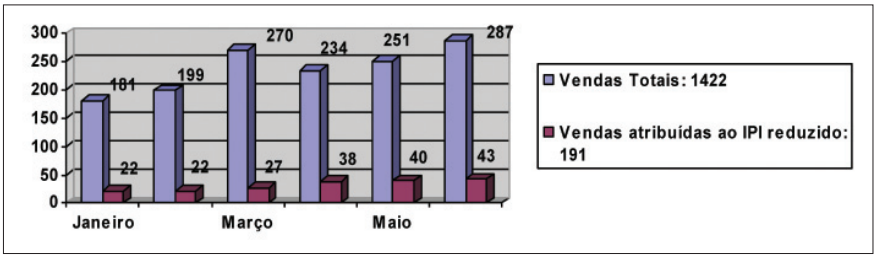
As medidas adotadas em 2009 pelo governo, relativas ao IPI, para o segmento automobilístico, consistiram na redução das alíquotas em 100% sobre carros de 1.000 cilindradas (de 7% para zero) e de 50% sobre carros entre 1.000 e 2.000 cilindradas (de 13% para 6,5% para carros a gasolina e de 11% para 5,5% para carros a álcool/flex). Redução semelhante de alíquotas também se aplicou aos veículos do tipo picape do segmento de comerciais leves.

A adoção de tais medidas teve por escopo incentivar a demanda por automóveis de forma a provocar a reabilitação do setor automotivo, fortemente afetado pela crise econômica desencadeada em 2008. Conforme revela o estudo, segundo dados da Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores (Anfavea), as vendas internas de automóveis e comerciais leves, sofreram redução de quase 49% entre julho e novembro de 2008, sendo que, em dezembro, quando as alíquotas do IPI de automóveis foram reduzidas,

iniciou-se uma recuperação do setor a ponto de, no primeiro semestre de 2009, as vendas de veículos terem superado o patamar do mesmo período de 2008, chegando a bater recorde para os meses de março e junho de 2009.

De acordo com o método de estudo adotado pelo Ipea para se estimar a parcela do aumento das vendas que poderia ser atribuída ao IPI mais barato, os resultados apontaram que a desoneração contribuiu com 13,4% do total dos veículos vendidos ao longo do primeiro semestre de 2009, ou seja, de um total de 1.422 veículos vendidos, 191 foram atribuídas à redução do IPI, conforme pode ser verificado pelo gráfico abaixo extraído da referida nota.

Vendas mensais de veículos atribuídas ao IPI reduzido (em mil unidades)



Fonte: Anfavea. Elaboração: Ipea/Dimac

6.2. Impactos na arrecadação. Reflexos nos demais tributos

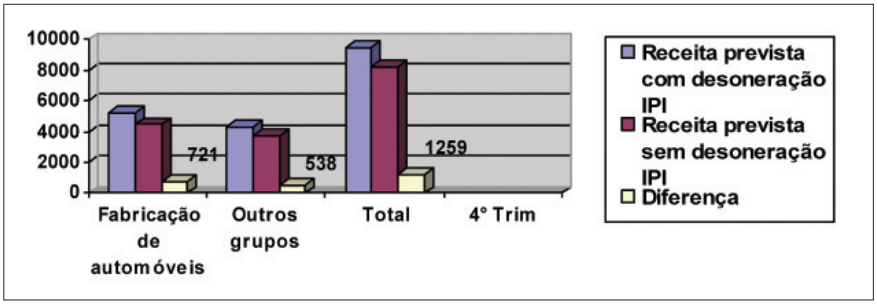
À vista dos resultados apurados é possível concluir que a adoção da medida de cunho extrafiscal gerou efeitos positivos no que tange ao aumento da comercialização de veículos, contudo, de posse do quantitativo estimado de veículos comercializados em decorrência do estímulo gerado com a adoção da medida, faz-se necessário analisar se houve resultado positivo com relação aos principais objetivos almejados, que foram: evitar desemprego, o desaquecimento da economia e reverter a trajetória de queda brusca da arrecadação que vinha se configurando ao longo do ano de 2008.

Nesse sentido, a Nota também revela a análise decorrente do estudo realizado acerca dos impactos ocorridos sobre a arrecadação e sobre o emprego no país. Dados da Receita Federal apontaram que, de janeiro a junho de 2009, a desoneração do IPI de automóveis resultou numa renúncia fiscal de R$ 1.817 milhões. Contudo, conforme bem esclarece a Nota, uma análise do custo da política de desoneração deve considerar que sem a redução de alíquotas, as vendas de veículos e também a receita de outros impostos teriam sido menores. Por isso, uma análise mais adequada do custo da desoneração deveria levar em conta o volume total desonerado (R$ 1.817 milhões) descontado da contribui-

ção positiva que o IPI reduzido teve sobre a arrecadação dos demais impostos. E dessa forma foi feita, conforme método demonstrado na nota.

Procurou-se obter uma estimativa da arrecadação de impostos relacionados à cadeia automobilística no cenário sem desoneração do IPI e outra estimativa considerando o contexto de desoneração. Quanto aos impostos e contribuições, foram considerados o Programa de Integração Social (PIS), a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), o Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), o Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), o imposto de importação e o IPI, sem incluir a parcela que é o objeto de estudo, o IPI de automóveis.

A diferença obtida entre a previsão de receita com as vendas de veículos ocorridas e a previsão com a estimativa de vendas no cenário sem desoneração do IPI foi interpretada como a contribuição do IPI reduzido sobre a receita dos demais impostos, conforme demonstrado no gráfico a seguir:



Fonte: Secretaria da Receita Federal / Elaboração: Ipea/Dimac

Observa a nota que o fundamento para a adoção do método utilizado está no fato de que, para avaliar os efeitos de uma medida de desoneração, há que se considerar o cenário hipotético em que esta não tivesse ocorrido.

Conforme demonstrado no gráfico acima, a despeito da queda real de arrecadação na cadeia automobilística, estima-se que, sem a desoneração do IPI de automóveis, a arrecadação dos principais tributos federais no primeiro semestre seria menor em R$ 1.259 milhões.

Há que se ressaltar que não foram considerados os efeitos sobre o ICMS, cuja alíquota gira em torno de 12%. Dessa forma, utilizando-se o mesmo método, provavelmente, caso fossem incluídos os efeitos sobre o ICMS, chegariam a uma compensação maior, ou seja, o custo da desoneração do IPI sobre os automóveis certamente foi menor ainda.

7. Conclusão

A dinâmica do mundo globalizado caracteriza-se por um ágil processamento da informação em diversos planos e que imprime igual rapidez ao processamento de novas tecnologias, de relações econômicas, de investimentos científicos e financeiros, da difusão de culturas, costumes etc. A agilidade desse processamento vem requerendo do Estado respostas cada vez mais rápidas, seja em função de se adaptar a novas tecnologias e a mudanças sociais e econômicas, seja em função de estar preparado para o enfrentamento das mazelas advindas do mundo globalizado, que veio relativizar consideravelmente o conceito de fronteiras territoriais, diante do ambiente virtual, atualmente a principal via de propagação de tudo o que se pode imaginar.

Nesse sentido, o uso da extrafiscalidade tributária tem se demonstrado eficaz como bom instrumento à disposição do Estado para agir com considerável rapidez sob o escopo de atingir objetivos outros que não os puramente arrecadatórios, conforme demonstraram os dados apurados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), ao pesquisar os impactos da redução de alíquotas do IPI concedida para o setor automotivo.

É possível inferir, portanto, que, apesar do que pregam os defensores fervorosos do Estado Liberal, o Estado deve intervir na medida certa sempre que seus meios justifiquem fins coerentes e adequados ao bem estar da sociedade. As recentes crises econômicas, que se alastraram rapidamente por todo o mundo, vêm exigindo a união de forças de vários Estados, de continentes, de blocos econômicos e, sobretudo, da sociedade. É preciso que o cidadão tenha uma atitude proativa, participativa e vigilante, de forma a também contribuir para o debate que se instale tanto para a adoção da medida governamental mais adequada, mas também para a crítica e avaliação de seus resultados.

Nesse diapasão, os resultados divulgados pela Nota Ipea trazem dados reais que servem de subsídios para a sociedade e o para o próprio Estado prosseguirem com o debate acerca da redução da carga tributária brasileira, atualmente uma das mais altas do mundo. A pesquisa realizada pelo Instituto, apesar do pequeno universo analisado (setor automobilístico), deixou claro que a redução das alíquotas, apesar de plena crise econômica, foi compensada pelo estímulo ao consumo que, por sua vez, refletiu-se em diversos segmentos, evitando o desemprego em massa e a própria queda brusca da arrecadação que se projetavam, revelando que há margem para adoção de medidas idênticas em outros setores e que provavelmente deverão reverter em ganhos para a sociedade, promovendo uma maior distribuição de renda, a partir de uma tributação menos regressiva, caminhando no sentido de alcançarmos maior justiça social.

8. Notas

[1] Aluno do 10º período do Curso de Direito da Universidade Candido Mendes – Centro.

[2] O presente artigo deriva da monografia de graduação apresentada no Curso de Direito da Ucam – Centro em junho de 2012, intitulada "A Extrafiscalidade Tributária Num Contexto de Crise Econômica Globalizada".

[3] CHESNEAUX, Jean. Modernidade-Mundo. Rio de Janeiro: Vozes, 1995.

[4] PUGLIESI, Fábio. Contribuinte e administração tributária na globalização. Curitiba: Juruá, 2010, p. 15.

[5] BRASIL. A adaptação dos sistemas tributários à globalização. Disponível em: <http:www.receita.federal.gov.br>. Acesso em 20 out. 2011.

[6] VENÂNCIO FILHO, Alberto. A Intervenção do Estado no Domínio Econômico. Ed. fac-similar de 1968. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-4.

[7] BERTI, Flávio de Azambuja. Impostos: extrafiscalidade e não-confisco. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 176.

[8] GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

[9] MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito Econômico. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

[10] CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Reflexões sobre o papel do Estado frente atividade econômica. Revista Trimestral de Direito Público, n. 20, 1997.

[11] BERTI, Flávio de Azambuja. Impostos: extrafiscalidade e não-confisco. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 176.

[12] Idem.

[13] Idem.

[14] Idem.

[15] BALEEIRO, Aliomar apud BERTI, Flávio de Azambuja. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 576.

[16] BERTI, Flávio de Azambuja. Impostos: extrafiscalidade e não-confisco. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 176.

[17] FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. A extrafiscalidade e a concretização do princípio da redução das desigualdades regionais. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

[18] Idem.

[19] IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. PNAD 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatitica/população/trabalhoerendimento/pnad2007/sintese/tab1_2_5.pdf. Acesso em 21 abr. 2012.

[20] FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. A extrafiscalidade e a concretização do eprincípio da redução das desigualdades regionais. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

[21] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1996. p. 9-45.

[22] Idem.

[23] FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. A extrafiscalidade e a concretização do princípio da redução das desigualdades regionais. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

[24] IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada. Diretoria de Estudos Macroeconômicos. Nota Técnica. Impactos da redução do imposto sobre produtos industrializados de automóveis. Brasília, 2010.

9. Referências Bibliográficas

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Tributário na Constituição e no STF. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

BERTI, Flávio de Azambuja. Impostos: extrafiscalidade e não-confisco. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1996.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 out 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e Institui Normas Gerais de Direito Tributário Aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/codtributnaci/ctn.htm>. Acesso em: 21 fev 2012.

_____. A adaptação dos sistemas tributários à globalização. Disponível em: <http:www.receita.federal.gov.br. Acesso em: 20 out. 2011.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Reflexões sobre o papel do Estado frente atividade econômica. Revista Trimestral de Direito Público, n. 20, 1997.

CHESNEAUX, Jean. Modernidade-Mundo. Rio de Janeiro: Vozes, 1995

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. A extrafiscalidade e a concretização do princípio da redução das desigualdades regionais. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. PNAD 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatitica/população/trabalhoerendimento/pnad2007/sintese/tab1_2_5.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2012.

IPEA — Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada. Diretoria de Estudos Macroeconômicos. Nota Técnica. Impactos da redução do imposto sobre produtos industrializados de automóveis. Brasília, 2010.

MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito Econômico. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

PUGLIESI, Fábio. Contribuinte e administração tributária na globalização. Curitiba: Juruá, 2010.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. A intervenção do Estado no domínio econômico. Ed. fac-similar de 1968. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-4.

Caso Omar Al Bahir: um precedente que se abre no Sistema Jurídico Brasileiro

*Priscila Fett**

Introdução

O objetivo do presente artigo é avaliar, a partir da análise do pedido de cooperação e auxílio judiciário expedido pelo Tribunal Penal Internacional (TPI) para a detenção e entrega de Omar Al Bashir — presidente do Sudão —, de que forma o Brasil poderá cumprir com o compromisso internacional firmado a partir da ratificação do Estatuto de Roma, em 20 de junho de 2002.

Em quinze anos de funcionamento do Tribunal, este é o primeiro pedido cooperacional dirigido ao Brasil. Trata-se de um marco na história jurídica brasileira, uma vez que a exigência de uma situação fática requer, em definitivo, que o ordenamento jurídico doméstico adote as previsões que permitam adequar-se às demandas internacionais, neste caso, a feita pelo TPI.

Portanto, o que se pretende com esse artigo é sugerir medidas práticas para adequar o sistema jurídico brasileiro às demandas do TPI e assim possibilitar a cooperação.

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2013/18) n.18: 317-337 - UCAM (Rio de Janeiro)

1. Tribunal Internacional

1.1. Histórico

Como legado da Segunda Guerra Mundial, as massivas violações de direitos humanos perpetradas por representantes dos Estados exigiram um novo entendimento no que diz respeito à responsabilização individual daqueles que violaram tais direitos como se o Estado fossem.[1]

Com a instituição do Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg pelo Acordo de Londres, em 8 de agosto de 1945, tal entendimento foi firmado. O referido Tribunal, de caráter não permanente, foi criado com o fim de julgar os agentes públicos que, agindo em nome do Estado e se valendo da sua força material, cometeram crimes bárbaros durante o período da guerra.[2]

Passados quase sessenta anos, o Tribunal Penal Internacional veio suprir a necessidade de se instituir uma jurisdição penal internacional permanente, tendo como mesmo objetivo a persecução de criminosos violadores dos direitos humanos,[3] sendo irrelevante a qualidade oficial desses.

1.2. TPI como Tribunal de Direitos Humanos

A criação do TPI deu fôlego novo à comunidade internacional no que diz respeito à necessidade de garantir e proteger os direitos humanos. O novo Tribunal entrou para o rol dos mecanismos internacionais protetivos e assecuratórios dos *ius gentium*, como bem indica o preâmbulo e o artigo 1º do Estatuto de Roma:

> Tendo presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade [...] decididos a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes [...] Artigo 1º. É criado pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional. O tribunal será uma intuição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional [...]

Nesse sentido, André de Carvalho Ramos ensina que a "*persecução penal é considerada um dever fundamental do Estado, especialmente necessária para a prevenção de crimes contra os direitos humanos, na medida em que os violadores de direitos humanos não mais terão a certeza da impunidade*".[4] Dessa maneira, o TPI só vem a somar na empreitada da persecução penal internacional, pois, atuando de forma complementar aos Estados, não admite a impunidade de crimes dessa natureza.

Tendo em vista o caráter de tribunal penal internacional de direitos humanos conferido ao TPI, cumpre observar que o Brasil corrobora tal entendimento, uma vez que ao ratificar o Estatuto de Roma, em 20 de junho de 2002, concretiza sua ambição consubstanciada no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que previa que "*o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos*". [5]

1.3. Competência

A competência do TPI é definida no artigo 5º do Estatuto de Roma, o qual estabelece como passíveis de sua jurisdição os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão.

Tais crimes são considerados crimes internacionais sujeitos à jurisdição universal, isto é, passíveis de serem processados e julgados em qualquer país. A esse respeito, a Câmara Criminal da Corte de Cassação asseverou no caso *Barbie* que os "*crimes contra a humanidade não são apenas da alçada do direito interno francês, mas também de uma ordem repressiva internacional*".[6]

No tocante ao exercício da competência do TPI deve-se frisar que este é condicionado ao princípio de complementaridade,[7] o qual estabelece que o Tribunal somente exercerá suas funções nos casos em que o Estado onde foi cometido o crime se mostrar omisso ou incapaz de apurar e processar os fatos. Desse modo, cabe ao Estado a jurisdição primária.

Do princípio da complementaridade, como bem informa Philippe Kirsch, depreende-se um efeito colateral: a fim de que a competência para o julgamento dos crimes previstos no artigo 5º do Estatuto de Roma não seja avocada pelo TPI, caberá aos Estados instrumentalizar sua legislação nacional de forma adequada para que possam cumprir efetivamente com a sua responsabilidade primária.[8]

1.4. Soberania

Muito se discute acerca de uma possível erosão da soberania dos Estados quando da criação e funcionamento de tribunais internacionais. Mas é importante salientar que esse receio, no entendimento de Antonio Cassese, é mais aparente do que real.[9]

Como é bem sabido, a atuação do TPI é complementar e ele não possui força coercitiva para fazer valer suas decisões, uma vez que não dispõe de uma polícia judiciária para fazer cumprir mandados de prisão, buscas e apreensões, citação, dentre outras medidas decorrentes do seu trabalho jurisdicional. Nesse

sentido, cabe aos órgãos jurisdicionais estatais auxiliarem o trabalho do TPI através da cooperação jurídica, pois são eles os detentores do poder de coerção, «*esse poder permanece nas mãos dos Estados soberanos*".[10].

Portanto, os debates acalorados acerca desse pretenso enfraquecimento da soberania, além de não terem fundamento concreto como provado anteriormente, tornam-se empecilhos para uma cooperação penal internacional frutífera. Segundo Cassese (2004), não há com o que se preocupar, uma vez que "*o Estado soberano ainda continua vigoroso; ele ainda é uma espécie de Deus imortal; ele ainda tem em suas mãos a espada e não tem nenhuma intenção de entregá-la às instituições internacionais*".[11]

1.5. Cooperação vertical e horizontal

A cooperação horizontal é a que se opera entre duas jurisdições igualmente soberanas e independentes (Estado-Estado). Em determinadas situações, tal cooperação se vê engessada pelo princípio vestfaliano de soberania, o qual impossibilita a concessão de um pedido de extradição, por exemplo. Com certa frequência, atrelada à questão da soberania estão algumas discretas divergências políticas[12] entre Estados, bem como a falta de confiança mútua no que diz respeito ao *due process of law* a ser aplicado ao extraditando pelo Estado requerente. Tais fatores acabam por contribuir negativamente para a concessão do pedido citado.

Já a relação Estado-TPI é traduzida pela cooperação vertical. Nesse caso, não há que se falar em submissão a uma outra jurisdição igualmente soberana, mas a um tribunal internacional instituído a partir do esforço conjunto de diversos Estados.[13] Entenda-se com isso que, a submissão, nesse caso, é a órgão julgador que engloba a jurisdição nacional por ter-se a ele voluntariamente submetido quando da subscrição e ratificação do Estatuto de Roma.

Cumpre ressaltar que, no que diz respeito ao paradigma da confiança entre Estado e TPI, sendo o Tribunal uma corte que visa proteger os direitos humanos, o Estatuto de Roma conta com uma série de garantias do devido processo legal e da imparcialidade tanto do julgador quanto do órgão acusador.[14] Eis, então, mais uma fonte motivadora para a livre e desimpedida cooperação vertical.

2. Caso Omar Al Bashir

2.1. Denúncia

Em 2004, através da Resolução 1564 do Conselho de Segurança (CS), a Organização das Nações Unidas (ONU) instituiu uma Comissão Internacional

de Inquérito para apurar as denúncias sobre violações de direitos humanos ocorridas em Darfur. Concluído o trabalho, a Comissão enviou um relatório ao CS, em janeiro de 2005, no qual alertava para a existência de evidências factuais de que crimes de guerra e contra a humanidade foram cometidos na região. Por esse motivo, ao fim do relatório, a Comissão julgou pertinente sugerir ao Conselho de Segurança que levasse o caso ao TPI.[15]

Com base nas conclusões do referido documento, e respaldado pelo artigo 13, *b*, do Estatuto de Roma, o Conselho de Segurança ofereceu denúncia ao Procurador do TPI através da Resolução 1593, conforme se verifica no trecho abaixo:

> The Security Council, taking note of the report of the International Commission of Inquiry on violations of international humanitarian law and human rights law in Darfur, determining that the situation in Sudan continues to constitute a threat to international peace and security, Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations,1.Decides to refer the situation in Darfur since 1 July 2002 to the Prosecutor of the International Criminal Court.(grifo nosso)

Após recebida a denúncia, o caso foi analisado à luz do artigo 5º do Estatuto de Roma, tendo sido atribuída ao presidente do Sudão, Omar Al Bashir, a responsabilidade por crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

2.2. A competência do TPI para o caso Omar Al Bashir

Em matéria publicada na *Folha de São Paulo Online*, em 14 de julho de 2008, o vice-presidente do Sudão, Mohammed Taha, alegou que o TPI não tem autoridade sobre o país e suas instituições, uma vez não ser o Sudão signatário do Estatuto de Roma. Dessa forma, o Procurador do Tribunal não teria competência para julgar cidadãos sudaneses.[16]

A essa posição, no entanto, contrapõem-se vários argumentos. Em primeiro lugar, a tragédia de Darfur, pelas suas características e magnitude, está perfeitamente tipificada no Estatuto de Roma como sendo da competência do TPI.

Em segundo lugar, o Sudão não é signatário do Estatuto de Roma, mas é signatário da Carta das Nações Unidas. Desse modo, como membro da ONU, deve cumprir e executar as decisões do Conselho de Segurança conforme reza o artigo 25 da Carta.[17]

Nesse sentido, a Resolução 1593 do Conselho de Segurança, após classificar a situação em Darfur como uma potencial ameaça à paz e à segurança

internacionais, impõe aos Estados, em especial ao governo do Sudão, o dever de cooperar com o TPI, nos termos transcritos abaixo:

> The Security Council,2. Decides that the Government of Sudan and all other parties to the conflict in Darfur, shall cooperate fully with and provide any necessary assistance to the Court and the Prosecutor pursuant to this resolution and, while recognizing that States not party to the Rome Statute have no obligation under the Statute, urges all States and concerned regional and other international organizations to cooperate fully. (grifo nosso)

Conclui-se, então, que o fato de o Sudão não ter aderido formalmente ao Estatuto de Roma não o exime do dever de cooperar com o Tribunal, como determinou o CS, e não desclassifica a competência do TPI.[18]

2.3. O mandado de detenção e o pedido de detenção e entrega

Tendo recebido a denúncia, bem como reunido material comprobatório suficiente, o procurador do TPI requisitou ao Juízo de Instrução, em 17 de agosto de 2008, a emissão do competente mandado de detenção, com base no art. 58, 1 do Estatuto de Roma.[19] Após análise de documento adicionais, o Juízo de Instrução emitiu, em 4 de março de 2009, mandado de detenção em nome de Omar Al Bashir.

Tendo em vista a necessidade de se valer da cooperação dos Estados a fim de que seus mandados fossem cumpridos, a Secretaria do TPI enviou pedidos de cooperação judicial a todos os Estados-Partes, bem como aos membros permanentes do Conselho de Segurança e ao Sudão.[20]

3. Supremo Tribunal Federal

No tocante ao Brasil, o pedido de cooperação internacional e auxílio judiciário formulado pelo TPI referente à detenção e entrega de Omar AL Bahisr foi protocolado junto ao STF em 16 de julho de 2009. Na ausência do Presidente do Tribunal, Gilmar Mendes, e do seu substituto regimental, o Ministro Celso de Mello, aplicando o art. 37, I do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) proferiu o despacho referente à Petição 4.625-1.

Em virtude da obrigação internacional contraída pelo Brasil quando da ratificação daquele documento, viu-se a necessidade de dotar a legislação interna das ferramentas necessárias à aplicação das previsões do tratado. Nesse sentido, cumprindo com o estabelecido no artigo 88 do Estatuto de Roma, o Presidente da República enviou ao Congresso Nacional, por meio da Men-

sagem nº 700, de 17 de setembro de 2008, o Projeto de Lei nº 4638/2008,[21] que se encontra atualmente sob a apreciação da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que

> Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências.

A relevância da incitativa do Poder Executivo brasileiro reside no fato de, não apenas permitir ao Estado cumprir fielmente com a sua obrigação internacional, mas também dotá-lo da capacidade de exercer sua jurisdição primária no tocante aos crimes previstos no Estatuto de Roma.

Não obstante a existência de um projeto de lei em andamento, o crime de genocídio já encontra respaldo direto e indireto no ordenamento jurídico brasileiro. No âmbito constitucional, o art. 3º estabelece como "*objetivo da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos de forma equitativa, independente da etnia ou raça*". O artigo 4º frisa, ainda, que dentre os princípios constitucionais responsáveis por reger as relações internacionais do País, encontra-se o "*o repúdio (...) ao racismo*".[22]

Ademais, o Código Penal brasileiro[23] prevê desde 1984, em seu artigo 7º, o crime de genocídio cometido por brasileiro ou domiciliado no Brasil, o qual estabelece que "*ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I — os crimes: d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;*".

Feitas tais considerações, o Ministro Celso de Mello suscitou algumas questões referentes à compatibilidade entre alguns dispositivos do Estatuto de Roma e a Constituição Federal brasileira que poderiam inviabilizar a cooperação vertical entre o Brasil e o TPI. Esses questionamentos foram encaminhados à Procuradoria Geral da República em 3 de agosto de 2009, para que através de um parecer fosse delineado um *modus operandi* claro e eficaz para as relações cooperacionais Brasil-TPI. Tal parecer encontra-se, ainda, em fase de elaboração.[24]

4. Questões preliminares

4.1. Entrega versus Extradição

Segundo André de Carvalho Ramos,

> A extradição, instituto tradicional da cooperação judicial internacional, possui limites bem assentados em nossa Constituição, na lei interna e na jurisprudência do STF.

> Equiparar a entrega (*surrender*) à extradição pode acarretar a impossibilidade de o Brasil cumprir seus deveres de cooperação com o Tribunal Penal Internacional .[25] (grifo nosso)

O próprio Estatuto de Roma se encarrega de fazer a distinção entre os dois institutos, como se pode ver no artigo 102:

> Para os fins do presente Estatuto:a) Por entrega entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal, nos termos do presente Estatuto; b) Por extradição entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado, conforme previsto num tratado, numa convenção ou no direito interno. (grifo nosso)

O instituto da extradição (*tradere*) é entendido como o processo fundado em um tratado internacional, no costume ou na promessa de reciprocidade, estando devidamente regulamentado na lei interna,[26] através do qual um Estado requer a outro a entrega de uma pessoa foragida daquele e que esteja sendo processada ou já condenada em razão de crime.[27]

Sua natureza jurídica é a de instrumento processual de cooperação internacional na luta contra o crime, sob a forma tradicional de cooperação judicial, entenda-se, cooperação horizontal entre Estados soberanos.[28]

Já o instituto da entrega — ainda sem previsão no ordenamento jurídico pátrio — é utilizado no caso específico de cumprimento de ordem de organização internacional de proteção de direitos humanos, como é o caso do TPI.[29] Sua natureza jurídica é a de instrumento processual de cooperação internacional vertical, utilizado entre um Estado e uma organização internacional, onde a relação travada entre ambos é de extensão de jurisdição, isto é, a jurisdição do TPI deve ser entendia como a continuidade da jurisdição nacional.

4.2. Entrega de nacionais

Não obstante o fato de o pedido efetuado pelo TPI não envolver a entrega de um nacional, o tema é de grande relevância, uma vez que, submetido ao Estatuto de Roma, o Brasil tem o dever de entregar seu nacional quando solicitado.

Essa hipótese gera bastante desconforto e insegurança internamente, tendo em vista que a Constituição Federal brasileira expressamente estabelece em seu artigo 5º, LI, que "*nenhum brasileiro será extraditado [...]*". (grifo nosso)

Apesar das diferenciações feitas anteriormente, as quais comprovam nitidamente se tratarem de institutos diferentes, muitos doutrinadores e legisladores

acreditam que o dispositivo citado pode ser um empecilho para a cooperação brasileira com o TPI.

A previsão de tal artigo na Constituição brasileira deve-se à tradição romano-germânica arraigada no nosso ordenamento jurídico que busca proteger seus cidadãos contra eventuais acusações e processos no exterior, impedindo a ingerência estrangeira em assuntos domésticos. Tal regra é a "*expressão típica da comunidade internacional da Westphalia, uma comunidade de Estados soberanos que desconfiam uns dos outros, desprovidos de valores universais*".[30]

Atualmente, a comunidade internacional partilha de valores comuns, valores universais, como o respeito e a prevalência dos direitos humanos imposto, o que faz dessa previsão uma relíquia, não condizente com a realidade.[31]

Nesse sentido, a Constituição Federal alemã (*Grundsgezets*)[32] foi emendada em 2000 a fim de adaptá-la à nova ordem, substituindo a proibição de extradição de nacional e possibilitando a efetivação de tal procedimento em caso de extradição requerida por um Estado Membro da União Europeia ou a outro tribunal de justiça internacional.[33] Observe-se que o texto constitucional alemão não tem a preocupação em distinguir extradição de entrega, tratando o instituto da entrega como se extradição fosse. No entanto, independentemente da nomenclatura utilizada, a Alemanha passou a admitir a entrega de seus nacionais ao TPI.

A Carta constitucional brasileira não pode, portanto, ser utilizada nem para obstruir o funcionamento do Tribunal Penal Internacional, tampouco para descumprir as obrigações internacionais e nem para colaborar com a impunidade.

5. Questionamentos suscitados pelo Ministro Celso de Mello

5.1. Competência originária para os pedidos de entrega

O instituto da extradição, por exemplo, encontra-se consagrado no artigo constitucional 102, I, *g* e no artigo 6, I, *f* do RISTF, os quais atribuem ao STF a competência originária para a sua apreciação.

O seu processamento se dá, inicialmente, de forma administrativa quando do recebimento do pedido diplomático do Estado estrangeiro pelo Ministério das Relações Exteriores. Este encaminha a solicitação de extradição ao Ministério da Justiça o qual, por sua vez, a repassa ao STF através do Aviso Ministerial de Solicitação de Medida de Extradição.[34]

Uma vez no STF, o pedido extradicional é submetido a um juízo de delibação. Trata-se de uma análise feita a partir das exigências mínimas existentes na lei brasileira (ordem pública, soberania e bons costumes), sem que seja realizada

qualquer apreciação de mérito do processo estrangeiro.[35] Feita essa análise, a extradição será autorizada ou não.

No caso da entrega, qual seria a melhor opção?

O Projeto de Lei 4638/2008 faz constar no artigo 99 que a cooperação com o TPI independe de homologação ou *exequatur*. Nesse sentido, sendo a homologação[36] um procedimento de competência originária do STJ, o qual confere eficácia interna à sentença estrangeira, esta, explica Ramos, não pode ser aplicada às decisões do TPI, pois "*sendo o Tribunal Penal Internacional uma organização internacional com personalidade jurídica de direito internacional, sua decisão tem natureza jurídica de decisão de organização internacional*" o que explica o fato de a "*decisão de uma organização internacional não encontrar identidade em uma sentença judicial oriunda de um Estado estrangeiro*".[37]

Ramos explica, ainda, que as ordens do TPI (pedido de entrega e outros atos de cooperação) também não são passíveis de concessão de *exequatur*, pois possuem a natureza de decisões judiciais de cunho interlocutório,[38] além de não provir de tribunal estrangeiro, mas de organização internacional.

Sendo a entrega o principal ato de cooperação com o TPI, e, portanto, não um ato de extradição, a ela não se aplica a competência do STF. A doutrina entende que as previsões do artigo 102 da Constituição Federal referentes às competências originárias do Excelso Pretório "*são numerus clausus e não pode ser ampliada, a não ser por reforma constitucional*".[39]

O conceituado jurista sugere, então, que a competência para o conhecimento do pedido cooperacional do TPI seja da Justiça Federal. Segundo ele, "*a própria Constituição*[40] *estabelece que compete aos juízes federais processar e julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismos internacional, que vem justamente ser o caso*".[41] Nesse sentido, caberá ao juiz federal de 1ª instância conhecer do pedido e, sem que seja feita qualquer análise de mérito, dar cumprimento à determinação do Tribunal.

5.2. Possibilidade de entrega em casos de prisão perpétua

O capítulo VII do Estatuto de Roma destina-se a tratar das penas aplicáveis aos crimes previstos no tratado. Dentre as suas disposições, o artigo 77, 1, *b* é controverso na medida em que estabelece "*pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado a justificarem*".

A presença do referido artigo justifica-se pelo fato de ter-se buscado alcançar um consenso quando da elaboração do Tratado de Roma. Muitos Estados não aceitavam o fato de a Corte estabelecer penas mais brandas que suas próprias legislações. Dessa forma, não tendo sido contemplada a pena de morte, o

requisito para alcançar o tão buscado consenso era incluir a pena de prisão perpétua no rol de penalidades.[42]

A prisão perpétua conta com o artigo 110, 3, que prevê o seu reexame pelo Tribunal após terem sido cumpridos vinte e cinco anos de pena. Tal reexame pode decidir pela redução da pena, se preenchido um dos requisitos previstos nas alíneas, *a*, *b* e *c*.

O caráter controverso atribuído a tal disposição diz respeito ao fato de muitos juristas acreditarem ser incompatível com a Constituição brasileira, uma vez que o artigo 5º, XLVII, *b*, dispõe expressamente a proibição de pena de caráter perpétuo.

No entanto, o mesmo diploma legal prevê a possibilidade de aplicação de pena de morte no caso de guerra declarada, nos termos do artigo 5º, XLVII, *a*. Portanto, mais grave que a perpétua.[43]

Desse modo, no tocante à incompatibilidade, Cachapuz de Medeiros, citado por Souza, acredita que a vedação constitucional acerca da prisão perpétua deve ser dirigida apenas ao legislador interno, pois ela se refere "*aos crimes reprimidos pela ordem jurídica pátria, e não aos crimes contra o Direito das Gentes, reprimidos por jurisdição internacional*".[44] Sylvia Helena Steiner, também citada por Souza, partilha do mesmo entendimento de Medeiros, e acrescenta que o "*país se rege, no plano internacional, pela prevalência dos direitos humanos*",[45] o que implica o reconhecimento de que a previsão de pena perpétua na Constituição não pode ser um empecilho para a persecução penal dos crimes previstos no Estatuto de Roma.

Apenas a título ilustrativo, no que diz respeito à extradição, a prática adotada atualmente pelo STF quando da concessão de extradição nos casos de indivíduo condenado à prisão perpétua, tem sido a exigência de o Estado requerente assumir o compromisso de comutar a pena de prisão perpétua por pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil,[46] como bem comprova a decisão do Ministro Celso Mello no julgamento da Extradição 855:

> A extradição somente será deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75). (Ext 855, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-8-04, DJ de 1-7-05)

5.3. Imprescritibilidade dos crimes elencados no Estatuto de Roma

Segundo o disposto no artigo 29 do Tratado de Roma, "*os crimes da competência do Tribunal não prescrevem*". Eis, então, um outro impasse frente à previsão do artigo 5º, XLII e XLIV da Constituição brasileira, que estabelece como imprescritíveis apenas os crimes de racismo e aqueles relativos à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático.

No entanto, nada impede que esse rol não possa ser alargado, tanto por lei ordinária quanto por tratado internacional, pois como salienta Bahia, "*tanto garante os direitos fundamentais individuais a previsão da prescritibilidade (em relação ao autor do delito) quanto a de imprescritibilidade (em relação à vitima e à sociedade)*".[47]

O alargamento do rol justifica-se pela necessidade de não isentar aqueles que tenham cometido crimes bárbaros contra a humanidade, não importando o decurso do tempo. A Resolução 2391 (XXII) de 1968 da Assembleia Geral das Nações Unidas (AG)[48] reconheceu a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, e partir de então, nenhuma causa de extinção de punibilidade (*statutory limitation*) pode ser alegada em casos que envolvam tais tipos penais.

Desse modo, sendo o Brasil um país que rege suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, depreende-se que o País comunga do mesmo repúdio sinalizado pelo Estatuto de Roma em relação aos crimes do artigo 5º do referido tratado. Destarte, não se pode aceitar a prescritibilidade de crimes que violam frontalmente os direitos humanos.

5.4. Imunidade

A previsão no Estatuto de Roma quanto à irrelevância da qualidade oficial daquele que comete um dos crimes previstos no rol do artigo 5º é fruto do entendimento firmado no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 1945[49] e referendado pela AG, em 1946, através das Resoluções 3 e 95.

Dentre os chamados Princípios de Nuremberg consagrados no Estatuto, o artigo 7º estabelece que "*The official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment*" (grifo nosso). A partir de então, os Estados acordaram em afastar a tradicional imunidade dos agentes públicos, de modo a garantir a punição dos que tenham cometido crimes gravíssimos durante o período da Segunda Guerra Mundial.

É nesse contexto que o Estatuto de Roma encontrou respaldo para incluir o artigo 27 responsável por afirmar que o tratado será aplicado "*de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial*" a qual "*em caso algum eximirá a pessoa em causa da responsabilidade criminal (...) nem constituirá de* per se *motivo de redução de pena*".

O Ministro Celso de Mello em seu despacho suscita o debate acerca do referido artigo, apontando aqueles que notadamente invocam

> [...] o modelo de Westphalia, implementado a partir de 1648, sustenta a tese de caráter absoluto estatal, em oposição aos que não só conferem dimensão relativa à noção da soberania do Estado, mas sobretudo justificam a referida cláusula convencional a partir da ideia, hoje positivada no art. 4º, II, da Constituição brasileira, da prevalência dos direitos humanos.[50]

O Ministro vai além e cita a justificativa apresentada por Adriano Japiassú acerca da relevância da previsão contida no artigo em baila, o qual chama atenção para o fato de que

> [...] os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, de maneira geral, são cometidos por indivíduos que exercem determinada função estatal. Desta forma, a regra do artigo 27 do Estatuto de Roma busca evitar que aqueles se utilizem dos privilégios e das imunidades que lhes são conferidos pelos ordenamentos internos como escudo para impedir a responsabilização em face dos crimes internacionais.[51]

Na esteira desse entendimento, Flávia Piovesan afirma não se poder mais "*afirmar, no final do século XX, que a forma pela qual o Estado trata seus cidadãos está imune a qualquer responsabilização internacional. Não mais se poderia afirmar no plano internacional que* ***the king can do no wrong***".[52] (grifo nosso)

Por fim, cumpre salientar que o entendimento acerca da irrelevância da qualidade oficial encontra aplicação prática, como comprova a decisão do Tribunal para ex-Iugoslávia no julgamento de Slobodan Milosevic em que se asseverou:

> He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the State if the State in authorizing action moves outside its competence under international law […] More recently in the Pinochet case, the House of Lords held that Senator Pinochet was not entitled to immunity in respect of acts of torture and conspiracy to commit torture.[53] (grifo nosso)

5.5. Indeterminação das penas

O artigo 77 responsável por elencar as penas a serem aplicadas não o fez de forma clara na medida em que não foi possível estabelecer penas específicas para cada crime previsto no tratado. Desse modo, acredita-se que o Estatuto de Roma tenha pecado pela generalidade com que foi abordado o tema, suscitando certa insegurança aos Estados-Partes.

No entanto, durante os debates acerca da elaboração do artigo, já havia se tornado claro que apenas uma abordagem modesta seria capaz de alcançar o consenso dadas as fortes divergências entre as Nações.[54]

Não obstante a imprecisão do dispositivo, tratando-se o TPI de uma organização internacional de direitos humanos, a qual conta com garantias do devido processo legal e da imparcialidade tanto do julgador quanto do órgão acusador, pode-se esperar que a aplicação das penas observará os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Nesse sentido, o próprio artigo 78 do Tratado de Roma informa que na "*determinação da pena, o Tribunal atenderá, em harmonia com o Regulamento Processual, a fatores como a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado*". (grifo nosso)

5.6. Recepção do Estatuto de Roma

Primeiramente, o artigo 120 do Estatuto de Roma estabelece expressamente não ser o tratado passível de reservas. Conclui-se, portanto que, uma vez devidamente ratificado, as previsões do Estatuto passam a valer como obrigatórias para os Estados-Partes.

Além disso, em virtude da dignidade da pessoa humana ser um dos fundamentos[55] da República Federativa do Brasil, e a prevalência dos direitos humanos um dos seus princípios,[56] a ratificação do Estatuto de Roma comprova o repúdio brasileiro aos tipos penais elencados no artigo 5º do referido documento.

Nesse sentido, Japiassú confirma tal entendimento ao afirmar que não haveria

> [...] qualquer incompatibilidade entre a Constituição e o Estatuto de Roma. Reforçando essa ideia, assegura-se que o princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos no plano internacional e que a pretensão em criar um Tribunal internacional de direitos humanos somente demonstram que não haveria nenhuma necessidade de

> ser feita qualquer alteração no texto constitucional para que o Brasil ratificasse o Estatuto.[57] (grifo nosso)

Destarte, a Constituição Federal procurou, ainda, incluir o § 4º, no artigo 5º, estabelecendo que "*o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão*".

6. Conclusão

Como visto anteriormente, o pedido de cooperação internacional e auxílio judiciário formulado pelo TPI — relativo à detenção e ulterior entrega de Omar Al Bashir — foi protocolado no STF em julho de 2009.

Em seu despacho, o Ministro Celso de Mello suscitou questões referentes à compatibilidade entre dispositivos do Estatuto de Roma e a Constituição brasileira, que poderiam inviabilizar a cooperação entre o Brasil e o TPI. Tais questionamentos foram encaminhados à Procuradoria Geral da República para que aquele órgão emita um parecer de cunho orientador para as relações de cooperação entre o Brasil e o TPI.

Em função dos pontos de dúvida levantados pelo ministro Mello, em relação à compatibilidade entre o Estatuto e a Constituição brasileira, pode-se afirmar que o caso Al Bashir estabeleceu um precedente no sistema jurídico nacional, ao requerer faticamente as necessárias adequações para tornar eficazes as relações com o TPI.

Embora a Procuradoria da República ainda não tenha emitido o seu parecer, é possível sugerir medidas práticas para adequar o sistema jurídico brasileiro às demandas do TPI e assim possibilitar a cooperação.

No tocante a não previsão pela Constituição Federal do instituto da "entrega (*surrender*)", mas apenas a extradição de estrangeiros, André de Carvalho Ramos ensina estar a extradição bem definida na lei interna e na jurisprudência do STF, não sendo conveniente equiparar os dois institutos. Desta sorte, a primeira medida a ser tomada seria dar-lhes tratamento distinto, aí incluindo um rito próprio e procedimentos mais céleres para o caso da "entrega" de estrangeiros.

Quanto à entrega de nacionais ao TPI, o assunto é mais controverso. Dal Maso, citado por Japiassú, considera que não há impedimento constitucional para essa conduta, uma vez que se trata de um procedimento em que o Brasil transfere determinada pessoa a uma jurisdição internacional que ele próprio ajudou a construir. Além disso, o princípio da complementaridade torna remota essa possibilidade, uma vez que caberá primariamente ao Brasil, como aos Estados democráticos de uma maneira geral, o julgamento dos seus nacionais.

Com relação à competência originária para os pedidos de entrega, sugere-se, como medida adequada, a submissão do pedido à Justiça Federal. Esta contará com um juiz federal de 1ª instância que conhecerá do pedido e, sem análise de mérito, dará cumprimento às determinações do TPI.

Quanto ao questionamento feito pelo Ministro em relação à pena de prisão perpétua, Cachapuz de Medeiros e Sílvia Steiner concordam que a vedação constitucional à prisão perpétua deve ser dirigida apenas ao legislador interno, não devendo englobar crimes reprimidos pela jurisdição internacional.

Sobre a imprescritibilidade dos crimes previstos no Estatuto, há um outro impasse diante da imprescritibilidade constitucional apenas dos crimes de racismo e ações de grupos armados contra a ordem constitucional Constituição brasileira. Neste caso, Bahia propõe que o rol pode seja alargado, por lei ordinária ou por tratado internacional.

No que se refere à pretensa imunidade de quem ocupa cargo público, a questão já foi pacificada pelo Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 1945 e pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1946, através das Resoluções 3 e 95. Dessa forma, o tratado deve ser aplicado a todas as pessoas, sem distinção.

Com relação ao questionamento da indeterminação das penas, tratando-se o TPI de uma organização internacional de direitos humanos, e que conta com garantias do devido processo legal e da imparcialidade tanto do julgador quanto do órgão acusador, é lícito esperar que a aplicação das penas observará os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Por último, se

- no art. 1º da CF, inciso III, está dito que a República Federativa do Brasil tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana,
- no art. 4º da CF, inciso II, está dito que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, e
- no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF, art. 7 está dito que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos, então, é forçoso concordar com Japiassú quando afirma que não há qualquer incompatibilidade entre a Constituição e o Estatuto de Roma.

7. Notas

* Mestre em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pesquisadora do Observatório de Direitos Humanos da Universidade Federal de Santa Catarina. Advogada.

1 RAMOS, A.C. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*, *in* CHOUKR, F. H.; AMBOS, K (Org.), "Tribunal Penal Internacional", São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 249.

[2] RAMOS, (2000).

[3] Artigo 5º. BRASIL. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, 2002* (Estatuto de Roma, 2002). Brasília, DF, 25 set. 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 03 abr. 2013.

[4] RAMOS, (2000, p. 258).

[5] BAHIA, S. J. C. *Problemas Constitucionais do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: o Caso Brasileiro, in* JAPIASSÚ, C. E. A.; AMBOS, K. (Org.), "Tribunal Penal Internacional: Possibilidades e Desafios", Rio de Janeiro, Lumen juris, 2005, p. 288.

[6] Cf. A. CASSESE, ""*Existe um conflito insuperável entre a soberania dos Estados*"", *in* A. CASSES; M. DELMAS-MARTY (Org.), "Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais", São Paulo, Manole, 2004, p. 13.

[7] Ver artigos 1º; 17, 1, alíneas *a* e *b* do Estatuto de Roma.

[8] KIRSCH, P. *A Corte Penal Internacional perante a Soberania dos Estados, in* CASSESE, A; DELMAS-MARTY, M. (Org.), "Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais", São Paulo, Manole, 2004, p. 28.

[9] CASSESE, A. *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*, São Paulo, Manole, 2004, p. 8.

[10]CASSESE, (2004).

[11] CASSESE, (2004, p.9).

[12] RODAS, J. G. *Entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional.* Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/textos/tpi_grandino.html>. Acesso em: 02 abr. 2013.

[13] MASO, T. D. *apud* JAPIASSÚ. *Possibilidades e Desafios de Adequação do Estatuto de Roma à Ordem Constitucional Brasileira*, *in* AMBOS; JAPIASSÚ (Org.), "Tribunal Penal Internacional: Possibilidades e Desafios", Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 205.

[14] RAMOS, (2000, p. 273).

[15] INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, ""*Case Information Sheet – The Prosecutor v. Omar Hassan Al Bashir*"" (ICCa), disponível em: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/08B26814-F2B1-4195-8076-B4D4026099EC/282213/bashirEng.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2013.

[16] Cf. FOLHA SE SÃO PAULO ONLINE. *Sudão rejeita competência legal do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em:< http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u422228.shtml>. Acesso em: 05 abr. 2013.

[17] Artigo 25 ""*Os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presença da Carta*"", UNIC Rio. *Carta das Nações Unidas (1945).* Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2013.

[18] INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *Statement of the Prosecutor on*

the Pre-Trial Chamber Decision on Application against Omar Al Bashir (ICCb). Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/716E2512-28C6-49F6-A3F8-22BD43F6C95/279935/040309BashirannouncementEN2.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2013.

[19] Artigo 58, 1 ""*A todo o momento após a abertura do inquérito, o Juízo de instrução poderá, a pedido do Procurador, emitir um mandando de detenção contra uma pessoa (...)*"", Estatuto de Roma (2002).

[20] Artigos 87, 1, *a* ""*O Tribunal está habilitado a dirigir pedidos de cooperação aos Estados-Partes (...)*"" e 89, 1 ""*O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa (...), a qualquer estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar (...)*"",Estatuto de Roma (2002).

[21] CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Atividade Legislativa. D*isponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=410747>. Acesso em: 02 abr. 2013.

[22] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Temas em matéria constitucional relevantes na atual conjuntura internacional.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/Respostas_Venice_Forum/3Port.pdf >. Acesso em: 02 abr. 2013.

[23] Art.7º do Código Penal incluído pela Lei nº 7.209/84.

[24] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acompanhamento Processual – Pet. 4625* (STFa, 2009). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 03 abr. 2013.

[25] RAMOS, (2000, p. 267-268).

[26] Ver Lei 6.815/80, artigos 76 ao 94.

[27]JAPIASSÚ, C. A. *Possibilidades e Desafios de Adequação do Estatuto de Roma à Ordem Constitucional Brasileira*, *in* AMBOS; JAPIASSÚ (Org.), "Tribunal Penal Internacional: Possibilidades e Desafios", Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 203.

[28] JAPIASSÚ, (2005, p. 204).

[29] RAMOS, (2000, p. 270).

[30] CASSESE, (2008, p.5)

[31] CASSESE, (2008, p.5).

[32] GRUNDSGEZETS, "*Article 16 [Citizenship, Extradition]: (2) No German may be extradited to a foreign country. The law can provide otherwise for extraditions to a member state of the European Union or to an international court of justice as long as the rule of law is upheld.*"" (grifo nosso). Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/icl/gm00000_.html>. Acesso em: 04 abr. 2013.

[33] FICHERA, M. *The European Arrest Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?*, European Law Journal, Vol. 15, No. 1, January 2009, p. 82.

[34]RAMOS, (2000, p. 269).

[35] RAMOS, (2000, p. 269).

[36] Artigo 105, I, *i* "*Compete a Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias.*"", BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988* (Constituição, 1998). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2013.

[37] RAMOS, (2000, p. 282-283).

[38] RAMOS, (2000, p. 283).

[39] RAMOS, (2000, p. 283).

[40] Artigo 109, III ""*Aos juízes federais compete processar e julgar: - as causa fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional.*"", Constituição, 1988.

[41] RAMOS, (2000, p. 283).

[42] KRESS, C. *Penas, Execução e Cooperação no Estatuto para o Tribunal Penal Internacional*, *in* CHOUKR; AMBOS (Org.), "Tribunal Penal Internacional", São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 128.

[43] BAHIA, (2005).

[44] MEDEIROS *apud* SOUZA. *Reservas ao Estatuto de Roma – Uma análise do direito de reservas aos tratados multilaterais e seus reflexos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional*, *in* JAPIASSÚ; AMBOS (Org.), "Tribunal Penal Internacional: Possibilidades e Desafios", Rio de Janeiro, Lumen juris, 2005, p. 105.

[45] STEINER *apud* SOUZA (2005).

[46]SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ""*Extradição*"" (STFb, 2006). Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/EXT.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2013.

[47] BAHIA, (2005, p. 290).

[48] ""*No statutory limitation shall apply to the following crimes: a) War crimes as they are defined in the Charter of the International Military Tribunal, Nuremberg (....) b) Crimes Against Humanity whether committed in time of war or in time of peace as they are defined in the Charter of the International Military Tribunal, Nuremberg.*"", UNITED NATIONS TREAY COLLECTION. *Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, 1968*. Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-6&chapter=4&lang=en>. Acesso em: 04 abr. 2013.

[49]Ver *Charter of the International Military Tribunal*. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp#art7>. Acesso em: 06 abr. 2013.

[50] STFa, (2009).

[51] STFa, (2009).

[52] PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e justiça Internacional*. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 39.

[53] INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, *Slobodan Milosevic case.* Disponível em <http://www.icty.org/x/cases/slobodan_milosevic/tdec/en/1110873516829.htm >. Acesso em: 04 abr. 2013.

[54] KRESS, (2000, p.126).

[55] Artigo 1º ""*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em estado democrático de direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.*"", Constituição, 1988.

[56] Artigo 4º ""*A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II- prevalência dos direitos humanos.*"", Constituição, 1988.

[57] JAPIASSÚ *apud* SOUZA, (2005, p. 105).

8. Referências Bibliográficas

BAHIA, S. J. C. Problemas Constitucionais do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: o Caso Brasileiro, In: C. E. A. JAPIASSÚ; K. AMBOS (Org.). Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 281-292.

BASIC LAW FOR THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY (Grundgesetz). Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/icl/gm00000_.html>. Acesso em 04 abr. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988 (Constituição, 1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2013.

BRASIL. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, 2002 (Estatuto de Roma, 2002). Brasília, DF, 25 set. 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em 03 abr. 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Atividade Legislativa. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=410747>. Acesso em: 02 abr. 2013.

CASSESE, A. Existe um conflito insuperável entre a soberania dos Estados. In: CASSES, A.; DELMAS-MARTY, M. (Org.). Crimes internacionais e jurisdições internacionais, São Paulo: Manole, 2004, p. 3-24.

CHARTER OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL. Disponível em: http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>. Acesso em: 06 abr. 2013.

CHOUKR, F. H.; AMBOS, K. Prefácio, In: CHOUKR; AMBOS (Org.). Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 5-13.

FICHERA, M. The European Arrest Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?, European Law Journal, vol. 15, n. 1, janeiro 2009, p. 82.

FOLHA SE SÃO PAULO ON LINE. *Sudão rejeita competência legal do tribunal Penal Internacional.* Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u422228.shtml>. Acesso em: 05 abr. 2013.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Case Information Sheet — The Prosecutor v. Omar Hassan Al Bashir (ICCa). Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/08B26814-F2B1-4195-8076-B4D4026099EC/282213/bashirEng.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2013.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Statement of the Prosecutor on the Pre-Trial Chamber Decision on Application against Omar Al Bashir (ICCb). Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/716E2512-28C6-49F6-A3F8-22BD43F6C95/279935/040309BashirannouncementEN2.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2013.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA. Slobodan Milosevic case. Disponível em <http://www.icty.org/x/cases/slobodan_milosevic/tdec/en/1110873516829.htm>, acesso 02 abr. 2013.

JAPIASSÚ, C. E. A. Possibilidades e Desafios de Adequação do Estatuto de Roma à Ordem Constitucional Brasileira, In: AMBOS; JAPIASSÚ (Org.). Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 199-222.

KIRSCH, P. A Corte Penal Internacional perante a Soberania dos Estados, In: CASSESE; DELMAS-MARTY (Org.). Crimes internacionais e jurisdições internacionais. São Paulo: Manole, 2004, p. 25-33.

KRESS, C. Penas, Execução e cooperação no estatuto para o Tribunal Penal Internacional, In: CHOUKR; AMBOS (Org.). Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 83-148.

PIOVESAN, F. Direitos Humanos e justiça Internacional. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAMOS, A. C. O estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira, In: CHOUKR; AMBOS (Org.). Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 245-290.

RODAS, J. G. Entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/textos/tpi_grandino.html>. Acesso em: 02.07.2010.

SOUZA, A. B. G. Reservas ao Estatuto de Roma — Uma análise do direito de reservas aos tratados multilaterais e seus reflexos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, In: JAPIASSÚ; AMBOS (Org.). Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 89-120.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Acompanhamento Processual — Pet. 4625 (STF a). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 03 abr. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Extradição (STFb), Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, Brasília, 2006.

UNIC Rio. Carta das Nações Unidas (1945). Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2013.

Ponderações sobre o regime diferenciado de contratação: legitimidade, procedimento, proveitos e inconveniências

Tainá Ribeiro Pellacani[1] *e Thayanne Borges Estelita*[2]

1. Introdução

O presente estudo visa analisar a adoção da Administração Pública pelo recente Regime Diferenciado de Contratação. Como uma opção milagrosa ao regime estabelecido através da Lei nº 8.666/93, esse tipo de contratação vem sendo largamente utilizado nas obras necessárias para realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

Torna-se adequado, em um primeiro momento, dissertar sobre a origem, legitimidade e inobservância de formalidades da Lei nº 12.462/11. Superados esses apontamentos, passa-se a analisar o procedimento desse Regime Diferenciado e sua comparação com a Lei Geral de Licitações e Contratos.

A partir de então, será possível ponderar os argumentos trazidos por estudiosos do Direito e por agentes públicos envolvidos no procedimento licitatório e analisar os proveitos e os prejuízos causados pela adoção desse regime tanto para a Administração Pública quanto para a população brasileira.

Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes 1676-1308 (2013/18) n.18: 339-353 - UCAM (Rio de Janeiro)

2. A origem e modificação da Lei no 12.462/11

Instituído pela Lei 12.462 de 04 de agosto de 2011, o regime diferenciado de contratação (RDC) teve origem na Medida Provisória nº 527/11. Essa medida Provisória foi baixada para alterar a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, bem como para alterar a legislação que disciplina a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero). Dessa forma, nada dispunha sobre o regime de contratação.

Entretanto, durante a tramitação dessa Medida Provisória na Câmara dos Deputados, foi apresentado projeto de conversão acrescentando as regras que regulam o RDC. Diante da aprovação de ambas as casas do Congresso Nacional, a Presidência da República sancionou a Lei 12.462/2011. Assim, estabeleceu-se o Regime Diferenciado de Contratação, que teoricamente, teria caráter temporário, pois seria aplicável somente para as licitações e contratos administrativos necessários à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, bem como das obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes desses eventos esportivos.

Todavia, essa lei já foi alterada, em seu art. 1º, para ampliar as hipóteses de aplicação desse Regime. Foram incluídas nesse rol as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), pela Lei nº 12.688 de 2012; e as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), pela Lei 12.745 de 2012. Houve também a inclusão, pela Lei 12.722 de 2012, do § 3º que determinou que "além das hipóteses previstas no *caput,* o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino". Sendo assim, percebe-se que, com essas alterações, a lei já não apresenta o caráter temporário que foi estabelecido, tacitamente, na promulgação da lei.

> A adoção do RDC não é obrigatória para a construção dos estádios, aeroportos e obras de infraestrutura. Fica a critério da Administração Pública optar pelo regime de contratação que lhe parecer mais conveniente, dentre a Lei nº 8.666/93 (empreitada), da Lei nº 8.987/95 (concessão e permissão de serviço público) ou da Lei nº 11.079/04 (parcerias público-privadas).[3]

O RDC tem por objetivos, estabelecidos no § 1º do art. 1º da Lei 12.462/11, ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; incentivar a inovação

tecnológica; e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

> Não há dúvida que, com a proximidade dos aludidos campeonatos mundiais, já com datas definidas, há necessidade de acelerar os procedimentos licitatórios, sob pena de ficarem inconclusas as obras necessárias a esse fim. Esse é o grande objetivo do RDC, resumido no inciso I do artigo 3º, com ideia de ampliar a eficiência.[4]

Em seu artigo 3º, a lei do RDC estabelece os princípios a serem observados por essa modalidade de licitação. Além dos princípios básicos da licitação constantes do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, a lei incluiu a esse rol de princípios o da economicidade e o do desenvolvimento nacional sustentável, sendo esse último também incluído, pela Lei nº 12.349/10, ao procedimento comum de licitação, regulado pela Lei nº 8.666/93.

> O princípio da economicidade, nos termos do artigo 70 da Constituição Federal de 1988, diz respeito a se saber se foi obtida a melhor proposta para a efetuação da despesa pública, isto é, se o caminho perseguido foi o melhor e mais amplo, para chegar-se à despesa e se ela fez-se com modicidade, dentro da equação custo-benefício.[5]

O princípio do desenvolvimento nacional sustentável está especificado no § 1º do artigo 4º e aduz que as contratações realizadas com base no RDC devem respeitar as normas relativas à: disposição final ambiental adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais; avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística; proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

3. O procedimento

O procedimento licitatório do RDC está disciplinado pelos artigos 12 a 28 da Lei 12.462/11. O artigo 12 dispõe sobre a ordem a ser observada pelo procedimento de licitação, sendo as fases citadas nos incisos, nesta ordem: preparatória; publicação do instrumento convocatório; apresentação de propostas ou lances; julgamento; habilitação; recursal; e encerramento. Ademais, o parágrafo único prevê a possibilidade, mediante ato motivado, da inversão de

determinadas fases da licitação, análogo à licitação regida pela Lei nº 8.666/93, ou seja, a fase da habilitação poderá anteceder a apresentação de propostas ou lances e a fase do julgamento.

A primeira fase é a preparatória, conhecida também como a fase interna da licitação. Embora a Lei do RDC nada trate sobre essa fase, o regulamento (Decreto nº 7.581/11) disciplina sobre ela em seus artigos 4º e 5º. Precede a abertura da licitação através do instrumento convocatório, não sendo diferente da fase do procedimento estabelecido na Lei Geral de Licitações. Nela será definido o objeto da licitação, justificando a adoção desse regime diferenciado. Além disso, serão definidos o orçamento e preço de referência, remuneração ou prêmio, dentre outros pontos estabelecidos nos dispositivos já mencionados.

A segunda etapa é a publicação do instrumento convocatório. Nele deverá constar, de forma clara e precisa, o objeto da licitação, sendo vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, nos termos do art. 5º da Lei nº 12.462/11.

A Lei cuida, em seu artigo 15, da publicidade a ser dada aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório. Tais prazos são definidos segundo o objeto da licitação e o critério de julgamento e estão especificados nos incisos do artigo mencionado, podendo ser de 5 a 30 dias úteis.

Estabelece ainda o § 1º deste artigo que a publicidade deve ser feita mediante publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso, de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação, ressalvados os casos em que o valor do contrato dispensa a licitação, conforme o § 2º do artigo 15; e também mediante divulgação do instrumento convocatório em sítio eletrônico oficial.

A terceira fase do procedimento licitatório é a apresentação de propostas ou lances. Nesta fase, discutem-se os modos de disputa aberto e fechado, havendo a possibilidade de serem combinados, nos termos do artigo 16 da Lei. No modo de disputa aberto, segundo artigo 18 do regulamento do RDC, os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes e decrescentes, conforme o critério de julgamento. Se a licitação for presencial serão adotados outros procedimentos descritos nos incisos do artigo 19 do regulamento. Já o modo de disputa fechado, nos termos do artigo 22 do regulamento, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e hora da divulgação. No caso de licitação presencial, as propostas serão

apresentadas em envelopes lacrados, abertos apenas em sessão pública e serão ordenadas conforme critério de vantajosidade. Já no caso de combinação de ambos os modos de disputa, será realizada em duas etapas, sendo a primeira eliminatória. O artigo 24 do regulamento estabelece que a disputa poderá ser de duas formas: se o procedimento iniciar pelo modo de disputa fechado, serão classificados para a próxima etapa os licitantes que apresentarem as três melhores propostas, iniciando-se a disputa pelo modo aberto com a apresentação dos lances sucessivos; se iniciar pelo modo de disputa aberto, os licitantes que apresentarem as três melhores propostas oferecerão propostas finais, fechadas.

A quarta fase desse procedimento licitatório é o julgamento. Segundo o artigo 18 da Lei, poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento: menor preço ou maior desconto; técnica e preço; melhor técnica ou conteúdo artístico; maior oferta de preço; ou maior retorno econômico.

O critério de menor preço ou maio desconto tem por objetivo verificar qual proposta acarreta menores dispêndios para a Administração Pública, considerando os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório. No critério de técnica e preço, deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas apresentadas pelos licitantes, mediante utilização de parâmetros objetivos obrigatoriamente inseridos no instrumento convocatório, conforme artigo 20 da Lei. Esse critério só poderá ser utilizado pela Administração Pública quando a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no instrumento convocatório forem relevantes aos fins pretendidos por ela, e será destinada, exclusivamente, aos objetos descritos nos incisos do § 1º do art. 20 da Lei. No critério de melhor técnica ou conteúdo artístico será considerado, exclusivamente, as propostas de natureza técnica, científica ou artística, que deverão ser julgadas através de critérios objetivos estabelecidos no instrumento de convocação. Por esse critério podem ser incluídos os projetos arquitetônicos e excluídos os projetos de engenharia, o que constitui claramente uma decisão discricionária do Poder Público. O critério da maior oferta de preço, prevista no artigo 22, será utilizado no caso de contratos que resultem em receita para a Administração Pública, isto é, entende-se que se trate de contratos que têm como objetivo a alienação de bens públicos ou a cessão de direitos.

Por fim, o julgamento pelo maior retorno econômico é utilizado, de forma exclusiva, para a celebração de contratos de eficiência, hipótese em que as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a Administração Pública decorrente da execução do contrato, conforme artigo 23 da Lei. De acordo com o § 1º desse dispositivo, o contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar

economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

O artigo 24 da Lei cuida das causas de desclassificação das propostas. Em seu inciso I, ele determina a desclassificação das propostas que contenham vícios insanáveis sem, entretanto, estipular que tipos de vícios são esses. Além dos vícios, serão desclassificadas as propostas que não obedeçam às especificações técnicas pormenorizadas no instrumento convocatório; apresentem preços manifestamente inexequíveis ou permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação; não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigida pela Administração Pública; apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis.

Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados determinados critérios de desempate estabelecidos nos incisos do artigo 25 da Lei, na seguinte ordem: ocorrendo na disputa final, os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada em ato contínuo à classificação; avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído; critérios estabelecidos no artigo 3º da Lei nº 8.248/91 e no § 2º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93; e por fim, o sorteio.

A quinta fase do procedimento é a habilitação. De acordo com o art. 14 da Lei, essa fase será realizada, no que couber, em conformidade com o disposto nos artigos 27 a 33 da Lei nº 8.666/93. Devem ser observadas ainda as seguinte normas: poderá ser exigida a declaração de que os licitantes estavam habilitados; será exigida a apresentação de documentos de habilitação apenas pelo vencedor, salvo no caso de inversão de fases; se houver inversão de fases, só serão recebidas as propostas dos licitantes previamente habilitados; e por fim, os documentos relativos à regularidade fiscal poderão ser exigidos em momento posterior ao julgamento das propostas, apenas em relação aos licitantes mais bem classificados. O artigo 14 permite ainda a participação de licitantes sob forma de consórcio, conforme estabelecido em regulamento.

A sexta etapa do procedimento é a recursal. Nos termos do artigo 27 da Lei, não será cabível recurso quando houver a inversão de fases. Ocorrendo essa inversão, os recursos serão cabíveis após a fase de habilitação e após o julgamento das propostas. Nessa etapa serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor. Não havendo inversão das fases, os recursos serão apresentados após a fase da habilitação.

Finalmente, está prevista no artigo 28 que, em sua última fase, o procedimento licitatório será encerrado e encaminhado à autoridade superior, que poderá: determinar o saneamento da irregularidade que forem supríveis, retornando os autos ao licitante vencedor; anular o procedimento, total ou

parcialmente, por vício insanável; revogar o procedimento por motivo de conveniência e oportunidade; ou adjudicar o objeto e homologar a licitação.

4. Comparações entre a Lei no 8.666/93 e a Lei no 12.462/11

Com a chegada do Regime Diferenciado de Contratação, sobrevieram dispositivos que inovaram e também que contrariaram a Lei Geral de Contratações, tornando essas legislações muito discrepantes.

A primeira diferença a ser apontada é a introdução do orçamento sigiloso, no qual os valores poderão ser estimados com base no mercado, nos valores pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica. Na Lei das Licitações, a divulgação do preço de referência e orçamento é informação básica e obrigatória do certame.

Também relativo ao princípio da publicidade é o fato de, por força do artigo 15, § 2º do RDC, são dispensadas as publicações em Diário Oficial em obras que não ultrapassem o valor de R$ 150 mil e serviços que não ultrapassem R$ 80 mil. Esse contratos de pequeno valor poderão ser publicados apenas na internet, na página de transparência da administração. Na 8.666/93, praticamente todos os atos são publicados em Diário Oficial.

Outra divergência a ser apontada é a inversão de fases trazida no RDC. Na concorrência pelo RDC, a habilitação técnica e o plano de negócios da empresa só são avaliados após ela ser declarada vencedora. Na 8.666/93, todos os concorrentes têm suas habilitações analisadas previamente, para só depois ser escolhida a melhor proposta.

Cabe apontar ainda que na Lei Geral as obras são divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala. Pelo RDC, o governo pode fazer a contratação integrada da obra e de seus estudos com o mesmo fornecedor, que fica responsável pela elaboração dos projetos básico e executivo de engenharia.

Num contrato regulado pelo RDC, o governo poderá conceder uma remuneração variável às empresas que entregarem as obras antes do prazo e tiverem bom desempenho nos padrões de qualidade e critérios de sustentabilidade ambiental. Na Lei Geral não há esse tipo de flexibilização, havendo obrigação da empresa que vence o certame em cumpri-lo exatamente como contratou, não havendo bônus por antecipar os prazos ou usar tecnologias inovadoras.

Necessário salientar ainda que, pela 8.666/93, quando o primeiro convocado não assinar o termo de contrato, a Administração pode convocar os licitantes remanescentes, para fazê-lo nas mesmas condições propostas ao primeiro classificado. No caso de ser necessário contratar outra empresa para terminar o remanescente de obra, também devem ser mantidas as mesmas condições ofertadas pelo antecedente. Já na 12.462/11, será facultado à Administração Pública, quando o convocado não assinar o termo de contrato, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas ao licitante vencedor. Se nenhum aceitar a contratação nesses termos, a Administração poderá convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes.

Havendo no caso de necessidade de contratar o remanescente de obra em consequência de rescisão do contrato anterior, não será obrigatória a manutenção dos preços anteriores, podendo a obra continuar com novos preços, ofertados pelo licitante subsequente.

Outra diferença, apontada por Marçal Justen Filho:

> O aspecto mais interessante do RDC é a possibilidade de que o edital defina qual é o procedimento licitatório. A Lei 8.666, não. Ela já define qual o procedimento licitatório dizendo que existem determinadas modalidades de licitação. Tudo é autonomia para a administração na Lei do RDC.[6]

Também há no RDC uma redução de recursos, cujo julgamento vai acontecer apenas no final, após a escolha do vencedor e a aprovação ou não de sua habilitação. Na Lei Geral, qualquer licitante pode entrar com recursos contra o edital, depois contra a empresa habilitada ou desabilitada e depois ainda contra uma empresa declarada vencedora. Cada recurso suspende a realização da licitação, havendo possibilidade de essa demanda ir para o judiciário.

5. As vantagens da adoção do RDC

Demonstrados o procedimento da Lei nº 12.462/11 e suas diferenças com relação à Lei nº 8.666/93, cumpre demonstrar os motivos que justificam o seu uso.

Um dos pontos mais controversos do RDC é o sigilo do orçamento, previsto no artigo 6º da Lei 12.462/11. Essa restrição ao acesso à estimativa de preço teria como destinatários os licitantes, para que os mesmos elaborem suas propostas com base somente em seus próprios referenciais. A justificativa para a adoção da medida é exatamente a busca por preços menores nas propostas

dos licitantes, evitando a formação de conluios e cartéis no procedimento licitatório. O sigilo, em tese, não traz prejuízo aos licitantes, pois todas as especificações do objeto da licitação devem estar previstas no edital, de maneira que a omissão do valor de referência não impede que o licitante busque no mercado os preços praticados usualmente e elabore sua proposta a partir de seus próprios parâmetros.

Cabe salientar que esse sigilo é apenas temporário, uma vez que seria mantido somente até o encerramento da licitação. Além disso, ele não existiria perante os órgãos de controle interno e externo, ou seja, órgãos como Tribunal de Contas da União e Controladoria Geral da União têm pleno acesso ao valor de referência da licitação.

Essa medida fere claramente o princípio da publicidade, positivado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e no artigo 3º da Lei Geral de Licitações, além de diversas outras leis e atos normativos. No entanto, no estudo do Direito é comum a existência de exceções e mitigações à princípios numa verdadeira ponderação, conforme preleciona Luis Roberto Barroso.

Sendo assim, não há como negar que o princípio da publicidade poderá sofrer limitações sempre que for necessário para o andamento do procedimento licitatório e para o interesse público. Seguindo essa linha de raciocínio, entende-se que não há inconstitucionalidade nem afronta ao princípio da publicidade no sigilo previsto no Regime Diferenciado de Contratações. A existência do sigilo tem uma justifica plausível, que é a busca por propostas com valores menores, uma tentativa de se evitar especulações entre licitantes. Vale destacar que uma das maiores exceções ao princípio da publicidade pode ser encontrada na própria Lei de Licitações, em seu art. 43, § 1º, é o chamado "princípio do sigilo das propostas". Nesse caso, o sigilo se justifica pelo interesse público, se os licitantes tivessem acesso às propostas que antecederam à sua antes da abertura dos envelopes em ato público estariam diante de informação privilegiada, o que levaria à especulação e inviabilizaria a lisura do certame.

Destaca-se também, através de estudos de Direto Comparado, que esse método encontrou ampla aprovação, sendo utilizado na União Europeia, sob a égide da Directiva nº 2004/18/CE, artigos 35 e seguintes; e nos Estados Unidos, através da *Federal AcquisitionRegulation* (FAR), Seção 36.203. Ainda nesse sentido, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ao editar suas *Guidelines for fighting bidrigging in public procurement* (Diretrizes para combater conluios nos certames para contratação pública), recomendou:

> Use um preço máximo somente quando ele for baseado em minuciosa pesquisa de mercado e os funcionários

> estejam convencidos de que ele é muito competitivo. Não publique o preço, mas o mantenha confidencial, em arquivo, ou o deposite junto a outra autoridade pública.

Outra vantagem a ser apontada é a inversão de fases visado conferir maior celeridade aos procedimento licitatório, já admitido na Lei do Pregão (Lei nº 10.520/02) e na Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04). Inicialmente devem ser apresentadas as propostas e realizados os lances, e, em seguida, será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas ao licitante vencedor. Privilegiam-se, igualmente, as licitações sob a forma eletrônica, admitida a presencial. Sobre a prevalência do meio eletrônico, o presidente do TDC, Benjamin Zymler afirmou que "a capacidade de fiscalização por meio eletrônico é muito maior".[7]

Por fim, destaca-se a contratação integrada, que permite a desburocratização e agilidade das obras. Conforme descrito no artigo 9º da Lei de RDC, os contratos de estrutura, edificação e acabamento serão todos entregues ao licitante vencedor, consubstanciando o contrato *turnkey*, por meio do qual a empresa contratada fica responsável pela entrega da obra ou serviço em condições operacionais de pleno funcionamento para o Poder Público. Através desse recurso, diminuem a possibilidade de inclusão de aditivos e paralisação de obra, além disso, os órgãos de controle terão que fiscalizar uma única empresa e poderão se concentrar no resultado final da contratação, verificando a qualidade das obras realizadas e dos serviços prestados. Assim como o sigilo do orçamento, essa ferramenta também foi utilizada pelos Estado Unidos, Inglaterra, Espanha e Portugal, além de constar expressamente no Regulamento da Petrobras (Decreto nº 2.745/1998).

6. As desvantagens do uso do RDC

No que tange a inconstitucionalidade no uso da RDC, já foram propostas duas ações diretas de inconstitucionalidade, ainda pendentes de julgamento. A primeira foi ajuizada pelo PSDB, DEM e PPS, ADI de nº 4645,[8] proposta em agosto de 2011, logo após a promulgação da lei. A segunda, ADI nº 4655,[9] foi proposta pelo Procurador Geral da República Roberto Gurgel em setembro do mesmo ano.

Ambas atacam, preliminarmente, a inconstitucionalidade formal da Lei do RDC já que ela, como já exposto, resultou da conversão em lei da Medida Provisória 527/11, editada originalmente para modificar a estrutura organizacional e as atribuições dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios.

> Portanto, como a Lei 12.462/11, quanto aos dispositivos impugnados, é fruto de emenda parlamentar que intro-

> duz elementos substancialmente novos sem qualquer pertinência temática com aqueles tratados na medida provisória apresentada pela presidente da República, sua inconstitucionalidade formal deve ser reconhecida.[10]

A Lei em questão, dessa forma, nasce da violação do devido processo legal e do princípio constitucional da separação de poderes.

Outro princípio atingido pela 12.462/11 é o da publicidade, consubstanciado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e no artigo 3º da Lei 8.666/93, dentre outras leis. Conforme já suscitado anteriormente, é entendimento pacífico que o sigilo do orçamento fere este princípio constitucional, divergindo os estudiosos do Direito quanto os benefícios trazidos por essa violação.

A respeito da importância de divulgação do orçamento previamente à apresentação das propostas pelos licitantes, observa Marçal Justen Filho:

> Questão que sempre merece reiteração é a vedação ao sigilo acerca de informações relevantes. Uma dessas questões é o valor do orçamento ou do preço máximo. O tema adquiriu contornos muito mais relevantes em face das fórmulas de apuração de inexequibilidade consagradas nos §§ 1º e 2º do art. 48. Deve insistir-se acerca do descabimento de a Administração manter em segredo o valor de orçamento ou preço máximo. Lembre-se que um Estado Democrático de Direito envolve o princípio da transparência da atividade administrativa, somente se admitindo sigilo em situações que ponham em risco interesses relevantes, transcendentes. No caso, o próprio art. 44, § 1º (da 8.666/93), explicitamente proíbe que algum critério relevante para julgamento (inclusive classificação ou desclassificação de propostas) seja mantido em segredo. [...] O sigilo acerca de informação relevante, tal como o orçamento ou preço máximo, é um incentivo a práticas reprováveis. Esse simples risco bastaria para afastar qualquer justificativa para adotar essa praxe. Até se poderia cogitar de outras práticas de extrema nocividade, tal como a produção de valores máximos destinados a prejudicar determinados licitantes, desafetos da Administração.[11]

Outra hipótese de desvirtuamento dos propósitos invocados para a previsão do orçamento sigiloso é a alteração do orçamento inicialmente elaborado, após a abertura das propostas, para evitar a renovação do processo licitatório, quando nenhum dos licitantes apresentar proposta abaixo do valor máximo definido originalmente pela Administração. O agente estatal pode ver-se ten-

tado a adotar esse expediente, para evitar atrasos no cronograma de realização do objeto, mormente em face do tempo que resta para o início dos eventos desportivos em comento.

Uma forma de evitar isso, bem assim os casos de dirigismo de que cogita Marçal Justen Filho, seria, como preconizado pela OCDE, manter uma via do orçamento, lacrada, sob custódia de uma autoridade pública não vinculada ao órgão ou ente promotor da licitação (o Tribunal de Contas, por exemplo). Outra alternativa seria tornar público o orçamento após a entrega das propostas, mas antes da abertura dos invólucros que as contêm. De qualquer modo, a simples previsão de acesso irrestrito aos dados do orçamento pelos órgãos de controle interno e externo já constitui um mecanismo importante para mitigar os riscos de práticas como a anteriormente descrita.

Outra desvantagem relevante consiste na entrega do projeto básico ao licitante através do dever de adoção preferencial do regime de contratação integrada. A Lei de Licitações determina que o "projeto básico" é o conjunto de elementos necessários e suficientes para caracterizar a obra ou serviço objeto da licitação, elaborado de forma a assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução. Por isso, explica Gurgel, que "a definição prévia do objeto (da obra ou serviço) é um imperativo decorrente do princípio da isonomia dos concorrentes, pois é a partir dele que as diversas propostas podem ser objetivamente comparadas". No RDC, portanto, a definição das características e do valor das obras contratadas só são definitivamente aferíveis após assinado o contrato.

Reside ainda no RDC outra deficiência no que tange à remuneração variável, vinculada ao desempenho do contratado e permite um pagamento a título de bônus subordinado ao atingimento de metas. Levar-se-á em conta ainda o padrão de qualidade, os critérios de sustentabilidade e, claro, a observação do prazo de entrega. Além disso, há previsão do chamado contrato de eficiência. Nele, toda vez que houver um resultado positivo ou uma vantagem econômica para a Administração, eles serão convertidos na forma de um adicional pecuniário para o contratado.

> A consagração do critério "maior retorno econômico", conjugado com a criação de novo tipo contratual — o denominado "contrato de eficiência" — tal como adotado na redação atual do Projeto, conflita com o princípio constitucional da impessoalidade (art. 37, caput) e a objetividade nas licitações públicas. Não há delimitação legal sobre o campo de abrangência do denominado "contrato de eficiência". Tal como configurado no proje-

> to (art. 25, §1º), qualquer espécie de serviço ou atividade da Administração Pública poderá ser objeto do aludido contrato.[12]

Roberto Gurgel aponta ainda na ADI 4655 que a lei, no que tange à adoção de medidas mitigadoras e compensatórias para obras ou atividades potencialmente causadoras de danos ambientais ou culturais, não pode ser interpretada no sentido de que sejam dispensadas exigências estabelecidas nas normas que regulam o licenciamento ambiental, especialmente a avaliação sobre a possibilidade de realização da obra ou da atividade.

7. Considerações finais

Diante do exposto, entende-se ser primordial, dados os compromissos assumidos pelo Poder Executivo, a adoção de um regime com ritmo mais acelerado que o proposto pela Lei Geral. O cumprimento de obras e serviços da magnitude dos eventos esportivos que nos aguardam só poderá acontecer através da flexibilização e modernização das normas existentes no ordenamento jurídico.

Tendo em vista essa perspectiva de substituição da atual Lei de Licitações por um estatuto em linha com as atuais práticas de mercado, é de se esperar que o Governo utilize o RDC com um laboratório de análise para uma possível substituição das atuais normas, independentemente de sua finalidade.

Indiscutivelmente, essa flexibilização trazida pela Lei 12.462 facilita a utilização de meios fraudulentos para rapinar o dinheiro público. Cabe ponderação, no entanto, sobre essa necessidade de lei que estabeleça vigilância constante dos recursos da Administração em detrimento da real possibilidade de contratação.

Cabe-nos, portanto, a quimera de esperar do Legislador uma legislação que nos proteja dos eventuais desvirtuamentos de agentes públicos sem impossibilitar o procedimento licitatório, principalmente em virtude da escolha do Brasil como país sede dos eventos já mencionados.

8. Notas

[1] Aluna do 8º período do Curso de Direito da Universidade Candido Mendes – Unidade Centro.

[2] Aluna do 8º período do Curso de Direito da Universidade Candido Mendes – Unidade Centro.

[3] di Pietro, 2013, p. 445.

[4] di Pietro, ibid., p. 446.

[5] Oliveira, 1990, p. 94.

[6] JUSTEN FILHO, Marçal. Disponível em: <http://blogdotarso.com/2012/11/30/marcal-justen-filho-fala-sobre-o-rdc-e-lei-8-66693>. Acesso em: 29 de abril de 2013.

[7] Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,gleisi-responde-a-gurgel-e-defende-rdc-da-copa,771768,0.htm>. Acesso em: 29 de abril de 2013.

[8] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4131802>. Acesso em: 29 de abril de 2013.

[9] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4138546>. Acesso em: 29 de abril de 2013.

[10] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=188758>. Acesso em: 29 de abril de 2013.

[11] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2004, p. 387

[12] Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014 da 5ª Coordenação e Revisão do MPF: Nota técnica do MPF ao projeto de lei de conversão da MP 512, p. 7.

9. Referências Bibliográficas

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 26ª ed. Atlas, 2013

OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão; e TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. Manual de Direito Financeiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 94.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009.

KRAWCZYK, Rodrigo. Contratação Pública Diferenciada: RDC. Entendendo o novo regime. JusNavigandi, Teresina, ano 17, n. 3190, 26/03/2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21370>. Acesso em: 29 de abril de 2013.

RESENDE, Renato Monteiro de. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei 12.462 de 2011. Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado, 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf>. Acesso em: 29 de abril de 2013.

FILHO, Alexandre Pacheco Lopes. O Regime Diferenciado de Contratações e o Sigilo do Orçamento da Copa. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10138&revista_caderno=4>. Acesso em: 29 de abril de 2013.

GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. RDC expande Limites da

Lei de Licitações. Revista Consultor Jurídico, 26/09/2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011--set-26/regime-contratacoes-copa-expande-limite-lei-licitacoes>. Acesso em: 29 de abril de 2013.

Resumos e Abstracts

Análise discursiva da linguagem retórica punitiva de crianças e adolescentes infratores: linguagem e poder

Aderlan Crespo, *Renata Dutra*, *Carlos Nicodemos*, *Christina Aguiar*, *Marilha Garau* e *Tatiana Omerich*

Resumo: Este trabalho apresenta uma análise discursiva judiciária da linguagem retórica punitiva à adolescentes autores de "ato infracional", no 2º Grau de Jurisdição das Câmaras Criminais do Rio de Janeiro. A pesquisa de campo foi realizada no âmbito de mostrar como é feita a analise do juiz quando atos tipificados em nosso Código Penal são cometidos por crianças e adolescentes; e quais são os métodos de aplicação e a forma dessas medidas socioeducativas dependendo do delito e estado em que essas crianças ou adolescentes se encontram.

Palavras-chave: adolescente; menores; análise discursiva; medidas socioeducativas; segundo grau de jurisdição.

Discursive analysis of punitive rhetoric of children and adolescent offenders: language and power

Abstract: This paper presents an analysis of judicial discursive language punitive rhetoric of children and juvenile delinquents in the 2nd Degree Criminal Jurisdiction of Boards of Rio de Janeiro. The field research was conducted under show how the analysis is done when the judge acts typified in our Penal Code is committed by children and teenagers, and what are the application methods and how these socio educational depending on the offense and state these children or adolescents meet.

Keywords: teen; smaller; discourse analysis; socio educational; second degree of jurisdiction.

* * * * *

Liberdade dos antigos aos modernos: antes, durante e depois de Thomas Hobbes

Daniel Brantes Ferreira

Resumo: O artigo faz uma digressão histórica revisitando inúmeros autores que contribuíram para a discussão do tema da liberdade. O recorte metodológico é temático-autoral. Temático pois possui como foco a discussão da liberdade e de seus inúmeros conceitos, e autoral dado que na segunda parte trata especificamente da liberdade na teoria de Thomas Hobbes nas suas três fases — estado de natureza, contrato social e estado civil.

Palavras-chave: história da liberdade; liberdade; Thomas Hobbes; estado de natureza; contrato social; estado civil.

Liberty from the ancient to the modern: before, during and after Thomas Hobbes

Abstract: The present paper brings an historical overview of liberty as a concept revisiting a large number of authors who contributed to the discussion of the theme. The methodological analysis is thematic-authorial because although it has as a focus the discussion of liberty throughout history it also centers the discussion in Thomas Hobbes and in his

three-phased political theory - state of nature, social contract and civil society.

Keywords: Liberty History; liberty; Thomas Hobbes; state of nature; social contract; civil society.

* * * * *

O princípio do devido processo legal como inarredável paradigma do estado democrático de direito

Durval Pimenta de Castro Filho

Resumo: O tema em alusão foi objeto de pesquisa empreendida pelo subscritor durante a realização do Seminário de Teoria Geral do Estado, disciplina ministrada pela Professora Doutora Patrícia Baptista, no Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento Econômico da Universidade Candido Mendes. Despiciendo maiores ilações acerca da imprescindível e incondicional obediência ao predicado constitucional fundamental em comento, mormente após o advento da Constituição da República promulgada em 05 de outubro de 1988. Diploma inocultavelmente consistente em um desenho *jus* político inegavelmente conformado ao anseio popular, relativamente ao resgate da ordem nacional democrática. Destarte, não se vislumbra, a juízo do subscritor, instrumento mais fidedigno de garantia da restauração do Estado de Direito do que a tenacidade do princípio do devido processo legal, razão pela qual a imperativa abordagem.

Palavras-chave: Estado de Direito; democracia; devido processo legal.

Principle of the due process of law as an unremovable paradigm of the democratic state of law

Abstract: The above-mentioned theme has been the subject matter of a research carried out by the undersigned, during the Seminary of General Theory of the State, a course ministered by Professor Doctor Patrícia Baptista, in the Master's Degree Program of Law and Economic Development at Candido Mendes University. Therein you will find conclusions regarding the indispensable and unconditional obedience to the fundamental constitutional predicate in comment, particularly after the advent of the Constitution of the Republic, enacted on October 5, 1988. Such Constitution is undoubtedly consistent in a legal political drawing, in accordance with people's desire, regarding the redemption of the national democratic order. Therefore, in the judgment of the undersigned, no instrument may provide more restoration guarantee for the State of Law than the tenacity of the principle of the due process of law, reason for which is imperative such approach.

Keywords: State of Law; democracy; due process of law.

* * * * *

As organizações sociais na gestão da saúde pública

Fábio Carlos Nascimento Wanderley

Resumo: O principal gargalo da saúde pública brasileira encontra-se, atualmente, na gestão dos serviços hospitalares. Dada a ineficiência estatal, a saúde pública brasileira encontra-se em uma ver-

dadeira Unidade de Terapia Intensiva. E, por consequência, o direito público subjetivo à saúde pública, consagrado na ordem constitucional brasileira de 1988, carece de efetividade. O objetivo deste artigo é apresentar a gestão da saúde pública através das organizações sociais como um modelo eficiente de prestação de atividade de relevância pública, destacando a sua compatibilidade com a estrutura administrativa do Estado brasileiro contemporâneo e com o regime jurídico estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Palavras-chave: Reforma do Estado; Consensualidade; Eficiência; Saúde Pública; Organizações sociais.

Social organizations in the management of public health

Abstract: The main bottleneck of Brazilian public health is currently in the management of hospital services. Given the state inefficiency, the Brazilian public health is in a real Intensive Care Unit. And, consequently, the public right to a public health, wich is present in the brazilian constitution of 1988, lacks effectiveness. The objective of this paper is to show a management of public health through social organizations as an effective model of public providing activity, highlighting its compatibility with the administrative structure of the contemporary Brazilian State with the legal regime established by the Constitution of the Federal Republic of Brazil in 1988.

Keywords: State Reform; Consensuality; Efficiency; Public Health; Social Organizations.

* * * * *

A exaltação da arte por uma nova ideia de forma

Flavia Bruno

Resumo: Este artigo tem como objetivo pensar uma nova relação entre a forma e a atividade artística, diferentemente do que a tradição platônica consagrou. Tomando como inspiração o livro de Focillon *A vida das formas*, é possível pensar a forma a partir de uma perspectiva dinâmica, o que nos leva a uma exaltação da arte, entendida não como imitação da forma, mas sim como criação permanente de novidade.

Palavras-chave: Arte; Platão; Forma; Focillon; Filosofia.

The exaltation of art by a new idea of form

Abstract: This article aims to reflect a new relationship between form and artistic activity, unlike the Platonic tradition consecrated. Taking as inspiration the Focillon's book "The life of forms", it is possible to think the way from a dynamic perspective, which leads to an exaltation of art, understood not as an imitation of form, but as permanent creation of new.

Keywords: Art; Plato; Form; Focillon; Plilosophy.

* * * * *

A recuperação de ativos e a cooperação penal internacional: estratégias criminais pragmáticas para a defesa, a assistência e a representação das vítimas

Igor Pereira

Resumo: Este artigo apresenta uma proposta de pesquisa de Recuperação de Ativos na sociedade contemporânea.

Palavras-chave: recuperação de ativos; Justiça Criminal.

A research proposal for asset recovery in Brazil

Abstract: This paper presents a research proposal for Asset Recovery in contemporary society.

Keywords: Asset Recovery; Criminal Law.

* * * * *

Qualificação jurídica de contrato

Leonardo Mattietto

Resumo: O autor aborda a qualificação do contrato a partir da identificação de seus elementos essenciais, da noção de causa e da ideia de tipo.

Palavras-chave: Teoria contratual; qualificação de contrato; elementos essenciais; causa; tipo.

Legal characterization of contracts

Abstract: The author discusses the legal qualification of a contract by identifying the essential elements thereof and also dealing with the notion of causa (near to that of consideration in common law) and the theory of types.

Keywords: Contract theory; legal qualification of contracts; essential elements; causa (or consideration); theory of types.

* * * * *

Apontamentos sobre vitimologia na atualidade

Roberta Duboc Pedrinha

Resumo: O presente trabalho busca traçar uma visão panorâmica acerca da Vitimologia. Analisa seu surgimento, as etapas de enfoque à vítima ao longo da história, os fundamentos e aplicações na Atualidade. Verifica os tipos de vitimização tradicionais e apresenta algumas sugestões inovadoras. Constata o importante papel da reparação de danos e da criação do espaço de consenso e pela consolidação do modelo dialógico, em contraponto à sanha punitiva por vingança.

Palavras-chave: Vitimização; Vitimologia; Vítima; Reparação de Danos; Justiça Consensual.

Notes about victimology in current events

Abstract: The present work intends to trace a panoramic vision concerning the Victimology. Analyzes its emergence,

the steps of approach on the victim throughout history, fundamentals and applications in the Present. Checks types of traditional victimization and features some innovative suggestions. Notes the important role of damages and the creation of the consensus and the consolidation of the dialogic model as opposed to the punitive rage for revenge.

Keywords: Victimization; Victimology; Victim; Reparations; Consensual Justice.

* * * * *

Mecanismos de solução coletiva de conflitos e tutela coletiva: a experiência norte-americana

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Larissa Clare Pochmann da Silva

Resumo: As demandas de massa não são recentes e nem restritas a um país. Porém, enquanto alguns ainda buscam respostas adequadas a casos massificados, outros países possuem experiências bem-sucedidas. Nesse contexto, busca-se analisar a experiência norte-americana no tratamento de demandas massificadas, através das ações coletivas e do MDL. Pretende-se demonstrar as diferenças entre esses mecanismos e como as duas previsões são relevantes para o tratamento das demandas massificadas.

Palavras-chave: Ações coletivas; MDL; Estados Unidos.

Mechanisms for solving collective conflicts and class actions: the north-american experience

Abstract: Mass torts are not new or related to only one country. While some countries are looking for the best answer to mass torts, other countries have successful experiences in this area. In this context, we will analyse US experience in mass torts, through class actions and MDL. We intend to difference these procedures and to explain how they can contribute to mass torts.

Keywords: Class Actions; MDL; USA.

* * * * *

Os instrumentos jurídico-econômicos em prol da proteção do ouro azul

Ana Alice de Carli

Resumo: O presente texto tem por escopo ressaltar características de aspectos considerados relevantes da Política Nacional dos Recursos Hídricos, criada pela Lei nº 9.433 de 1997, os quais, se implementados, de fato, podem ser profícuos instrumentos à defesa dos mananciais de águas brasileiros, e, por conseguinte, à realização do direito fundamental ao acesso sustentável à água. Nesse contexto, a educação ambiental revela-se um dos mais eficientes mecanismos de controle do uso sustentável do *ouro azul.*

Palavras-chave: Lei das Águas; educação ambiental; direito à água; sustentabilidade.

The legal and economic instruments for the protection of the blue gold

Abstract: This text aims follow some relevant aspects of National water resources Policy, created by law No. 9,433 of 1997, which if implemented, in fact, can be fruitful for watershed protection instruments of Brazilian waters, and therefore for the realization of the fundamental right to sustainable access to water. In this context, environmental education is one of the most efficient mechanisms of control of sustainable use of *Blue Gold*.

Keywords: Water Law; Environmental Education; Right to water; Sustainability.

* * * * *

A aplicação do Agir Comunicativo de Habermas na mediação comunitária: o diálogo como instrumento transformador

Ana Paula Bustamante

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a mediação comunitária, como uma forma alternativa de resolução de conflitos sob o enfoque da Teoria do Agir Comunicativo de Habermas, tendo como pressuposto a formação de uma relação entre sujeitos baseada no diálogo. A mediação surge como uma forma de construção de um espaço público democrático, como um instrumento eficaz para construção de uma democracia participativa fundamentada na razão comunicativa, na amizade e na fraternidade. Desse modo, o mediador, terceiro imparcial, membro da comunidade, levará para os demais moradores o sentimento de pertencimento e empoderamento, tendo o diálogo como instrumento para tal promoção, o qual, restabelecendo os canais de comunicação interrompidos e reconstruindo laços sociais destruídos, aproximará a comunidade periférica da justiça, de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: mediação comunitária; agir comunicativo; Habermas; resolução de conflitos.

The implementation of Habermas's Communicative action in community mediation: the dialog as a transforming instrument

Abstract: This article aims to analyze the community mediation as an alternative means of conflict resolution, under the approach of Habermas's Theory of Communicative Action, which presupposes the development of relationship between individuals based on debate. The mediation arises as a way of building a democratic public sphere, as an effective instrument for founding a democracy based on communicative rationality, friendship and brotherhood. Thus, the mediator, an impartial third as well as a member of the community, will promote the other citizens' feeling of belonging and empowerment through dialog – a key instrument which, by both restoring the closed communication channels and reconstructing the broken social ties, will bring the peripheral community closer to justice, to a true Democratic State under the Rule of Law.

Keywords: Community Mediation; Communicative Action; Habermas; Conflict resolution.

* * * * *

O ócio como crime: vagabundos e vadios à luz do direito penal português medieval

Beatris dos Santos Gonçalves

Resumo: O presente estudo visa a análise das ações políticas e jurídicas dos reis de Avis, notoriamente de D. Duarte a D. Manuel I, diante de vadios e vagabundos que se encontravam na sociedade portuguesa nos séculos XV-XVI. A vida vadia era mal recepcionada pelo homem medieval, haja vista o sentimento de intolerância suscitado pela negação do ócio e o desejo de utilidade social que era nutrido na Baixa Idade Média. À relação existente com a não inserção em um ofício, acrescentava-se o fato de aqueles tipos simularem um estado de pobreza para se locupletarem e de poderem ser levados ao crime pelas condições de necessidade — voluntárias ou não — que possuíam. Desta feita, tais atitudes motivaram o repúdio à vagabundagem e à vadiagem pela sociedade e, principalmente, pelo poder central, por disseminarem o medo e a desordem, contrários aos anseios de organização e centralização do reino de Portugal em fins do medievo.

Palavras-chave: Direito Penal; Portugal; Idade Média; ócio.

The idleness as crime: vagabonds and vagrants under criminal law portuguese medieval

Abstract: This study aims to analyze the legal and political actions of the kings of Avis, notoriously D. D. Duarte Manuel I, in front of vagrants and vagabonds who were in Portuguese society in the XV-XVI centuries. Idleness life was poor reception by medieval man, considering the feeling of intolerance raised by the denial of idleness and desire for social utility that was nurtured in the Middle Ages. In relation to the failure to include in a trade, added to the fact those types simulate a state of poverty to locupletarem and can be driven to crime by the conditions of necessity - voluntary or not - they owned. This time, such attitudes led to the rejection of vagrancy and loitering by society and especially by the central government, for spreading the fear and disorder, contrary to the expectations of the organization and centralization of the kingdom of Portugal at the end of the Middle Ages.

Keywords: Criminal Law; Portugal; Middle Ages; Idleness.

* * * * *

Considerações sobre socioeducação como mecanismo de autonomia: críticas sobre as medidas socioeducativas em tempos de SINASE

Celeste Anunciata Baptista Dias Moreira

Resumo: As estratégias construídas pelo Estado diante do atendimento às medidas socioeducativas são o tema deste artigo. É de interesse discutir as orientações políticas, teóricas e éticas no campo da socioeducação, que se materializam nas propostas destinadas aos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa através do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE).

Palavras-chave: medidas socioeducativas; socioeducação; justiça; SINASE.

Socioeducation considerations as a mechanism of autonomy: critics on measures in times of SINASE

Abstract: The strategies constructed by the State before the meeting the educational measures are the subject of this article. It is of interest to discuss political orientations, theory and ethical issues in the field of socio-educational, which materialize the proposals aimed at teenagers under socio through the National System of Socio (SINASE).

Keywords: educational measures; socio-educational; justice; SINASE.

* * * * *

Uma sociedade global e um novo tempo

Charles Alexandre Souza Armada

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a emergência de uma sociedade global a partir de algumas transformações no processo de globalização. Nesse sentido, o presente artigo também procura identificar de que maneira o atual processo de globalização pode estar colaborando para o estabelecimento de outra globalização, menos egoísta e perniciosa. A partir da constatação dos problemas planetários decorrentes da globalização egoísta e, num segundo momento, da emergência dessa outra globalização, mais solidária, os resultados da pesquisa apuraram uma mudança concomitante do ser humano, principalmente a partir de três questões básicas: a defesa do meio ambiente, a luta pela Democracia e a efetiva aplicação dos Direitos Humanos no planeta. Como consequência dos resultados apresentados, o presente estudo constatou a emergência de uma sociedade global solidária. O presente estudo se justifica pelas atuais limitações do Estado moderno no tratamento dos problemas de dimensão planetária e, ao mesmo tempo, na identificação de processos alternativos em evolução. O artigo foi desenvolvido com base no método indutivo e foi operacionalizada pelas técnicas do referente, categorias básicas e fichamento.

Palavras-chave: globalização; solidariedade; sociedade global.

A global society and a new time

Abstract: This article aims to analyze the emergence of a global society from certain changes in the process of globalization. Accordingly, this article also seeks to identify how the current process of globalization may be contributing to the establishment of another globalization, less selfish and pernicious. From the observation of planetary problems arising from globalization selfish and, secondly, the emergence of this new globalization, more supportive, the results of research have established a concomitant change of the human being, especially from three basic issues: the defense of the environment, the struggle for democracy and the effective application of human rights on the planet. As a consequence of the results, this study found the emergence of a global society more inclusive. This study is justified by the current limitations of modern state in the treatment of

global problems and at the same time, the identification of alternative processes in progress. This article was developed based on the inductive method and was implemented by some techniques: related technical, basic categories and book report.

Keywords: Globalization, Solidarity, Global Society.

* * * * *

Efetividade da tutela ao direito fundamental ao meio ambiente

Luciana Costa Poli e *Bruno Ferraz Hazan*

Resumo: O trabalho examina o fenômeno do ativismo judicial no contexto do Estado Democrático de Direito, abordando a importância da atuação do juiz para efetivação dos princípios constitucionais. O estudo destaca que essa atuação hoje se mostra complexa, em razão da grande mobilidade do sistema jurídico, garantida, especialmente, pela presença de cláusulas gerais de conteúdo aberto e fluído no ordenamento. A partir dessa constatação, o trabalho propõe-se a analisar se esse fenômeno pode contribuir para as metas de sustentabilidade propostas pelo Estado. Verificando a existência de diversas nuances da sustentabilidade, procurar-se-á demonstrar que a sustentabilidade não se encerra em um conteúdo destituído de normatividade, ao contrário, pode ser compreendida como um princípio geral e sistêmico, orientador das decisões judiciais. Nesse sentido, defender-se-á que a atuação do juiz hoje deve ser politizada e conectada à satisfação dos objetivos de um Estado comprometido com a implementação do princípio da sustentabilidade.

Palavras-chave: ativismo judicial; cláusulas gerais; sustentabilidade; meio ambiente.

Effectiveness of the protection of the fundamental right to the environment

Abstract: The paper examines the phenomenon of judicial activism in the context of the Democratic State of Law, addressing the importance of the role of the judge for enforcement of constitutional principles. The study notes that this performance today proves complex, due to the large mobility of the juridical system, guaranteed, especially, by the presence of general clauses of open and fluid content. From this evidence, the paper proposes to examine if this phenomenon may contribute to sustainability goals proposed by the State. Checking various nuances of sustainability, it will seek to demonstrate that sustainability does not end in a content devoid of normativity, instead, can be understood as a general and systemic principle, guiding the judgments. In this sense, it will defend that the role of the judge today must be politicized and connected to the satisfaction of the goals of a State committed to the implementation of the principle of sustainability.

Keywords: Judicial Activism; General Clauses; Sustainability; Environment.

* * * * *

O direito à educação na jurisprudência do supremo tribunal federal

Matheus Farinhas, *Thayanna Cardoso* e *Igor Pereira*

Resumo: Este artigo apresenta uma análise do Direito à Educação no Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: educação; Direito Constitucional.

The right to education in the jurisprudence of the supreme court

Abstract: This article presents an analysis of the Right to Education in the Supreme Court.

Keywords: Education; Constitucional Law.

* * * * *

La cláusula de protección ambiental y el derecho humano al agua en la Constitución Nacional Argentina

Oscar E. Defelippe
e Adriana N. Martínez

Resumen: El artículo 41 de la Constitución Nacional Argentina, introducido por la reforma de 1994, consagra el derecho de todos los habitantes a gozar de un ambiente sano, equilibrado apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, como así también el deber de preservarlo. Si bien el derecho humano al agua no goza de un reconocimiento expreso, la manda constitucional representa su reconocimiento implícito. Asimismo, la adecuación del principio de la supremacía constitucional, concediendo al derecho internacional de los derechos humanos el mismo nivel de jerarquía que la Constitución, otorga rango constitucional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que reconoció implícitamente el derecho al agua. En suma, el derecho humano al agua tiene alojamiento constitucional y es plenamente operativo y exigible, conforme el perfil ideológico de la constitución argentina reformada en la materia.

Palabras clave: ambiente sano; derecho al agua; control de constitucionalidad; control de convencionalidad.

Environmental protection clause human wright to water in the Argentine National Constitution

Abstract: Art. 41 of de National Constitution of Argentina, introduce by the amendment of 1994, establishes the right of all the inhabitants to a healthy and balanced environment that allows human development and productive activities to satisfy the present needs without jeopardizing the needs of future generations, and also their obligation of preserving it. While the human right to water does not enjoy an express recognition, the constitutional mandate represents its implicit recognition. Also, the adequacy of the constitutional supremacy principle, granting the international human rights law the same hierarchy level that the Constitution, gives consti-

tutional status to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights that implicitly acknowledged the right to water. In brief, human right to water has constitutional accommodation and is fully operational and enforceable in accordance with the ideological profile of the Argentine Constitution amendment in the matter.

Keyword: healthy environment; water right; constitutional control; conventionality control.

* * * * *

A extrafiscalidade tributária num contexto de crise econômica globalizada

Ricardo Romanini Alchaar

Resumo: O uso extrafiscal dos tributos, em regra, esteve presente como instrumento eleito para intervir no universo público e particular de forma a estimular ou desestimular condutas e assim alcançar objetivos outros que não necessariamente o aporte de recursos para o custeio das atividades estatais. O presente artigo tem por objetivo apresentar as principais formas de uso extrafiscal de tributos de que o governo brasileiro vem se utilizando diante das ameaças à estabilidade econômica surgidas com a globalização da economia e com as recentes crises econômicas iniciadas nos Estados Unidos e, mais recentemente, na Europa. Pretende-se igualmente demonstrar o alcance e a efetividade de tais medidas, bem como questionar a manutenção dos altos índices de carga tributária suportados pela sociedade brasileira.

Palavras-chave: crise; globalização; intervenção; extrafiscalidade.

The extrafiscality tax in the context of global economic crisis

Abstract: The use of extrafiscal taxes, as a rule, was present as the chosen instrument to intervene in the public and private universe in order to encourage or discourage behaviors and reach other objects, not necessarily the allocation of resources to fund the state activities. This article aims to present the main ways to use extrafiscal taxes that the Brazilian government has been using to face threats to economic stability brought about by the globalization of the economy and the recent economic crisis began in the United States and, more recently, in Europe. It is also intended to demonstrate the scope and effectiveness of such measures, as well as questioning the maintenance of high levels of tax burden borne by the Brazilian society.

Keywords: Crisis, globalization, intervention; extrafiscality.

* * * * *

Caso Omar Al Bahir: um precedente que se abre no sistema jurídico brasileiro

Priscila Fett

Resumo: Adequação do sistema jurídico nacional às normas do TPI. Constituição e competência do TPI. Cooperação entre Estados-Partes. Responsabilidade do Presidente do Sudão, Omar Al Bashir, no genocídio de Darfur. Relação entre Estatuto de Roma e Constituição Federal brasileira. Medidas de adequação visando facilitar a cooperação entre as partes.

Palavras-chave: Estatuto de Roma; Constituição Federal; Omar Al Bashir.

Case Omar Al Bahir: a precedent in the brazilian legal system

Abstract: Adequacy of the national legal system the rules of the ICC. Constitution and jurisdiction of the ICC. Cooperation between States Parties. Responsibility of the President of Sudan, Omar Al Bashir, genocide in Darfur. Relationship between the Rome Statute and the Brazilian Federal Constitution. Adequacy of measures to facilitate cooperation between the parties.

Keywords: Rome Statute; Constitution; Omar Al Bashir.

* * * * *

Ponderações sobre o regime diferenciado de contratação: legitimidade, procedimento, proveitos e inconveniências

Tainá Ribeiro Pellacani e *Thayanne Borges Estelita*

Resumo: O presente artigo tem por objetivo apresentar uma nova modalidade de licitação, suas vantagens e desvantagens, bem como traçar um paralelo entre este novo regime e o convencional, instituído pela lei 8.666/93. O Regime Diferenciado de contratação nasceu na Administração Pública Brasileira através da Lei 12.462/2011, visando agilizar os procedimentos de contratação. Tal inovação surgiu devido à necessidade de viabilizar determinados projetos em caráter de urgência, tendo em vista os eventos esportivos que terão o Brasil como país sede.

Palavras-chave: procedimento licitatório; Copa do Mundo 2014.

Weightings about differentiated regime of hiring: legitimacy, procedure, advantages and disadvantages

Abstract: This article aims to present a new bidding method, its advantages and disadvantages, as well as to draw a parallel between this new system and the conventional, established by Law 8.666/93. The Regime unusual hiring was born in the Brazilian Public Administration by Law 12.462/2011, aiming speed contracting procedures. This innovation arose from the need to facilitate certain projects on urgent basis, in view of the sporting events that will have Brazil as host country.

Keyword: bidding process; 2014 World Cup.

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 Gandea da. Pena de morte para o nasciturno. O Estado de São Paulo, São Paulo, 19 set. 1998. Disponível em: http://www.providafamilia.org/pena_morte_nasciturno.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 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. 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.