

Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 199

Brasília | julho - setembro/2013

ANO 50

SENADO FEDERAL





Revista de Informação Legislativa

SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2013 – 2014

Senador Renan Calheiros

PRESIDENTE

Senador Jorge Viana

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Romero Jucá

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Flexa Ribeiro

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senadora Ângela Portela

SEGUNDA-SECRETÁRIA

Senador Ciro Nogueira

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador João Vicente Claudino

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTES DE SECRETÁRIO

Senador Magno Malta

Senador Jayme Campos

Senador João Durval

Senador Casildo Maldaner



Brasília | ano 50 | nº 199
julho/setembro – 2013



FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade, Presidente do Senado Federal – 1961-1967
Isaac Brown, Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967
Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Doris Marize Romariz Peixoto
SECRETÁRIA-GERAL DA MESA: Claudia Lyra Nascimento

IMPRESSO NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Florian Augusto Coutinho Madruga

PRODUZIDO NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Angelina Almeida Silva. **REVISÃO DE ORIGINALS:** Thiago Adjuto e Wálfrido Vianna. **REVISÃO DE REFERÊNCIAS:** Jéssica Costa e Vanessa Pacheco. **REVISÃO DE PROVAS:** Maria José Franco. **EDITORAÇÃO ELETRÔNICA:** Jussara Shintaku e Letícia Torres. **PROJETO GRÁFICO E CAPA:** Lucas Santos de Oliveira. **FOTO DA CAPA:** Washington Manoel Brito. **IMPRESSÃO:** Secretaria de Editoração e Publicações

CORPO TÉCNICO: Alessandro Hirata – Antonio José Barbosa – Ana Carla Bliacheriene – Ana Lucia Romero Novelli – Antônio Flávio Testa – Arlindo Fernandes de Oliveira – Benedito Cerezzo Pereira Filho – Bruno Dantas – Camilo Zufelato – Carlos Fernando Mathias de Souza – Carlos Henrique Rubens Tomé Silva – Cláudio Araújo Reis – Cynthia Carneiro – Danilo Augusto Barboza de Aguiar – Eduardo Saad Diniz – Fabiana Severi – Fabiano Augusto Martins Silveira – Fernando Boarato Meneguim – Flávia Santinoni Vera – Guilherme Adolfo Mendes – Gustavo Saad Diniz – Ivan Dutra Faria – Jair Aparecido Cardoso – João Henrique Pederiva – João Trindade Cavalcanti Filho – José Carlos Evangelista Araújo – Leany Barreiro de Sousa Lemos – Luiz Renato Vieira – Lydia Neves Bastos Telles Nunes – Marcio de Oliveira Junior – Marcos Magalhães de Aguiar – Marcos Paulo da Rocha Eirado – Nuno M. M. Coelho – Paulo Ricardo dos Santos Meira – Paulo Lopo Saraiva – Pedro Braga – Rafael Silveira e Silva – Renato Monteiro de Rezende – Ronaldo Costa Fernandes – Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior – Tarciso Dal Maso Jardim – Tatiana Lacerda Prazeres – Thiago Marrara – Tiago Ivo Odon – Valerio de Oliveira Mazzuoli

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1964. Trimestral.

Ano 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, n. 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-50, n. 34-198, publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas; ano 50- , n. 199- , publicada pela Coordenação de Edições Técnicas.

ISSN 0034-835x

1. Direito – Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Publicação trimestral da
Coordenação de Edições Técnicas
Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 3303-3575, -3576 e -3579
Fax: (61) 3303-4258. E-Mail: livros@senado.leg.br

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta. / Pídesse canje. / On demande l'échange. / Si richiede lo scambio. / We ask for exchange. / Wir bitten um Austausch.

Sumário

- 7 **Democracia moderna**
Sua evolução e o papel da deliberação
Rubens Beçak
- 25 **Judicialização e desjudicialização**
Entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário
Diógenes V. Hassan Ribeiro
- 35 **Sucumbência recursal no Novo CPC**
Uma análise econômica
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Diego Caetano da Silva Campos
- 55 **A revogabilidade política das decisões do STF**
A vulnerabilização na tutela de direitos fundamentais e o especial prejuízo aos grupos LGBT
Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia
Mussi Assad Mussi Koury Neto
Mariana Cristina Pereira Melo
- 77 **O destino do *Senatus Consultum Macedonianum* no Brasil**
Flávio Henrique Silva Ferreira
- 91 **Possibilidade e oportunidade de uma nova lei de imprensa**
Thales Moraes da Costa
- 121 **Controle jurisdicional da Administração Pública**
Algumas ideias
Tarcisio Vieira de Carvalho Neto
- 143 **Democracia e internet**
A revolução digital e os desafios à representação política
Fábio Cesar dos Santos Oliveira
- 163 **Os contornos do ativismo judicial no Brasil**
O fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes
Diogo Bacha e Silva

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração são de responsabilidade de seus autores.

- 179 A compatibilidade do subsídio com a verba honorária de sucumbência**
Murillo Giordan Santos
- 197 Saída responsável e liberdade assistida no Estatuto da Criança e do Adolescente**
Renato Barão Varalda
- 227 O mandado de segurança, o mandado de injunção e a efetivação dos direitos sociais**
Luiz Henrique Diniz Araujo
- 237 A relação entre o constitucionalismo e a democracia**
Uma análise da nova lei de cotas sociais
Vanessa Cristina Gavião
- 255 O controle judicial nas políticas públicas**
Análise das decisões judiciais e seu cumprimento para a realização progressiva dos direitos fundamentais sociais
Bruno Andrade Costa
- 271 Direito ao esquecimento**
Discussão europeia e sua repercussão no Brasil
Erik Noleta Kirk Palma Lima
- 285 A saúde no sistema penitenciário de Porto Alegre**
Andressa De Ávila Amorim
Cássia Juliana Vargas Dornelles
Dani Rudnicki
- 303 O direito quilombola e a democracia no Brasil**
Lilian Cristina Bernardo Gomes
- 321 Promoção da relação saúde–saneamento–cidade por meio da Virologia Ambiental**
Carlos José Saldanha Machado
Marize Pereira Miagostovich
José Paulo Gagliardi Leite
Rodrigo Machado Vilani

Resenha Legislativa da Consultoria Legislativa do Senado Federal

- 349 Restrições ao exercício de empresa por estrangeiro**
Leonardo Garcia Barbosa

Democracia moderna

Sua evolução e o papel da deliberação

RUBENS BEÇAK

Sumário

1. Introdução. A democracia moderna. 2. República, democracia, representação. 3. Os partidos políticos. 4. Questionamentos. 5. Novos paradigmas. 6. A democracia “semidireta”. 7. Plebiscito e *referendum*. 8. Outros instrumentos. 9. No Brasil. 10. Iniciativa popular. 11. A participação. 12. A deliberação. 13. Conclusão.

1. Introdução. A democracia moderna

Se, por um lado, a democracia se tornou onipresente mundo afora,¹ constituindo aquele tipo de ideia que parece que se autoimpôs pela sua própria força, percebe-se, por outro lado, que sua evolução para esse patamar foi bastante lenta e, de certa forma, recente; nunca retilínea (SARTORI, 1988a; SARTORI, 1988b; TILLY, 2010).²

Sabe-se que praticamente inexistente relação entre o conceito de democracia antigo, advindo dos gregos, com aquele que vai se afirmar, sobretudo já no final do século XIX. Para os gregos, a democracia era a condição do estabelecimento de uma relação inerente, semiótica, com a *polis* (SARTORI, 1988a; SARTORI, 1988b, p. 344; TILLY 2010, p. 59).

Rubens Beçak é mestre e doutor em Direito Constitucional e livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Associado da USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto e na Faculdade de Direito. Secretário-geral da Universidade de São Paulo.

¹ David Held (1993, p. 13) diz: “A democracia parece ter alcançado vitória histórica sobre as formas alternativas de governo. Quase todos hoje professam ser democratas. Os regimes políticos de todos os tipos ao redor do mundo clamam serem democracias”.

² Charles Tilly (2010, p. 73-78) é enfático em estabelecer que o estudo da história dos regimes e daqueles que se estabelecem como democracias evidencia que não existe sequência histórica evolutiva. Ao contrário, a história demonstra-nos que grande parte dos países ou entidades (senão todos) que experimentaram democratizações também passaram por “desdemocratizações”, quando não em “ondas”.

Na “cidade-estado” ateniense³, Estado não difere de sociedade. O cidadão é, ao mesmo tempo, criador das leis e sujeito a elas, participando diretamente na gestão da cidade. Era relação de “subordinação da vida privada ao interesse público e ao bem comum” (HELD, 1993, p. 16). Estabelecia-se relação de pertencimento à *polis*.

Todavia, se nos acostumamos a pensar nesse sistema como o ideal democrático, melhor seria se fosse utilizado o nome dado na classificação de Aristóteles, *politeia* (CUNNINGHAM, 2009, p. 15-16; SARTORI, 1988a; SARTORI, 1988b, p. 347-348; CAGGIANO, 1995, p. 26-27). Isso porque democracia, como forma de governo (BOBBIO, 2001), designava, para os antigos, especialmente após a elaboração da classificação aristotélica, aquela forma “corrompida” de governo das massas (FERREIRA FILHO, 2011, p. 104-105; BEÇAK, 2008a, p. 11-17) tão deletéria quanto à oligarquia. Se esta constituía o governo de poucos em benefício próprio, a primeira era o governo de muitos, em proveito próprio.

No imaginário coletivo, foi a última acepção que permaneceu. No século XVIII, sabe-se, a palavra democracia estava completamente “banida” (DUNN, 2008, p. 71). Mas, se a palavra não é utilizada, a ideia romana da democracia influenciará por completo a formação do “republicanismo clássico, redundando no modelo praticado nas ‘cidades-estado’ italianas” (DUNN, 2008, p. 17).

Prepondera a ideia de que o governo ideal seja aquele que reúna, “balanceando”, os interesses das diversas facções políticas (DUNN, 2008, p. 17). É o conceito romano de “governo misto”. Nesse sentido, particularmente, Políbio e Cícero (BEÇAK, 2008a, p. 13-14; PIÇARRA, 1989, p. 17-20; PRÉLOT; LESCUYER, 1997, p. 97-110; FERREIRA FILHO, 2002, p. 112-113).

No mesmo caminho, Maquiavel (1970), refere-se à instabilidade das três formas constitucionais conhecidas e propugna que somente teria estabilidade um governo que combinasse seus elementos (HELD, 1993, p. 17).⁴

2. República, democracia, representação

Bobbio (1995, p. 126-157) resume que, após séculos de discussão sobre as formas de governo, o debate acaba por se superar, principalmente se considerado o relevo dado ao conceito de república, mais geral, englo-

³ Preferiu-se esse termo, pois é designação tradicional. Talvez a expressão *polis* servisse melhor para descrever a ambiência de então, mas “cidade-estado” parece mais usual na literatura sobre do tema.

⁴ A conhecida passagem de Maquiavel (Niccolò Machiavelli) pode ser verificada no capítulo sobre os tipos de Estado e qual seria do de Roma (na edição inglesa referida: *How many kinds of State there are and of what kind was that of Rome*), no Livro I dos seus “Discursos” (MAQUIAVEL, 1970, p. 104-111).

bando o de democracia (BOBBIO, 1995, p. 129-130). A classificação tradicional, baseada no número de ocupantes, transmuda-se, a partir daí, e resume-se numa classificação dos Estados entre os democráticos (as repúblicas) e os autocráticos.⁵

Sartori salienta essa maior abrangência do conceito de república, como naquela época percebido:

“Semanticamente falando, *res publica* expressa a ideia de algo que pertence a todos, ou que é do assunto de todos – ideia que se aparta substancialmente da noção de um poder que pertence ao povo (...). A *demokratia* se presta (como em Aristóteles) a ser interpretada como o poder de uma parte (que se opõe à outra), enquanto que a *res publica* não, e tanto é assim que aquele termo se refere a um sujeito definido (o povo), o último sugere a ideia de interesse geral e de bem comum (...)” (SARTORI, 1988b, p. 357-358).⁶

Ressalte-se que o termo “democracia” é raramente usado durante e depois da “época revolucionária” (SARTORI, 1988a; SARTORI, 1988b, p. 357-363). Quando o é, vem em um sentido negativo, inclusive de oposição à república.⁷ O exercício de um “governo representativo” passa a ser visto como o ideal numa “república”.

Alexis de Tocqueville desempenha papel fundamental nessa redefinição de conceito, ao “consagrar” (BOBBIO, 1995, p. 143) os Estados Unidos da América como “forma autêntica da democracia dos modernos contraposta à democracia dos antigos” (BOBBIO, 1995, p. 142-143; TOCQUEVILLE, 1959, p. 126). A grande figura distintiva entre a nova forma que se pensava e gestava e a democracia antiga era a fixação da representação como condição fática de participação de todos no processo político.⁸

Excetuando-se a famosa crítica de Rousseau (1978) no que respeita à divisibilidade e alienação da soberania,⁹ (SARTORI, 1988a; SARTORI,

⁵ Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009a, p. 45) no mesmo tom: “A preferência no século das luzes era pela república, termo empregado como sinônimo de governo representativo. Não se opunha à monarquia a república, mas até se admitia a monarquia republicana – a monarquia com governo representativo. É o que fica bem claro da obra de figuras proeminentes do tempo, seja nos Estados Unidos, seja na França, seja na Inglaterra”.

⁶ Litteris: “*Semánticamente hablando, res publica expresa la idea de algo que pertenece a todo el mundo, o de los asuntos de todos – idea que se aparta substancialmente de la noción de un poder que pertenece al pueblo. La demokratia se presta (como en Aristóteles) a ser interpretada como el poder de una parte (que se opone a otra), mientras que la res publica no; y en tanto que aquel término se refiere a un sujeto definido (el pueblo), el último sugiere la idea del interés general y del bien común*” (SARTORI, 1988b, p. 357-358).

⁷ O ideal da Revolução Francesa, relembra Sartori (1988a; 1988b), é a república. A democracia, assevera, era um “propósito secundário”.

⁸ Entenda-se “todos” com as limitações naturais e históricas. O voto era franqueado somente aos homens, livres, com condições censitárias tais e quais (TILLY, 2010, p. 98).

⁹ Eis a passagem: “Já disse não haver vontade geral visando objeto particular. Com efeito, esse objeto particular encontra-se dentro ou fora do Estado. Se está fora do Estado, uma

1988b, p. 349; SANTOS FILHO, 2002, p. 289-290), a representação chega a ser percebida até como vantajosa. Se este novo conceito de democracia é que vai passar a tornar-se praticamente sinônimo da república idealizada, a sua explicitação continuará sempre associada ao governo representativo.

3. Os partidos políticos

Alteração marcante no perfil da democracia dar-se-á já em meados do século XIX, com a entrada em cena dos partidos políticos.^{10,11} Esses grupamentos surgem (DALLARI, 2012, 162-169; FERREIRA FILHO, 2011, p. 114-115), inicialmente, como resultado da convergência de interesses, verdadeiros “clubes”. É de se notar, portanto, que nesse primeiro momento, os partidos políticos são hostilizados e vistos como ameaça real à existência de um bem comum (FERREIRA FILHO, 2011, p. 114). São mesmo entendidos como entidades dissociativas e que buscam a prevalência de um interesse particular por sobre o coletivo (DALLARI, 2012, p. 163).

Porém, na progressão histórica, sua existência institucionalizou-se. Pode-se dizer que, se a sua gênese se faz em meados do século XIX (DUVERGER, 1970, p. 19; DALLARI, 2012, p. 163), a realidade já era completamente diferente um século depois.^{12,13} Desse modo valorizados, assumem a posição de verdadeiro eixo de expressão do pluralismo político (TORRES DEL MORAL, 2010, p. 89-107) obtendo, sobretudo a partir de seu reconhecimento constitucional, já para meados do século XX, nível institucional percebido como inseparável da democracia.

Dali para a frente, o epíteto “democracia” passou a presumir, primeiramente, a existência da representação (do tipo público, i. e. “não vinculada”) e, depois, a sua explicitação pelos partidos políticos (FERREIRA

vontade que lhe é estranha não é geral em relação a ele. Se está no Estado, faz parte dele: forma-se então, entre o todo e a parte, uma relação que produz dois seres separados, sendo a parte um deles, e o todo, menos esta parte, o outro. Mas o todo menos uma parte não é o todo e, enquanto subsistir essa relação, não existe o todo, senão duas partes desiguais. Segue-se que a vontade de uma não é mais geral em relação à outra” (ROUSSEAU, 1978, p. 54).

¹⁰ A literatura especializada nos partidos políticos, bastante extensa, encontra relevo especial na obra seminal de Duverger (1970).

¹¹ Para um bem tirado e conciso texto sobre o tema, cf. o Verbete *Partidos políticos* de Ana Oppo (2004, p. 898-905).

¹² Segundo Duverger (1970, p. 19) litteris: “(...) Em 1850, nenhum país do mundo (salvo os Estados Unidos) conhecia partidos políticos no sentido moderno do termo: encontravam-se tendências de opiniões, clubes populares, associações de pensamento, grupos parlamentares, mas nenhum partido propriamente dito. Em 1950, estes funcionavam na maior parte das nações civilizadas, os outros se esforçavam por imitá-las”.

¹³ Em grande parte, diga-se, pelo aparecimento do fenômeno dos “partidos de massa”. Sobre a democracia, os partidos políticos e os “partidos de massa” referimos Bobbio (1995, p. 144).

FILHO, 2011, p. 119-121). Sua associação com a democracia tornou-se indissolúta (GARCÍA-PELAYO, 1986, p. 112-113).

4. Questionamentos

Entretanto, se a democracia veio a estabelecer-se como a forma antes das formas, tornando a dicotomia república vs. monarquia secundária, o debate sobre a representação e os partidos políticos nunca deixou de estar presente. Aliás, não raramente, o questionamento faz-se pelo distanciamento entre as vontades de representantes e representados. Papel fundamental na sua evolução é o desempenhado pelo alargamento do direito de voto, o que se dá num lento processo evolutivo, ao longo dos séculos XIX e XX.¹⁴

Apesar da evidente ampliação do espectro dos habilitados a participar da cidadania ativa,¹⁵ a ânsia por mais e melhores práticas que permitissem uma busca mais efetiva de legitimidade na democracia, fará com que se acentue a busca por práticas de democracia semidireta. A democracia parecia a muitos ser um bonito nome para um sistema meramente formal e de tal forma afastado da concepção idealizada que, seguramente, não havia como estabelecer paralelo razoável entre a vontade do eleitor e a do eleito. A existência dos desprestigiados “governos de Assembleia” acentuava tal aceção, na medida em que estavam mais para câmaras burguesas de representação da vontade desta classe social ou pior, de interesses unipessoais (BEÇAK, 2008a, p. 40-42).

A verificação da existência de uma plutocracia que se apodera das instituições democráticas já aparece, por exemplo, nas considerações de Pareto (2009, p. 55-62), em 1920. Os próprios estudiosos do fenômeno dos partidos políticos, começam a advertir quanto à sua tendência igualmente oligárquica (FERREIRA FILHO, 2011, p. 119).

Ademais, a irrupção da denominada “questão social” provocará o surgimento e “expansão de movimento de inconformismo” (MELLO, 2007, p. 1-15) e pavimentará o caminho para o surgimento de novo tipo de Estado, aquele denominado “Social” (DÍEZ MORENO, 2004; SOTELO, 2010; MELLO, 2007, p. 13-14; DÍAZ, 1998). Neste cenário de questões postas pela problemática social (BEÇAK, 2008a, p. 32-33; FERREIRA FILHO, 2001, p. 122; FERREIRA FILHO, 2009b, p. 266-267)¹⁶, a demanda por respostas prontas e eficazes chega a delinear um novo papel ao “governo”, dando as bases para que este novo Estado tenha perfil decididamente “resolutor” (BEÇAK, 2008a; BEÇAK, 2007a).

Assim é que advirão propostas que, pensadas na intenção de propugnar maior legitimidade da democracia, tratarão de formular práticas mais “racionalis” para a sua expressão e a atuação parlamentar, constituindo o que Mirkine-Guetzévitch denominou “racionalização do poder” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 119; BEÇAK, 2008a, p. 52 et seq.). Porém, os totalitarismos tornaram-se um contraponto muito mais mefistofélico contra aquela “democracia”

¹⁴ Sobre o processo de alargamento do sufrágio e a busca do sufrágio universal, gize-se Dallari (2012, p. 183-189).

¹⁵ Em que pese a questão da definição do polo representado já se ter definido desde a questão da prevalência da não imperatividade no voto, tinha-se claro que, apesar de o universo representado sempre ser constituído por todos, o exercício ativo da cidadania, i.e., aqueles cidadãos com aptidão ao voto, remanesca com aqueles que reuniam as condições para tal.

¹⁶ Temática ainda com grande relevo. Sobre o “Estado Social” e sua atualidade, realça-se Pierson, Castles e Francis (2006), em especial os capítulos “The welfare State in historical perspective” de Asa Briggs. (p. 16-29) e o de Gøsta Esping-Andersen (p. 434-454), “A welfare State for the twenty first century”, este último, na análise de um possível Estado Social para o corrente século. O estudo faz identificação histórica de dois modelos diferentes de sua explicitação, a saber, o “Nordic – cum – British”, baseado no financiamento público, e o “Continental Europe”, fundamentado na contribuição financeira e seguridade social baseada no emprego.

debilitada e tão criticada (BEÇAK; LONGUI, 2010, p. 7015; CHÂTELET; PISIER-KOUCHNER, 1983, p. 564-604).

5. Novos paradigmas

Com o final da Segunda Grande Guerra e a onda de “redemocratização”, qualquer crítica à democracia tradicional, representativa, parecia a todos inoportuna e fora de contexto. Somente um pouco mais para a frente essa crítica se readensará, constituindo momento paradigmático para a crise que se passará na República Francesa, agudizada com a desgastante Guerra na Argélia. O seu desenlace dar-se-á com a assunção de de Gaulle, o qual, com o mandato especial que lhe fora concedido pela Assembleia, conduzirá o processo constituinte¹⁷ do qual exsurgirá a famosa Constituição da “V República”.

No curso desse processo de “recriação” constitucional, alguns compromissos foram necessários, entre os quais o que respeita à democracia representativa e aos mecanismos de consulta direta (HAMON; TROPER; BURDEAU, 2001, p. 131). Essa valorização, quando coubesse, com a evidente conotação de servir como incremento de legitimidade, virá a constituir-se como nota marcante dessa nova fase política francesa.¹⁸

Apesar de o *referendum* ser objeto do constitucionalismo francês já na Constituinte de 1792 (ROCHA, 1986, p. 26), a sua explicitação obnubilar-se-á pela expansão do primado da representatividade como atributo maior da democracia. Isso porque o pensamento que se formará nessa senda, ainda com certa expressão até a atualidade (LYRA, 1998), tenderá a interpretar a prática da intervenção direta do povo como verdadeiro atentado à democracia – “negativa” para a sua “consolidação”.

6. A democracia “semidireta”

Esse somatório da democracia representativa com institutos que permitam a intervenção direta da população em algumas situações, dará azo à conceituação de novo modelo, o da “democracia semidireta”. Não se olvide que parte importante de doutrina prefere ver o desenvolvimento e apogeu da democracia semidireta nas primeiras décadas do século passado, especialmente no entreguerras, no momento da agudização do questionamento democrático (BONAVIDES, 2001, p. 275). Esta vê o modelo suíço

¹⁷ Sobre os processos político e constituinte ver Hamon, Troper e Burdeau (2001, p. 429-434).

¹⁸ Mas que terá a sua constância de utilização muito diminuída após de Gaulle (HAMON; TROPER; BURDEAU, 2001, p. 447).

como tendo influenciado alguns sistemas europeus (BONAVIDES, 2001, p. 275-276), como a Alemanha de Weimar, no que se denomina *referendum* arbitral (BONAVIDES, 2001, p. 276). Com relação ao caso francês, realça-se a sua aplicação de forma desvirtuada,¹⁹ em modelo de matriz cesarista.

O elemento diferenciador da democracia representativa para o novo modelo consiste na possibilidade de utilização de instrumentos nos quais a população decide diretamente, quando assim demandada, sobre determinada matéria. Os instrumentos tradicionais de sua viabilização são o plebiscito e o *referendum*, admitindo alguns sistemas outros mecanismos.

7. Plebiscito e *referendum*

O termo “plebiscito”, no verbete de Gladio Gemma (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2004, p. 927), apesar de ter origem histórica precisa – data da Roma antiga, “designando uma deliberação do povo ou, mais exatamente, da plebe convocada pelo tribuno” –, possui definição imprecisa, primordialmente no seu eventual cotejo com outro instrumento de verificação da vontade popular, o *referendum*.

O plebiscito constituiria aquele instrumento focado em assuntos de relevância constitucional, em que o povo é chamado a decidir aprioristicamente. Todavia, vários deles, ao longo da história, foram usados aparentemente de forma diversa. E aqui ocorre a confusão com o *referendum*, o qual, por oposição ao plebiscito, seria aquele instrumento de verificação da vontade popular quando já há uma decisão estatal prévia que carece de convalidação.

Encontram-se ainda outras definições doutrinárias (PACTET; MÉLIN-SOUCRAMANIEN, 2004, p. 87-88), inclusive aquela mais difundida na Itália, de que o plebiscito ocorreria quando o povo é chamado a deliberar sobre algum fato político e não sobre um ato normativo (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2004, p. 927).

Ao realçar as diferenças entre os dois institutos, em que pese a dificuldade para elaborá-las, Cármen Lúcia Antunes Rocha (1986, p. 27) enfatiza a característica do *referendum* como “afirmação direta da vontade do povo”. Contudo, reitera-se, as experiências históricas vêm no sentido de não corroborar a doutrina.²⁰

¹⁹ É relativamente comum, aliás, estabelecer-se o paralelo entre a utilização do modelo na França, no período gaullista, com as práticas, no aspecto, durante o I e II Impérios: “A história registra uma variante de sua utilização, sempre vista com reservas pelos seus críticos, mormente o seu viés porventura antidemocrático, a chamada ‘democracia cesarista’ (BEÇAK; LONGUI, 2010, p. 7015).

²⁰ Não se olvide, por outro lado, que em nosso país, os plebiscitos realizados na República também sofreram dessa “não preocupação” com as distinções doutrinárias: basta lembrar aquele, de janeiro de 1963, que reinstalou o presidencialismo: “(...) na prática

O *referendum*²¹, o qual deve ser visto em conjunto com o plebiscito – desde que lembrado que as distinções doutrinárias já vistas são bastante relativas –, é o instrumento de verificação da vontade popular mais utilizado.

8. Outros instrumentos

Outras figuras são o *recall* – ou revocação popular²² – e o veto popular, em alguns estados e localidades estadunidenses, e o *Abberufungsrecht*, suíço.

O *recall* constitui a possibilidade de revocação do mandato do representante eleito, em certas circunstâncias, devidamente subscrita por percentual de eleitores e no meio do mandato. Foi instrumento usado correntemente nos ordenamentos constitucionais dos países socialistas, nos quais vigia o mandato imperativo (PACTET; MÉLIN-SOUCRAMANIEN, 2004, p. 87). Aliás, o entendimento era de que a prestação de contas ao eleitor constitui “princípio democrático” fundamental.²³

constitucional brasileira parece comum a confusão deste instituto com o plebiscito, não só midiaticamente como também por parte da Administração (como foi exemplo o plebiscito de janeiro de 1963, sobre o sistema de governo, que na realidade foi *referendum*). Quem bem conceitua as diferenças entre dois institutos é (...) Manoel Gonçalves Ferreira Filho, demonstrando, inclusive, a possibilidade de o *referendum* ser formulado enquanto exercício do poder constituinte pelo povo. É instrumento previsto na Constituição Federal, no art. 14, II” (BEÇAK; LONGUI, 2010, p. 7015-7016).

²¹ O autor do verbete relembra que a doutrina, tradicionalmente classifica o *referendum* em constituinte, constitucional, legislativo ou administrativo, conforme a intenção de sua convocação. Quanto à abrangência, pode ser nacional ou local (o verbete relaciona-se ao caso italiano), facultativo ou obrigatório, único ou encadeado com outros atos do processo político etc. (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2004, p. 1074-1077). Em outra linha de classificação, Rocha (1986, p. 27), para quem o instituto se apresenta como constitucional ou legislativo.

²² Nome mais usual na doutrina francesa (PACTET; MÉLIN-SOUCRAMANIEN, 2004, p. 87).

²³ Cf. passagem emblemática no comentário à Constituição soviética de 1977, no tópico: “O dever do deputado, de prestar contas da sua atividade aos eleitores é um dos

O *Abberufungsrecht*, instituição tradicional da Suíça, configura-se na possibilidade de revocação coletiva de mandatos (BONAVIDES, 2001a, p. 293-294). Naquele país, sete cantões e um semicantão o adotam.

O veto popular, por sua vez, é o instituto em que os cidadãos, seguindo alguns requisitos, podem tirar a validade de uma dada lei.²⁴ Ele aparece em algumas constituições estaduais americanas, nas quais sua utilização encontra eco midiático significativo. Apresenta também ali previsão local.

9. No Brasil

Em nosso país, o plebiscito é instituição que desde 1937 encontra guarida constitucional em todas as Constituições. Afora a Carta de 1937, em que surgia numa série de variantes, todavia sem explicitação durante o “Estado Novo”, aparecerá nas constituições subsequentes, até a de 1988, exclusivamente na forma que se tornaria a “tradicional”, i. e., aquela prevista para a criação de estados, incorporação entre si, subdivisão ou desmembramento.

A ampliação da gama dos institutos de austerização popular foi bastante discutida ao longo do processo de redemocratização, basicamente durante a Constituinte de 1987-1988,²⁵ na qual

princípios democráticos fundamentais do sistema representativo soviético. Permite aos trabalhadores influir na atividade dos seus representantes e dos órgãos do poder do Estado” (BÓVINE et al., 1984, p. 203). O Autor faz, em seguida, referência ao art. 20 da “Lei sobre o Estatuto dos Deputados do Povo”.

²⁴ Paulo Bonavides (2001a, p. 294) lembra que parte da doutrina não vê diferenças entre a figura do veto popular e o *referendum*. Cita, nesse sentido, o magistério de Duverger e Santi Romano. Ademais Dallari (2012, p. 155), vê os institutos como assemelhados.

²⁵ Ao tratar da repartição de competências na CF/88, Fernanda Dias Menezes de Almeida (2007, p. 47-57), traz importante descritivo do processo constituinte e dos vários projetos apresentados ali advindos. No tocante aos trabalhos da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos), dos projetos ali apresentados

era subjacente o entendimento de que, em outros ordenamentos, os mecanismos influíam decisivamente para o “sucesso” e vitalidade da democracia. Promulgada a nova Constituição, evidenciada a presença do “modelo semidireto” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 135), desde que contempladas em seu texto três figuras diferentes: o plebiscito, o *referendum* e a “iniciativa popular”.²⁶

A inovação já se destaca, na medida em que, a par da disciplina em separado dos institutos do plebiscito e do *referendum*, exsurte do texto constitucional a possibilidade de utilização do primeiro em perspectiva para além daquela que chamamos “tradicional”. A referência é ao que dimana do art. 14 da CF, onde claramente conceituado o exercício da soberania popular também pelos mecanismos ali previstos, a par da previsão do posterior art. 18, o qual contempla a hipótese já usual na nossa história.²⁷

O novel texto constitucional contemplou ainda a hipótese constante do ADCT: aquela que se esgotou no plebiscito sobre a forma e o sistema de governo, realizado em 21 de abril de 1993. Ao Congresso Nacional cabe autorizar o referendo popular^{28,29} e convocar plebiscitos, faculdades que ele tem utilizado com pouca frequência.

Nesses anos todos, desde o advento da nova Carta, a utilização dos “novos” mecanismos de

ou em paralelo, cf. capítulo sobre o assunto (XV) em Pinto Ferreira (2002, p. 63-65).

²⁶ Uma das razões da previsão constitucional, separadamente, dos dois institutos, parece ter sido, a tentativa de expurgar as dúvidas tradicionais – fato já aludido.

²⁷ O art. 18, § 4º, faz também referência às exigências para a sua utilização, no plano estadual, para os municípios.

²⁸ A CF, a lei regulamentadora do instituto (Lei nº 9.709/98) e grande parte da doutrina utilizam a expressão “referendo” (MORAES, 2010, p. 234). Afonso da Silva (2010, p. 142), refletindo parte da doutrina, prefere “referendo popular”, onde também leciona sobre as exigências para sua explicitação.

²⁹ No entanto, preferiu-se o vocábulo “*referendum*”, sobretudo tendo em vista a necessidade de diferenciá-lo de “referendo” como ato de votar.

auscultação popular apenas se fez uma vez, nacionalmente, no conhecido caso do “referendo das armas”.³⁰

10. A iniciativa popular

Quanto à “iniciativa popular”, as expectativas geradas pelo seu viés inovativo (DALLARI, 2012, p. 154-155), em face da nossa tradição constitucional, acabaram por se frustrar, sobretudo por revelar-se instrumento meramente formal. No Brasil, a dinâmica exigida pelo comando constitucional inviabiliza sua utilização. A necessidade de subscrição por 1% do eleitorado, distribuído pelo menos em cinco estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores em cada um deles³¹ (SILVA, 2010, p. 141-142; FERREIRA FILHO, 2011, p. 219; MORAES, 2010, p. 660), fez com que a doutrina, não raramente, mencionasse as dificuldades e entraves para a sua explicitação (SILVA, 2010, p. 141; MORAES, 2010, p. 660; GARCIA, 2005, p. 10).

Considerada a estrutura federativa brasileira, o instituto teve a sua utilização prevista também para os estados e municípios. Quanto aos primeiros, há exigência de lei estadual regulamentadora (art. 27, § 4º) (SILVA, 2010, p. 141; MORAES, 2010, p. 660; GARCIA, 2005, p. 10), o que se dispensa no caso municipal, na medida em que no art. 29, XIII, consta o comando constitucional indicando que a lei orgânica municipal deve adotá-la (SILVA, 2010, p. 141-142, 642-643; GARCIA, 2005, p. 10). Os institutos previstos no constitucionalismo brasileiro vieram a ganhar regulamentação com a Lei nº 9.709/98.

Considerando a não admissão da iniciativa popular constitucional (SILVA, 2010, p. 142),

³⁰ O “referendo sobre a proibição do comércio de armas e munição no Brasil”, realizado em 23 de outubro de 2005.

³¹ Art. 14, III, c/c art. 61, § 2º, e art. 27, § 4º.

nota-se o aparecimento de “modalidade” regimental³² – aquela constante das normas internas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, autorizando “entidades da sociedade social organizada” a apresentar proposições.

Com o distanciamento crítico proporcionado pela perspectiva desde a adoção do instituto, nota-se um efeito “colateral” interessante: o de ter-se evidenciado como instrumento bastante eficaz no papel de “agente mobilizador” da opinião do legislador parlamentar.

Nessa leitura, observe-se, por exemplo, o ocorrido no caso da “lei da ficha limpa”. No caso, o projeto de iniciativa popular, contendo mais de 1,3 milhão de assinaturas mobilizou o Congresso Nacional (e a opinião pública, midiática, política etc.), no processo que veio a redundar na Lei Complementar nº 135/2010.

Na iniciativa popular, “os cidadãos não legislam, mas fazem com que se legisle” (XIFRA HERAS apud BONAVIDES, 2001, p. 290). É praticamente a inversão do mecanismo do plebiscito e do *referendum*, em que o povo, apesar de decidir, não faz o observador perceber o seu papel ativo de legislador. Na iniciativa popular, isso fica evidente.

11. A participação

Para parcela importante da doutrina, já se está na presença da democracia participativa (BONAVIDES, 2001b). Para Afonso da Silva, a democracia representativa (SILVA, 2010, p. 137-138), com o “sistema de partidos, o sufrágio universal e a representação proporcional” passou a adquirir concretude, da qual exurgiu a “ideia da participação” (SILVA, 2002, p. 12). Ainda que materializada no ato de votar, a participação está expressa. Trata-se agora de ampliá-la, para além

³² Ademais, Garcia (2005, p. 11-12), inclusive se referindo à intensa utilização do mecanismo.

do sufrágio, no que se denomina “princípio participativo” (CANOTILHO, 2003, p. 301).

Nesse questionamento, percebe-se basicamente a crítica que se pauta por alguns vetores, entre os quais se sobressaem: 1) a ausência do mandato imperativo, sobretudo tendo em vista sua primazia histórica, tem contribuído para a “ausência da relação pessoal e material entre eleitores e representantes” (ESPÍN TEMPLADO, 1997, p. 30-31) e 2) a necessária existência de relação que assegurasse a “coincidência de interesses entre eleitores e eleitos” (ESPÍN TEMPLADO, 1997, p. 31). Nos anos 1960, verificar-se-á o surgimento de uma série de experiências que buscavam resolver esses questionamentos. Constituem práticas logo cognominadas “participativas”.

Observa-se, em nosso país, a existência desde o final da década de 1980 de algumas dessas práticas. O orçamento participativo, com origem em Porto Alegre e larga difusão no Brasil e afora (BEÇAK, 2008a, p. 147; BEÇAK; LONGHI, 2011a, 2011b) e, um pouco mais para frente, a formação dos conselhos comunitários, numa série de campos como saúde, educação, segurança e, mais recentemente, gestão de espaços públicos.³³

Carole Pateman (1970), já em 1970, alertava sobre importância fulcral da participação na construção da teoria da democracia, obscurecida, no seu entendimento, pelo mito e força de propagação da “doutrina clássica da democracia”.

12. A deliberação

A discussão a respeito da necessidade de aperfeiçoamento democrático, com a revalo-

³³ A respeito Dallari (2012, p. 156-157), lembrando os Conselhos que tratam dos direitos da criança e do adolescente, da proteção ao meio ambiente, dentre outros.

rização e o reequacionamento da deliberação, aparecerá mais recentemente.

O problema central tem sido o de verificar o valor e a atualidade da representação desde que – numa sociedade em que tudo assume o valor de importante em virtude da exacerbação exponencial dos individualismos e idiosincrasias – a percepção de que um sistema, fundado na verificação do bem comum pelo critério da maioria, seria contestado. É cada vez mais difícil a fixação de parâmetros que atendam ao pressuposto interesse geral, quando no dia a dia os interesses de uma sociedade plural é que são valorizados.

Aliás, os ambientes acadêmicos estadunidense e francês têm sido pródigos na produção de trabalhos específicos sobre a temática dessa superação. Mencionem-se aqui, particularmente, os estudos e o pioneirismo de Joshua Cohen, o qual, para parte da doutrina, teria sido o primeiro a cunhar a expressão “democracia deliberativa” (SCHAEFER, 2012, p. 86).³⁴

Também, realcem-se os estudos de Bruce Ackerman, Benjamin Barber, Samantha Besson, John Burnheim, John S. Dryzek, Jon Elster, James S. Fishkin, Amy Gutmann, Alan Hamlin, Peter Laslett, Bernard Manin, José Luis Martí, Philip Pettit, Adam Przeworski, Cass R. Sunstein, Susan C. Stokes e Dennis Thompson, na doutrina produzida nos EUA; e, naquela de produção francesa, Marie-Hélène Bacque, Loïc Blondiaux, Marc Crépon, Jean-Pierre Gaudin, Henri Rey, Yves Sintomer e Bernard Stiegler.

Para alguns, a deliberação tem sido descrita como “uma conversação em que os indivíduos falam e escutam sequencialmente” (AUSTEN-SMITH apud GAMBETTA, 1998, p. 19) antes de tomarem uma decisão coletiva. Para outros,

estaria em algum ponto entre os extremos da barganha, a “qual envolve a troca de ameaças e promessas” e a “discussão, que pode dizer respeito a princípios ou a fatos e causalidades” (AUSTEN-SMITH apud GAMBETTA, 1998, p. 19).

A questão da definição parece ser tão cara a todos, que se caracteriza como a grande dificuldade (ao menos inicial) daqueles com eventual predisposição a debater o assunto. Para alguns autores, melhor do que discutir o assunto, é mostrar “o valor de uma discussão antes da tomada de decisões políticas” (FEARON, 1998, p. 44). De qualquer forma, para além da questão da denominação, o que se pode seguramente dizer é que a ideia da democracia deliberativa, “a tomada de decisões por discussão entre cidadãos livres e iguais” está sendo revivida (ELSTER, 1998, p. 1).

A concepção habermasiana (HABERMAS, 2003, p. 9-56) de que a democracia envolve “todo o processo de transformação, mais do que a simples agregação de preferências”, passou a ser uma das posições com maior aceitação na teoria democrática (ELSTER, 1998, p. 1).

Amy Gutmann e Dennis Thompson (2004), procurando dar fundamentação ao poder de deliberar, fixam requisitos para a sua validade. Estes seriam, primeiramente, a discussão levada a efeito no espaço público e a sua compreensibilidade (GUTMANN; THOMPSON, 2004). Agregam a isto a necessidade da discussão “construtiva” por um período de tempo (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 5) e, finalmente, certa dinamicidade (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 6). Alguns valores parecem ser pressupostos aos defensores da deliberatividade,³⁵ desde que presente que “a

³⁴ Fortemente influenciado por artigo de Cass Sunstein (“*Interest groups in American public law*”) e as ideias de democracia numa “sociedade justa” de John Rawls (SCHAEFER, 2012, p. 85-86).

³⁵ Citemos Elster (1998, p. 8-9), que resume algumas das ideias comuns aos defensores da deliberatividade, mas realça as evidentes diferenças conceituais.

democracia deliberativa é um ideal de legitimidade política” (BESSON, 2006, p. xv), quais sejam a percepção de que os que tomam parte nos processos deliberativos “estão cometidos com os valores da racionalidade e da imparcialidade” (BESSON, 2006, p. xv) e, de que os afetados pela decisão a ser efetivamente tomada, “podem dele tomar parte diretamente ou através de seus representantes” (BESSON, 2006, p. xv).

Também há a predisposição de os envolvidos nos processos estarem imbuídos de mentalidade dialógica, como processo necessário à argumentação coletiva (BESSON, 2006, p. xvi),³⁶ o que permite pressupor “a disposição para alterar seus pensamentos e preferências”, desde que assim persuadidos pelos outros (BESSON, 2006, p. xvi).

Com relação à persuasão utilizada na deliberação, tem-se que ela se dê de forma a diferenciar-se de outros processos comunicativos,³⁷ ou seja, procurando obter a transformação das preferências alheias, em busca de “razoável” consenso, obtido pela “persuasão racional, por argumentos fortes”, supondo-se que as partes envolvidas procurem a “imparcialidade” (BESSON, 2006, p. xvi). Essa busca não se incompatibiliza com a existência de “interesses pessoais” ou de “comportamentos estratégicos” (BESSON, 2006, p. xvii).

Apesar de realçar-se a “distinção entre deliberação e votação” (BESSON, 2006, p. xvii), especialmente considerado o fato de que “a alteração racional de preferências difere da sua mera agregação” (BESSON, 2006, p. xvii), não se deve afastar a possibilidade de que no curso

do processo, em certas condições, a decisão final venha a se dar com a utilização, inclusive, da votação (BESSON, 2006, p. xvii). Isso deve ser entendido tão somente como um fator procedimental, realçadas as claras diferenças entre os dois processos. A mesma observação vale para a utilização eventual de outros métodos, como a negociação (BESSON, 2006, p. xvii).

Paul Ginsborg (2008, p. 65) lista exemplos de experiências de democracia deliberativa efetivamente utilizados mundo afora, a saber: as *Planungszelle* (*planning cells*) alemãs, os júris americanos e ingleses, as *electronic town meetings*, as *consensus conferences*, o *US national deliberation day* (tal como proposto por James Fishkin), os experimentos em Chicago com relação à governança de cidadãos em policiamento e educação públicos, o *e-thePeople website* e o *danish empowerment of parents in primary schools*.

Com efeito, são experiências trazidas pela doutrina que, na verdade, podem ser complementadas por experiências outras ao redor do mundo, inclusive as nacionais – a do orçamento participativo e a da criação de conselhos comunitários numa série de campos, tais como segurança, educação, saúde e gestão de espaços públicos (BEÇAK; LONGUI, 2010, p. 7017; BEÇAK, 2008c, p. 150-151).

13. Conclusão

Procurou-se aqui fazer uma exposição histórica do evoluir da ideia democrática, desde a Modernidade, explorando sua implementação e consagração, até ser percebida como ideia majoritária, já no século passado. Isso posto, abordaram-se os questionamentos que redundaram historicamente no surgimento e difusão do modelo “semidireto”.

As décadas subsequentes revelaram que o estudo e o debate sobre o assunto somente vie-

³⁶ James Bohman (1996, p. 27) trabalha o conceito e entende que “a deliberação pública é o processo dialógico de troca de razões com o propósito de resolver situações problemáticas que não podem ser resolvidas sem coordenação interpessoal e cooperação”.

³⁷ Os autores citam como outros processos comunicativos a “persuasão irracional” ou o uso de “coerção e ameaças”, como a “negociação ou a barganha” (BESSON, 2006, p. xvi).

ram a crescer, redundando no aparecimento de propostas alternativas, ora designadas participativas, ora deliberativas. Em todas elas, identifica-se a necessidade de fixação de novo paradigma: o do incremento da participação como condição do efetivo permear democrático pela sociedade.

De qualquer forma, neste devir da democracia, trata-se agora de buscar soluções que privilegiem a construção de um plano em que viceje a faculdade da deliberação.

Referências

ACKERMAN, Bruce. *El futuro de la revolución liberal*. Tradução de Jorge Malem. Barcelona: Ariel, 1995.

_____. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. (Del Rey Internacional, 4).

_____. *Transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Tradução de Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BACQUÉ, Marie-Hélène; REY, Henri; SINTOMER, Yves (Ed.). *Gestion de proximité et démocratie participative: une perspective comparative*. Paris: La Découverte, 2005.

_____. (Ed.). La démocratie participative urbaine face au néo-libéralisme. *Mouvements*, Paris, n. 39-40, p. 124, 2005.

BARBER, Benjamin R. *Strong democracy: participatory politics for a new age*. Berkeley: University of California, 1984.

BEÇAK, Rubens. *A hipertrofia do executivo brasileiro: o impacto da constituição de 1988*. Campinas: Millennium, 2008a.

_____. A separação de poderes, o tribunal constitucional e a judicialização da política. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, 2008b.

_____. Considerações sobre a democracia participativa. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al. (Coord.). *Direito constitucional, estado de direito e democracia: homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011a.

_____. Estado de direito, formas de Estado e constituição. *Revista da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete*, Belo Horizonte, v. 3, 2007a.

_____. Instrumentos de democracia participativa. *Revista de ciências jurídicas – UEM*, v. 6, n. 2, p. 143-153, jul./dez. 2008c.

_____. Legiferação pelo executivo: evolução e situação atual no Brasil. In: CASTARDO, Hamilton Fernando et al. *Lições de direito constitucional: em homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros*. Campinas: Millennium, 2007b.

_____. Participatory democracy and its implementation: historical perspective and the future prospect: the brazilian internet regulatory framework. In: ANNUAL MEETING OF THE LAW AND SOCIETY ASSOCIATION. *Anais...* San Francisco: [s.n.], 2011b.

BEÇAK, Rubens; LONGUI, João Victor Rozzati. A democracia participativa e sua realização: perspectiva histórica e prospecção futura: o marco civil para a regulamentação da internet

- no Brasil. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. *Anais...* Fortaleza: CONPEDI, 2010.
- _____. Instrumentos de implementação da democracia participativa e o uso das tecnologias da informação e da comunicação para sua realização. In: XX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. *Anais...* Belo Horizonte: CONPEDI, 2011a.
- _____. Tendências da democracia participativa: a influência da Internet no perfil da representação e evento do orçamento participativo. In: XX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. *Anais...* Vitória: CONPEDI, 2011b.
- BESSON, Samantha; MARTÍ, José Luis (Ed.). *Deliberative democracy and its discontents*. Hampshire: Ashgate, 2006.
- BLONDIAUX, Loïc; SINTOMER, Yves. L'impératif délibératif. *Politix*, Paris, v. 15, n. 57, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução de Sérgio Bath. 10. ed. Brasília: UNB, 2001.
- _____. *Stato, governo, società*: frammenti di um dizionario politico. Torino: Einaudi, 1995.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: UNB, 2004.
- BOHMAN, James. *Public deliberation: pluralism, complexity, and democracy*. Cambridge: MIT, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BÓVINE, A. E. et al. *A constituição da URSS: comentário político*. Tradução de Leão Piattigórski. Moscou: Progresso, 1984.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. 35. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.
- _____. *Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, e 1967 e suas alterações*. Brasília: Senado Federal, 1986.
- BURNHEIM, John. Democracy: the nation state and the word system. In: HELD, David; POLLITT, Christopher (Ed.). *New forms of democracy*. London: Sage, 1989.
- _____. *Is democracy possible?: the alternative to electoral politics*. Sidney: Sidney University, 2006.
- BURNHEIM, John; RANNEY, Austin. *Referendums around the world*. Basingstoke: Macmillan, 1994.
- CAGGIANO, Monica Herman. *Oposição na política: propostas para uma rearquitetura da democracia*. São Paulo: Angelotti, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHÂTELET, François; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *As concepções políticas do século XX: história do pensamento político*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.
- COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: HAMLIN, Alan; PETTIT Philip (Ed.). *The good polity: normative analysis of the State*. Oxford: Basil Blackwell, 1989.
- _____. Deliberation and democratic legitimacy. In: BOHMAN, James; REHG, William (Ed.). *Deliberative democracy: essays on reason and politics*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1997.
- _____. Democracy and liberty. In: ELSTER, Jon (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University, 1998.

- CRÉPON, Marc; STIEGLER, Bernard. *De la démocratie participative: fondements et limites*. Paris: Mille et une nuits, 2007.
- CUNNINGHAM, Frank. *Teorias da democracia: uma introdução crítica*. Tradução de Delamar José Volpato Dutra. São Paulo: Artmed, 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1998.
- DÍEZ MORENO, Fernando. *El Estado social*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- DRYZEK, John S. *Deliberative democracy and beyond: liberals, critics, contestations*. Oxford: Oxford University, 2000.
- _____. *Discursive democracy: politics, policy, and political science*. Cambridge: Cambridge University, 1990.
- DRYZEK, John S.; DUNLEAVY, Patrick. *Theories of the democratic State*. New York: Palgrave Macmillan, 2009.
- DUNN, John. *Il mito degli uguali: la lunga storia della democrazia*. Tradução de Rossana Stanga. Milano: UBE, 2008.
- DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Tradução de Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.
- ELSTER, Jon (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University, 1998.
- ESPÍN TEMPLADO, Eduardo. Una reflexión sobre la representación política y los sistemas electorales en las democracias constitucionales. In: RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo José; GAMBINO, Silvio (Coord.). *Formas de gobierno y sistemas electorales: la experiencia italiana y española*. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.
- FEARON, James D. Deliberation as discussion. In: ELSTER, Jon (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *Do processo legislativo*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.
- _____. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009b.
- FISHKIN, James S. *Democracy and deliberation: new directions for democratic reform*. New Haven, London: Yale University, 1991.
- _____. *Tyranny and legitimacy: a critique of political theories*. Baltimore, London: The Johns Hopkins University, 1979.
- _____. *When the people speak: deliberative democracy and public consultation*. Oxford: Oxford University, 2009.
- GAMBETTA, Diego. "Claro!": an essay on discursive machismo. In: ELSTER, Jon (Ed.). *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University, 1998.
- GARCIA, Alexandre Navarro. Democracia semidireta: referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 166, abr./jun. 2005.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1986.
- GAUDIN, Jean Pierre. *La démocratie participative*. [S. l.]: Armand Colin, 2007.
- GINSBORG, Paul. *Democracy: crisis and renewal*. London: Profile Books, 2008.

- GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. Deliberative democracy beyond process. In: FISHKIN, James S.; LASLETT, Peter (Ed.). *Debating deliberative democracy*. Oxford: Blackwell, 2003.
- _____. *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton University, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HAMLIN, Alan; PETTIT Philip (Ed.). *The good polity: normative analysis of the state*. Oxford: Basil Blackwell, 1989.
- HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Droit constitutionnel*. 27. ed. Paris: LGDJ, 2001.
- HELD, David. Democracy: from city-states to a cosmopolitan order? In: HELD, David (Ed.). *Prospects for democracy: north, south, east, west*. Cambridge: Polity, 1993.
- LYRA, Rubens Pinto. Teorias clássicas sobre a democracia direta e a experiência brasileira. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 140, p. 11-16, out./dez. 1998.
- MANIN, Bernard. As metamorfoses do governo representativo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, n. 29, out. 1995.
- _____. *Principes du gouvernement représentatif*. Paris: Calmann-Lévy, 1995.
- MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. Cambridge: Cambridge University, 1997.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *The discourses*. London: Pelican, 1970.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. *RERE – Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*, Salvador, n. 9, p. 1-15, mar./abr./maio 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.
- OPPO, Anna. Verbete: partidos políticos. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: UNB, 2004.
- PACTET, Pierre; MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. *Droit constitutionnel*. 23. ed. Paris: Armand Colin, 2004.
- PARETO, Vilfredo. *The transformation of democracy*. Tradução de Renata Girola. London: Transaction, 2009.
- PATEMAN, Carole. *Participation and democratic theory*. London: Cambridge University, 1970.
- PETTIT, Philip. Deliberative democracy, the discursive dilemma, and republican theory. In: FISHKIN, James S.; LASLETT, Peter (Ed.). *Debating deliberative democracy*. Oxford: Blackwell, 2003.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.
- PIERSON, Christopher; CASTLES, Francis G. (Ed.). *The welfare State reader*. Cambridge: Cambridge University, 2006.
- PINTO FERREIRA. *Curso de direito constitucional*. 12. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PRÉLOT, Marcel; LESCUYER, Georges. *Historie des idées politiques*. 13. ed. Paris: Dalloz, 1997.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O referendun e a representação democrática no Brasil. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 92, p. 13-40, out./dez. 1986.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Tradução de Lourdes Santos Machado. In: _____. *Do contrato social e outros escritos*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. Democracia em Jean-Jacques Rousseau. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 155, p. 285-291, jul./set. 2002.

SARTORI, Giovanni. *Ingegneria costituzionale comparata: strutture, incentivi ed esiti*. 3. ed. Bologna: Mulino, 1998a.

_____. *Teoría de la democracia: el debate contemporáneo*. Tradução de Santiago Sanchez González. Madrid: Alianza, 1988b. 1 v.

_____. *Teoría de la democracia: los problemas clásicos*. Tradução de Santiago Sanchez González. Madrid: Alianza, 1988c. 2 v.

SCHAEFER, David Lewis. "Deliberative democracy": the transformation of a political concept. In: _____ (Ed.) *Democratic decision-making: historical and contemporary perspectives*. New York: Lexington, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O sistema representativo e a democracia semi-direta. In: CONCHA CANTÚ, Hugo A. (Coord.). *Sistema representativo y democracia semidirecta: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM, 2002.

SINTOMER, Yves. *La démocratie impossible?: politique et modernité chez Weber and Habermas*. Paris: La Découverte, 1999.

_____. *Le pouvoir au peuple: citoyens, tirage au sort et démocratie participative*. Paris: La Découverte, 2007.

SINTOMER, Yves; BACQUÉ, Marie-Hélène; FLAMAND, Amélie; NEZ, Héloïse. *La démocratie participative inachevée: genèse, adaptations et diffusions*. Paris: Adels, 2010.

SOTELO, Ignacio. *El estado social: antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Madrid: Trotta, 2010.

SUNSTEIN, Cass. *Republica.com: internet, democracia y libertad*. Barcelona: Paidós, 2003.

TILLY, Charles. *Democracia*. Tradução de Raimundo Viejo Viñas. Madrid: Akal, 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. Tradução de Henry Reeve. London: Oxford University, 1959.

TORRES DEL MORAL, Antonio. *Estado de derecho y democracia de partidos*. 3. ed. Madrid: Universidad Complutense Madrid, 2010.

Judicialização e desjudicialização

Entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário

DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO

Sumário

1. Introdução. 2. Judicialização. 2.1. A edição da legislação no Brasil. 2.2. Causas da judicialização. 3. Desjudicialização. 3.1. Causas da desjudicialização. 4. Conclusões.

1. Introdução

O presente artigo é o resultado das pesquisas atualmente realizadas, que também possibilitaram várias palestras. Foi objeto de investigação o problema das anomias¹ e a imposição de que o Judiciário apresente uma solução aos conflitos. Obviamente, no estágio atual da pesquisa, a resposta que se apresenta é meramente inicial. No início, a investigação debruçou-se sobre as razões das anomias. E, diante de várias possibilidades, constatou-se: a) o elevado volume de projetos em trâmite nas casas parlamentares e a falta de tempo para deliberação; b) os interesses conflitantes dos parlamentares que barram a tramitação de projetos desinteressantes; c) o interesse do governo e a pressão da opinião pública e de outros setores pela deliberação de determinados projetos em detrimento de inúmeros outros; d) dificuldades de amplo conhecimento e de análise técnica dos projetos apresentados; e e) a velocidade das transformações sociais que impõe uma demanda crescente de alteração legislativa.

Evidentemente, concorrem outras possibilidades, mas optou-se por limitar o número de alternativas.

Como prosseguimento da investigação, pesquisou-se o fenômeno igualmente contemporâneo da desjudicialização e, naturalmente, a sua

Diógenes V. Hassan Ribeiro é doutor e mestre em direito público pela Unisinos, desembargador no TJRS, vice-presidente de Assuntos Legislativos da Associação dos Magistrados Brasileiros (2010-2013), professor do projeto de mestrado em Direito e Sociedade da Unilasalle – Canoas/RS.

¹ O artigo restringe a expressão anomia à ausência de lei.

motivação. Destacaram-se, de plano, as suposições: a) da velocidade das transformações sociais; e b) a insuficiência jurisdicional no contexto de uma fragmentação social e do direito.

Por deficiência do legislativo deve-se compreender aquele déficit, aquela falta de condições de editar legislação. Por insuficiência da jurisdição deve-se compreender exatamente aquilo que é insuficiente para atender a todas as demandas apresentadas pela sociedade, assim como outras mudanças sociais e sistêmicas.

2. Judicialização

A expressão judicialização tem sido utilizada há algumas décadas e pretende significar um espaço maior no espectro de decisões, inclusive de natureza política, que passou a ser ocupado pelo Poder Judiciário. No âmbito da Teoria dos Sistemas Sociais, conforme desenvolvida por Niklas Luhmann, o Judiciário centraliza o sistema jurídico². E, ainda, o Judiciário é classificado como integrante do sistema de organizações, no gênero sistemas, juntamente com os sistemas sociais e com os sistemas de interação. As organizações cumprem a função decisional na Teoria dos Sistemas Sociais (LUHMANN, 2005). A Administração do Estado (o Executivo) também é compreendida como um sistema de organização, que sofre uma sobrecarga organizativa (LUHMANN, 2002, p. 114).

Não fosse suficiente isso, o Judiciário está proibido de não decidir, ou seja, está obrigado a decidir.

Existem inúmeras explicações para a ocorrência do fenômeno a que se chama de judicialização e, com certeza, não seria possível analisá-las todas neste espaço, até porque com o tempo haveria acréscimo de outras. Uma das alusões científicas é a do aumento de complexidade da sociedade, que demanda soluções, inclusive do sistema jurídico, cabendo, então, ao Judiciário, as que lhe forem demandadas em situações concretas ou até em algumas situações abstratas, genéricas, quando a solução vem das Cortes Superiores, em especial da Corte Constitucional.

Outra alusão científica vem de Jürgen Habermas (2001, p. 451-468) quando tratou da *colonização sistêmica do mundo da vida*. Com efeito, Habermas (2001) expôs que o mundo da vida, a sociedade em sua essência, tem sido colonizada sistemicamente, ou seja, no âmbito do sistema

² “Talvez possamos tomar como ponto de partida o fato não-questionado de que só o sistema jurídico coage os Tribunais à decisão, por conseguinte nem o legislador nem as partes privadas contratantes o fazer. Com base nessa regra, os Tribunais constituem o centro do sistema jurídico. Tudo mais, inclusive a legislação, representa a periferia” (LUHMANN, 1990, p. 160).

jurídico há demanda por soluções cada vez mais intensas na família, na saúde, na economia, na política e na educação. A transformação da sociedade exige soluções do sistema jurídico. Exemplificativamente podem ser citados os conflitos familiares. O casamento, que era para sempre, deixou de assim ser considerado pelos cônjuges. Por igual, os jovens deixaram de casar-se, seja pela resistência à burocracia, seja pela descrença no instituto, seja, enfim, por comodismo e outras razões. Esse quadro impôs novas soluções ao sistema jurídico. A diversidade de orientação sexual, na atualidade, gera crises de compreensão e polêmicas de inúmeras ordens – direitos patrimoniais e previdenciários dos conviventes e direito à adoção, são alguns deles.

A toda evidência, a judicialização também decorre do que se chamou de neoconstitucionalismo ou de pós-positivismo. Essa conclusão é estabelecida em especial no Brasil, que tem uma Constituição de outubro de 1988. A repercussão de uma Constituição analítica recente na sociedade é intensa. Contudo, observa-se no mundo inteiro a presença dos direitos humanos e fundamentais, enfim direitos dos cidadãos – estes que, adquirindo consciência desse contexto, nessa sociedade de massa e de consumo e de excesso de informação, efetivamente passam a ostentar e a defender seus direitos, superiormente de forma principiológica, como é próprio dos textos constitucionais. Isso certamente alija o legislador ordinário do seu papel de editor da legislação abstrata e genérica, que, na acepção de Luhmann (1983) constitui expectativa de normativa³. Assim, não havendo expectativa normativa generalizada e congruente, não haveria segurança.

Não se pode olvidar o fenômeno a que se chama de “ativismo judicial”. Numa compreen-

são restrita, esse fenômeno deriva da anomia, mas também pode ter alargado o seu conceito, caracterizando, então, uma atuação defeituosa do Poder Judiciário, que se desprende das suas funções, passando de aplicador a criador de legislação. O ativismo que se percebe possível e necessário é o decorrente da ausência de lei.

É evidente que todos esses fenômenos têm sua definição conceitual própria e acabada.

O constitucionalista Luís Roberto Barroso (2012, p. 187-235) também tratou desse temário tendo como vértice as noções de neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. Em sua obra, a partir da ideia ampla de neoconstitucionalismo, decorrente das transformações do direito constitucional nas últimas décadas, expõe o autor a existência de três marcos fundamentais de que resultou o estado atual. O histórico consiste nas mudanças no pós-guerra, juntamente com a reconstitucionalização da Europa, a partir da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e incluindo a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988. No marco filosófico, enuncia a superação do jusnaturalismo, então racionalista, e do positivismo, chegando ao pós-positivismo, que se desvela em uma apresentação para além da legalidade estrita. E, no marco teórico resgata o conceito de força normativa da Constituição (HESSE, 1991), anuncia a expansão da jurisdição constitucional e, também, o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

Portanto, muito além de uma ideia estreita de ativismo judicial, existem outros eventos e fenômenos que impuseram o atual estado de coisas.

É decisivo, contudo, compreender que, por exemplo, a constitucionalização do direito (civil, penal, previdenciário, tributário etc.), de par com a ideia de força normativa da Constituição, multiplicou as possibilidades de ação e de intervenção do Judiciário na sociedade.

³ “Normas são expectativas de comportamento estabelecidas em termos contrafáticos” (LUHMANN, 1983, p. 57).

No Brasil, por exemplo, o serviço judiciário, entendido como número de ações ajuizadas e em tramitação, a partir de outubro de 1988 (quando da promulgação da Constituição Federal) cresceu assustadora e geometricamente – e não cessa de aumentar – esgotando os recursos humanos, materiais e tecnológicos à disposição.

Nesses termos, existe uma imposição de aplicar os preceitos principiológicos revelados na Constituição Federal, desde logo, independentemente de legislação, conforme se verá no tópico seguinte.

2.1. A edição da legislação no Brasil

A edição da legislação no Brasil encontra inúmeros obstáculos, o que deve ser semelhante ao que ocorre nos demais países democráticos.

Pesquisas e dados estatísticos (QUEIROZ, 2010) publicados e atualizados anualmente sobre o trabalho do legislativo enunciam os resultados. Alguns jornalistas e pesquisadores são rigorosos nas críticas, atribuindo o conceito de “trabalho pífio” (QUEIROZ, 2012). Na verdade, é impositivo tentar compreender as dificuldades e os obstáculos enfrentados pelos parlamentares. Esse é um dos objetivos da pesquisa. Contribuiria para a análise global o exame das eleições, da formação educacional dos parlamentares, do nível cultural dos eleitores, da contribuição da mídia nas eleições. Todavia, isso não é possível de ser apresentado no âmbito de uma pesquisa que se inicia.

Essas pesquisas e dados estatísticos indicam que, quando se examina a qualidade da legislação em um determinado ano, não houve produção de qualidade acima de 20% dos projetos aprovados. Portanto, os projetos aprovados relevantes e que representam efetivamente contribuição para a sociedade, considerando o número de projetos aprovados, não superaram uma quinta parte. Nos mesmos termos, exami-

nado o aspecto da quantidade, puramente, o trabalho igualmente se revela pouco expressivo.

Há outros estudos (AMORIN NETO; SANTOS, 2002, p. 89-139) baseados noutros âmbitos de pesquisas que indicam, por exemplo, os interesses dos parlamentares. E a conclusão desses estudos indicou, por exemplo, que os interesses são nacionais, e não, como se poderia pensar, “marcadamente paroquiais”.

Assim, no Estado brasileiro, que não tem tradição ou história antiga em termos de sistema jurídico, essa quantidade e qualidade dos projetos é, realmente, irrisória. A cidadania demanda uma produção legislativa qualitativa e quantitativamente maior.

Mas, enfim, qual é a motivação para essa baixa produção e baixa qualidade?

Existem, é certo, grandes obstáculos para uma produção qualitativa e quantitativamente superior. É possível que o maior obstáculo seja, exatamente, o número de projetos em tramitação e a excessiva demanda de legislação da sociedade. Isso impõe que sejam escolhidos determinados projetos. Essa escolha é feita com base em diversos critérios. O critério econômico e a opinião pública fixam, na maior parte dos casos, as prioridades. Entre os projetos que celebram o critério econômico estão os interesses do Poder Executivo. Os projetos que estão na pauta da mídia são os projetos impostos pela opinião pública.

Em consequência, não há tempo suficiente para o exame dos demais projetos, pois, em muitos casos, os projetos são excessivamente complexos, que exigem, inclusive, a realização de audiências públicas, outros que devem tramitar por diversas comissões e passar por várias relatorias. O debate e a formação de consensos são indispensáveis no processo legislativo.

Mas, entre os projetos relevantes e que podem proporcionar grande contribuição para a sociedade, estão projetos em que há intensa

polêmica e interesses conflitantes de inúmeros segmentos da sociedade. Podem ser citados os projetos sobre o aborto, sobre o Código Florestal, sobre a união civil homoafetiva, sobre células-tronco, além de outros históricos e que somente foram aprovados depois de décadas, como o caso do divórcio e dos direitos do concubinato/união estável.

Nesses dois últimos casos, cumpre lembrar o trabalho do Senador Nelson Carneiro, que por mais de uma década tentou a aprovação do divórcio no Brasil, somente ocorrendo a aprovação em 1977, com a Lei nº 6.515. Posteriormente, a união estável somente foi prevista em legislação nos anos de 1994 e 1996 (Leis nºs 8.971 e 9.278). A razão da resistência ao divórcio provinha dos segmentos religiosos e conservadores, aos quais não importava a realidade social⁴.

Todavia, existe um problema que é acrescido na atualidade: o da velocidade das transformações sociais. Na linha de Zygmunt Bauman (2011) que cunhou a expressão “sociedade líquida”, pode-se estabelecer que essa sociedade se transforma e, de modo incessante, amolda-se. A sociedade não é mais sólida, como era na modernidade, mas líquida, que adota a forma do recipiente, e mesmo sem recipiente. A sociedade procura acobertar o caos, mas somente consegue realizar uma fina película de ordem, que é sempre perfurada, dilacerada pelo caos sobre o qual ela se estende – o caos sempre invade a imanência suposta, o que foi domesticado (BAUMAN, 2011, p. 26).

A sociedade não espera a solução do sistema político – nem do sistema jurídico – nem do Judiciário. A sociedade faz e acontece, e

depois demanda e aguarda pela solução dos problemas. As transformações da sociedade são – verdadeiramente – o motor da evolução dos sistemas sociais. Mas as transformações sociais precedem, não aguardam.

A ilusão – ou mito – da modernidade, do positivismo, é que a sociedade poderia ser encaixada num modelo jurídico legal prévio. É o caso do casamento – que era para sempre e que somente se permitia a união pelo casamento. Veio a separação, o término do casamento, e junto as uniões livres, à margem da legislação. A sociedade não se encaixou no modelo e isso serve para demonstrar o desfazimento do mito da sociedade como um projeto jurídico⁵.

Em suma: no Brasil e no mundo, o Poder Legislativo não dá e nem nunca dará conta da demanda por legislação.

2.2. Causas de judicialização

Nesses termos, as causas da judicialização estão aí expressas e não devem ser compreendidas de modo a ficarem reduzidas a conceitos não científicos como, por exemplo, ausência de esforço e de trabalho dos parlamentares, ou mero desinteresse pelo mandato recebido. Ao contrário, o trabalho dos parlamentares é intenso e extenso, e não se pretende com essa observação prestar nenhum favor⁶. Basta andar pelas casas do Congresso e constatar que, efetivamente, há esforço e trabalho, que se estende, em inúmeros casos em horários adiantados da noite e começa cedo da manhã. Não se pode esquecer do trabalho nas inúmeras comissões de análise dos projetos e, depois, do trabalho realizado em plenário. Igualmente,

⁴ Com relação ao direitos da concubina, somente regulados por Lei a partir de 1994, houve soluções em decisões jurisprudenciais de indenizações por meses de convívio, como se a mulher estivesse prestando serviços ao companheiro.

⁵ Nesse sentido artigo encaminhado para publicação na Revista do Projeto do Mestrado da Unilasalle-Canoas/RS.

⁶ Pontualmente existem casos de negligência e desídia com o mandato recebido, o que não permite a conclusão generalizada.

não se pode olvidar a etimologia da palavra “parlamento”. O diálogo, o debate, a polêmica, a discussão acalorada, tudo isso é intrínseco ao trabalho parlamentar e não se pode dizer que não trabalha aquele que obstaculiza a tramitação de determinado projeto que não interessa a um segmento da sociedade – esse expediente faz parte do processo legislativo. Todos os parlamentares representam o amplo espectro da sociedade e cada um os segmentos que o elegeram.

Portanto, o que se chama de judicialização é, na sua maior extensão, resultado desse déficit – dessa deficiência – natural do legislativo na edição da legislação.

Enfatize-se, aqui, pela repetição. A velocidade das transformações da sociedade vence o conservadorismo e a cautela do legislador ordinário, a qual decorre da sua deficiência – déficit – em editar legislação. Por outro lado, acaba impondo ao Judiciário a pauta de julgamento, conforme os princípios constantes da Constituição Federal.

3. Desjudicialização

Por desjudicialização compreendeu-se, inicialmente, a edição de legislação que possibilita a solução de um problema social sem a necessidade de jurisdição⁷. Todavia, é mais do que isso, conforme será visto na sequência.

Ordinariamente, então, o fenômeno da desjudicialização significa a possibilidade de solução de conflitos de interesse sem a prestação jurisdicional, entendido que jurisdição é somente aquela resposta estatal. Todavia, há situações

caracterizadas como exemplos de desjudicialização em que não havia, propriamente, conflito de interesses, mas em que o Estado – e aqui nos restringimos ao Brasil – previa a necessidade de atividade jurisdicional em razão da natureza da decisão.

Pode ser citada como exemplo deste último caso – da ausência de conflito de interesses – a Lei nº 11.441/2007, que estabeleceu a desjudicialização dos divórcios e inventários. Como se vê nesse estatuto legal, pode ser realizado o divórcio, tal como ocorre com o casamento, independentemente de jurisdição, quando não houver interesses indisponíveis de incapazes, e houver consenso entre os divorciandos. Nos mesmos termos, pode ocorrer a partilha dos bens herdados, desde que não haja herdeiros incapazes. E, ainda, o procedimento não jurisdicional é da livre opção das partes, não sendo obrigatório.

Também há a desjudicialização com a possibilidade de arbitragem, conforme a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, em que é possível a solução extrajudicial de algum conflito de interesses.

No direito português, como anota Jayme Weingartner Neto (2000, p. 17), há o denominado princípio da diversão, que significa “toda tentativa de solucionar um conflito jurídico penal fora do curso normal da Justiça Penal.” Nesse caso, está exposta a ideia de solução do conflito em momento pré-judicial, ou de suspensão do processo, nas mesmas condições, ou, ainda, de possibilidade de mediação, inclusive em situação delituosa privada ou semipública. O fenômeno lá é denominado também “desjudicialização”, não como aqui, “desjudicialização”.

Todavia, como dito acima, a desjudicialização opera-se ainda mais em outros espaços e com novos instrumentos jurídicos.

O instituto da mediação é um deles. Surgiu para evitar a reiteração, a reincidência, do mes-

⁷ Na edição da Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, encaminhei artigo para publicação no site do IBFAM e foi publicado em 21 de janeiro de 2007. O mesmo artigo também foi publicado no site do Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e tem o título Notas sobre a Lei de desjudicialização dos divórcios, separações e inventários (Lei nº 11.441/2007).

mo conflito no Judiciário e, especialmente, para propiciar maior satisfação às partes envolvidas. Ora, no âmbito da família o valor afeto é o que deve ser priorizado. As soluções judiciais, na maior parte dos casos, que prestam uma resposta jurídica e distante, à lide posta, revelaram-se insatisfatórias, seja quando considerada a reincidência do conflito, seja quando considerada, em especial, a qualidade da solução que, evidentemente, não era abrangente. A mediação, promovendo encontros separados e conjuntos dos litigantes, dá a oportunidade de que eles mesmos construam a solução do seu conflito, de que eles mesmo construam o futuro das suas relações, cada um olhando para o outro e escutando os problemas e as dificuldades do outro.

A mediação tenta evitar estabelecer o que se chama de “diálogo de surdos”, quando os contendores não ouvem o outro, apenas escutam os seus próprios argumentos, alegações, ressentimentos, mágoas e dores.

Não restam dúvidas de que a mediação, especialmente no âmbito dos conflitos familiares, propicia a revelação de uma solução mais adequada e concreta. Mas é possível mediação em conflitos de interesses de outras características, inclusive eminentemente patrimoniais e de vizinhança.

Pode ser referido, igualmente, o instituto da justiça restaurativa, que foi pensado originalmente para possibilitar um tratamento diverso do tradicional nos ilícitos penais. Efetivamente, a tradição impõe a concepção da retribuição e da reeducação, mas a vítima fica, normalmente, afastada de qualquer outro processo diverso do da reconstrução do fato com vistas à demonstração da responsabilidade penal. A justiça restaurativa possibilita um outro olhar para o ilícito, aproximando a vítima, ou vítimas, do ofensor. Nesses termos, a vítima pode receber uma outra espécie de reparação à sua dor, inclusive compreender as razões do ofensor, ao

passo que este pode encontrar espaço melhor para a sua reintegração social.

A justiça restaurativa tem encontrado amplo espaço de utilização especialmente na área da infância e da adolescência.

Para além da mediação e da justiça restaurativa, que possibilitam horizontes diversos da jurisdição e da solução do conflito por terceiro imparcial, há os antigos institutos da conciliação e da transação, frequentemente estimulados pelas instituições públicas.

3.1. Causas da desjudicialização

Importa, então, refletir sobre as causas da desjudicialização. Esse fenômeno, em especial, resulta da insuficiência do Estado-juiz no mundo contemporâneo, dado que a sociedade exige outras possibilidades de soluções, mais eficazes. Essas alternativas apresentam outros olhares sobre os conflitos, diversos do tradicional que, mediante a coação, por um ato externo, por um ato estatal, impõe a solução. Todavia, como visto acima, essa solução estatal, em grande parte dos casos, não se revela adequada, correta e, portanto, justa no sentido mais extenso da palavra.

Com efeito, no âmbito da família, uma solução sem consenso que verse sobre visitaçao dos filhos pelo cônjuge que não tem a guarda, ou sobre a própria guarda, tem sido plenamente insatisfatória, considerando a recalcitrância das partes e a reincidência do conflito. Nesses termos, a mediação é bem mais satisfatória, ao retirar as partes de um conflito recorrente e propiciar que elas compreendam a dificuldade do outro em benefício da prole. Esse processo, esse novo olhar, se não remove a mágoa e o ressentimento do rompimento da união, ao menos possibilita a suspensão daquela mágoa.

No que concerne à justiça restaurativa, em um seminário ouvi um relato que mostra exatamente essa insuficiência do Estado e também da

sua função jurisdicional. Tratava-se de um caso em que se encontrava presa a genitora de uma menina de seis anos. Ela cumpria condenação que a manteria afastada da filha por vários anos, situação que gerou o exercício da guarda da filha pela avó materna. Esta, contudo, passou a maltratar a neta, mas a genitora, cumprindo pena, nada podia fazer a respeito. Essa é uma situação clara de impossibilidade do Estado, de insuficiência do Estado. Punir a avó materna ou retirar dela a guarda da neta talvez somente causassem maior dor e sofrimento à criança. É, portanto, situação que revela a necessidade de tratamento diverso do tradicional pela justiça restaurativa, na forma (como pretendem alguns) da própria mediação, inclusive por acompanhamento psicológico como recurso público que pode ser buscado.

Enfim, a causa especial da desjudicialização é a insuficiência do Judiciário. Mas tal insuficiência não decorre de ausência de prestação jurisdicional. É até possível que ela efetivamente ocorra na quase totalidade dos casos. Realmente, é situação de insuficiência porque a jurisdição tradicional, como solução imposta de conflito de interesses, não é em nada eficaz. Aqui entra, então, igualmente a velocidade das transformações sociais a impor a insuficiência do Judiciário e, então, a desjudicialização.

Evidentemente, há outras causas menos importantes e relevantes, no atual contexto histórico, para a desjudicialização.

4. Conclusões

Em conclusão, é possível enunciar, como afirmado acima, que a judicialização decorre, especialmente, da deficiência do legislativo – no sentido de déficit. Isso não ocorre apenas no Brasil, tendo como causas, entre outras, o excessivo número de projetos em tramitação no Legislativo, a velocidade das transformações

sociais, que faz com que não haja condições físicas de editar toda a gama de legislação demandada pela sociedade, assim como as mudanças operadas no direito, em especial no direito constitucional nas últimas décadas, que trouxeram novas noções de aplicação da Constituição, especialmente as decorrentes da sua força normativa da Constituição.

Por outro lado, a desjudicialização, tem como causa, especialmente, a insuficiência do Judiciário, em descompasso com a velocidade das transformações sociais. Estas, a par de contribuírem para a judicialização, também servem à desjudicialização. Num momento impõem a judicialização; noutro momento a desjudicialização. No primeiro, evidenciam a deficiência do Legislativo e então fazem com que a demanda seja solucionada juridicamente. No outro instante, promovem a desjudicialização porque o Estado-juiz não consegue apresentar uma solução eficaz.

Como visto, a sociedade não espera a solução legislativa do Estado-legislador, nem a solução jurídica por via do Estado-juiz. A sociedade faz e acontece. A sociedade é o motor da evolução dos sistemas sociais. Nesses termos, tanto a judicialização como a desjudicialização decorrem de causas naturais e até acidentais, imprevistas e incontidas.

De qualquer modo, tanto a judicialização como a desjudicialização são mudanças sistêmicas – evoluções – do sistema jurídico, tal como concebido na Teoria dos Sistemas, no desenvolvimento formulado por Niklas Luhmann (1990). A legislação faz parte do sistema jurídico e os tribunais estão no centro do sistema, que têm a função de decidir, como integrante dos sistemas de organização.

A judicialização acentua a realização de um deslocamento da lei abstrata (do legislador) para a lei concreta (do juiz) – mas tudo inserido no sistema jurídico. A desjudicialização estabelece-

-se a partir do limite do Judiciário, que não consegue satisfazer (dar a solução), daí fazendo nascer outras possibilidades mais satisfatórias de solução dos conflitos de interesses.

Referências

- AMORIN NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. A produção legislativa no Congresso: entre a paróquia e a nação. In: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida em fragmentos: sobre a ética pós-moderna*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. 2. ed. Madrid: Taurus, 2001.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.
- LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 49, jul. 1990, p. 149-168.
- _____. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos, 2005.
- _____. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Madrid: Alianza, 2002.
- _____. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- QUEIROZ, Antônio Augusto de. Produção legislativa deixou a desejar neste ano. *Conjur* [online], São Paulo, 26 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-26/retrospectiva-2010-producao-legislativa-deixou-desejar-neste-ano>>. Acesso em: 26 mar. 2013.
- _____. Conjuntura e produção legislativa no primeiro semestre de 2012. *DIAP* [online], Brasília, 18 jul. 2012. Acesso em: <http://www.diap.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20684:conjuntura-e-producao-legislativa-no-primeiro-semester-de-2012&catid=46:artigos&Itemid=207>. Acesso em: 26 mar. 2013.
- VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- WEINGARTNER NETO, Jayme. O princípio da diversão e o Ministério Público: um viés lusitano. *Revista Direito e Democracia – Revista de Ciências Jurídicas*, Canoas, v. 2, n. 1, 2000.

Sucumbência recursal no Novo CPC

Uma análise econômica

MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO
DIEGO CAETANO DA SILVA CAMPOS

Sumário

1. Introdução. 2. Por que análise econômica do direito. 3. Contornos da sucumbência recursal no Anteprojeto do Novo CPC. 3.1. Disciplina. 3.2. Duplo grau de jurisdição e acesso à justiça. 4. Apontamentos sobre os pressupostos teóricos fundamentais para compreensão do método da Análise Econômica do Direito aplicado aos institutos processuais. 4.1. Apresentação. 4.2. Escolha racional. 4.3. Direito: indutor de condutas. 4.4. Custos de transação e eficiência. 5. Poder Judiciário e sistema processual: papel no funcionamento da economia de mercado. 6. Análise Econômica da sucumbência recursal. 7. Conclusão.

1. Introdução

O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro – trabalho elaborado por uma comissão de juristas nomeados pelo Senado Federal, com vistas à substituição do Código de Processo Civil de 1973 – prevê, entre as diversas mudanças propostas à sistemática processual civil, a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do advogado da parte contrária, caso interponha recurso que não seja admitido ou venha a ser desprovido por unanimidade de votos. Trata-se da implementação, em termos de lei processual civil geral, da *sucumbência recursal*, ou seja, da imposição de novo ônus de sucumbência para a parte vencida que, em sede de recurso, deixa de obter êxito.

A eventual incorporação da sucumbência recursal pode, em tese, representar um marco no sistema legal brasileiro, permitindo que seja considerada, de um lado, uma forma de desestimular a interposição de recursos meramente protelatórios – uma norma que desestimularia

Marcia Carla Pereira Ribeiro é doutora em Direito pela UFPR. Professora de Direito Empresarial da UFPR e PUC-PR. Estágio de Pós-Doutorado na Edesp/ FGV (2005/2006). Procuradora do Estado.

Diego Caetano da Silva Campos é mestrando em Direito pela PUC-PR, pesquisador e advogado.

determinadas medidas processuais, no âmbito recursal (logo, regra de desestímulo ao recurso com poucas possibilidades de sucesso) – assim como, por outro lado, uma suposta restrição a preceitos constitucionais, como o do duplo grau de jurisdição, ou, mais genericamente, o de acesso ao Poder Judiciário.

O artigo pretende demonstrar que a análise da modificação legislativa pode dar-se mediante a aplicação de preceitos de análise econômica, de forma a se aquilatar o papel que o recurso desempenha na estrutura de administração da justiça e a possibilidade de se obter maior eficiência e, conseqüentemente, de garantir-se de forma adequada o direito de efetivo acesso à justiça, restringindo-se condutas protelatórias ou de fraca possibilidade de ganho.

Assim, inicia-se o presente trabalho com breves apontamentos sobre a escolha do método da análise econômica do direito. Depois, aborda-se a disciplina jurídica da sucumbência recursal, tal como delineada no Anteprojeto do Novo CPC, cotejando-a com a previsão constitucional de duplo grau de jurisdição e do acesso à justiça, a fim de permitir o enfrentamento da tese de inconstitucionalidade do instituto. Ultrapassado o argumento de inconstitucionalidade, passa-se à investigação da conveniência da adoção da sucumbência recursal, a partir da ótica econômica. Para tanto, parte-se da corrente da Nova Economia Institucional, liderada por Oliver F. Williamson e Douglas C. North. Tomando-se por base as diretrizes do método, debruça-se sobre o papel do Poder Judiciário como instituição relevante do ponto de vista econômico, bem como sobre os atributos que devem permear a tutela jurisdicional para que ela possa induzir comportamentos desejáveis na perspectiva econômica e social.

Fixadas tais premissas, passa-se a analisar o instituto da sucumbência recursal, adotando-se como instrumento de análise os pressupostos da análise econômica do Direito, com o propósito de verificar quais seriam os prováveis efeitos concretos decorrentes da adoção dessa ferramenta processual. Na seqüência, a partir dos resultados obtidos, confrontam-se os prováveis efeitos da sucumbência recursal com os atributos que devem orientar a atuação jurisdicional, a fim de se revelar o posicionamento dos autores quanto à conveniência ou não da previsão da sucumbência recursal no novo CPC.

2. Por que análise econômica do direito

A iniciativa produz verdadeira inovação nas regras processuais, pois o sistema estabelecido pelo Código de Processo Civil vigente não prevê semelhante imposição, limitando-se ao estabelecimento de condenação ao pagamento de honorários advocatícios (ônus de sucumbência) por

fixação do magistrado de primeira instância, no momento em que profere a sentença. Não há qualquer disposição legal geral¹ que alicerce a condenação da parte sucumbente em ônus adicional, em caso de insucesso de eventual recurso por ela interposto².

Acerca da modificação legislativa proposta há posicionamentos dissonantes na doutrina. De um lado, há a corrente favorável à sucumbência recursal, como instrumento para evitar o manejo de recursos protelatórios, de modo a colaborar para a celeridade processual (GRECO, 2010, p. 47). Por outro lado, alguns doutrinadores mostram-se contrários ao instituto da sucumbência recursal, entendendo que a nova condenação ao pagamento de honorários em grau de recurso seria inconstitucional, por violação à garantia do duplo grau de jurisdição, além de dificultar o acesso à justiça pela via recursal (SOARES, 2010, p. 69-75).

Nesse debate (sobre a conveniência da mudança legislativa), uma análise do instituto pela perspectiva econômica – a partir da metodologia da Análise Econômica do Direito – pode contribuir para a avaliação dos efeitos da sucumbência recursal sobre o sistema processual civil e, consequentemente, seus efeitos sobre a atuação do Poder Judiciário nessa seara.

Conforme será explorado no decorrer do trabalho, o Poder Judiciário é uma organização jurídica fundamental ao desempenho econômico, na medida em que é um dos principais responsáveis por garantir a propriedade, o cumprimento dos contratos e conferir segurança e previsibilidade às relações de cunho econômico. Sendo assim, é importante que os institutos processuais que impactam a atuação do Poder Judiciário sejam examinados também sob a perspectiva econômica, de modo a verificar sua correspondência com a função econômica da instituição. A análise dos efeitos concretos dos institutos jurídicos indica uma visão realista do fenômeno jurídico (realismo jurídico), que afasta a análise meramente formal do direito (FREIRE, 2010, p. 21-30).

A Análise Econômica do Direito pode agir em pelo menos três frentes, pois oferece ferramentas que permitem aquilatar: a eficiência da lei, o porquê de sua existência e, especialmente para fins deste artigo, que leis

¹ No procedimento delineado pela Lei 9.099/95, aplicável às causas que tramitam perante os Juizados Especiais Cíveis, há previsão de condenação do recorrente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios (art. 55), em caso de desprovimento de recurso inominado por ele intentado. No entanto, o sistema é diferente do previsto no Anteprojeto do novo CPC, já que, ao contrário deste, não há cumulação entre o ônus de sucumbência de primeira instância com o ônus de segunda instância, haja vista que, na primeira instância do Juizado Especial Cível, em regra, não há condenação em honorários ou em custas processuais.

² Existe a possibilidade de condenação por litigância de má-fé, em caso de manejo de recurso com intuito manifestamente protelatório (art. 17, VII, do CPC). No entanto, somente se justifica tal condenação caso fique demonstrado cabalmente o dolo em protelar a demanda via recurso, segundo jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça.

devem existir. Destas, a última das vocações é a que mais polêmica suscita (FRIEDMAN, 2000, p. 24).

O regramento jurídico, visto em sua condição de instituição (NORTH, 1994, p. 359-368), tem a vocação de indução ou de coibição de condutas a partir de um juízo valorativo. Ao se tomar a Economia como uma ciência que está diretamente relacionada ao estudo do comportamento humano (NUSDEO, 2005, p. 43-44), seus instrumentos são poderosos para a prospecção dos comportamentos dos agentes frente às diversas prescrições do ordenamento jurídico.

Por outro lado, como dito, a ferramenta econômica pode ser manejada antes da implementação normativa – tal qual a sucumbência recursal – e permite avaliar se a criação dessa normativa seria adequada aos ditames econômicos e sociais previstos na Constituição Federal de 1988. Sob esse prisma, destaque-se que o escopo que orienta este estudo é a busca de um sistema processual que permita ao Poder Judiciário atuar em consonância com os anseios econômicos e sociais, a fim de atender ao seu papel no funcionamento da economia de mercado, a partir da premissas derivadas do ordenamento jurídico vigente. A análise econômica do direito mostra-se especialmente útil para o cumprimento do intento.

3. Contornos da sucumbência recursal no Anteprojeto do Novo CPC

3.1. Disciplina

O instituto da sucumbência recursal está previsto no § 6º do art. 73 do Anteprojeto do Novo CPC e consiste em nova condenação ao pagamento de honorários advocatícios em favor do advogado da parte contrária – cumulado com multas ou outras sanções processuais –

caso a parte vencida recorra de sentença ou acórdão, e seu recurso não seja conhecido ou seja desprovido por unanimidade de votos. Significa dizer que, existindo sucumbência recursal, a parte que não teve sua pretensão acolhida por sentença ou acórdão está sujeita, em caso de interposição de recurso, a sofrer nova condenação em honorários advocatícios, se o recurso porventura não for conhecido ou for desprovido unanimemente.

No sistema processual civil vigente, não há semelhante previsão, pois, a teor do art. 20, *caput* e § 1º, do CPC, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios ocorre no momento da prolação da sentença, não havendo previsão de acréscimo de verba honorária em caso de insucesso da parte vencida nas instâncias recursais. Desse modo, não sendo caso de insurgência sobre o *quantum* dos honorários advocatícios, não haverá qualquer acréscimo no valor dos honorários em virtude de eventual fracasso da parte na esfera recursal, permanecendo o valor arbitrado na sentença independentemente do desacolhimento da pretensão recursal.

O percentual limite à condenação ao pagamento de honorários advocatícios, conforme fixado no § 7º do art. 73 do Projeto, é de 25% (vinte e cinco por cento), ou seja, a nova condenação em grau de recurso não pode, somada à originalmente determinada, ultrapassar o percentual legal. Além disso, os § 8º e § 9º do mesmo artigo preveem duas hipóteses nas quais o ônus de sucumbência em grau de recurso não se aplica. A primeira, prevista no § 8º, diz respeito à hipótese de provimento do recurso especial e recurso extraordinário. Nesse caso, a regra é o afastamento do honorários decorrentes de sucumbência recursal em segundo grau. A segunda, delineada no § 9º, refere-se à inaplicabilidade da sucumbência recursal quando “a questão jurídica discutida no recurso for objeto de divergência jurisprudencial”.

Em linhas gerais, essa é a disciplina normativa que rege a sucumbência recursal, estabelecendo limite percentual e hipóteses de não incidência que denotam flexibilização do instituto em determinadas hipóteses nas quais a comissão de elaboração do Anteprojeto do Novo CPC entendeu incompatível a nova condenação em honorários em sede de recurso.

3.2. Duplo grau de jurisdição e acesso à justiça

Embora o foco do trabalho não seja exatamente o debate acerca da conformação do instituto da sucumbência recursal aos ditames da Constituição Federal de 1988, é inevitável tecer algumas considerações a respeito do tema, pois é uma questão prejudicial à própria temática específica deste estudo. De fato, não há sentido em se discutir a conveniência de qualquer instituto jurídico se ele apresentar vício de inconstitucionalidade, uma vez que, nessa hipótese, não poderá subsistir no ordenamento jurídico por contrariar as normas que são o fundamento de validade das demais normas do sistema. Destarte, antes da análise econômica do instituto, volta-se a atenção aos contornos do princípio do duplo grau de jurisdição e do princípio do acesso à justiça e sua relação com a sucumbência recursal.

Sob a ótica do princípio do duplo grau de jurisdição, toda sentença deveria ser, em tese, passível de revisão por um órgão jurisdicional de grau superior. Para alguns, a ideia defendida é que, basicamente, o duplo grau de jurisdição constituiria uma garantia constitucional e seria fundamental para a boa administração da justiça (ARENHART; MARINONI, 2007, p. 487), alicerçada no disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contradi-

tório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”) e, implicitamente, pela previsão da possibilidade de interposição de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (ARENHART; MARINONI, 2007, p. 488-489). Além disso, a obrigatoriedade de revisão das decisões de primeira instância teria como sustentáculo a necessidade de controle da atividade judicial e a boa influência psicológica causada no juiz, em virtude de estar ciente de que sua decisão será reapreciada (ARENHART; MARINONI, 2007, p. 488-489).

Conquanto a sucumbência recursal não impeça a interposição de recurso – tanto que sua aplicação pressupõe ter havido recurso –, parte da doutrina entende que sua previsão no sistema processual violaria a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. Essa é a posição de Leonardo Oliveira Soares (2010, p. 74), que sustenta que a sucumbência recursal limita a possibilidade do exercício do direito de recorrer, contrariando o devido processo legal. Defende o autor que as partes, ao iniciar o processo, devem “dispor de idêntica possibilidade de recorrer da decisão, futura e incerta, que venha a ser dada ao conflito” (SOARES, 2010, p. 74), razão pela qual não se poderia aplicar a sucumbência recursal ao sistema processual civil brasileiro.

Para refutar o argumento de inconstitucionalidade material da sucumbência recursal, destaque-se que não se pode identificar a imposição de novo ônus financeiro à parte que fracassa em sua pretensão recursal como um óbice para o exercício do direito de recorrer ou ao acesso à justiça de um modo geral. Adotar posicionamento em sentido contrário seria afirmar que o próprio ônus de sucumbência vigente no sistema processual civil configuraria uma limitação ao acesso à justiça e ao devido processo legal, visto que também impõe às partes o risco de serem condenadas ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, em caso

de insucesso de suas pretensões, e, nessa medida, representaria – segundo a linha de raciocínio defendida por Soares (2010) – uma limitação ao direito de provocar a tutela jurisdicional.

Perceba-se que a sucumbência recursal nada mais é do que a imposição à parte vencida de um risco de agravamento da condenação ao pagamento de honorários advocatícios, caso seu recurso não seja conhecido ou seja desprovido por unanimidade de votos, assemelhando-se ao risco que o ônus de sucumbência vigente representa às partes antes de ingressarem em juízo. No mais, se o risco de pagamento do ônus de sucumbência e da sucumbência recursal representar verdadeiro obstáculo ao alcance da tutela jurisdicional, por não dispor a parte de condições financeiras para suportá-los sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, o benefício da justiça gratuita (Lei nº 1.060/50) estaria à disposição dos que dela necessitarem, superando a suposta ofensa ao acesso à justiça e ao direito de recorrer.

Em segundo plano, cumpre registrar que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o duplo grau de jurisdição não é garantido pela Constituição Federal. Conforme manifestação plenária no RHC 79785 da relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, “(...) não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal” (BRASIL, 2002). Além dos fundamentos do acórdão, é possível verificar, a partir das lições de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2007), alguns fundamentos que alicerçam a tese de inexistência de uma garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição: (i) o controle da atividade judicial é realizada por instrumentos próprios, por meio das corregedorias, não se prestando o recurso para tal desiderato; (ii) é fantasioso o argumento de que os magistrados de segunda instância, por serem mais experientes, teriam melhores condições de julgar os conflitos; (iii) em observância ao princípio da oralidade e da imediação, é vantajoso que a causa seja julgada pelo juízo de primeira instância, sem necessidade de reapreciação do mérito pelo Tribunal; (iv) a previsão de recurso especial na Constituição Federal não garante ao litigante recurso contra toda e qualquer decisão proferida em primeira instância, eis que a previsão de recursos aos tribunais superiores não implica, necessariamente, garantir o duplo grau de jurisdição; (v) a ampla defesa não impõe a possibilidade de recurso contra todas as decisões, não sendo necessário quando, a partir de critério de razoabilidade, não seja imprescindível a reapreciação do mérito para a garantia de participação no processo; (vi) havendo causas nas quais a apreciação em única instância é suficiente para garantir a participação

(ação e defesa), não faz parte do devido processo legal a existência de duplo grau de jurisdição; (vii) deve ser observado o direito dos jurisdicionados à prestação jurisdicional efetiva, não havendo como garantir o duplo grau quando se mostre contrário à efetividade da tutela de direito material (ARENHART; MARINONI, 2007, p. 489-497).

Assim, mesmo que a sucumbência recursal implicasse obstáculo ao exercício do direito de recorrer, não se poderia falar em inconstitucionalidade, já que o duplo grau de jurisdição não configura garantia constitucional. Ultrapassada a suposta barreira constitucional, retoma-se a temática da análise econômica do direito

4. Apontamentos sobre os pressupostos teóricos fundamentais para compreensão do método da Análise Econômica do Direito aplicado aos institutos processuais

4.1. Alguns ajustes

Embora seja comum incluir todos os estudos que se dedicam à análise do Direito a partir da perspectiva econômica em um grande e geral movimento da *Law and Economics* (Análise Econômica do Direito), dentro desse movimento há várias correntes que divergem entre si, a partir de diferentes ângulos de análise (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 85). Entretanto, a inclusão de todas elas como integrantes do movimento da Análise Econômica do Direito justifica-se por partirem de pressupostos similares, com escopo comum de permitir o diálogo entre a teoria econômica e a teoria jurídica (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2009, p. 53). Basicamente, o movimento da Análise Econômica do Direito caracteriza-se pelo estudo do fenômeno jurídico a partir dos princípios econômicos, trazendo para o Direito noções eminentemente econômicas, tais como eficiência, redução de custos, valor e utilidade.

Para a adequada compreensão do método de análise que se propõe no presente trabalho, passa-se a abordar as premissas fundamentais da Análise Econômica do Direito – exclusivamente no que é aplicável à análise da sucumbência recursal –, com ênfase na corrente teórica da Nova Economia Institucional, a qual, por se relacionar mais especificamente com a análise econômica das instituições jurídicas, se coaduna melhor com o estudo sobre os efeitos concretos da criação do instituto da sucumbência recursal.

4.2. Escolha racional

O ponto de partida para a compreensão do arcabouço teórico utilizado pela Análise Econômica do Direito é entender o pressuposto de

racionalidade das condutas humanas. Na perspectiva da teoria econômica clássica, a conduta individual é pautada pela avaliação racional de benefícios e prejuízos decorrentes da ação ou da omissão. Assim, ao se deparar com mais de uma escolha possível, o ser humano avaliará que opção lhe oferece maior benefício, considerando os prejuízos, e optará pela que lhe for mais benéfica (COASE, 1988, p. 27). Vale dizer: o ser humano, ao escolher suas condutas, atua de acordo com a busca de maximização dos seus interesses, escolhendo a opção que lhe ofereça a maior satisfação possível. Nesse sentido, Pinheiro e Saddi, ao destacarem as premissas fundamentais que são mais ou menos uniformes para a análise econômica do direito, registram: “O ser humano sempre procura aquilo que considera ser o melhor para si, preferindo mais a menos satisfação. Formalmente, diz-se que os agentes econômicos agem de maneira racional, procurando maximizar sua utilidade.” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 89).

Na perspectiva das correntes de análise econômica mais modernas – dentre elas a Nova Economia Institucional – a racionalidade na escolha de condutas tem natureza limitada (WILLIAMSON, 2005, p. 21-22). Significa dizer que nem sempre a avaliação de vantagens e desvantagens realizada pelo agente corresponderá à realidade. Nesse sentido, North (1994) afirma que está no plano ideal que os agentes racionalmente conheçam seus interesses e saibam como agir de acordo com tais interesses. O autor destaca que a história demonstra que as ideias, as ideologias, os mitos, os dogmas são relevantes para a formulação das escolhas dos agentes, não havendo garantia de que estas escolhas, orientadas por tais fatores, serão adequadas aos resultados que se esperam, inclusive no que tange aos resultados econômicos (NORTH, 1994, p. 362). A avaliação de tais atributos é subjetiva, de acordo com o conhecimento e valores de cada agente, não havendo como ter certeza se a escolha realizada corresponderá concretamente à efetiva maximização da satisfação de seus interesses.

Cumprido destacar que, pelo enfoque da análise econômica, o ser humano adota seus comportamentos conforme seus interesses individuais, não visando, em princípio, ao bem-estar geral da coletividade (FORGIONI, 2005, p. 248). Portanto, nessa ótica, os agentes agem na sociedade de acordo com a finalidade de maximização de seus interesses egoísticos, escolhendo as condutas que lhes parecem mais adequadas a tal escopo³.

Tal concepção é importante para entender a lógica que orienta os comportamentos dos indivíduos no campo econômico e nas demais esferas sociais. Entendendo essa lógica, há maior possibilidade de se prever

³ Paula A. Forgioni, ao comentar o pressuposto de racionalidade desenvolvido pela análise econômica do direito, destaca que “(...) as decisões individuais dos agentes econômicos são marcadas pelo desejo egoístico de satisfação de suas necessidades(...)” (FORGIONI, 2005, p. 248).

o comportamento dos indivíduos frente a situações que lhes imponham uma escolha de conduta, como uma norma jurídica que vede determinada conduta – há opção entre cumprir a norma, abstendo-se de praticar a conduta regulada, ou descumpri-la, realizando a conduta prevista. Nessa hipótese, segundo a teoria econômica, a escolha do indivíduo dependerá das vantagens e desvantagens relacionadas ao cumprimento e ao descumprimento da norma, prevalecendo a que apresentar o melhor benefício sob a ótica do agente.

4.3. Direito: indutor de condutas

Sob o ponto de vista da análise econômica, o ordenamento jurídico caracteriza-se como uma estrutura de incentivo com poder de influenciar a conduta dos agentes. Segundo Forgioni, um dos postulados da análise econômica do direito é a premissa fundamental de que as “normas jurídicas nada mais são que incentivos ou não incentivos a que os agentes econômicos atuem de determinada forma. A sanção é simplesmente um preço que será valorado pelo agente econômico conforme a lógica do custo/benefício de seus possíveis comportamentos” (FORGIONI, 2005, p. 248). Nesse passo, North afirma que as instituições – inclusive as jurídicas – formam “*the rules of the game*” [as regras do jogo] (NORTH, 1994, p. 361).

Assim, as normas jurídicas consubstanciam comandos que se prestarão como indutores dos comportamentos individuais, por meio de estruturas de estímulo e desestímulo. Pode-se afirmar que, de uma maneira geral, o Direito influencia a conduta das pessoas valendo-se tanto de instrumentos de sanção como de instrumentos de caráter premial (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 13).

A influência no comportamento das pessoas está atrelada à capacidade que a norma jurídica tem de incrementar ou diminuir os custos e as vantagens vinculadas à determinada conduta, aliada à característica de racionalidade do ser humano. Para exemplificar essa relação, pode-se aventar a situação de um motorista conduzindo seu automóvel em via pública. Em princípio, é possível que o motorista escolha livremente em qual velocidade conduzirá seu veículo nas vias urbanas. No entanto, a existência de uma norma estabelecendo o limite de sessenta quilômetros por hora em determinada via, sob pena de multa pecuniária e a possibilidade de perda da licença para dirigir, modifica a situação inicial, pois o custo para se dirigir acima do limite permitido pela norma se elevou: risco de pagamento do valor da multa e, ainda, risco de ser privado da carteira de habilitação. Assim, em situações de normalidade, o motorista – exercendo sua racionalidade (maximização dos benefícios) – chegará

a conclusão de que é mais vantajoso respeitar o limite de velocidade, ao invés de desrespeitá-lo, em razão dos custos envolvidos na adoção do comportamento de desrespeito à norma de trânsito, razão pela qual mais frequentemente tenderá a adotar uma postura conforme o comando normativo.

O que economia tem a ver com Lei, não é uma questão de dinheiro, mas de implicações da escolha racional, revelando-se os efeitos da norma legal sobre o comportamento (FRIEDMAN, 2000, p. 8-9).

Portanto, a capacidade das normas jurídicas de influenciar as condutas individuais está diretamente relacionada ao acréscimo de custos ou de vantagens vinculados ao comportamento regulado e à capacidade analítica racional dos seres humanos. Quanto mais certeza o indivíduo tiver de que a aplicação da norma jurídica aumentará o dispêndio de seus recursos (dinheiro, matéria prima, tempo...), maior o impacto da norma sobre seu comportamento, pois, sendo ele racional, pautará suas condutas pela busca da opção que lhe seja mais benéfica, considerando vantagens e desvantagens.

Essa visão do Direito – como indutor de condutas – afasta-se da concepção dogmática tradicional, por pressupor que a efetividade social da norma está mais vinculada a uma análise egoística dos custos pelos indivíduos (avaliação de benefícios e prejuízos atrelados ao descumprimento do comando normativo), do que ao imperativo decorrente da mera subsunção do fato à norma (ser e dever-ser).

4.4. Custos de transação e eficiência

Finalmente, outro pressuposto fundamental à análise do instituto da sucumbência recursal sob o enfoque econômico é extraído da teoria dos custos de transação e relaciona-se à eficiência.

Os custos de transação são todos os custos envolvidos na concretização de uma relação econômica (trocas ou comércio). Não há fluxo econômico que não demande custos⁴, pois nem a mais simples transação econômica pode ser concretizada sem que haja gasto de recursos, seja para se deslocar e buscar a mercadoria, seja para achar o vendedor ou, mesmo, para executar o contrato, em caso de inadimplemento. Williamson, em seu estudo sobre os custos de transação e o impacto das instituições na esfera econômica, faz um paralelo entre os custos de transação nas relações econômicas e atrito nos sistemas da Física. Explica o autor que os custos de transação são os custos para movimentar o sistema econômico, diferenciando-se dos custos de produção – relacionados a matéria-prima e mão de obra (WILLIAMSON, 1985, p. 18-19).

Cooter e Ulen dividem os custos de transação em três espécies. Basicamente, na classificação dos autores, trata-se dos custos atrelados a cada uma das fases que, geralmente, fazem parte do *iter* até a concretização de um negócio: custos com a busca de outrem que esteja interessado no negócio; despesas para negociação e para formalizar a transação; e custos para fiscalizar e tomar as medidas cabíveis, caso haja descumprimento contratual (COOTER; ULEN, 2010, p. 105).⁵ Na mesma linha, Williamson afirma a

⁴ Este pressuposto de custo de transação positivo é um marco teórico na evolução do pensamento da AED, superando a concepção manifestada pela teoria econômica clássica, que se baseava em modelos ideais que desconsideravam a existência de custos nas transações. Segundo Pinheiro e Saddi (2005, p. 61), a opção por negar a relevância prática dos custos de transação e do impacto das instituições na economia é útil para entender muitos conceitos, porém não se presta à compreensão de situações nas quais os custos de transação são a principal explicação para o objeto em análise.

⁵ Na mesma linha, Oliver E. Williamson (1985, p. 20-21) afirma a existência de custos de transação *ex ante* e *ex post*, sendo os primeiros os custos de escolha, negociação e para salvaguardar o acordo, e os segundos, os custos de um contrato mal adaptado, os custos atrelados à estrutura de governança, inclusive as disputas levadas ao Judiciário.

existência de custos de transação *ex ante* e *ex post*; os primeiros são os custos de escolha, negociação e salvaguarda do acordo; e os segundos, os custos de um contrato mal adaptado, os custos atrelados à estrutura de governança, inclusive as disputas levadas ao Judiciário (WILLIAMSON, 1985, p. 20-21). Em todas as fases, sempre estarão presentes custos, de modo que se mostra infactível a eliminação completa dos custos atrelados às relações econômicas.

Diante da impossibilidade de eliminação dos custos de transação, o papel do Direito – das instituições jurídicas – volta-se à redução dos custos envolvidos nas relações econômicas, para, nas palavras de Paula A. Forgioni (2005, p. 247), azeitar o fluxo econômico. Não se pode desconsiderar que a promoção do desenvolvimento econômico é um dos pilares dos Estados Modernos.

No caso do Brasil, a busca do desenvolvimento econômico e social está prevista na Constituição Federal como um dos objetivos do Estado brasileiro e como uma das diretrizes da ordem econômica. Assim, cabe ao Estado, a partir da expressão de um juízo valorativo, optar por intervir ou não nas trocas, de forma a contribuir para a diminuição dos custos de transação, incrementar as trocas econômicas e, por consequência, o desempenho econômico.

O escopo de redução dos custos de transação – como ferramenta para o desenvolvimento econômico – está diretamente relacionado com a busca de uma maior eficiência na esfera econômica.

Eficiência é um dos conceitos basilares da teoria econômica. Vários modelos teóricos foram confeccionados para conceituar a eficiência econômica. Para o modelo teórico do ótimo de Pareto, por exemplo, a eficiência ocorre quando não é possível melhorar a situação de uma das partes envolvidas sem piorar a situação de outra parte (FRIEDMAN, 2000, p. 25). Por outro lado, pelo modelo de Kaldor-Hicks, a eficiência ocorre quando o prejuízo causado a determinado agente é menor do que o ganho geral, de modo que esse prejuízo possa ser compensado pelos ganhos, gerando um excedente.

O presente artigo tomará o termo eficiência como o resultado esperado dos arranjos contratuais e institucionais, observável a partir da constatação da redução dos custos de transação com vistas à maximização dos ganhos num universo real, no qual devem ser ponderadas as externalidades sociais relacionadas aos princípios jurídicos consagrados em determinada sociedade organizada.

Feitas essas considerações sobre alguns dos fundamentos da ferramenta econômica aplicável ao Direito, já é possível tratar do papel do Poder Judiciário na esfera econômica, como elemento relevante para a redução dos custos de transação.

5. Poder Judiciário e sistema processual: papel no funcionamento da economia de mercado

Como visto, uma constatação que guiou o método da análise econômica do direito foi o reconhecimento de que o desempenho econômico sofre influência direta das instituições, sejam elas de caráter formal ou informal⁶. Essa concepção destacou o papel das instituições desenvolvidas pelas sociedades humanas ao longo do tempo e seus correspondentes reflexos em termos de *performance* econômica.

Entre as instituições formais com impactos econômicos destacam-se as jurídicas, pois estão associadas ao poder normativo estatal, o qual, além de editar normas formais, detém o monopólio da força e, portanto, os instrumentos de efetivação dos comandos normativos. Como se comentou, as normas jurídicas compõem a estrutura de incentivo ao comportamento das pessoas, influenciando diretamente as condutas dos agentes econômicos. Nessa medida, não há como desvincular a análise econômica do ambiente institucional no qual essa economia se desenvolve, pois é esse ambiente que, de forma preponderante, induzirá as condutas dos agentes no mercado, produzindo reflexos diretos nos resultados econômicos.

Não somente o arcabouço legal (dimensão estática, formal) tem impacto sobre a esfera econômica. A atuação do Poder Judiciário compõe o complexo integrado pelas instituições jurídicas e tem papel fundamental para o desenvolvimento do mercado, em razão de responder pela aplicação concreta da lei nas controvérsias que lhe são apresentadas⁷. Em *ultima ratio*, é o Judiciário que garante a imperatividade das normas jurídicas, pois detém os instrumentos para sancionar e corrigir eventuais condutas que contrariem os comandos normativos estatais⁸. Assim, é intuitivo concluir que a forma pela qual a tutela jurisdicional é distribuída aos jurisdicionados influencia o comportamento das pessoas e, dessa maneira, tem diversos impactos sociais e econômicos.

⁶ Douglas C. North sustenta que as instituições formais (regras, leis, constituições...) e as instituições informais (normas de comportamento, convenções, códigos de conduta,...), com suas características próprias de *enforcement*, formam a estrutura de incentivo das sociedades e das economias, sendo essenciais na determinação dos custos de transação (NORTH, 1994, p. 360).

⁷ Marcelo Roseno de Oliveira afirma que o Poder Judiciário – detentor do monopólio do poder de decidir conflitos – assume papel estratégico no Estado Neoliberal, considerando que a economia de mercado é essencialmente conflitiva e, nesta medida, demanda atuação constante do Poder Judiciário, em especial no que toca à recuperação do crédito (OLIVEIRA, 2008, p. 269).

⁸ Neste sentido, Cristiane Albuquerque de Sá (2001, p. 35) registra que o Judiciário é fundamental para o equilíbrio social, pois é o órgão responsável por manter a segurança nos negócios jurídicos, o respeito aos direitos, deveres e liberdades de cada um, em uma proporção de igualdade.

Economicamente, é indiscutível que a atuação do Poder Judiciário – embora não seja o único – é instrumento garantidor dos institutos jurídicos que formam a base da economia de mercado: o direito de propriedade e o contrato. Com efeito, conflitos decorrentes de inadimplemento contratual, descumprimento de cláusulas, desrespeito ao direito de propriedade, entre outros, são frequentemente levados à apreciação do Poder Judiciário, e, na tradição brasileira, de forma mais frequente do que a procura de vias alternativas de resolução dos conflitos (arbitragem, mediação e conciliação). Nesse sentido, Arrunãda e Andonova (2005, p. 200) afirmam que os tribunais têm papel essencial do ambiente legal dado que preenchem as lacunas contratuais e fazem atuar as regras referentes à execução forçada dos contratos, contribuindo, portanto, para a redução dos custos de execução dos contratos.

Considerando que, em última análise, a autoridade soberana na interpretação das normas jurídicas é o juiz, não é difícil verificar a importância da tutela jurisdicional, em especial no campo econômico. Para exemplificar a afirmação, basta imaginar uma comunidade na qual o órgão encarregado de aplicar o Direito aos casos concretos reiteradamente se posiciona de maneira favorável ao locatário nas ações de despejo, obstando a desocupação forçada do imóvel, mesmo quando o inadimplemento esteja cabalmente comprovado. Aplicando os pressupostos da análise econômica a esse exemplo hipotético, o efeito imediato desse modo de atuação do Judiciário, nas lides envolvendo despejo, seria uma potencial redução do número de contratos de locação, ou o aumento do preço do aluguel, ou até mesmo o desaparecimento dessa modalidade de contrato, na medida em que os locadores, agindo racionalmente, verificariam que o custo para execução do contrato seria muito elevado em caso de inadimplemento –

grande lapso temporal para reaver o imóvel, diante dos reiterados precedentes neste sentido –, situação geradora de prejuízos, a partir da consagração da utilização do bem sem a correspondente contraprestação. Assim, diante do aumento do custo, elevando o risco atrelado ao negócio, haveria reflexo direto nos preços ou na própria existência do contrato, como uma reação do mercado ao incremento de custos e de risco.

O exemplo apresentado demonstra que as decisões judiciais produzem efeitos na esfera econômica, para além da alocação direta das pretensões individuais. A esse respeito, Ribeiro e Galeski (2009) lecionam que a proteção conferida pela lei e pelo Judiciário induzem os agentes econômicos à cooperação. Segundo os autores, quanto maior a possibilidade de exigir o cumprimento do contrato, maior será a probabilidade de cooperação entre as partes (atitude de buscar o cumprimento das promessas) (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2009, p. 130-131). Desse modo, os precedentes judiciais funcionam como balizadores do grau de definição do direito de propriedade, quando ameaçado, assim como o grau de respeito aos acordos, em caso de inadimplemento contratual. Forgioni (2003), valendo-se dos ensinamentos de Piero Pajardi, aduz que a própria credibilidade dos ordenamentos jurídicos modernos, no que tange ao direito material e à eficiência da jurisdição, está atrelada à capacidade concreta de tutelar eficientemente o crédito, em razão da importância do crédito para o funcionamento do mercado (FORGIONI, 2003, p. 11).

Porém, não são somente os precedentes – entendimentos manifestados reiteradamente pelos órgãos judiciais – que gozam de importância sob a ótica econômica. A forma de atuação do Poder Judiciário na resolução dos conflitos também é essencial para o bom desenvolvimento do mercado, apoiada em que-

sitos como segurança, previsibilidade, rapidez e agilidade.

Para Jobim (1997), o Poder Judiciário deve ser visto também como instrumento de desenvolvimento, na medida em que o acesso à justiça, a previsibilidade das decisões judiciais, as decisões sendo proferidas em tempo adequado e a existência de vias processuais adequadas são pré-requisitos para o desenvolvimento, considerando que “ninguém vem investir, a longo ou médio prazo, em áreas de risco e de imprevisão”, salvo especuladores (JOBIM, 1997, p. 17). De fato, tais atributos são essenciais para o bom funcionamento do mercado na medida em que implicam diminuição dos custos de transação, minoração dos riscos e, conseqüentemente, estímulo ao fluxo econômico, pois os agentes, utilizando-se da racionalidade que lhes é própria, sentem-se mais estimulados a negociar em um ambiente estável e ágil do que em um ambiente de incertezas, no qual seus recursos estão muito mais expostos a riscos.

Por outro lado, caso a atuação do Poder Judiciário seja marcada por incertezas e pela demora na solução dos conflitos, a partir da racionalidade econômica se podem antever efeitos econômicos negativos, visto que a falta de segurança e de rapidez nas decisões judiciais torna duvidosa a eficiência da tutela jurisdicional na promoção da segurança institucional, aumentando significativamente os custos e o riscos na esfera econômica (MORA-SANGUINETTI, 2010, p. 212).

Além disso, o tardar do pronunciamento judicial estimula a conduta oportunista daqueles que se beneficiam com a demora no julgamento das demandas, mediante a adoção de uma postura litigante de desrespeito à lei e aos contratos. Nessa linha, Lucon (1999) afirma que a morosidade da tutela jurisdicional representa um desestímulo ao cumprimento da lei, porque “as pessoas se vêem desestimuladas a cumprir

a lei, quando sabem que outras a descumprem reiteradamente e obtêm manifestas vantagens, das mais diversas naturezas” (LUCON, 1999, p. 877-878). Destaca a vantagem econômica auferida pelos devedores frente à demora nas soluções das demandas, pois, neste contexto, passa a ser mais vantajoso, na perspectiva patrimonial, aguardar uma eventual decisão favorável do que adimplir pontualmente suas obrigações (LUCON, 1999, p. 877-878).

Portanto, a atuação do Poder Judiciário é adequada, na perspectiva econômica, a partir do momento em que seus pronunciamentos: *(i) se coadunam com a adequada proteção do direito de propriedade e do direito contratual; (ii) conferem segurança e previsibilidade às relações econômicas, de modo que as partes saibam, de antemão, quais as conseqüências de suas condutas; (iii) resolvem os conflitos de forma célere e ágil, obstando o comportamento oportunista dos devedores e conferindo maior dinamicidade ao mercado.*

Para que a tutela jurisdicional atenda a esses parâmetros, é essencial um sistema processual compatível. Não se pode esquecer que são as normas processuais que orientam a atuação do Judiciário na resolução dos conflitos. A aplicação concreta da lei pressupõe um processo, conformado por um procedimento consistente em uma seqüência ordenada de atos que culminarão em decisões que resolvem a controvérsia em análise. Dessa forma, o Poder Judiciário somente pode atuar de acordo com atributos economicamente desejáveis se houver um sistema processual que lhe permita fazê-lo, dado que não há pronunciamento judicial não precedido do processo⁹. Em suma, a estrutura formada pelas normas processuais é determinante para que

⁹ Segundo pesquisa realizada por Armando Castelar Pinheiro (2005, p. 256-257), a maioria dos magistrados brasileiros que participaram de pesquisa (51,1%) apontaram a legislação processual como causa da morosidade do

a atuação do Poder Judiciário possa ocorrer de maneira célere, segura e previsível (MARTINS, 2001, p. 55).

Verificado o papel econômico desempenhado pelo Poder Judiciário, como instituição essencial para o funcionamento da economia de mercado, e a consequente relevância econômica das normas processuais – pois orientam a forma pela qual se presta a tutela jurisdicional – é possível constatar a importância de se considerar, na formulação dos institutos processuais, os efeitos econômicos dela decorrentes. Um sistema processual estruturado em descompasso com os imperativos econômicos de rapidez, agilidade, segurança e previsibilidade, influencia diretamente a atuação do Poder Judiciário, tornando mais frágil a coerção (*enforcement*) das normas jurídicas, o que enseja um ambiente institucional que não favorece o fluxo econômico.

Partindo dessa perspectiva, o que se busca no presente trabalho é justamente verificar se a sucumbência recursal é instituto processual compatível com a finalidade de adequação da atuação do Judiciário às diretrizes econômicas, com vistas ao bom funcionamento da economia de mercado. A utilização das bases conceituais abordadas permite prever os prováveis efeitos da criação da sucumbência recursal sobre o sistema processual e, conseqüentemente, prospectar se esse instituto está afinado com os atributos em que se pauta a atuação do Poder Judiciário do ponto de vista econômico, na resolução dos conflitos.

No entanto, antes de prosseguir, cumpre frisar que a opção por analisar a conveniência da criação da sucumbência recursal sob o enfoque econômico não significa que o sistema processual e judicial devam somente buscar

eficiência econômica, ou atender a objetivos econômicos, deixando em segundo plano os demais escopos que permeiam a tutela jurisdicional. Conforme mencionado, trata-se de uma opção de cunho metodológico que se justifica em razão do importante papel exercido pela atividade jurisdicional no funcionamento da economia de mercado. Melhor explicitando: se o Judiciário exerce uma função relevante para o desenvolvimento da economia, é intuitiva a necessidade de se avaliar se os institutos processuais que regem sua atuação se conformam com as características que, do ponto de vista da teoria econômica, são essenciais para o bom funcionamento do mercado. Sem essa avaliação, o sistema processual distancia o Poder Judiciário do cumprimento de seu papel no mercado, causando efeitos econômicos negativos que se contrapõem à diretriz de busca do desenvolvimento econômico delineada na Constituição Federal e que impactam negativamente o desenvolvimento social (partindo do pressuposto de que a existência e o aumento das condições materiais são essenciais para o desenvolvimento social). Assim, o aspecto econômico deve somar-se a outros a serem considerados na formulação do sistema processual. Esse enfoque é salutar, ainda mais ao se considerar que, no Brasil, há pouca tradição de avaliação dos efeitos econômicos antes da formulação das normas jurídicas – inclusive processuais – o que, não raro, culmina em um Poder Judiciário que – obedecendo a normas processuais desajustadas – presta a tutela jurisdicional de forma morosa, imprevisível e custosa, causando efeitos econômicos e sociais negativos.

6. Análise Econômica da sucumbência recursal

Conforme apontado, no sistema processual previsto pelo CPC vigente, a condenação em

Judiciário, denotando que o sistema processual tem efeitos diretos sobre a atuação do Judiciário.

honorários advocatícios somente ocorre por ocasião da sentença de primeiro grau. Eventual interposição de recursos não enseja nova condenação ao pagamento de honorários em favor do patrono da parte vencedora, mesmo que não sejam admitidos ou sejam desprovidos, diante da ausência de previsão legal. Nessa medida, o custo a ser despendido pela parte recorrente, em caso de insucesso de sua pretensão recursal, limita-se aos honorários já fixados anteriormente – que deveriam ser pagos mesmo se não houvesse o recurso –, e o valor das custas do recurso (preparo).

Analisando-se tal sistema a partir dos conceitos da Análise Econômica, verifica-se que, para a parte que obteve uma sentença ou acórdão desfavorável, o custo para mover novamente a máquina judiciária com a interposição de recurso se apresenta diminuto, considerando que o valor do preparo não tem valor expressivo. Em decorrência do baixo custo, há estímulo para que a parte vencida maneje recursos, mesmo que saiba de antemão que sua tese dificilmente terá êxito, pois o risco decorrente de sua interposição (valor do preparo) é menor do que os benefícios que a parte vencida pode obter com o manejo do recurso¹⁰ (como a protelação do pagamento dos valores da condenação). A essa conclusão se chega a partir da compreensão do pressuposto de racionalidade que orienta o comportamento dos seres humanos: a escolha da conduta depende dos benefícios e prejuízos atrelados, prevalecendo aquela que, aos olhos do

agente, maximize a satisfação dos seus interesses individuais (maior benefício/menor custo). Assim, se a interposição dos recursos aparentemente traz maior vantagem, com menor custo, esta será a estratégia dominante das partes que integram a demanda, formando uma tendência ao comportamento oportunista.

A esse respeito, dados do Conselho Nacional de Justiça apontam a existência de 38 (trinta e oito) instituições financeiras entre os 100 (cem) maiores litigantes do Brasil. Esse dado é um forte indício da vantagem econômica decorrente da estratégia do “recorrer em todas as hipóteses de inconformismo” no sistema processual atual, considerando que as instituições financeiras geralmente detêm um intenso controle gerencial de suas demandas judiciais, traçando sua estratégia predominantemente em função dos custos envolvidos com cada opção.

Essa estratégia dominante de interposição de recursos (recorrer em todas as hipóteses de inconformismo) produz reflexos diretos sobre a atuação do Poder Judiciário. Induz ao aumento do número de recursos a serem julgados pelos tribunais de segunda instância e pelos tribunais superiores, o que implica maior morosidade, necessidade de elevação dos gastos com a máquina judiciária (estrutura e pessoal) e tendência de decréscimo da qualidade das decisões, em face da redução do tempo disponível para reflexão sobre os temas. Tais reflexos afastam atributos importantes para a economia, especialmente no que diz respeito à solução dos conflitos de maneira célere e ágil. E diante da insatisfatória prestação jurisdicional, o efeito econômico reflexo é a redução dos investimentos na esfera econômica, na medida em que, sendo o Poder Judiciário o órgão do Estado encarregado de conferir estabilidade ao ordenamento jurídico, se sua resposta às violações não são apresentadas com rapidez e celeridade, gera-se um elemento de instabilidade e insegurança

¹⁰ Vale registrar o posicionamento de Rachel Sztajn e Érica Gorga, no sentido de que o sistema de sucumbência adotado no sistema processual do CPC atual – pagamento das despesas processuais pela parte vencida –, por si só, contribui para a diminuição no número de litígios judiciais, diante do aumento do risco atrelado ao processo judicial (risco de arcar com o débito acrescidos de custas e honorários advocatícios) (GORGA; SZTAJN, 2005, p. 178). No entanto, não se vislumbra que o sistema de atribuição do ônus de sucumbência à parte vencida se preste a desestimular o manejo de recursos, pois o ônus recai sobre a parte vencida, independente se manejou recurso ou não.

institucional, aumento dos riscos, dos custos de transação e, conseqüentemente, diminuição potencial dos investimentos. Conforme ensinam Cooter e Ulen (2010, p. 95-98), se o ambiente institucional – com destaque para o Poder Judiciário – não traz a pronta resposta às transgressões, a tendência é que os recursos que poderiam ser investidos na atividade produtiva sejam realocados para suprir a ineficiência das instituições, pois os custos para garantir a proteção dos direitos (de propriedade, contratual etc.) aumentam nessas condições.

Para minimizar os efeitos negativos de um sistema processual que estimule as partes à interposição de sucessivos recursos – independentemente de acreditarem ou não na procedência de suas pretensões –, uma opção a partir da análise econômica é criar um sistema que aloquem, sobre a parte que geralmente se beneficia com a demora na prestação jurisdicional, os custos e o risco da interposição de recursos, tornando-a menos vantajosa, em razão do aumento de custos/risco, a estratégia do recorrer em todas as hipóteses de inconformismo. A ideia é que o sistema jurídico processual induza a uma maior prudência da parte no manejo de seus recursos, mediante o aumento das despesas atreladas ao fracasso em sede recursal. Assim, valendo-se do sistema normativo, o Direito pode criar uma estrutura de incentivo que provoque na parte vencida (e em seu advogado), a necessidade de uma análise de risco após a prolação de uma sentença desfavorável, na qual se avaliem probabilidades de êxito em sede de recurso, para verificar se elas são compatíveis com o risco de aumento do montante a ser pago à parte recorrente.

Nesse sistema insere-se a sucumbência recursal¹¹. A partir do momento em que a ver-

¹¹ A sucumbência recursal é uma das alternativas para tal desiderato. A mesma finalidade poderia ser atingida,

ba honorária a ser paga pela parte recorrente é sopesada, em razão da inadmissão ou do desprovimento unânime do recurso, passa a representar um desestímulo à apresentação de recursos cuja parte recorrente considera que provavelmente possam ser rejeitados ou desprovidos. A sucumbência recursal coloca sobre a escolha da parte vencida um risco: o de sofrer nova condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Desse modo, a estratégia egoística de recorrer em todos os casos de inconformismo, independentemente da probabilidade de êxito, passa a não ter um óbice, em razão do risco de aumento dos custos pela aplicação do instituto da sucumbência recursal.

Nessa linha de raciocínio, a sucumbência recursal presta-se ao combate dos comportamentos oportunistas das partes envolvidas em demandas regidas pelo sistema processual civil, em consonância com os ensinamentos de Axelrod, que sustenta a necessidade de o sistema normativo diminuir a recompensa atrelada ao comportamento oportunista, para induzir a que as pessoas adotem uma conduta cooperativa (AXELROD, 2010, p. 125-126). Essa conduta cooperativa, no caso, seria recorrer somente nos casos em que fosse possível antever uma probabilidade real de sucesso da pretensão recursal.

Com a criação da sucumbência recursal, é possível prospectar uma diminuição no número de recursos de apelação, recursos especiais e recursos extraordinários, em especial nas demandas que discutam matérias já sumuladas, ou já pacificadas na jurisprudência dos tribunais – como a grande maioria das discussões envolvendo contratos bancários. Com efeito, o

por exemplo, pela criação de uma multa automática à parte vencida que tenha seu recurso inadmitido ou desprovido por unanimidade de votos. Em outros termos, o cerne da questão, para análise econômica, é criar risco para a parte a quem beneficia a interposição do recurso, independente se a destinação será para o advogado da parte contrária, ou para a própria parte recorrida.

aumento do custo da estratégia – muito utilizada pelas instituições financeiras – de recorrer em todos os casos de não acolhimento de sua pretensão, deve ensejar uma nova política das diretorias jurídicas dos bancos que leve em conta uma análise de probabilidade de êxito nos recursos, a fim de minimizar o risco de novas condenações, em escala, ao pagamento de honorários advocatícios.

No entanto, um entrave à efetividade da sucumbência recursal, como fator de desestímulo à atitude irresponsável de recorrer em todas as hipóteses possíveis, pode ser o limite legal de 25% (vinte e cinco por cento). Em termos absolutos, o percentual limite previsto no Anteprojeto do Novo CPC ultrapassa somente em 5 (cinco) pontos percentuais o limite percentual de fixação dos honorários advocatícios previsto no CPC vigente (art. 20º, § 3º). Diante disso, o perigo é que o aumento de custos atrelados à estratégia de recorrer em todos os casos não seja suficiente para coibir essa prática. Em outras palavras, se o aumento nos custos não for significativo, haverá grande probabilidade de que as recompensas do comportamento oportunista permaneçam superiores aos respectivos custos e riscos, e, nessa hipótese, a indução ao comportamento pretendido ficaria prejudicado, na medida em que a avaliação benefício-custo continuaria a pender em favor da estratégia de sempre recorrer.

Por outro lado, a não aplicação da sucumbência recursal nos casos em que a matéria discutida no recurso é objeto de divergência jurisprudencial, denota que o escopo do instituto é aumentar os custos e os riscos exclusivamente para coibir o comportamento irresponsável de recorrer sem maiores preocupações com a probabilidade de êxito, e não tornar mais custoso o ato de recorrer. Dessa forma, mesmo que o recurso venha a ser desprovido por unanimidade de votos, se a matéria em debate apresentar

divergência jurisprudencial, não haverá nova condenação ao pagamento de honorários advocatícios em sede recursal.

A celeridade e agilidade no julgamento das controvérsias coaduna-se com os atributos que devem permear a atividade jurisdicional sob o ponto de vista da análise econômica, a fim de formatar um ambiente institucional que transmita eficiência e segurança aos agentes econômicos, contribuindo para a diminuição dos custos e dos riscos envolvidos no fluxo econômico. Se o instituto da sucumbência recursal está em consonância com o escopo de imprimir maior rapidez e agilidade na prestação da tutela jurisdicional, pode-se concluir que a Análise Econômica posicionar-se-á a favor de sua criação no sistema processual civil brasileiro, como instrumento para orientar a atuação do Judiciário, em conformidade com as expectativas sociais e as necessidades do mercado.

7. Conclusão

Ao contrário do que sustentam alguns juristas, a sucumbência recursal não padece de vício de inconstitucionalidade material, visto que a imposição de nova condenação ao pagamento de honorários advocatícios em desfavor da parte vencida, em caso de não conhecimento ou desprovimento do recurso por unanimidade de votos, não impede a interposição do recurso. Além disso, segundo a jurisprudência do STF, o duplo grau de jurisdição não representa uma garantia constitucional, tampouco integra o devido processo legal, razão pela qual não há que se falar em inconstitucionalidade do instituto da sucumbência recursal por contrariedade ao devido processo legal ou por limitar o exercício do duplo grau de jurisdição.

Considerando o papel econômico desempenhado pelo Poder Judiciário, como instituição essencial para o funcionamento da economia de

mercado, e a consequente relevância econômica das normas processuais – uma vez que orientam a forma pela qual se presta a tutela jurisdicional – é possível constatar a relevância de se considerar, na formulação dos institutos processuais e os efeitos econômicos dela decorrentes. Nessa tarefa, para avaliar a conveniência da adoção da sucumbência recursal no sistema processual civil brasileiro, ganha relevo a análise do instituto a partir dos postulados da Análise Econômica do Direito.

Sob a perspectiva da Análise Econômica, a criação da sucumbência recursal no sistema processual civil brasileiro mostra-se conveniente, na medida em que desestimularia o comportamento de se recorrer de todas as decisões desfavoráveis – estratégia utilizada por muitas empresas –, induzindo uma conduta mais responsável na escolha entre interpor ou não o recurso. Desestimulando o comportamento oportunista, a sucumbência recursal contribui para que o Poder Judiciário possa atuar de modo mais célere e ágil na resolução dos conflitos, o que contribui para reduzir a quantidade de recursos nos tribunais, para abreviar o tempo de duração das demandas para que a tutela jurisdicional seja prestada de acordo com o que dela se espera para o bom funcionamento da economia de mercado.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ARRUÑADA, Benito; ANDONOVA, Veneta. Instituições de mercado e competência do judiciário. In: ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel (Org.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

AXELROD, Robert. *A evolução da cooperação*. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus 79785/RJ, de 29 de março de 2000. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, Brasília, Seção 1, 22 nov. 2002.

COASE, Ronald. *The firm, the market, and the law*. Chicago: Chicago University, 1988.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bokman, 2010.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 130, p. 7-38, abr./jun. 2003.

_____. Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 44, n. 139, p. 242-256, jul./set. 2005.

FREIRE, Alonso Reis. Odisseu ou Hércules? Sobre o Pragmatismo e a Análise Econômica do Direito de Richard A. Posner. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Minas Gerais, n. 3, p. 21-30, 2010.

FRIEDMAN, David D. *Law's order: what economics has to do with law and why it matters*. Princeton: Princeton University, 2000.

GORGA, Érica; SZTAJN, Rachel. Tradições do Direito. In: ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel (Org.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

GRECO, Leonardo. Princípios de uma teoria geral dos recursos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 4, v. 5, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.redp.com.br/edicao_05.htm>. Acesso em: 18 maio 2011.

JOBIM, Néelson Azevedo. *As tendências do direito e do poder judiciário no Brasil e no mundo*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1997.

LAUDA, Bruno Bolson. A análise econômica do direito: uma dimensão da crematística no direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 4, n. 1, p. 1-30, mar. 2009.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso do exercício do direito de recorrer. In: NERY JÚNIOR, Nelson et al (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Daniele Comin. *Morosidade da justiça: causas e soluções*. Brasília: Consulex, 2001.

MORA-SANGUINETTI, Juan. A characterization of the judicial system of spain: analysis with formalism indices. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 210-240, jul./dez. 2010.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NORTH, Douglas. Economic performance through time. *The American Economic Review*, Nahville, v. 84, n. 3, p. 359-368, jun. 1994.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. A previsibilidade das decisões judiciais como condição para o desenvolvimento econômico no estado neoliberal brasileiro. In: POMPEU, Gina Marcílio (Org.). *Estado, constituição e economia*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SÁ, Cristiane Albuquerque de. *O desequilíbrio da balança*. In: SVEDAS, Andréia Mendes et al. *Morosidade da justiça: causas e soluções*. Brasília: Consulex, 2001.

SOARES, Leonardo Oliveira. Primeiras considerações sobre a denominada sucumbência recursal no estado de direito transnacional. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 66, p. 69-75, jul./ago. 2010.

WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. Nova York: The Free, 1985.

ZYLBERSTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

A revogabilidade política das decisões do STF

A vulnerabilização na tutela de direitos fundamentais e o especial prejuízo aos grupos LGBT

ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO BAHIA

MUSSI ASSAD MUSSI KOURY NETO

MARIANA CRISTINA PEREIRA MELO

Sumário

1. Introdução. 2. As propostas. 3. A ameaça representada pelas PECs nºs 3/2011 e 33/2011. 4. O especial desserviço prestado à causa LGBT. 5. Considerações finais.

1. Introdução

A doutrina já analisou com pormenor a assunção pelo Judiciário, designadamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no papel central na resolução de questões altamente polêmicas, a cujas respostas têm-se ligado efeitos capazes de repercutir sobre os mais variados grupos sociais (VIANNA, 1999, 2003; BAHIA; NUNES; THEODORO JÚNIOR, 2010; GARAPÓN, 2001; BARROSO, 2008). Santos (2011) elenca o garantismo de direitos, a judicialização da política e o controle da legalidade e do abuso do poder como fatores responsáveis pela proeminência do Judiciário na condução da agenda de discussões da mídia e, por consequência, nas mais informais rodas de conversa. Sinalizando a notoriedade de que tem se revestido a atividade judicativa, as pautas designadas pelo STF têm ocupado espaço cada vez maior nos cadernos de política, economia e polícia dos periódicos nacionais.

Essa aproximação cada vez maior entre as instâncias judiciais e as camadas populares, com o correspondente distanciamento destas em relação aos órgãos representativos, pode também ser justificada pela tole-

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia é mestre e doutor em Direito Constitucional pela UFMG e professor.

Mussi Assad Mussi Koury Neto é graduado em Direito pela UFOP.

Mariana Cristina Pereira Melo é graduada em Direito pela UFOP.

rância aos projetos de lei de iniciativa do Presidente por parte Congresso. Lançadas as bases para alcançar a (famigerada) governabilidade, a chefia do governo consegue que passem seus projetos com índices de aprovação muito parecidos aos alcançados em países de sistema parlamentarista, restando ao Judiciário apropriar-se da tarefa de realmente discuti-las, levantar-lhes os pontos controversos e proceder à depuração exigida pela normatividade constitucional¹.

A saída do Supremo da condição de total resignação em face dos demais poderes constituídos para assumir papel de destaque na conjuntura político-social anda de par com a atuação judicativa independente, propiciada pelo distanciamento de alguns aspectos que entravariam o livre exercício das competências constitucionalmente determinadas, como o fazem, no caso dos agentes políticos, o medo da perda de apoio político-partidário e o receio de desagradar ao eleitorado. Contudo, é inegável o paradoxo existente no fato de que o próprio fortalecimento do Judiciário e o protagonismo dele decorrente são responsáveis por vulnerabilizá-lo política e socialmente, em especial quando, no judicativo desempenho de suas competências, contraria eventuais forças políticas. É nesse ponto que o Judiciário releva seu potencial contramajoritário na defesa de direitos fundamentais e é a partir de quando essas forças discordantes começam a procurar formas de engessar-lhe os poderes. Justamente permeando esse quadro estrutural dialético foram submetidas à Câmara dos Deputados as PECs nºs 3/2011 e 33/2011, de autoria do deputado Nazareno Fonteles (PT-PI).

Não se procura aqui construir, como bem o critica Waldron (2003), um retrato idealizado do judiciário emoldurando-o ao lado da representação de má fama do legislativo. A própria história institucional do STF impede que se o faça. Como exemplo, a criação do Tribunal, orientada pelos interesses dos republicanos de salvaguardar o regime político recém-instituído contra as forças dos monarquistas ocupantes de cargos no Congresso, já denota o entrelaçamento, senão a dependência, em face do Executivo. Desse mesmo modo, a negativa de exame de “questões políticas”², somada à fragilização na tutela de direitos fundamentais dela

¹ A respeito da indispensabilidade da Constituição para o desenvolvimento do direito sem sua conseqüente desdiferenciação em face das demais esferas normativas, vejam-se as palavras de Neves (2011, p. 71): “O direito constitucional funciona como limite sistêmico-interno para a capacidade de aprendizado (abertura cognitiva) do direito positivo; em outras palavras: a Constituição determina como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder sua autonomia operacional”.

² Pressupondo o argumento positivista de separação rígida entre direito e política, o STF declinava da obrigação de decidir sob o argumento de que se tratava de questões reservadas ao juízo dos demais poderes constituídos. Baracho Júnior (2004) ilustra bem a vulnerabilidade dos direitos fundamentais causada pela polarização dos sistemas político e jurídico. “Já no governo Floriano Peixoto, no início da República, logo após a implantação do

decorrente, e a denegação de *writs* constitucionais a perseguidos políticos nos períodos de recrudescimento dos regimes ditatoriais simbolizam o emprego do STF como *longa manus* do poder político hegemônico. Sem que se precise direcionar os olhos até a República Velha, ou aos períodos ditatoriais, basta vislumbrar a leniência com que o STF trata as questões envolvendo os planos econômicos, ou como ele reagiu frente à possibilidade de ver revogadas inúmeras medidas provisórias já convertidas em lei³, para perceber que o Tribunal tem ainda um longo caminho a percorrer se pretende considerar-se autônomo para decidir conforme o direito.

Ainda assim, por mais que não se possa divinizar o Judiciário, consignando-lhe o papel de panaceia para todos os males, nem tampouco se ignorem os problemas interpretativos constantes na atual práxis decisória, o presente trabalho tem a pretensão de comprovar que a intenção levada a cabo pelas referidas propostas de emenda à Constituição, fragiliza a democracia, ainda que sob o argumento de reforçá-la, marca de morte a autonomia do direito, rompe com o caráter deontológico dos direitos fundamentais, apontando o caso específico de suas implica-

ções no caso dos grupos LGBT, e abre espaço para que a Constituição sucumba ao poder de maiorias ocasionais.

2. As propostas

O descontentamento de grupos da sociedade e dos demais Poderes constituídos, como o Congresso Nacional, contra os atuais posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, evoluiu para a formulação de iniciativas concretas voltadas a restringir ou conter o protagonismo político da Corte Suprema. Pautadas nesse objetivo, estão em tramitação na Câmara dos Deputados as duas propostas de emenda à Constituição já referidas, que buscam, segundo as justificativas apresentadas, o resgate do valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, inquinados pelas posturas ativistas do Judiciário. O autor das propostas menciona ainda a necessidade de se restabelecer o equilíbrio entre os Poderes e induzir o necessário (e, hoje, inexistente) diálogo institucional entre os Poderes da República.

A PEC nº 3/2011 quer alterar a redação do inciso V do art. 49 da Constituição Federal, para que seja atribuída ao Congresso Nacional a competência de “sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. O que a PEC almeja, mais especificamente, é estender até o Judiciário a autorização para suspender tais atos, já que a atual redação constitucional só trata do Poder Executivo. O argumento de que a mudança não implicará a reforma de decisões judiciais – mas apenas possibilitará a revisão de atos praticados pelo STF no exercício de suas competências impróprias de regulamentação –, busca tão somente revestir com capa de sentido os verdadeiros interesses subjacentes às propostas, denunciados pelo

Supremo Tribunal Federal, algumas questões que envolviam ofensas a direitos individuais não foram por ele apreciadas, pois, segundo dizia a Corte, eram questões políticas. Em 1893, em estado de sítio decretado por Floriano Peixoto, o Supremo recusou-se a apreciar uma série de lesões a direitos individuais ao argumento de que aquelas questões eram políticas e que, portanto, não poderiam ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário” (BARACHO JÚNIOR, 2004, p. 512-513).

³No recente julgamento da ADI nº 4.029, após julgar inconstitucional a Lei nº 11.516/2007, responsável pela criação do Instituto Chico Mendes de Conservação e Biodiversidade (ICMBio), o STF voltou atrás de sua decisão com fundamento em argumentos tão somente políticos, para determinar que, só a partir de então, seria devida a observância do art. 62, § 9º, da CR/88. Com isso, a fim de preservar a ordem política institucionalizada, apoderou-se de competências de Poder Constituinte Derivado de fato e instituiu uma espécie de *vacatio legis* à Emenda Constitucional nº 32/2001, sem que ela mesma mencionasse qualquer condição à sua eficácia. Nesses termos, cf. STRECK (2013).

contexto em que elas foram feitas. O próprio autor da PEC nº 3/2011 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011), ao justificá-la, reclama da crescente interferência do Judiciário em área de competência do Poder Legislativo quando interpreta algumas leis, de modo a clarificar quais são suas intenções em relação à primeira PEC.

O inconformismo de algumas camadas do poder político em decorrência de decisões recentes do STF é suficiente para demonstrar que o objetivo colimado com estas PECs é de refrear a atuação do Judiciário – para que ele deixe de alterar o entendimento do Congresso Nacional em relação às normas em vigor e deixe de cassar decisões judiciais que contrariem valores ético-políticos, interesses econômicos ou juízos morais de setores sociais que adquiriram representatividade no Poder Legislativo.

Diagnosticados os interesses que impulsionaram a elaboração dessa proposta, vê-se nela pretensão subjacente de se restabelecer o modelo desenvolvido pela Escola da Exegese, em que a palavra final em relação à interpretação das normas era do legislador. Os exegetas defendiam que a atividade judicial deveria valer-se do método gramatical para alcançar exato sentido da vontade geral explicitada na lei, de modo a ter-se tornado comum compreender a interpretação do direito como a busca da *voluntas legislatoris* (ou da *voluntas legis*). Portanto, ao transpô-la, o Poder Judiciário estaria exorbitando seu poder e entrando em área de competência do Poder legislativo.

Perceba-se que tal compreensão do Direito está, há muito, ultrapassada – pelo menos desde Kelsen, que expressamente rejeita a pretensão de que seja possível/desejável se descobrir “o verdadeiro sentido” da norma ou a “vontade” oculta da mesma ou do legislador.⁴ Castanheira Neves (2010) sinaliza muito bem como o rom-

pimento com o modelo exegético, a partir da consciência de que a interpretação está atrelada à aplicação, contraria a pretensão do Legislativo de manter-se no monopólio hermenêutico das normas que produzem.

“A natureza normativamente constitutiva da interpretação permite-nos (...) compreender que ela nunca tenha sido olhada sem alguma suspeição pelo poder político – antes de mais pelo poder político que se arrogue a exclusiva titularidade do direito. E conhecem-se da história os fenômenos políticos-jurídicos em que tal suspeição se tem revelado, assim como se sabe também que essa fenomenologia se inseriu sempre na luta do legislador (do poder político legislativo) contra o juiz (o poder ou a função judicial) pelo total domínio do direito. Daí que nas épocas de forte *élan* legislativo ou sempre que, já com o objetivo de uma legislativa consolidação jurídica ou com uma intenção reformadora ou revolucionária, já invocando uma legitimidade exclusiva num quadro político-constitucional de repartição de poderes, o poder político-legislativo se propõe a chamar a si a total programação do direito – e épocas essas nas quais o legislador, julgando-se o único poder jurídico, pretende sempre reduzir o poder judicial a um poder ‘en quelque façon nulle’ –, imediatamente vemos aquele quer a tentar impedir a possibilidade de interpretação autônoma, quer a submetê-la a um seu apertado controle” (NEVES, 2010, p. 29).

Para além dos problemas a que a promulgação desta PEC dá causa, cumpre mencionar a atecnia do Legislador na redação da proposta e o seu corresponde histórico no passado constitucional brasileiro. Se a pretensão é de que o Congresso Nacional se transforme em anteparo ao exercício da jurisdição constitucional pelo STF, a cassação de atos que ultrapassem a competência regulamentar do Judiciário não é instrumento hábil a consegui-lo. Decisão judicial não é regulamento. Ainda que tenha competência regulamentar residual, autori-

⁴ Sobre isso, cf. KELSEN (1997), BAHIA (2004, 2012a).

zando-lhe, por exemplo, a edição do Regimento Interno do Tribunal, uma decisão que declare a inconstitucionalidade de uma lei ou que lhe conceda interpretação conforme a Constituição está inserida no âmbito de competência jurisdicional própria do STF, e, portanto, alheia à alçada regulamentar de que ele dispõe.

Quanto ao equivalente histórico da PEC nº 3/2011, ela permite que se faça paralelo com o parágrafo único do art. 96 da Constituição brasileira de 1937, outorgada por Getúlio Vargas. A partir desse dispositivo, o Congresso tornou-se competente para cassar decisões do STF, após juízo de conveniência do presidente, considerando a manutenção de lei necessária ao “bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, submeter novamente ao Congresso a lei declarada inconstitucional para que este, então, segundo aqueles critérios, decidisse se mantinha ou cassava a decisão do Tribunal. Desse modo, a mudança que essa proposta de emenda vem instituir significa retrocesso em termos constitucionais democráticos, por reestabelecer prática constitucional do período ditatorial varguista que impedia o exercício independente da jurisdição pelos ministros do STF.

Por sua vez, a PEC nº 33/2011 propõe aumentar o quórum de julgamento para a declaração de inconstitucionalidade de maioria absoluta, como está previsto no art. 97 da Constituição, para quatro quintos dos membros dos tribunais, ou seja, serão necessários, no mínimo, nove votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade de determinada lei. Estatui também que Congresso Nacional passe a dispor de 90 dias para deliberar em sessão conjunta, obrigatória a aprovação por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante de súmula. Outra mudança que a proposta sugere é a submissão ao Congresso Nacional de decisão sobre a inconstitucionalidade de emendas à Constituição. Nesse caso, se houver manifestação contrária à decisão judicial, a controvérsia deverá ser submetida à consulta popular.

Dissecadas as mudanças que as PECs vêm inaugurar, cumpre mencionar que as duas Propostas de Emenda Constitucional mostram-se ineficazes para os fins a que se dirigem, de fortalecer o papel do Congresso Nacional, reduzir o protagonismo do Supremo Tribunal Federal e estimular o diálogo institucional. A organização atual do sistema jurídico já oferece mecanismos mais eficazes para promover diálogos institucionais entre os Poderes. Designadamente, o fato de as decisões do Supremo Tribunal Federal não vincularem o Legislador permite que Congresso Nacional supere essas decisões mediante novo processo legislativo, com a edição de leis ou emendas constitucionais. Dessa maneira, para viabilizar a dialogicidade entre os poderes constituídos, de maneira a que nenhum se sobreponha aos demais, é vantajoso às instituições democráticas que o

Legislativo, em vez de investir na criação de um novo expediente capaz de reformar expressamente decisões do STF, proceda ao exercício de sua função de legislar, sobre a qual, como já afirmado, não recaem os efeitos da coisa julgada em sede de declaração de inconstitucionalidade.

Não bastassem os prejuízos que as duas propostas, individualmente, seriam capazes de provocar, se ambas forem aprovadas, o sistema político estará blindado contra a atuação jurisdicional, por tolher a competência constitucional franqueada ao Judiciário de fiscalizar os atos resultantes do processo político-legislativo. A seguinte hipótese ilustra bem como ocorrerá esse fechamento em face do Judiciário e em que medida ele representará forte risco às instituições democráticas do País: cotejando a PEC nº 3/2011 com as cláusulas pétreas da CR/88, o STF poderia, v.g., declarar-la inconstitucional por considerar que ela infringe a separação dos poderes, fere a autonomia judiciária ou porque ela obstaculiza a proteção judicial de grupos minoritários. Contudo, se aprovada a PEC nº 33/2011, ao Legislativo será consignada a capacidade de revogar a decisão, recobrando a validade da emenda anteriormente anulada.

Esse bloqueio do sistema abrirá caminho para futuras violações a direitos fundamentais de grupos minoritários e estremecerá as bases democráticas do Estado laico, o que pode ser notado pela PEC nº 99/2011 submetida à Câmara pelo deputado João Campos (PSDB-GO). Tal proposta visa a estender o rol de legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade para que associações religiosas também estejam autorizadas a fazê-lo. Imagine-se, por exemplo, a aprovação de lei que, ao regulamentar o direito ao casamento de casais homossexuais, lhes autorize a adoção. Ela nunca ficará imune à irrisignação desses grupos, de onde cabe discutir se direitos fundamentais devem mesmo prestar uma espécie de deferência a valores ético-políticos de certos grupos sociais, por maior que seja o apoio dirigido a ele, ou devem permanecer como obstáculo insuperável a pretensões abusivas e tudo o mais que os viole.

3. A ameaça representada pelas PECs nºs 3/2011 e 33/2011

A notoriedade e a centralidade do STF no jogo político institucional não vêm desacompanhadas de problemas que arranham a legitimidade do Tribunal para exercer a atividade decisória. Aqui a referência é à crise de duplo perfil que acomete a mais alta corte judiciária do País. De duplo perfil porque se manifesta tanto no plano da funcionalidade do Tribunal (ineficiência quantitativa), quanto no plano teórico-argumentativo (ineficiência qualitativa). O primeiro acentua a incapacidade judicial de dar vazão ao número de casos que lhe cumpre dirimir, enraizando de ma-

neira cada vez mais forte no sistema judiciário as ideias de morosidade e inefetividade. Nesse sentido, Vieira (2008) mostra o crescimento exponencial no número de feitos sob a jurisdição do STF, atribuindo à constitucionalização analítica e pormenorizada operada pelo Poder Constituinte Originário a responsabilidade por tamanho aumento.

“A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo. Os dados são eloqüentes. Em 1940, o Supremo recebeu 2.419 processos; este número chegará a 6.376 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18.564 processos recebidos em 1990, 105.307 em 2000 e 160.453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda sua história. Em 2007, foram 119.324 processos recebidos” (VIEIRA, 2008, p. 447).

O segundo reflete a subsistência nos julgados do STF de pressupostos teóricos que já se esperavam superados há muito tempo. A tentativa de aprisionamento da interpretação por meio das súmulas vinculantes, o incidente de recursos repetitivos e a prática do julgamento por pinçamento simbolizam como estão arraigados, na prática decisória do Tribunal, fundamentos tipicamente positivistas, segundo os quais a cisão entre as matérias de fato e de direito viabiliza que a interpretação se dê lógico-subsuntivamente, atendendo, portanto, aos critérios de precisão objetiva e matemática, exigidos pelo modelo científico cartesiano. Aqui, as pretensões de excessiva racionalidade próprias do Iluminismo ainda parecem receber guarida do STF. Castanheira Neves (1983) demonstra precisamente como a elevação da certeza e previsibilidade jurídicas à condição de

valor inexorável ao direito liga-se à proposta do legalismo exegetico.

“A certeza apresenta-se, neste caso, como o valor decisivo, senão absoluto, como o próprio *definiens* axiológico do direito (o direito puramente como ordem formal). Implica uma pré-determinação do normativo jurídico que possibilite o seu conhecimento *certus* e postula um esquema de aplicação do direito que permita a previsibilidade e, porventura, o cálculo – *savoir c'est prévoir* –, para que assim os destinatários do direito se possam mover no seio dele em termos de um homem *securus*. É a certeza do direito que vai associada ao legalismo e que este fundamentalmente serviria” (NEVES, 1983, p. 19).

Conquanto a matriz positivista venha sendo acriticamente reafirmada pelos instrumentos utilizados pelo STF na busca da padronização decisória⁵, ele não hesita em ignorá-la quando a complexidade dos casos a serem decididos não permite que eles sejam resolvidos pelo simples encaixe da premissa maior (norma) à premissa menor (caso concreto). A quebra das amarras da estrita legalidade tem, desse modo, feito com que a jurisprudência enverede para um puro casuísmo, como se o confronto com um *hard case* (classificação também feita arbitrariamente) autorizasse o magistrado a exercer sua livre subjetividade, travestindo-a com a legitimidade

⁵ Cruz (2004, p. 97) analisa alguns expedientes empregados pelo STF a que positivismo legalista-exegetico continua a conferir balizamento: “Ora, esse raciocínio (cisão entre questão de fato e de direito) pretende cindir o texto legal das circunstâncias fáticas, pressupondo a subsunção do fato sobre a norma, nos claros moldes do positivismo exegetico. Por esse raciocínio parece sustentar o Supremo que o recurso extraordinário não seria forma de solução de uma lide, mas sim mecanismo de uniformização de jurisprudência, no qual prevaleceria o interesse público sobre o privado das partes litigantes. Dessa forma ele poderia simplesmente se apropriar da causa e examinar exclusivamente a ‘questão de direito’ da lide trazida em sede de recurso extraordinário, fazendo o juízo abstrato da matéria constitucional. Em outras palavras, ele estaria simplesmente descaracterizando o controle concreto/difuso de constitucionalidade no Brasil”.

que a criação *ad hoc*⁶ de princípios se propõe a fornecer. Correlativamente, Müller (2005) explicita a irracionalidade metodológica com que julga o *Bundesverfassungsgericht* alemão.

“Do ponto de vista de uma prestação de contas hermenêutica e metodológica que é apresentada com referencia ao seu próprio fazer e deve ser apresentada no Estado de Direito, a jurisprudência do TCF [Tribunal Constitucional Federal] fornece um quadro de pragmatismo sem direção, que professa de modo tão globalizantemente indistinto quão acrítico “métodos” exegéticos transmitidos pela tradição – e caudatários do positivismo legalista na sua alegada exclusividade –, mas rompe essas regras em cada caso de seu fracasso prático sem fundamentar esse desvio” (MÜLLER, 2005, p. 20).

Tracejada, ainda que superficialmente, a crise pela qual passa o Judiciário, vê-se o perigo de se adotar um discurso salvacionista e inocente em relação ao crescimento de seus poderes, no sentido de que eles fossem devidos para que o Judiciário, uma vez alijado da sordidez dos jogos de interesses que movimentam as engrenagens das forças políticas, possa autonomamente exercer seu posto de “compensador do déficit de funcionalidade dos demais poderes” (BAHIA; NUNES; THEODORO JÚNIOR, 2010a, p. 16). Não é através de um governo dos juízes (*juristocracy*) que se conseguirá, legitimamente, superar a crise estrutural instaurada no Estado brasileiro, tampouco é o que se defende nesse trabalho, ao criticar as Propostas de Emenda à Constituição que pretendem facultar ao Congresso Nacional a competência para revogar as decisões do STF.

Elaboradas sob o argumento de que o STF vem cada vez mais se imiscuindo em assuntos alheios a competência judicial, as PECs, se aprovadas, vão promover o esfacelamento do sistema jurídico deontológico⁷, porque concederão a última palavra em termos interpretativos ao poder político, cujo discurso pode mobilizar argumentos morais, ético-políticos e pragmáticos, tais quais aqueles que primam pela maximização de objetivos econômicos, promoção de fins coletivos e definem os valores responsáveis por constituir a tessitura ética de uma dada comunidade. Assim, a “barreira de fogo” e os “trunfos em face de possíveis abusos”

⁶ “Esclareça-se que, no Brasil, a discricionariedade vai muito além do informado por Hart e pela crítica de Dworkin. Em qualquer ‘espaço’ de sentido – vagezas, ambiguidades, cláusulas ‘abertas’ etc. –, o imaginário dos juristas vê um infundável terreno para exercício da subjetividade do intérprete. Quando esse ‘espaço’ se apresenta em dimensões menores, o intérprete apela para princípios que funcionam como ‘axiomas com força de lei’ ou enunciados performáticos com pretensões corretivas, fazendo soçobrar até mesmo o texto constitucional” (STRECK, 2011, p. 43).

⁷ “(...) a expressão ‘deontológico’ refere-se em primeiro lugar apenas a um caráter obrigatório codificado de maneira binária. Normas são ou válidas ou inválidas, enquanto valores concorrem pela primazia em relação a outros valores e precisam ser situados caso a caso em uma ordem transitiva” (HABERMAS, 2002, p. 356).

(CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011), representados pelos conteúdos inegociáveis dos direitos fundamentais, tornar-se-ão transigíveis em meio a argumentos de todo tipo.

Notadamente, sobre o direito recaem influxos (condicionados, é importante ressaltar) das mais diversas esferas normativas – política, economia, ética, moral –, por meio da abertura promovida no processo legislativo aos argumentos pragmáticos, tecnocráticos e ético-políticos, levantados pelo legislador. Conquanto o condicionem, e por ele elas sejam condicionadas, o direito com nenhuma dessas esferas se confunde, de modo que, inclusive, elas passam a operar segundo o modo determinado pelo código jurídico, desde quando internalizadas no sistema jurídico.

“Enquanto argumentação prática, a argumentação jurídica se vale, no plano da justificação das normas – que se dá, de maneira central, nas arenas parlamentares –, tanto de discursos pragmáticos quanto ético e morais, além das negociações por procedimento (...). Uma vez integrados na norma jurídica, entretanto, tais argumentos morais (que dizem respeito ao que é justo), ético-políticos (referentes à autocompreensão valorativa dos cidadãos e a projetos de vida coletivos que pretendem empreender), bem como pragmáticos (de adequação de meios a fins) passam a obedecer à lógica deontológica dos discursos jurídicos, com seu código binário de validade” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 102-103).

A existência de um código próprio do direito, com símbolos, discursos e fórmulas específicos, está relacionada à funcionalização⁸ do sistema social, seccionado em *subsistemas* autônomos, capazes, então, de prestar serviços recíprocos, e cuja reprodução se dá a partir de estruturas contidas neles mesmos⁹. Desse modo, logo se vê que não se equivalem aqui a autonomia do direito e o isolacionismo cognitivista de que dependiam os positivistas para cumprir a tarefa analítica de definir puramente o que é o direito. Há, sim, comunicabilidade entre os sistemas, mas que não resulta na formação do amálgama normativo característico do período pré-moderno, em que o direito se encontrava diluído em meio a outras esferas normativas. Trabalhando a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann,

⁸“O sistema social na medida em que aumenta sua complexidade, é reestruturado no sentido da formação de sistemas parciais funcionalmente específicos. Isto leva a uma maior variedade, à superprodução de possibilidades de experimentação e de ação, e inclusive de projetos normativos nos sistemas, forçando assim uma maior seletividade” (LUHMANN, 1983, p. 175).

⁹“Assim é que, como afirma Niklas Luhmann, a invenção da constituição formal pelos norte-americanos possibilitou que a modernidade se completasse no campo do Direito e da Política. Até então, o problema do fundamento do direito remetia às exigências de adequação do direito positivo às exigências morais do direito natural, ou seja, o fundamento da legitimidade do direito e da política residia fora deles mesmos. Agora, a distinção entre o Direito Constitucional e os demais direitos fundados pelo Direito Constitucional oculta o fato paradoxal de que o Direito Constitucional é Direito e permite a fundamentação autopoiética do próprio Direito” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 22-23).

Neves (2011) demonstra como ela supera o sistema autônomo de regras proposto por Kelsen (1997) como modelo de ordenamento jurídico:

“A concepção luhmanniana do fechamento autorreferencial dos sistemas baseados no sentido afasta-se ainda mais claramente da clássica oposição teórica entre sistemas fechados e abertos (...). Nesse sentido, afirma-se: ‘Fechamento agora não significa falta de ambiente, nem determinação integral por si mesmo’. Trata-se de autonomia do sistema, não de sua autarquia. O fechamento operativo ‘é, ao contrário, condição de possibilidade para abertura. Toda abertura baseia-se no fechamento’” (NEVES, 2011, p. 129-130).

Institucionalizado esse discurso próprio, é com base nele que o julgador deve mobilizar argumentos capazes de depurar as pretensões normativas levantadas pelas partes ao longo do processo. Não caberá a ele pautar-se em opções instrumental-consequencialistas, sob pena de que a Constituição jurídica sucumba aos melindres da Constituição real, nos termos postos por Hesse (1991, p. 10-11). Expondo o risco representado pelo emprego desse tipo de argumentação, preceitua Castanheira Neves (1990, p. 36):

“Se levarmos a sério e às últimas consequências a perspectiva em causa [o funcionalismo], o que teremos afinal é um sistema político-jurídico em que o direito deixa de ser tanto uma normatividade de garantia (por ex. nos termos de um princípio da legalidade a cumprir) como uma axiologia ou um sistema de validades materialmente pressupostas (com imediata expressão, desde logo, nos direitos fundamentais) que se subtraía à contingência decisória numa intenção regulativa, e converte-se ele próprio num instrumento de todo relativizado ao *a posteriori* da sua performance, relativizando às suas consequências de momento e variáveis. Assim como a função judicial (enquanto paradigmática instituição do Estado-de-

-direito) não passará de uma funcional *longa manus* da intervenção político-social ou de um seu mero álibi legitimante. Num caso, desaparecerá o Estado-de-direito, transformando num Estado de mera administração, e, sob o princípio *salus populi suprema Lex*, o direito volta a ser maquiavélica, totalitária ou tecnologicamente ‘o que é útil ao povo’”¹⁰

Portanto, com a referida alteração no modelo de controle recíproco entre os poderes, a primazia dos argumentos de princípio¹¹, facilitada pelo atual padrão, em que a última palavra acerca da interpretação constitucional é dada ao Judiciário, cederá lugar ao império dos argumentos de política. O resultado disso é o esfacelamento do direito como sistema autônomo¹², já que ele deixará de reproduzir-se a partir de elementos de que ele mesmo é composto, autorizando que a política nele promova ingerências sem que elas sejam mediadas por mecanismos especificamente jurídicos. Deixando de atrelar-se a argumentos

¹⁰ Cf. também: BAHIA; NUNES; THEODORO JÚNIOR (2010, p. 47 et seq.).

¹¹ “A diferenciação interna ao direito entre direitos e políticas, proposta por Dworkin, reforça a distinção entre formas específicas de discursos, buscando garantir a primazia dos argumentos de princípios, que remetem ao conteúdo moral dos direitos fundamentais, sobre a argumentação teleológica e pragmática de políticas cunhadas para a realização de objetivos supostamente realizadores de bens coletivos” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 58).

¹² Sobre a definição de sistema autônomo e o modo como se opera sua reprodução em face do ambiente, são precisas as lições de Neves (2011, p. 129-130), para quem “Eles mantêm o seu caráter autopoiético enquanto se referem simultaneamente a si mesmos (para dentro) e ao seu ambiente (para fora), operando internamente com a diferença fundamental entre sistema e ambiente (...). Porém a incorporação da diferença ‘sistema/ambiente’ no interior dos sistemas baseados no sentido possibilita uma combinação de fechamento operacional com a abertura do ambiente, de tal maneira que a circularidade da autopoiése pode ser através da referência ao ambiente. (...) o ambiente (...) constitui algo mais, ‘o fundamento do sistema’. Em relação ao sistema, atuam as mais diversas determinações do ambiente, mas elas só são inseridas no sistema quando este, de acordo com os seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes uma forma”.

estritamente jurídicos, serão pressupostos, para a resolução de contendas judiciais, ideias de maximização de objetivos econômicos, promoção de fins coletivos e valores responsáveis por constituir a tessitura ética de uma dada comunidade, obstando a concretização do projeto estipulado constitucional. Nesse sentido, assinala Neves (2011, p. 93):

“Os procedimentos e argumentos especificamente jurídicos não teriam relevância funcional em relação aos fatores do ambiente. Ao contrário, (...) ocorre o bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/ programas jurídicos-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos e por determinações do ‘mundo da vida’, de tal maneira que, no plano constitucional, ao código ‘lícito/ilícito’ sobrepõem-se outros códigos-diferença orientadores da ação e vivência sociais.”

Ancorando-se no argumento de que a atuação judiciária padece de déficit democrático, a mudança pretendida pelas PECs tornaria o Texto Constitucional instrumento de governabilidade sujeito ao alvedrio de maiorias eventuais, como consequência do esvaziamento do potencial contramajoritário da jurisdição constitucional.

Ao lado da definição de democracia condicionada ao sistema representativo majoritário, poderá ser erigido modelo democrático aos moldes da democracia identitária defendida por Schmitt, já que os valores constitutivos do autoentendimento de determinada comunidade, majoritariamente definidos, solaparão direitos fundamentais de grupos minoritários que a eles não se alinham. Daí a explicação pela qual a formação de uma ética substantiva, viabilizada pela possibilidade de maiorias parlamentares revogarem decisões judiciais, seja tão prejudicial à democracia em tempos de Estado Democrático de Direito, quando inarredável a obrigatoriedade do respeito às minorias para que ela se consolide. Por isso, Neves (2011) ressalta a importância dos direitos fundamentais em tempos de sociedades difusas, plurais, supercomplexas e o risco que representa a projeção de concepções identitárias capazes de subordiná-los:

“Os direitos fundamentais servem ao desenvolvimento de comunicações em diversos níveis diferenciados. Sua função relaciona-se com o ‘perigo da desdiferenciação’ (especialmente da ‘politização’), isto é, exprimindo-se positivamente, com a ‘manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação’. Assim sendo, na hipótese de ‘Constituição’ identificada com concepções totalitárias, por serem excluídos ou deturpados os direitos fundamentais, não se consideram a pluralidade e a contingência das expectativas, produzindo-se, portanto, uma desdiferenciação inadequada à complexidade da sociedade contemporânea” (NEVES, 2011, p. 75).

Representam exemplos contundentes de decisões que contrariam forças políticas no Congresso e os valores que elas pretendem instituo-

nalizar, os julgamentos do STF da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132, que reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo, juntamente com a permissão do aborto de fetos anencéfalos pelo STF (ADPF nº 54) e a decisão que permite a pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI nº 3.510). A irrisignação em face dessas decisões resultou no apoio de vários parlamentares, muitos deles componentes da chamada bancada evangélica do Congresso, à PEC de Nazareno, que, apesar de não ser evangélico, é fortemente ligado à Igreja Católica, já tendo atuado, inclusive, em algumas pastorais. A PEC tornou-se prioridade da frente parlamentar evangélica, que se viu contrariada com as recentes decisões do STF que rivalizam com crenças religiosas amplamente aceitas pela população brasileira, e que, portanto, foram sempre ignoradas pelo Legislativo.

No contexto das pretensões proselitistas desses deputados, a aprovação das referidas Propostas de Emenda Constitucional representa forte ameaça ao Estado laico e compromete a tutela de direitos fundamentais de grupos minoritários, sobretudo, a daqueles titularizados por homossexuais.

4. O especial desserviço prestado à causa LGBT

Há um bom tempo, membros da bancada religiosa no Congresso Nacional têm influenciado não apenas na aprovação (e na não aprovação) de certos temas, alguns dos quais já mencionados. Mesmo sobre o Executivo se percebe tal ingerência. Isso pôde ser visto mais fortemente nas últimas eleições presidenciais (bem como na eleição para a Prefeitura de São Paulo): os dois principais candidatos viram-se forçados a, publicamente, colocar-se contra o aborto e contra projetos de lei que estendessem a homossexuais direitos civil-familiares (união estável, casamento, adoção etc.) e/ou que os protegesse de crimes de natureza homofóbica, ampliando-se o conceito (já amplo) de racismo da Lei nº 7.716/89¹³.

Tendo sido eleita com o apoio de parlamentares religiosos e líderes de igrejas evangélicas, a atual Presidente mantém fortes laços com eles. Não por acaso o chamado “kit contra a homofobia” – material produzido por uma equipe de pedagogos e outros profissionais e que seria distribuído a professores do Ensino Médio para que promovessem a discussão sobre a violência contra LGBT – sofreu ferrenha oposição daqueles setores, sendo “abortado” pela Presidente antes mesmo de sua finalização (ESTADÃO, 2011). De igual modo, campanhas do Ministério da Saúde a respeito da prevenção de DST/Aids têm esbarrado na crítica de religiosos ao incentivo

¹³ “Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

do uso de preservativos e/ou quando há campanhas dirigidas especificamente ao público LGBT, o que já gerou críticas até do representante da Unids no Brasil¹⁴.

Voltando à questão legislativa a respeito da questão LGBT, a bancada religiosa tem atuado em duas frentes: de um lado, apoiando ou propondo projetos contra aquela minoria, de outro lado, envidando esforços para barrar, de qualquer forma, a aprovação de qualquer proposição que favoreça a estes.

Quanto à primeira atuação, destaque para o PDC nº 234/2011, do deputado federal João Campos (PSDB-GO), chefe da “bancada evangélica” no Congresso Nacional, que propõe revogar a Resolução nº 1/1999 do Conselho Federal de Psicologia, que proíbe seus profissionais de promover “terapias de cura da homossexualidade”. Tal projeto já rendeu vários debates na Câmara dos Deputados, inclusive com a realização de audiência pública para a qual foram ouvidos um pastor (que também é formado em psicologia) e uma psicóloga, ambos defendendo a possibilidade de “cura” da homossexualidade com terapia voltada à religião¹⁵.

Podem ser mencionados também: a proposta de Indicação nº 2.478/2004, do deputado Milton Cardias (PTB-RS), “sugerindo que o Ministério das Relações Exteriores parabeneze e apóie o presidente dos Estados Unidos, George Bush, quanto à sua manifestação contrária ao casamento entre pessoas do mesmo sexo”; o Projeto de Lei nº 2.279/2003, do deputado federal Elimar Máximo Damasceno (Prona-SP) pretendia

¹⁴ “O representante da Unids no Brasil, Pedro Chequer, criticou hoje o governo da presidente Dilma Rousseff, por ceder a pressões de grupos religiosos conservadores em sua política de combate à epidemia de Aids. Ele não falou diretamente em denominações religiosas, mas disse que o governo acaba ‘violando direitos’ à medida que cede a pressões de ‘minorias organizadas’. Em seguida lembrou o episódio, ocorrido em fevereiro, quando o Ministério da Saúde deixou de veicular na TV o vídeo de uma propaganda destinada a jovens gays, estimulando o uso de preservativos” (ARRUDA, 2012).

¹⁵ Vale lembrar que a Resolução do CFP, que já perdura há mais de dez anos, vem na esteira de decisões semelhantes de órgãos internacionais de saúde. A Associação Americana de Psiquiatria deixou de classificar a homossexualidade em 1973 – aliás, classificá-la como doença é uma atitude moderna e vem do século XIX –, seguida pela Associação Americana de Psicologia (1975), da Organização Mundial da Saúde, que em 1990 retirou a homossexualidade de sua lista de doenças (CID – Classificação Internacional de Doenças) e da Organização Pan-americana da Saúde, que, em 2012, em comemoração aos 22 anos do posicionamento técnico da OMS, elaborou também um documento rechaçando práticas de cura da homossexualidade: “‘Curas’ para una Enfermedad que no existe – Las supuestas terapias de cambio de orientación sexual carecen de justificación médica y son éticamente inaceptables” (ORGANIZACIÓN..., 2012). No Brasil, a Associação Brasileira de Psiquiatria em 1984 posicionou-se considerando que a homossexualidade não é algo “prejudicial à sociedade”; de forma semelhante, em 1985, o Conselho Federal de Psicologia deixou de considerar a homossexualidade um desvio sexual e em 1999 veio a mencionada Resolução que ditou regras sobre a forma como psicólogos deveriam portar-se face a questões de orientação sexual, proibindo-os de tratar a homossexualidade (e correlatos) como doença, distúrbio, perversão e, logo, buscando “curar” seus pacientes. Vale ainda lembrar que não é a primeira vez que algo semelhante aparece no Congresso Nacional: o Projeto de Lei (PL) nº 5.816/2005, do deputado Elimar M. Damasceno (Prona-SP), previa “apoio psicológico às pessoas que desejarem deixar a homossexualidade” (a proposta foi arquivada).

tornar contravenção penal o “beijo lascivo entre pessoas do mesmo sexo em público” (a Comissão de Constituição e Justiça votou por sua rejeição); o Projeto de Decreto Legislativo (PDC) nº 232/2011, do deputado federal André Zacharow (PMDB-PR), que foi proposto logo após a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 supracitada e que propõe a convocação de plebiscito a fim de que o eleitorado decida “sobre a união civil de pessoas do mesmo sexo; respondendo a seguinte questão: ‘Você é a favor ou contra a união civil de pessoas do mesmo sexo?’”¹⁶; também em razão daquela decisão foi apresentado o PDC nº 224/2011, do deputado federal João Campos (PSDB-GO) que pretendia que o Congresso Nacional suspendesse a decisão do STF¹⁷; contra Portaria nº 1.707/2008 do Ministério da Saúde que prevê a realização de processo transexualizador pelo SUS. O deputado federal João Campos propôs o PDC nº 52/2011 para que ela fosse suspensa¹⁸.

Estão em tramitação na Câmara dos Deputados um Projeto de Lei para permitir e dois para proibir a adoção por casais homoafetivos. O primeiro é o PL nº 2.153/2011 da deputada federal Janete Rocha Pietá (PT-SP); os outros, que visam a proibir, são o PL nº 4.508/2008, do deputado federal Olavo Calheiros (PMDB-AL)

¹⁶ O Projeto está em tramitação. Infelizmente, o deputado desconhece que direitos fundamentais de “minorias” não podem ser decididos pela “maioria”. Os Direitos Fundamentais servem como “trunfo” – no sentido dado por Ronald Dworkin (2001, p. 107 et seq.) – nessa tensão frente à vontade “democrática”.

¹⁷ O Projeto foi devolvido pela Mesa com fundamento no art. 137, § 1º, II, “b”, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (isto é, devolvido por ser “evidentemente inconstitucional”).

¹⁸ Esse Projeto é uma reedição do PDC nº 1.050/2008, do deputado Miguel Martins (PHS-MG) que havia sido arquivado. O atual Projeto sofreu parecer pela rejeição na Comissão de Seguridade Social e Família mas ainda não há decisão final.

e o PL nº 7.018/2010, do deputado federal Zequinha Marinho (PSC-PA)¹⁹ – o último chegou a ser arquivado mas foi desarquivado e está apenas ao primeiro.

Na cidade de São Paulo chegou a ser aprovado em 2011 o PL nº 294/2005, do vereador Carlos Apolinario (PDT) que instituiu o “Dia do Orgulho Heterossexual”²⁰

Mas a principal atuação vem do esforço por barrar projetos que visam a estender direitos à comunidade LGBT ou que lhe reconheçam o *status* de minoria vulnerável. No Brasil não há lei federal a tratar do tema, a despeito de a CF/88 garantir a “não-discriminação” como um direito fundamental (art. 3º, IV) e o direito de igualdade (art. 5º, I)²¹; e apesar também do fato de já haver resoluções internacionais da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU) orientando os países a promoverem políticas de não discriminação

¹⁹ Em sua Justificativa, o deputado argumenta que “tais ‘casais’ – por assim dizer – não constituem uma família”, logo, a “adoção por casais homossexuais exporá a criança a sérios constrangimentos. Uma criança, cujos pais adotivos mantenham relacionamento homoafetivo, terá grandes dificuldades em explicar aos seus amigos e colegas de escola porque tem dois pais, sem nenhuma mãe, ou duas mães, sem nenhum pai”.

²⁰ O Projeto foi integralmente vetado pelo Prefeito, Gilberto Kassab, por ser “materialmente inconstitucional e ilegal”, bem como porque “contraria o interesse público”. Projeto semelhante, mas no âmbito federal, foi apresentado pelo deputado federal Eduardo Cunha (PMDB-RJ): é o PL nº 1.672/2011, em tramitação. Em sua Justificativa, pode ser lido que: “[...] não podemos confundir combate a preconceito com uma ideologia de venerar a razão do próprio preconceito. O objetivo aqui é a livre manifestação das famílias, daqueles que respeitam as opções sexuais de quem quer que seja, mas querem deixar claro a sua opção e não irão se envergonhar dela. Daqui a pouco os heterossexuais se transformarão pela propaganda midiática em reacionários e nós queremos ter a nossa opção pela família sendo alardeada com orgulho”. É feita a mesma associação entre “heterossexualidade e família”, o que leva à conclusão de que quem não é heterossexual é contra ela.

²¹ Seguindo a classificação de Roger Raupp Rios no que se refere à forma como os ordenamentos tratam da homossexualidade, o Brasil encontra-se num estágio intermediário: não a criminaliza e também proíbe sua discriminação (RIOS, 2003, p. 158).

contra homossexuais (BAHIA, 2012b). Verdade seja dita: os legislativos (e executivos) municipais e estaduais figuram em posição privilegiada frente ao federal: talvez a proximidade local, principalmente do primeiro, permite maior acesso à população, o que tem gerado bons resultados na aprovação de leis e políticas de cidadania, como o reconhecimento de ONGs e a promoção de direitos humanos – pense-se, por exemplo, em leis (e políticas) municipais e estaduais de proteção aos homossexuais²².

Os vários Projetos de Lei (e de Emenda à Constituição) sobre qualquer tema ligado, ainda que indiretamente, a questões de orientação sexual ou identidade de gênero²³ são colocados de lado. Mas a questão não é que as proposições tenham sido “rejeitadas” em votação, como mencionado acima; na maior parte dos casos (senão em todos), os membros do Congresso Nacional, sequer se posicionaram, seja a favor, seja contra. Segue-se uma pequena lista²⁴:

a) PECs nºs 139/95, 66/2003 e 392/2005, para reintroduzir no inciso IV do art. 3º a proteção contra discriminação por “orientação sexual”²⁵;

b) o PL nº 1.151/95, que visa a regular a união estável de pessoas do mesmo sexo²⁶. Desde 2001, o Projeto está pronto para ser incluído em pauta para votação do Plenário da Câmara dos Deputados. A despeito de sua antiguidade, e de que nos “últimos 16 anos, foram apresentados mais de 20 projetos sobre gays; nenhum foi votado. Para o líder do PT

²² Sobre o tema cf. BAHIA (2010a) e BAHIA; MORAES (2010b).

²³ As expressões “orientação sexual” e “identidade de gênero” podem ser definidas de várias formas e é importante a lembrança de Alexandre Bortolini no sentido de que qualquer tentativa de conceituação e de classificação é sempre redutora de complexidade, já que a sexualidade humana é plural. De toda sorte, apenas para dar os contornos sobre o que se pretende com as expressões acima, pode-se definir orientação sexual diz respeito à “atração, o desejo sexual e afetivo que uma pessoa sente por outras”. Assim, de forma simplificada podem ser enumeradas as orientações homossexual, heterossexual e bissexual. Já a “identidade de gênero” (ou identidade sexual) “tem a ver com como eu me coloco diante da sociedade, com quais grupos, representações e imagens eu me identifico e me reconheço” (BORTOLINI, 2008, p. 8-9). Classificados os seres humanos sob este aspecto se pode falar em: gênero masculino, gênero feminino e transgêneros (travestis e transexuais).

²⁴ Na verdade esse debate já vinha desde a Assembleia Nacional Constituinte (1987-88), quando duas subcomissões propuseram a inclusão da proteção contra discriminação por “orientação sexual” junto com os outros grupos no que depois veio a se tornar o art. 3º, IV da Constituição. No entanto, devido principalmente à oposição da bancada evangélica, aquela expressão foi retirada. Sobre isso ver também Bahia e Moraes (2010b).

²⁵ A primeira foi arquivada. Quanto às outras duas, de 2005 a 2007 não sofreram nenhuma votação, quando, então, foram arquivadas. Desarquivadas ainda em 2007, não tiveram qualquer movimentação de 2007 a 2011, quando foram novamente arquivadas. Então, o deputado Paulo Pimenta conseguiu desarquivá-las em fevereiro de 2011 e, até agora, não tem nenhuma movimentação.

²⁶ Em 1996 uma Comissão Especial deu parecer favorável ao Projeto. Daí ele passou por várias sessões do Plenário sem que fosse apreciado até que foi retirado de pauta por acordo dos líderes em 2001. Em 2007 foi pedido seu desarquivamento e, de lá até o momento, nenhuma apreciação houve do projeto.

na Câmara, Paulo Teixeira (SP), o Congresso ‘dormiu no ponto’ sobre um assunto de interesse nacional” (GUERREIRO; GUIMARÃES, 2011).

c) o PL nº 3.712/2008, do deputado federal Maurício Rands (PT-PE) que visa a incluir “na situação jurídica de dependente, para fins tributários, o companheiro homossexual do contribuinte e a companheira homossexual da contribuinte do Imposto de Renda de Pessoa Física”;

d) os PL nºs 3.770/2000, 5.003/2001, 5/2003 e 4.242/2004, tratavam, em termos gerais, da criminalização da homofobia, sendo, por isso, reunidos no PL nº 122/2006.

O PLC nº 122/06 foi aprovado na Câmara, mas ainda não conseguiu aprovação no Senado, sendo objeto de fortíssima oposição por grupos religiosos representados pela “bancada evangélica”. Já houve várias tentativas de acordo com estes – foi até esboçado um substitutivo –, mas a discussão não avançou e, ao que tudo indica, ele também deve ser arquivado. Uma das discussões é que, se for aprovada a lei, seriam criados “super-direitos” para uma minoria. Esquecem-se, no entanto, os críticos, que toda a lei do racismo (na qual seriam incluídos os LGBT) já “protege especialmente” a outras minorias discriminadas por raça, cor, sexo etc. É justamente porque são minoria e justamente porque sofrem “preconceito específico e direcionado” é que é necessária uma lei como essa.²⁷

De outro lado, esquece-se que a liberdade de expressão religiosa não é um direito absoluto – assim como os demais direitos fundamentais –, é dizer, ainda que “prima facie” válida, pode se configurar em “discurso de ódio” (isto é, em abuso) quando o seu uso implica a não consideração do outro como igual portador dos mesmos direitos e dignidade (naquilo que este outro autonomamente se define como tal). Nesse sentido, Miguel Carbonell, comenta sobre o art. 9º, incisos XV e XVIII da “Ley Federal para Prevenir y Eliminar La Discriminación”, de 2003 do México (que tem objetivos similares ao PLC 122/06):

“Para algunos, estos preceptos podrían ser violatorios de la libertad de expresión. Olvidan quienes así piensan que en una democracia no todas las expresiones pueden estar tuteladas ni pueden considerarse, con independencia de su contenido, como protegibles por el ordenamiento jurídico. La libertad de expresión no puede servir para proteger las manifestaciones verbales de odio racial u homofóbico, ni para hacer escarnio de quien tiene una discapacidad o de quien presenta cierto estado de salud o asume una determinada preferencia sexual” (CARBONELL, 2006, p. 215).

Delineado o contexto em que se situam as lutas da causa LGBT, manifestadas as dificuldades que grupos majoritários que alcançaram

²⁷ Sobre isso cf. BAHIA (2010, p. 97-98).

representatividade política têm lhes objetado, as PECs nºs 3 e 33, ambas de 2011, se aprovadas, tornar-se-ão forte instrumento na mão de setores políticos refratários à defesa de direitos titularizados por grupos minoritários, especificamente se esses direitos forem reconhecidos na esfera judicial.

Isso porque qualquer avanço conquistado na defesa de direitos fundamentais de grupos minoritários que contrariem padrões ético-religiosos desses setores reacionários dependerão do crivo último de seus opositores declarados para serem institucionalizados. Ou seja, ainda que sob os auspícios da laicidade do Estado, critérios desta monta serão mobilizados para determinar definitivamente quais passos poderão (e quais outros tantos não poderão) ser dados na luta por direitos de grupos LGBT.

Supondo a aprovação das referidas PECs, serão recorrentes situações como o caso hipotético de uma ADI julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade de emenda constitucional que autorizava credos religiosos a proferirem irrestritamente impropérios contra homossexuais sendo posteriormente revista pelo Congresso Nacional, sob o argumento de que eles estariam amparados pela liberdade de expressão.

O esvaziamento do potencial contramajoritário por meio dessas PECs vulnerabilizará de tal maneira os grupos LGBT que só lhes restará assistir a sucessivos retrocessos na sua já tão árdua caminhada pela equiparação de direitos.

5. Considerações finais

Por ter adotado *modelo unitário*, em que o STF reúne as funções de jurisdição constitucional e as de jurisdição ordinária, cumulando-se-lhe a competência para processar crimes de responsabilidade e crimes comuns de altas autoridades do regime político, o sistema judiciário deu causa à transformação do Supremo Tribunal Federal em superego de uma sociedade. Esse descolamento de autoridade para a mais alta cúpula do judiciário não veio, contudo, acompanhada de teoria da decisão constitucionalmente adequada hábil a conter a subjetividade (assujeitadora) dos julgadores, que, apoiando-se no dever de decidir (art. 5º, inc. XXXV, da CR/88), se tem aforado o direito de julgar segundo sua livre consciência, descolados de todo o sistema democraticamente instituído.

Desse quadro é possível retirar exemplos em que o STF arroga-se a condição de legislador, substituindo consensos políticos alcançados ao longo do processo legislativo por escolhas pessoais, por julgá-las de melhor qualidade constitucional, ou, e o que é ainda pior, se reveste da condição de agente do Poder Constituinte Derivado para atropelar o Texto Constitucional e, de fato, emendá-lo, como fora defendido em alguns votos da Rcl. nº 4.335-5/AC. Atentando-se nesse quadro, é inegável a

necessidade de se pesquisarem e discutirem propostas que fomentem os diálogos institucionais entre os Poderes e desenvolvam teoria decisória que democratize a jurisprudência do STF. A exemplo, a ideia de que a argumentação jurídica não compreende espécie de argumentação prática geral²⁸ – pressuposto para a tese dworkiniana de que a responsabilidade política do julgador se funda na vinculação ao emprego de argumentos de princípio, e não de política –, propõe-se a frear o Judiciário a meio a tantas posturas ativistas adotadas.

Com o mesmo objetivo dessa teoria, foram submetidas na Câmara dos Deputados as PECs nº 3/2011 e 33/2011. Com base nelas o Congresso poderá sustar decisões do STF que excederem o poder regulamentar ou a delegação legislativa, revisar decisões que julguem Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de emenda constitucional, para além de alterar os quóruns para a procedência de ADI e aprovação de súmula vinculante.

Ventilar os perigos subjacentes à promulgação dessas PECs foi a proposta deste trabalho. Já trabalhados os riscos à deontologia dos direitos fundamentais, à democracia e ao Estado laico, muito pertinente se mostra a crítica feita por Streck (2012), em que o professor gaúcho combate a idoneidade das PECs para equalizar a separação de poderes no Estado brasileiro.

“Sendo bem mais claro: em hipótese alguma, a juristocracia pode ser vencida pela instituição de uma espécie tardia de *Polizeistaat*. Nesse caso, o problema apenas mudaria de endereço na praça dos três poderes: do Poder Judiciário em direção ao Congresso Nacional. Ou seja, se o ativismo do Poder Judiciário se mostra perigoso ao ponto de o Poder Legislativo pretender limitá-lo via EC 3, não é a simples transferência do polo de tensão para o Poder Legislativo que resolverá a ‘questão da democracia’” (STRECK, 2012, p. 4).

Ao argumento levantado de reforço à democracia, cabe indagar a qual conceito de democracia eles se referem. Não é certamente àquele que dimensiona o constitucionalismo como condição de possibilidade para o regime democrático, em virtude do caráter universal dos direitos fundamentais, justificativa para o Judiciário exercer seu potencial contramajoritário. Não diz respeito também à ideia de democracia em que

²⁸ “O discurso de aplicação aparta-se da argumentação prática geral por uma terceira questão: primeiro, não permite o livre trânsito de argumentos pragmáticos, ético-políticos, como advoga Alexy (2001). Tampouco tem, tal como o legislador político, poder ilimitado para lançar mão dos mesmos, não podendo com eles dispor de forma arbitrária. Em outras palavras, enquanto Alexy (2001) supõe uma identidade, Habermas (1997) defende a tese de que a jurisdição exerce uma função distinta daquela exercida pelo legislador! Logo, ele não pode ser como um legislador concorrente ou um Poder Constituinte Derivado anômalo” (CRUZ, 2004, p. 230).

todos se consideram corresponsáveis das medidas coletivas que lhes afetam, não por compartilharem a mesma ética integradora, mas porque, reconhecendo-se como livres e iguais, detêm igual capacidade de interferir na formação dessas decisões (DWORKIN, 1998). Talvez o que pretendam seja vincular a democracia à ditadura da maioria, sobrepondo seus valores éticos a direitos fundamentais de minorias representativas.

Os efeitos perversos dessa vinculação foram desenvolvidos para demonstrar de que maneira específica eles prejudicarão os grupos LGBT na luta digna pela construção de sua pauta de vida boa.

Por fim, só resta reiterar que conceder a última palavra na cadeia interpretativa acerca do que sejam a Constituição e os direitos que ela alberga a grupos políticos muitas vezes associados a programas proselitistas, de expansão religiosa, sacrificará as bases (já não muito sólidas) de nossa democracia. Jamais se prestará para o fim declarado de fomentá-la.

Referências

ARRUDA, Roldão. Representante do programa de Aids da ONU critica governo por ceder a pressões de grupos religiosos. *Estadão*, Blog do Roldão Arruda, São Paulo, 13 jun. 2012. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/roldao-arruda/representante-do-programa-de-aids-da-onu-critica-governo-por-ceder-a-pessoes-de-grupos-religiosos>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 301-357.

_____. Constituição, política e judiciário em uma sociedade de risco permanente: um ensaio a partir da teoria dos sistemas. *Revista Eletrônica Metacrítica*, Lisboa, v. 6, p. 1-16, 2005.

_____. A não-discriminação como Direito Fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT. *Revista de Informação Legislativa*, v. 47, n. 186, p. 89-115, abr./jun. 2010.

_____. As súmulas vinculantes e a cova escola da exegese. *Revista de Processo*, v. 37, n. 206, p. 359-379, abr. 2012a.

_____. Homofobia no Brasil, resoluções internacionais e a Constituição de 1988. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 17, n. 3269, 13 jun. 2012b. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21999>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____; NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no Direito brasileiro: análise da convergência do civil Law e do common Law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 189, p. 9-52, nov. 2010a.

_____; MORAES, Daniel. Discriminação contra minorias sexuais, religião e o constitucionalismo brasileiro pós-88. *Revista General de Derecho Constitucional*, Madrid, v. 10, p. 409-431, out. 2010b.

- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A nova hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*. México: UNAM, 2008.
- BORTOLINI, Alexandre. (Coord.). *Diversidade sexual na escola*. Rio de Janeiro: Pró-Reitoria de Extensão/UFRJ, 2008.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Agência Câmara de Notícias. *PEC autoriza Congresso a sustar atos do Poder Judiciário*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/193958-PEC-AUTORIZA-CONGRESSO-A-SUSTAR-ATOS-DO-PODER-JUDICIARIO.html>>. Acesso em: 3 out. 2012.
- CARBONELL, Miguel. Consideraciones sobre La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. In: DE LA TORRE MATÍNEZ, Carlos. *Derecho a la no discriminación*. México: UNAM, 2006.
- CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DWORKIN, Ronald. The partnership concept of democracy. *California Law Review*, n. 86, p. 453-458, 1998.
- _____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ESTADÃO. Após pressão de religiosos, Dilma suspende produção de 'kit anti-homofobia'. *Estadão*, São Paulo, 25 maio 2011. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/radar-politico/2011/05/25/apos-pressao-de-religiosos-dilma-suspende-producao-de-kit-homofobia>>. Acesso em: 25 fev. 2013.
- GARAPÓN, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GUERREIRO, Gabriela; GUIMARÃES, Larissa. Projetos pró-gays caducam e Congresso ensaia autocrítica. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 7 maio 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0705201120.htm>>. Acesso em: 10 de maio 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.
- KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, crenças e liberdade: o direito à vida, a eutanásia e o aborto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Reflexões sobre o novo constitucionalismo na América do Sul: Bolívia e Equador*. [S.l.]: [s.n.], 2011. Disponível em <<http://joseluzquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2011/11/802-reflexoes-sobre-o-novo.html>>. Acesso em: 8 mar. 2012.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: J. Bushastky, 1980.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEVES, Antônio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

_____. *O actual problema metodológico da realização do direito*. Coimbra: Coimbra Ed., 1990.

_____. Matéria de facto-Matério de Direito. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, v. 129, n. 3866, p. 130-134, 1983.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (PAHO). *“Curas” para una enfermedad que no existe*. Buenos Aires: PAHO, 2012.

RIOS, Roger Raupp. A discriminação por gênero e por orientação sexual. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO, 2003, Brasília. *Anais...* Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Poder legislativo não pode revogar decisões judiciais. *Revista Consultor Jurídico*, 31 maio 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-31/senso-incomum-problema-ativismo-judicial-nao-resolvido-pec>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

_____. et al. *A sociais judicialização da política e das relações no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

O destino do *Senatus Consultum Macedonianum* no Brasil

FLÁVIO HENRIQUE SILVA FERREIRA

Sumário

1. Introdução. 2. Apresentando as regras do código brasileiro. 3. As origens romanas. 4. O direito romano-português recebido no Brasil. 5. A interpretação da doutrina brasileira atual. 6. Conclusões.

1. Introdução

O direito privado brasileiro segue um padrão recorrente, compartilhado pela maior parte dos ordenamentos ao redor do mundo no passado e no presente, no que concerne ao desenvolvimento histórico das normas jurídicas por ele acolhidas. O referido direito escolhe as normas jurídicas a serem adotadas especialmente por meio da recepção de estruturas, normas, argumentos e formas de interpretação correntes em outras sociedades e épocas históricas. O problema não se encontra na recepção em si mesma, que reduz os custos inevitáveis à criação de um direito completamente novo, mas no fato de a recepção frequentemente ocorrer de maneira irrefletida. O direito acolhido, que, em muitos casos, já era obsoleto no contexto da sociedade que o exportou, pode se tornar ainda mais disfuncional e obsoleto no contexto da sociedade que o acolhe, em razão da ignorância histórica sobre as suas reais funções ou objetivos sociais. Esse fato cria algumas perplexidades. Lança, por exemplo, dúvidas sobre as teorias sociológicas de que o direito encontrado no ordenamento brasileiro e em outros ordenamentos não consegue permanecer atualizado principalmente por causa de mudanças na sociedade, que o referido direito não consegue acompanhar. Tais teorias parecem pressupor que o direito responde racionalmente, embora com algum atraso, às demandas e pressões sociais por uma melhoria em seu conteúdo. Entretanto, a permanên-

Flávio Henrique Silva Ferreira é doutor em Direito Privado pela UFMG e professor na Universidade Federal de Juiz de Fora.

cia de direito obsoleto por vários séculos em alguns ordenamentos, como demonstrado por Alan Watson (2001a, 1988) em muitas obras, e mesmo por dois sucessivos códigos civis brasileiros, como demonstraremos no exemplo aduzido neste trabalho, parece contradizer as referidas teorias sociológicas sobre o atraso do direito. Ao contrário, a principal causa de desatualização parece se tornar a ausência de teorização sobre as funções e os objetivos sociais do direito, conjugada com a ausência de percepção do impacto prático dessa teorização sobre o conteúdo ideal das normas jurídicas. Este trabalho não pretende apresentar, de forma detalhada, um modelo teórico do processo de criação, difusão e evolução das normas jurídicas em geral (ou, particularmente, das normas jurídicas pertencentes ao denominado direito privado). Basta, por ora, ressaltar o fato de que, de acordo com determinados modelos de evolução do direito (WATSON, 2001b; FERREIRA, 2011), o legislador não tem incentivos para realizar uma análise mais detida da adequação social das normas pertencentes a determinadas áreas do direito. Assim, a criação de normas não envolve uma discussão racional de seu conteúdo em um processo legislativo, mas sim a sua recepção (quase inteiramente passiva) pelo legislador após o seu acolhimento e elaboração por uma elite de juristas (GORDLEY, 2005). O respeito demonstrado pelo legislador para com a opinião dos juristas não é muito diferente, nesse contexto, da reverência que o leigo normalmente tem com relação à opinião profissional de um médico, engenheiro ou cientista. Os juristas, por sua vez, trabalham dentro dos pressupostos implícitos de uma dada tradição jurídica, os quais podem não fornecer um ambiente propício para a evolução racional do direito (GORDLEY, 2002). Esse é o pano de fundo para a compreensão e a contextualização do assunto central deste trabalho, que é a evolução histórica irrefletida de uma regra encontrada no regime jurídico do contrato de mútuo ou empréstimo, desde as origens romanas até a sua configuração no atual direito civil brasileiro. As traduções das obras citadas foram por mim realizadas.

2. Apresentando as regras do código brasileiro

O código civil brasileiro de 2002 contém um dispositivo que supostamente foi introduzido para proteger um menor de idade que toma um empréstimo de outra pessoa. O dispositivo em questão é o art. 588, que é uma reprodução (quase fiel) do art. 1.259 do código civil de 1916. O art. 589 do atual código, bem como o art. 1.260 do anterior, estabelece exceções ao disposto no artigo antecedente. É importante salientar que foram acrescentados os incisos IV e V na redação do art. 589, que não constavam da redação do antigo art. 1.260. O acréscimo desses incisos, como demonstraremos mais tarde, resulta de uma interpretação incorreta,

feita pelo legislador, do conflito de interesses regulado pelo art. 588. Tal artigo dispõe:

“Art. 588. O mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores”.

Por sua vez, o art. 589 dispõe:

“Art. 589. Cessa a disposição do artigo antecedente:

I – se a pessoa, de cuja autorização necessitava o mutuário para contrair o empréstimo, o ratificar posteriormente;

II – se o menor, estando ausente essa pessoa, se viu obrigado a contrair o empréstimo para os seus alimentos habituais;

III – se o menor tiver bens ganhos com o seu trabalho. Mas, em tal caso, a execução do credor não lhes poderá ultrapassar as forças;

IV – se o empréstimo reverteu em benefício do menor;

V – se o menor obteve o empréstimo maliciosamente.”

À primeira vista, e este é o entendimento corrente da doutrina brasileira, o conflito de interesses que está sendo regulado em tais artigos ocorre entre o menor e aquele que realizou o empréstimo. Presumivelmente, a intenção do legislador seria encontrar um ponto de equilíbrio entre, por um lado, o interesse do menor em não ser prejudicado por causa da sua inexperiência negocial (pagando, por exemplo, juros exorbitantes ou contraindo um empréstimo desnecessário) – sem diminuir os incentivos ao mutuante para a concessão de um empréstimo nos casos em que isso fosse favorável ao menor – e, por outro lado, o interesse do mutuante em receber de volta a coisa ou quantia emprestada, uma vez que ele não tinha a intenção de realizar uma doação.

O legislador, então, teria realizado um julgamento de valor e dado preferência ao in-

teresse do menor em não ser prejudicado sobre o interesse do mutuante em receber de volta a coisa, possivelmente com juros, naqueles casos em que fosse mais provável a exploração do menor ou a desnecessidade do empréstimo. O legislador estabeleceu tais casos por via negativa ou residual, ao determinar os casos nos quais o empréstimo seria válido.

O relato feito até agora pareceria plausível não fosse por algumas peculiaridades. Por qual razão esse conflito está sendo regulado dentro do regime jurídico do mútuo e não, por exemplo, no regime jurídico geral dos atos e negócios jurídicos? Por que estabelecer a regulamentação casuística dos incisos I a III do art. 589, quando o conflito seria mais bem regulado pela cláusula geral do inciso IV? Por que o mutuante perde o direito à restituição de tudo o que ele emprestou, em vez de simplesmente considerarmos o contrato nulo ou anulável? Caso o contrato fosse nulo ou anulável, o mutuante poderia, pelo menos, obter de volta aquilo que emprestou, mesmo que sem juros, até o montante do enriquecimento do menor, conforme dispõe o art. 181 do código civil brasileiro, *in verbis*: “Art. 181. Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga”. Finalmente, se o trabalho do menor evidencia a sua experiência negocial e sagacidade, por que limitar a restituição até o montante dos bens que o menor adquiriu com o seu trabalho? Um adulto na mesma situação responderia com todos os seus bens, inclusive com os que ele adquiriu por herança ou doação.

A resposta para as perguntas acima formuladas encontra-se no fato de que as regras contidas nos arts. 588 e 589 do código civil brasileiro foram originalmente formuladas, no âmbito do direito romano, para resolver um conflito de interesses totalmente distinto daquele que foi até agora exposto.

3. As origens romanas

A origem dos artigos supracitados encontra-se em uma legislação romana denominada *Senatus Consultum Macedonianum*. Os termos desta lei foram reproduzidos pelo jurista Ulpiano:

“Por causa do fato de que os empréstimos de Macedo lhe deram um incentivo adicional para cometer um crime para o qual ele era naturalmente predisposto e por causa do fato de que aqueles que emprestam dinheiro sob condições no mínimo duvidosas geralmente fornecem aos homens maus os meios para cometer um ilícito, foi decidido, com o objetivo de ensinar agiotas perniciosos, que a dívida de um filho-família não pode ser validada com a esperança da morte do pai, que uma pessoa que emprestou dinheiro para um filho-família não terá nenhuma ação até mesmo após a morte da pessoa que tinha poder sobre ele.”¹

Esta lei foi uma reação a um evento narrado pelo jurista pós-clássico Theophilus:

“Em Roma vivia uma pessoa chamada Macedo. Quando ele ainda estava sob *patria potestas*, tomou dinheiro emprestado de alguém, esperando que após a morte de seu pai ele seria capaz de quitar a sua dívida. À medida que o tempo passava, o credor o pressionava, exigindo o pagamento. Macedo não tinha nada com o que pagar (como poderia ele, sendo *alieni iuris*?); então ele matou o seu pai. O assunto foi trazido ante ao Senado: Macedo recebeu a punição relativa ao parricídio, e o *senatus consultum* denominado Macedoniano foi feito.”²

O filho-família não possui um patrimônio independente com o qual possa satisfazer as suas dívidas; todo o patrimônio está concentrado nas mãos de seu pai. O principal objetivo desta lei é o de impedir que o mutuante possa reaver o que havia emprestado após a morte do pai do mutuário. Durante a vida dele, nenhum julgamento obtido contra o filho poderia ser objeto de execução; qualquer tentativa de levar a cabo a execução interferiria com a *patria potestas* do pai. De acordo com Kaser (1999, p. 342):

“Os filhos-família vinculam-se por negócios obrigacionais segundo o *ius civile*. Os filhos (não as filhas) podem ser demandados e condenados

¹ Ulp. D. 14, 6, 1 pr.: “cum inter ceteras sceleris causas macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen expectata patris morte fieri.”

² *Paraphrasis institutionum*, Lib. IV, Tit. VII, 7. (THEOPHILUS, 2010 apud Zimmermann, 1996, p. 177-178).

por estranhos à família, mas a execução forçada contra eles naufraga na *patria potestas*.”

O *Senatus Consultum* não tinha como escopo proteger o filho, por causa da sua inexperiência negocial, mas sim proteger o pai. O objetivo era desencorajar a realização do empréstimo, impedindo que o agiota pudesse algum dia reaver a quantia emprestada. Dessa forma, não havendo empréstimo, não haveria ocasião para o agiota pressionar o filho a pagar a dívida. Ele não incentivaria o filho a matar o pai para receber a herança e saldar a dívida. O pressuposto dos juristas romanos é o de que o crime ocorre por instigação do agiota. Logo, não haveria motivo para puni-lo com a perda do seu crédito caso, nas circunstâncias, não fosse provável a instigação do mutuário para cometer esse tipo de crime. Os juristas romanos aplicaram o *Senatus Consultum* de forma teleológica. Dessa forma, lemos em Ulpiano que:

“O *senatus consultum* não se aplica se o mutuante acreditava que o mutuário era um *paterfamilias*, desde que a sua crença não fosse simplesmente tola e ignorante, mas fosse baseada no fato de o mutuário ter tal aparência e reputação e no fato de assim se portar nos negócios e na vida pública.”³

O motivo para tal decisão é simples: se o agiota acreditava que o mutuário era um *paterfamilias*, então ele não incentivaria o mutuário a matar o seu pai. Logo, não há motivo para puni-lo com a perda do seu crédito. Percebe-se que essa consideração não tem nada a ver com a proteção do mutuário pelo fato de ele ser menor ou inexperiente. De fato, se o mutuário tinha a aparência de um *paterfamilias*, ele provavelmente não era nem menor, nem inexperiente. Em outra passagem, lemos que:

“Se eu contrato com um filho-família para realizar-lhe um empréstimo, mas não lhe entrego o dinheiro antes que ele se torne um *paterfamilias*, seja porque o seu status civil sofreu alteração ou porque o seu pai morreu ou porque ele se tornou independente de alguma outra forma sem sofrer alteração em seu status civil, o *senatus consultum* não se aplica pelo fato de o mutuário já ter se tornado um *paterfamilias* no momento em que o empréstimo foi feito.”⁴

³ Ulp. D. 14, 6, 3 pr.: “Si quis patrem familias esse creditit non vana simplicitate deceptus nec iuris ignorantia, sed quia publice pater familias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, cessabit senatus consultum.”

⁴ Ulp. D. 14, 6, 3, 4.: “Si a filio familias stipulatus sim et patri familias facto crediderim, sive capite deminutus sit sive morte patris vel alias sui iuris sine capitis deminutione fuerit effectus, debet dici cessare senatus consultum, quia mutua iam patri familias data est:”

O *Senatus Consultum* não se aplica se o empréstimo só foi entregue após o mutuário ter se tornado *paterfamilias*, mesmo que o acordo de vontades tenha sido feito quando ele ainda estava submetido ao poder paterno. A lógica aqui é igualmente clara: uma vez que se tornou ele próprio um *paterfamilias*, o mutuário passa a ter um patrimônio próprio e pode saldar as suas dívidas, sendo menos provável que o mutuante vá instigá-lo a matar o seu pai (*i.e.*, caso ele ainda esteja vivo). Dessa forma, ou não resta ninguém a proteger, porque o pai já morreu, ou o pai não necessita de proteção, porque o mutuário é capaz de saldar as suas próprias dívidas. Percebe-se novamente que o objetivo não é proteger o mutuário. Ainda em outra passagem, lemos:

“Pelo contrário, se você contrata a realização de um empréstimo com alguém que é *paterfamilias*, e quando você realmente entrega o dinheiro ele já se tornou um filho-família, a vontade do senado deve ser seguida porque é o pagamento que completa a substância da obrigação.”⁵

Aqui temos alguém que era *paterfamilias* no momento da constituição da obrigação e que se tornou, posteriormente, *alieni iuris* (por exemplo, por meio da adoção). O *Senatus Consultum*, que não era aplicável, passa agora a ser aplicado. O motivo é que o patrimônio do antigo *paterfamilias* é incorporado no do novo. Surge, novamente, a tentação de matar o novo *paterfamilias* para receber a herança e saldar as dívidas. Dessa forma, podemos concluir, nas palavras de Zimmermann (1996, p. 178-9), que:

“A intenção do *senatus consultum* não era então proteger jovens impetuosos e inconseqüentes dos perigos de uma vida suntuosa no crédito: ele era aplicado a senadores e cônsules grisalhos, desde que fossem *alieni iuris*, mas não era aplicado a adolescentes efervescentes, desde que fossem *sui iuris*. A sua aplicação era confinada aos *filiifamilias*, isto é, aos casos onde a tentação de eliminar o pai poderia ter existido.”

O conflito de interesses não é entre o mutuante e o mutuário. Na realidade, o conflito se passa entre o pai do mutuário, por um lado, e o mutuante e o mutuário, por outro. O pai do mutuário não quer morrer; por isso, não quer que o empréstimo feito pelo agiota ao seu filho possa ser cobrado. O mutuário (filho) quer receber o empréstimo, assim como o mutuante quer que o mutuário possa pagar de volta o valor emprestado; por isso ambos querem que o contrato possa ser executado. As regras desenvolvidas pelos juristas romanos procuram encontrar um ponto

⁵ Scaev. D. 14, 6, 6.: “Contra etiam recte dicitur, si a patre familias stipulatus sis, credas postea filio familias facto, senatus potestatem exercendam, quia expleta est numeratione substantia obligationis.”

de equilíbrio entre os interesses conflitantes. Algumas das exceções ao *Senatus Consultum*, que já eram reconhecidas pelos juristas romanos, chegaram a ser incluídas (com certas adaptações) no atual código civil brasileiro. Assim, por exemplo, os incisos I a III do art. 589 do código brasileiro têm a sua origem reconduzida a opiniões do jurista Ulpiano.⁶

4. O direito romano-português recebido no Brasil

A regulamentação fornecida pelo direito romano, com algumas alterações, veio a ser recepcionada no Brasil por meio das Ordenações do Reino de Portugal. Tais Ordenações não constituem um mero direito autóctone português, mas encontram-se fortemente romanizadas. Desde as Ordenações Afonsinas, passando pelas Manuelinas, até as Filipinas, houve um gradual processo de racionalização das regras ali empregadas, de acordo com as categorias do *ius commune* europeu. O direito romano, conforme interpretado por glosadores e comentadores, forneceu um grande número de regras, assim como o direito canônico. Mesmo quando a regra romana ou canônica não era diretamente adotada, ela servia como pano de fundo para o enquadramento sistemático das regras costumeiras portuguesas. Esse não é um fenômeno que ocorreu tão somente em Portugal, mas por toda a Europa continental. No que concerne ao mútuo feito a um filho-família, vejamos o disposto nas Ordenações Filipinas:

“2. E porquanto de se emprestar dinheiro aos mancebos filhosfamilias se dá azo ao converterem em usos deshonestos e ocasião de serem viciosos, e se pôde presumir, que carregados de dividas e apertados por ellas procurem a morte a seus pais, ou lha desejem: para se isto evitár, mandamos que o que emprestar a algum filho, que stiver debaixo do poder de seu pai, quer seja varao, quer femea, perca o direito de o pedir assi a seu pai, como a elle, posto que os ditos filhosfamilias, a que se fez o dito emprestimo, saiam do poder de seus pais por morte, casamento, ou emancipação. E da mesma maneira se não poderá pedir aos fiadores, que por elles ficaram.

3. Porém, se o tal filhofamilias stiver em alguma logea de mercadorias, ou tiver algum tracto de consentimento e mandado de seu pai, ou sem elle, será obrigado a pagar o que se lhe emprestar. Porque, se por mandado de seu pai stá no tal tracto, fica o pai obrigado pelo emprestimo, que ao dito filho se fizer; e se o dito filho negociava sem mandado de seu pai, ficará elle obrigado até onde chegar o seu peculio, e mais não.

4. E quando o filhofamilias stá em parte alongada e remota por causa do studo, será o pai obrigado a pagar o que se emprestar ao dito filho para os gastos do studo, não sendo porém mais que o que o pai lhe costumava dar.

⁶ Cf., para o inciso I (Ulp. D. 14, 6, 7, 15.); para o inciso II (Ulp. D. 14, 6, 7, 13.); para o inciso III (Ulp. D. 14, 6, 1, 3.).

E o mesmo será no que se emprestar ao filho-família soldado, que estiver na guerra em parte remota, ou que andar na Còrte em nosso serviço”⁷ (ALMEIDA, 1995).

É importante ressaltar os seguintes aspectos: em primeiro lugar, é impressionante a concordância das ordenações com o direito romano, até mesmo nos exemplos e detalhes; em segundo lugar, os atuais arts. 588 e 589 do código civil brasileiro seguem o modelo que se encontra aí presente. Por exemplo, a proibição de cobrar a restituição do fiador. A redação deste dispositivo não deixa transparecer a verdadeira *ratio legis* de tal proibição. Afinal, o pai do mutuário não seria mais bem protegido caso a dívida deste último fosse saldada pelo fiador? Pois, assim, o agiota, tendo a sua dívida satisfeita, não pressionaria o devedor para matar o seu pai. A não ser que o fiador, ao exercer o direito de regresso contra o mutuário afiançado, fosse instigá-lo a matar o seu pai, não parece haver motivo para tal proibição. Entretanto, ao observarmos o contexto originário de criação desta regra, veremos que ela foi desenhada para cobrir a situação na qual o devedor mutuário se passa por fiador por meio de um negócio simulado. Dessa forma, o mutuante é proibido de reaver o empréstimo do próprio mutuário, não do seu fiador. Vejamos a passagem relevante:

“De acordo com Nerácio, no primeiro e no segundo livro dos seus *responsa*, o *senatus consultum* não se aplica quando um filho-família é fiador. Celso, no quarto livro, concorda. Mas Juliano acrescenta que é uma fraude ao *senatus consultum* se o filho-família, que iria tomar o empréstimo para si mesmo, coloca outra pessoa como um ‘laranja’ e promete (ao mutuante) pagar de volta tudo o que fosse emprestado a tal pessoa; tanto o filho-família quanto o outro devedor terão uma defesa, porque o remédio é concedido tanto para o fiador do filho quanto para ele mesmo.”⁸

A redação de Ulpiano não é das melhores, mas a situação colocada por Juliano é clara: na realidade, o devedor mutuário não é a pessoa que está formalmente em tal posição, mas é o filho-família, apesar de, formalmente, este não ser o devedor mutuário, mas tão somente o fiador. Logo, o objetivo não é impedir que o mutuante recupere, das mãos do suposto fiador, o valor teoricamente emprestado ao suposto mutuário, mas impedir que ele o recupere do mutuário filho-família que se fez

⁷ Ord. do L. IV, Tit. L, §§ 2, 3 e 4.

⁸ Ulp. D. 14, 6, 7 pr.: “Item si filius familias fideiusserit, neratius libro primo et secundo responsorum cessare senatus consultum ait. idem celsus libro quarto. sed iulianus adicit, si color quaesitus sit, ut filius familias, qui mutuam accepturus erat, fideiuberet alio reo dato, fraudem senatus consulto factam nocere et dandam exceptionem tam filio familias quam reo, quoniam et fideiussori filii subvenitur.”

passar por fiador. Tanto a redação das Ordenações Filipinas quanto a redação do código civil brasileiro não deixam transparecer essa *ratio legis*.

Finalmente, é possível que o motivo pelo qual o *Senatus Consultum* foi criado já não fosse claramente compreendido pelos praxistas portugueses e brasileiros. Basta observar a nota 4 dos comentários de Candido Mendes de Almeida ao L. IV, Tit. L, § 2, das Ordenações Filipinas (1995, p. 843), que aqui reproduzimos:

“A lei Romana deste nome teve origem no reinado do Imperador Claudio, quando vivia em Roma um famoso usurario chamado *Macedo* ou *Macedon*, que assolava com suas usuras a cidade eterna. Esta he a opinião de Gothofredo á quem segue Lima *com.*, mas Vicat no seu *Vocabulario*, sustenta que o nome da lei proveio de certo *Macedo* filho-familias, uma das mais notaveis victimas dos usurarios de Roma.”

Posteriormente, Teixeira de Freitas (1876), em sua *Consolidação das Leis Civis*, simplificou a linguagem das Ordenações.⁹ Não houve, contudo, alteração do regime jurídico. De forma surpreendente, um dos pressupostos da aplicação da regra romana – a existência do regime da *patria potestas*, que retirava aos filhos-família o direito de possuir um patrimônio e dele dispor – nunca chegou a ser plenamente adotado em qualquer país europeu (COING, 1996, p. 255, 316-320). As ordenações portuguesas dão a impressão de que tal regime era plenamente vigente em Portugal e, conseqüentemente, no Brasil. Temos aqui o fenômeno do direito apresentado fora de contexto, tão comum na história do direito privado ocidental (WATSON, 2000). Especificamente quanto ao tópico da proibição da cobrança do crédito oriundo de um contrato de mútuo destinado a um filho-família, é necessário observar que nem o código civil francês, nem o italiano, nem o alemão recepcionaram o *Senatus Consultum Macedonianum* onde constava tal proibição. Esse fato provavelmente teve um grande impacto na doutrina brasileira dos séculos XX e XXI, que continua a realizar a recepção de normas, formas de interpretação e argumentação provenientes de certos ordenamentos estrangeiros de prestígio. Como a doutrina daqueles países negligencia o tratamento do assunto, ele torna-se ainda mais obscuro aos olhos dos intérpretes brasileiros. Qual foi o motivo que levou à recepção da regra romana no direito brasileiro? Talvez a percepção de que a regra fazia parte do direito genuinamente brasileiro por meio do direito romano-português aqui implantado. Um apelo à ideia de nacionalismo jurídico. Nesse ponto, como em alguns outros, o código civil brasileiro de 1916 e o de 2002, ao invés de seguir os modelos estrangeiros mais recentes,

⁹ Arts. 484 a 486.

continuaram irrefletidamente a tradição do direito romano-português transplantado para o Brasil.¹⁰

5. A interpretação da doutrina brasileira atual

O entendimento incorreto da função dos arts. 588 e 589 é amplamente compartilhado pelos juristas brasileiros. Como exemplo, vejamos a posição de Caio Mário Pereira (2006, p. 349):

“Para contratar um mútuo, é mister a capacidade das partes. O mutuante tem de ser apto para dispor da coisa. O mutuário também tem de ser habilitado a obrigar-se. O Direito Romano, a este propósito, enunciava um princípio, conhecido como *Senatusconsulto macedoniano*, o qual, atravessando os séculos, veio incorporar-se no direito positivo de vários povos, inclusive no nosso Código Civil (art. 588), segundo o qual o mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele em cuja guarda estiver (pai, mãe, tutor), não pode ser reavido nem do mutuário nem de seus fiadores. Trata-se de um preceito protetor contra a exploração gananciosa da sua inexperiência. E foi imaginado como técnica para impedir as manobras especuladoras, mediante a punição ao emprestador, que perderá a coisa mutuada se fizer o empréstimo proibido.”

Observa-se que há uma descrição incorreta do direito romano: o *Senatus Consultum* não era dirigido aos menores, mas a quem estava sob a *patria potestas*, mesmo que maior. Caio Mário Pereira (2006) também acredita, erroneamente, que tal lei foi criada para proteger o menor inexperiente. Não se sabe ao certo de onde ele retirou tais informações. O seu erro pode ter origem nos autores franceses e italianos do século XX, que ele cita no original, ou até mesmo nos autores alemães, que ele cita em traduções para o espanhol. O fato é que tais autores podem ter negligenciado o tratamento da matéria, considerando-se que os códigos francês, italiano e alemão não recepcionaram o instituto. A dependência da doutrina estrangeira é confirmada em outras passagens da obra de Caio Mário Pereira (2006), nas quais ele expõe regras consagradas em códigos estrangeiros como sendo regras de direito brasileiro.¹¹

Esse fenômeno moderno de recepção do direito estrangeiro ocorre de maneira silenciosa. Não queremos aqui multiplicar os exemplos, que

¹⁰ Ver, com interessantes considerações sobre o ordenamento jurídico brasileiro, Soleil (2005).

¹¹ O autor citado tem uma predileção pela recepção de normas, formas de argumentação e interpretação provenientes dos direitos francês e italiano. Outros autores brasileiros preferem tomar emprestado do direito alemão. Para uma ilustração dessa tendência no caso do regime jurídico da compensação, no qual diferentes autores chegam a defender até três diferentes modelos de compensação, todos provenientes de ordenamentos estrangeiros de prestígio, a despeito do que diz (ou não diz) o código civil brasileiro, ver Ferreira (2004).

são inumeráveis. Entretanto, queremos ressaltar que não somos contra a recepção do direito estrangeiro em princípio; somos contra a sua recepção silenciosa e inarticulada. Quanto ao entendimento incorreto da razão de ser dos arts. 588 e 589, Caio Mário não está sozinho. Vejamos Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 270-1), supostamente inovador, que chama Caio Mário de “tecnólogo”:

“A lei inicia por reforçar a nulidade do mútuo feito com mutuário menor sem a autorização daquele sob cuja guarda estiver (os pais ou o tutor), ou seja, sem a devida representação ou assistência (CC, art. 588). Trata-se de redundância, já que a invalidade do contrato celebrado com incapaz, não representado ou assistido na forma da lei, decorre já de outros preceitos legais (CC, arts. 166, I, e 171, I). (...) Em algumas situações específicas, contudo, o contrato de mútuo será válido, a despeito da incapacidade do mutuário (CC, art. 589). São exceções abertas pela lei com o objetivo de preservar os negócios jurídicos em que a limitada capacidade de discernimento do mutuário não pode ser considerada obstáculo à plena eficácia do contrato” (COELHO, 2005, p. 272).

6. Conclusões

Primeira conclusão. Os arts. 588 e 589, ao regularem o conflito entre o menor e o mutuante, fazem-no de maneira desnecessariamente complexa. O inciso I do art. 589 já está coberto pelo art. 176 do código civil. O inciso V do art. 589 poderia ser extraído, por meio de interpretação, do art. 180. O inciso II poderia ser enquadrado no inciso IV, sendo que ambos seriam desnecessários, dada a regulamentação do art. 181. O inciso III do art. 589 não é uma solução adequada para o conflito entre o menor e o mutuante. Afinal, se ele for considerado inexperiente e facilmente explorável, mesmo que tenha ganhado bens mediante seu

trabalho, não deverá devolver a quantia que recebeu senão até o montante com que tenha sido beneficiado, e não senão até o montante dos bens que adquiriu com o seu trabalho. Do contrário, caso o seu trabalho evidencie a sua experiência e sagacidade, não há motivos para limitar a restituição devida ao mutuante até o montante dos bens adquiridos pelo menor com seu trabalho. Neste caso, deverá responder com todos os seus bens, inclusive, por exemplo, com os adquiridos através de herança ou doação.

Além disso, o art. 589 e seus incisos podem gerar dúvidas quanto aos seus efeitos sobre a validade (nulidade e anulabilidade) do negócio jurídico. Não há dúvidas de que os incisos do art. 589 criam exceções ao art. 588, que dispõe sobre a inexigibilidade da restituição do empréstimo. Também não há dúvidas de que os incisos I e V do art. 589 criam exceções à anulabilidade do negócio jurídico, de modo que o mutuante pode exigir do menor a restituição do que lhe emprestou conforme combinado (até mesmo com juros caso tenham sido estipulados). O menor perde o direito de anular o negócio. Entretanto, pode haver dúvidas quanto aos efeitos provocados pela incidência dos incisos II, III e IV. Além de afastarem o art. 588, tornando exigível a restituição do empréstimo conforme combinado, afastam eles também o direito de anular o negócio jurídico? A resposta não é clara. Qual é a relação entre o inciso II e o IV? Qual é a relação entre o inciso III e o IV? A resposta não é clara. Caso o inciso IV tenha preferência sobre os demais, e o direito de pedir a anulação do contrato não for afastado, então toda a regulamentação estabelecida pelos arts. 588 e 589 torna-se irrelevante. O resultado prático será o mesmo que seria alcançado com a aplicação dos arts. 176, 180 e 181, porém através de uma via tortuosa e incerta, um campo minado de armadilhas interpretativas.

Segunda conclusão. Os arts. 588 e 589 não regulam o conflito entre o ascendente do

mutuário, por um lado, e o mutuante e o mutuário, por outro lado, da melhor maneira possível. Em primeiro lugar, o mutuário que tem intenções parricidas ou matricidas não tem de ser necessariamente menor de idade. De fato, provavelmente ele não o é. Assim, o ascendente do mutuário não será protegido pelo art. 588 quando o mutuário não for menor. Em segundo lugar, impedir que o mutuante obtenha a restituição do fiador do mutuário em nada contribuirá para proteger o ascendente do mutuário. Do contrário, poderá até aumentar as tentações do menor com tendências homicidas que queira receber a herança, além de prejudicar o menor sem tendências homicidas que queira obter um empréstimo. Em terceiro lugar, se o objetivo é cortar a tentação de matar o ascendente, então é melhor estabelecer uma regra geral no sentido de que o mutuante não poderá reaver o empréstimo caso o mutuário ou o próprio mutuante venham a matar o ascendente do mutuário. A regulamentação casuística estabelecida nos arts. 588 e 589, permitindo ou não a restituição do empréstimo, não aborda diretamente a questão. Em quarto lugar, as dívidas do descendente podem ter origem em outros contratos, além do mútuo, ou em outras fontes obrigacionais não contratuais, pelo que a tentação de matar o ascendente para obter a herança e saldar as dívidas não ocorre tão somente quando há um empréstimo. Os juristas romanos argumentavam que a tentação de matar o ascendente seria maior no caso de uma dívida oriunda de um contrato de mútuo do que no caso de dívidas oriundas de outros contratos. O motivo: a pressão e a instigação promovidas pelo agiota.¹² Mesmo que se aceite tal argumento, impedir que o agiota possa cobrar judicialmente o valor da dívida não significa que o mutuário deixará de pagar extrajudicialmente uma vez que colocar as mãos na herança. Ademais, os negócios abusivos já padecem de invalidade, razão pela qual o agiota já não poderia mesmo cobrar judicialmente do mutuário o valor abusivo, senão a restituição pura e simples do que emprestou. Dessa forma, mesmo que se admita que é mais provável a tentação de matar o ascendente para receber a herança e saldar as dívidas no caso de um mútuo, permanece válido o argumento de que tal tentação pode ocorrer nos casos em que o descendente devedor queira saldar as dívidas oriundas de outras fontes obrigacionais.

De fato, o descendente ganancioso pode ter tal tentação mesmo que não tenha dívida alguma. Assim, a melhor regra é a que impede o descendente de receber a herança caso ele mate o ascendente.¹³ A outra regra

¹² Ulp. D. 14, 6, 3, 3.

¹³ Em termos mais genéricos, caso a pessoa que teria o direito a receber a herança – sendo ela considerada descendente ou não – mate ou tente matar aquela que é a atual proprietária dos bens da referida herança ou até mesmo mate ou tente matar alguma outra pessoa que pudesse lhe fazer concorrência como coerdeira. Ver o art. 1.814 do CCB: “São

seria a que impediria os credores do descendente de obter a satisfação de seus créditos com os bens herdados pelo descendente caso tais credores matem o ascendente. Resta ainda uma objeção a ser superada: a regra romana faz sentido quando há dificuldade de provar que o descendente ou os credores do descendente mataram o ascendente. Entretanto, o fato de o descendente ou seus credores matarem o ascendente é raro; podemos pressupor que será ainda mais raro o assassinato sem provas. Dessa forma, os benefícios trazidos pela regra romana seriam infinitamente menores do que os custos sociais que ela poderia gerar, ao dificultar a realização de empréstimos úteis e necessários para a vida digna do menor.

Em suma, os arts. 588 e 589 não resolvem nenhum dos dois conflitos de interesse acima identificados de forma satisfatória. A sua redação é desnecessariamente complicada, gerando esforços interpretativos estéreis. O destino do antigo *Senatus Consultum Macedonianum* no Brasil bem ilustra um fenômeno acuradamente descrito por Oliver Wendell Holmes (1881, p. 5), ao tratar da história do direito anglo-americano:

“Um fenômeno muito comum e familiar a todo estudante de história é o descrito a seguir. Os costumes, as crenças, ou as necessidades de um tempo primitivo demandam a criação de uma regra ou fórmula. No curso de séculos, os costumes, crenças, ou necessidades desaparecem [no caso presente, eu diria, são ignorados], mas a regra permanece. O motivo que fez surgir a regra é esquecido, e mentes criativas começam a especular sobre a sua origem. Pensa-se em algum tipo de objetivo a ser alcançado pela regra, que parece explicá-la e reconciliá-la com o estado atual das coisas; e então a regra é adaptada para servir aos novos objetivos que lhe foram imputados, adentrando uma nova carreira. A velha forma recebe um novo conteúdo e, com o tempo, até mesmo a forma é modificada para se adequar ao sentido por ela recebido.”

Referências

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Ordenações filipinas*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. Tomos IV e V. 3 v.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. 3 v.

COING, Helmut. *Derecho privado europeo*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996.

FERREIRA, Flávio Henrique Silva Ferreira. A compensação em perspectiva histórico-comparativa. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 103-144, out./dez. 2004.

excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I – que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente”.

- _____. Ordem normativa e institucionalização. In: _____; FERES, Marcos Vinício Chein; LACERDA, Bruno Amaro (Org.). *Instituições de direito*. Juiz de Fora: UFJF, 2011.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1876.
- GORDLEY, James. The future of european contract law on the basis of Europe's heritage. *European Review of Contract Law*, Berlin, v. 1, n. 2, p. 163-183, 2005.
- _____. Why look backward. *The American Journal of Comparative Law*, Berkeley, v. 50, p. 657-670, 2002.
- HOLMES, Oliver Wendell. *The common law*. Boston: Little, Brown and Company, 1881.
- KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 3 v.
- SOLEIL, Sylvain. La réception du modèle juridique français entre discours et réalité depuis la révolution. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Dordrecht, v. 73, p. 171-181, 2005.
- THEOPHILUS. *Theophili Antecessoris paraphrasis institutionum*. Groningen: Chimaira, 2010.
- ULPIANO. *Senatus consultum macedoniam*. [S.l.]: [S.n.], [s.d.].
- WATSON, Alan. *Failures of the legal imagination*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1988.
- _____. *Law out of context*. Athens: The University of Georgia, 2000.
- _____. *Society and legal change*. 2. ed. Philadelphia: Temple University, 2001a.
- _____. *The evolution of western private law*. Baltimore: The Johns Hopkins University, 2001b.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. New York: Oxford University, 1996.

Possibilidade e oportunidade de uma nova lei de imprensa

THALES MORAIS DA COSTA

Sumário

Introdução. 1. A possibilidade de uma nova lei de imprensa após a decisão do STF na ADPF nº 130. 2. O conteúdo de uma nova lei de imprensa entre direito especial e direito comum. 2.1. A razão de ser da imprensa e sua ligação com os destinatários da informação. 2.2. A concretização desse ideal e sua relativização nos dias atuais. 2.3. A liberdade de imprensa como liberdade de expressão na jurisprudência do STF. 2.4. A especificidade da liberdade de imprensa. 2.5. Algumas balizas para uma nova lei de imprensa. Conclusão.

Introdução

O relator especial da ONU para a liberdade de expressão defendeu, em entrevista publicada em 25 de dezembro de 2012, que o Brasil adote uma nova lei sobre os meios de comunicação, corrigindo o “desenvolvimento errado, no sentido das políticas comerciais de comunicação” e aprimorando o controle sobre a concentração dos grupos de mídia. Ele cita, a respeito, os exemplos do que foi feito na Argentina e do projeto de lei em discussão no Uruguai (SÁ, 2012).

A proposta de uma nova lei de imprensa adquire especial relevo no contexto que sucede o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 (ADPF nº 130)¹, que concluiu pela procedência da ação por se entender que a Lei nº

Thales Morais da Costa é doutorando em regime de dupla-titulação na Université Paris I Panthéon-Sorbonne e na Universidade de São Paulo. Presidente do Instituto de Direito Comparado Brasil-França.

¹ STF, ADPF nº 130, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, j. 30/4/2009, DJe nº 208 de 6/11/2009. Para todas as citações de acórdãos do STF contidas neste trabalho, são utilizadas as versões de inteiro teor disponíveis no sítio www.stf.jus.br (acesso em 30 de dezembro de 2012).

5.250 de 9 de fevereiro de 1967 (dita “lei de imprensa”) não teria sido recepcionada pela Constituição de 5 de outubro de 1988 (CF). No julgamento, alguns ministros afirmaram que a Constituição não autorizaria a disciplina dos meios de comunicação por meio de uma “lei de imprensa” (v. tabela, Q 3 em anexo). Consta-se, ademais, que a imagem da autorregulação como alternativa possível – senão desejável – à interferência estatal na atividade da imprensa permeou alguns dos votos integrantes da ADPF nº 130. Segundo o voto do relator, o caso inglês seria um “paradigma” (ADPF nº 130, p. 298), um exemplo proveniente de um país amplamente reconhecido como democrático. Para outro integrante da maioria, “nos países onde a imprensa é mais livre, onde a democracia deita raízes mais profundas, salvo raras exceções, a manifestação do pensamento é totalmente livre, a exemplo do que ocorre (...) no Reino Unido (...), sem que seja submetida a qualquer disciplina legal” (ADPF nº 130, p. 105). Mesmo entre os votos vencidos, observa-se que a procedência da ação soou como “um convite à imprensa, aos órgãos de mídia, a fazer um processo responsável de autorregulação, tal como já ocorre em muitos países” (ADPF nº 130, p. 298).

A questão da autorregulação tornou-se ainda mais atual nos últimos meses. Em 29 de novembro de 2012, foi publicada uma “investigação” (*inquiry*) acerca do escândalo de escutas telefônicas envolvendo o grupo de mídia de Rupert Murdoch no Reino Unido (LEVESON, 2012). O relatório estabelece uma ligação direta entre, de um lado, a facilidade com que as escutas telefônicas puderam ser praticadas e, de outro lado, a ineficiência do controle exercido pela *Press Complaints Commission* (PCC). A principal conclusão dessa investigação é de que o modelo de autorregulação até hoje prevalecente no país deve ser abandonado³. Em seu lugar, propõe-se a criação, por via legislativa, de um órgão regulador e fiscalizador, independente com relação aos meios de comunicação tanto do ponto de vista orçamentário quanto de sua composição.

Consciente da importância e da atualidade do tema, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou, em 13 de novembro de 2012³, o “Fórum Nacional do Poder Judiciário e Liberdade de Imprensa”, encarregado de realizar, entre outros, “o estudo de modelos de atuação da magistratura em países democráticos, que possam facilitar a compreensão de conflitos que digam respeito à atuação da imprensa” (art. 2º, Resolução nº 163).

Esses três fatos colhidos do final de 2012 bastam para demonstrar o grande interesse em torno do modelo regulatório a ser adotado para a

³ Tal modelo caracteriza-se, em especial, pela existência de um código de boa conduta “privado”, i.e., elaborado pelos próprios meios de comunicação, cujo cumprimento é fiscalizado por um organismo (a PCC) criado, financiado e composto por membros escolhidos pelos mesmos meios de comunicação.

³ CNJ, Resolução nº 163, de 13/11/2012, DJ-e nº 209/2012, em 14/11/2012, p. 3-4.

imprensa. A partir do momento em que o país apontado como modelo de autorregulação está cogitando seriamente abandonar a autorregulação, cumpre perguntar qual seria a direção a adotar no caso brasileiro.

Essa pergunta divide-se, por sua vez, em dois grupos de questões.

O primeiro é relativo à *possibilidade jurídica* de uma nova lei de imprensa. A partir da decisão do STF, continua sendo possível legislar sobre a imprensa? Em caso afirmativo, integralmente ou apenas em parte? Essas perguntas pressupõem que se saiba ao certo o que foi decidido pelo STF na ADPF nº 130 e, antes de tudo, o que seria uma “decisão”. Esse tribunal tem afirmado que sua “decisão” não se limita ao que consta no dispositivo. Também a integram os fundamentos necessários ou determinantes (*ratio decidendi*) do dispositivo⁴.

Sendo assim, se o dispositivo afirma que “os Ministros do Supremo Tribunal Federal [acordam] em julgar procedente a ação” (ADPF nº 130, p. 11), cumpre perguntar quais seriam os fundamentos necessários ou determinantes suscetíveis de integrar a “decisão” e gozar, assim, da mesma autoridade de que se reveste o dispositivo. O argumento de que toda “lei de imprensa” seria inconstitucional faz parte da “decisão” do STF?

Essa questão é de todo relevante para o debate em torno da *possibilidade jurídica* de uma nova lei de imprensa, pois, segundo o art. 10 da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, a decisão final em ADPF impõe-se “às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados”. A mesma lei abre a possibilidade de que uma reclamação seja proposta em caso de “descumprimento da decisão” (art. 13), hipótese que se aproxima do art. 102, I, *l*, da CF. Como o ato questionado na ADPF nº 130 era uma lei federal, o Congresso Nacional encontra-se na linha de frente das “autoridades ou órgãos” que menciona o referido artigo 10.

O segundo grupo de questões concerne ao *conteúdo* de uma eventual nova lei e, particularmente, à *especificidade* da liberdade de imprensa frente à liberdade de expressão. Seria aquela a *espécie* e esta, o *gênero*? Seria a liberdade de imprensa mera decorrência de um princípio geral de livre manifestação do pensamento? Seriam nomes diferentes para a mesma liberdade? Não há dúvida de que o regime protetivo da liberdade de expressão favorece a imprensa. Porém, a partir do momento em que surge a questão da elaboração de uma lei *específica*, cumpre perguntar: qual é o propósito de uma lei *de imprensa*? Por que não se cogita elaborar uma lei genérica sobre a *expressão* do pensamento? Tratar-se-ia de

⁴Rcl nº 2.363, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 1/4/2005; Rcl nº 2.143-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 6/6/2003; Rcl nº 1.987, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21/5/2004; Rcl nº 1.722, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 13/5/2005; Rcl nº 3.625-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 8/11/2005; Rcl nº 3.291, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 31/5/2005; Rcl nº 2.986-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/3/2005; Rcl nº 2.291-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 1/4/2003.

proteger os mesmos titulares, o mesmo objeto, com o mesmo propósito e o mesmo regime de responsabilidade?

À luz dessas questões, o objetivo deste artigo é elucidar: (1) se uma nova lei de imprensa poderia ser adotada a despeito da decisão do STF, cuja “autoridade” é protegida por meio de reclamação, e (2) quais são as perspectivas que se abrem para uma futura lei de imprensa, considerada sua relação com a liberdade de expressão.

1. A possibilidade de uma nova lei de imprensa após a decisão do STF na ADPF nº 130⁵

A ementa do acórdão na ADPF nº 130 contém uma primeira resposta à indagação sobre a possibilidade jurídica de uma nova lei de imprensa:

“Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho de seu conteúdo. (...) o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que *quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja*. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas.”⁶

Como o objeto da citação integra a própria ementa da ADPF nº 130, aquele que lê o acórdão

⁵ Esse tópico inspira-se de estudo anteriormente publicado por nós “Conteúdo e alcance da decisão do STF na ADPF nº 130”, no prelo.

⁶ ADPF nº 130, p. 8. O trecho destacado em itálico consta em negrito no original. O trecho objeto de destaque já figurava no voto proferido pelo Min. Britto no HC nº 82.424, o que revela a ligação entre o HC nº 82.424 e a ADPF nº 130, tanto para ele quanto para os demais votantes (v. tabela, Q 9 e 10). Para um estudo detalhado dos votos integrantes desses dois acórdãos, ver Reale Júnior (2009, p. 61-91).

pela primeira vez é levado a crer que ele conteria a *posição do tribunal*. Em outros termos, que ele seria um fundamento *necessário* do dispositivo, suscetível de integrar a “decisão” como um todo e cujo respeito poderia ser imposto “às autoridades e aos órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados” (art. 10, Lei nº 9.882). Se assim fosse, bastaria compreender como seria possível melhor regular as matérias ditas “laterais” ou “reflexas” para cumprir, assim, o teor da decisão sob análise.

No entanto, a peculiaridade do método de redação dos acórdãos do STF – quando comparado ao adotado em outros tribunais supremos ou constitucionais⁷ – é que não existe a prática de elaboração conjunta de um voto que seja representativo da opinião do tribunal. O voto do relator retrata a opinião de um ministro, à qual os demais podem ou não aderir. Muito frequentemente, cada ministro elabora o seu próprio voto, concordando com a opinião do relator ou dela divergindo. Ao final da sessão, tem-se uma soma de votos individuais que definem o resultado do julgamento. Caso a posição adotada pelo relator seja a vencedora, é ele quem redige a ementa do acórdão. Caso o relator original seja vencido, designa-se em seu lugar um “relator para o acórdão”.

Não raro, os votos vencedores coincidem apenas quanto à conclusão, distinguindo-se com relação aos fundamentos. Tendo cada mi-

⁷ Veja-se o caso da França, em que as decisões judiciais são redigidas a várias mãos, sendo impossível saber quem é(são) o(s) juiz(izes) que as redigiu(ram). Para quem lê estas decisões, elas refletem a *posição do tribunal como um todo*. Essa situação vale seja nos casos de decisão unânime, seja nos casos de decisão por maioria, pois, mesmo neste último caso, apenas a posição da maioria é publicada. A opinião dos juízes vencidos nunca é divulgada. Observe-se, ainda, o exemplo do tribunal constitucional federal alemão e do tribunal supremo nos Estados Unidos da América, onde os juízes integrantes da maioria redigem um voto comum ou um deles prepara um voto ao qual os demais aderem. Estas diferentes técnicas de redação revelam a preocupação de divulgar o entendimento do tribunal *como órgão colegiado*, não enquanto reunião de votos individuais.

nistro redigido o seu próprio voto, é difícil identificar onde se encontra a *ratio decidendi*, ou seja, o fundamento que teria levado o tribunal, como um órgão *colegiado*, a adotar certa decisão. É necessário examinar cada um dos votos e comparar as respectivas fundamentações para verificar se existe algo de comum entre elas.

No caso da ADPF nº 130, a compreensão dos votos integrantes da maioria de 7 a 4 é objeto de controvérsias entre os próprios ministros do STF. Tanto durante o julgamento da ADPF⁸ quanto poucos meses depois, eles divergiram abertamente quanto ao que seus colegas teriam dito. Em um caso em especial, o trecho do voto de um ministro foi interpretado em sentidos opostos por dois de seus pares¹⁰. Tais elementos já permitem ver o quão complexa é a questão de saber se existe um fundamento consensual entre os integrantes da maioria.

A fim de buscar maior grau de certeza na resposta, convém conjugar a análise da ADPF nº 130 com o estudo das reclamações em que foi alegado o descumprimento dessa decisão. Essas reclamações têm o mérito de levar os ministros a interpretar seus próprios votos e os de seus pares, a fim de definir o que foi decidido. Dentre as reclamações que foram julgadas até o momento, assume especial relevo a de nº 9.428, já referida. Nesse caso, um jornal de circulação nacional argumentou que a autoridade da decisão na ADPF nº 130 teria sido violada pelo fato de ter sido impedido de publicar matérias sobre um processo correndo em segredo de justiça. Segundo o requerente, haveria uma *ratio decidendi* muito clara na decisão paradigma: a impossibilidade de o Estado interferir na liberdade de

⁸ Observe-se o seguinte debate: GM: “Quanto à afirmação feita, e agora já refeita, a meu ver, de que nenhum Estado Democrático teria lei de imprensa, nós sabemos que isso não corresponde à verdade estrita dos fatos. Há muitos países democráticos, assim considerados, com lei”. CB: “Essa afirmação não está no meu voto”. GM: “Não, isso foi discutido, inclusive, inicialmente”. CL: “Eu fiz afirmativa até contrária, hoje, exatamente no levantamento que fiz, que Estados Democráticos têm” (p. 275, ADPF nº 130).

⁹ STF, Rcl nº 9.428, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 10/12/2009, DJe nº 116 de 25/6/2010 (os números de páginas citados referem-se à numeração do inteiro teor do acórdão disponível no sítio www.stf.jus.br – acesso em 10 de agosto de 2012). Confira-se este diálogo: GM: “Realmente, precisamos nominar o que foi objeto de decisão e aquilo que está coberto pelo efeito vinculante, sem dúvida nenhuma. Até porque houve considerações do Ministro Britto que, com certeza, não mereceram o apoio da maioria. Por exemplo, a afirmação de Sua Excelência segundo a qual não poderia haver lei regulando a imprevisibilidade nesse sentido”. CB: “Mas eu não afirmei isso” (p. 218, Rcl nº 9.428).

¹⁰ Para o Min. Peluso, o Min. Lewandowski teria reconhecido, na ADPF, “a coexistência teórica, enquanto situados no mesmo plano de eficácia plena e aplicabilidade imediata, dos direitos de liberdade de expressão, pensamento e informação (...) e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (...), concluindo pela mesma necessidade de a decisão do caso concreto guiar-se pelo princípio da proporcionalidade (fls. 102 e 103), donde, por implicitude, haver negado caráter absoluto e irrestrito à liberdade de imprensa” (p. 188, Rcl nº 9.428). Para o Min. Britto, “não foi bem assim” (p. 214, Rcl nº 9.428). Para apoiar sua tese, ele cita o *mesmo trecho* do voto do Min. Lewandowski na página 213, para em seguida afirmar: “Evidentemente, que o Ministro Lewandowski estava falando da insubmissão da imprensa à regulação por lei quanto às coordenadas de conteúdo”.

imprensa, em especial por meio da censura, o que faria com que toda proibição de publicar determinado conteúdo constituísse uma violação à autoridade dessa decisão¹¹.

A questão posta na reclamação consistia em saber se seria possível ao Estado determinar o conteúdo da liberdade, ou seja, aquilo que um meio de comunicação pode ou não pode publicar (o “quê” insuscetível de mediação estatal, *segundo a fundamentação do relator* da ADPF¹²). Sendo essa a questão a ser resolvida, a Reclamação nº 9.428 deu aos ministros a oportunidade de dizer se, sim ou não, *concordavam com a fundamentação do relator da ADPF*. Ou seja, se o trecho da ementa transcrito linhas acima seria consensual.

O ponto é de todo relevante para a questão em torno da possibilidade jurídica de uma nova “lei de imprensa”. Na ADPF nº 130, os ministros referiram-se à “lei de imprensa” como sendo aquela lei que disciplina a imprensa em seus mais diferentes âmbitos, não apenas nas questões ditas “laterais” ou “reflexas”. Em outros termos, a “lei de imprensa” seria aquela lei que dispusesse não apenas sobre a responsabilidade dos meios de comunicação e sobre o direito de resposta, mas também sobre o conteúdo do que é publicado. A questão do conteúdo, que constitui o cerne da imprensa, é o elemento chave que permite compreender a dissidência aberta pelos Ministros Gracie e Barbosa. Estes últimos admitiram a possibilidade de o Estado proibir a publicação de determinados conteúdos (como a incitação à guerra e o racismo). Foi por essa razão que eles votaram pela não recepção da Lei nº 5.250 com a ressalva de alguns artigos (v. tabela, Q 1). Já o Min. Britto e outros integrantes da maioria entenderam que os artigos ressaltados pelos Ministros Gracie e Barbosa também não haviam sido recepcionados pela Constituição de 1988, pois o Estado não poderia dizer à imprensa o que ela poderia publicar.

A partir do momento em que se percebe a importância da discussão sobre a interferência do Estado no conteúdo do que é publicado pela imprensa, compreende-se todo o interesse da análise conjunta dos votos dos ministros na ADPF nº 130 e na Rcl nº 9.428. Embora essa reclamação

¹¹ Questão semelhante é trazida na Reclamação nº 11.292, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática de 25/2/2011, DJ 3/3/2011 (até o momento, não houve manifestação do plenário). No caso, uma ONG de proteção aos animais alegou ter sido impedida, em processo judicial, de expressar sua opinião sobre o uso de sedém em rodeios. Para o relator, a proibição de emitir determinada opinião, “salvo raríssimas exceções” (ex. “discurso do ódio”), “viola uma das premissas consensuais que podem ser extraídas da decisão proferida na ADPF nº 130”. Observe-se que, na decisão paradigma, o único ministro que menciona expressamente a possibilidade de que o discurso do ódio seja proibido é o Min. Celso de Mello, confirmando a opinião anteriormente exposta no HC nº 82.424 (v. tabela, Q 9 e 10).

¹² Nas palavras do relator da ADPF nº 130, “... para nossa Constituição, o concreto uso de tais liberdades implica um *quando*, um *quê* e um *para quê* antecipadamente excluídos da mediação do Estado” (p. 63).

não tenha sido conhecida (por maioria de 6 a 3), diversos ministros entraram na questão de mérito e pronunciaram-se sobre o que teria sido decidido na ADPF nº 130. Juntando-se os votos proferidos nesses dois casos, é possível constatar o seguinte:

(i) o Min. Peluso confirmou que, ao votar com a maioria na ADPF nº 130 (v. tabela, Q 1), não havia subscrito as razões do relator daquele caso (v. tabela, Q 2 e 11);

(ii) Dos seis ministros restantes que integraram a maioria de 7 a 4 na ADPF nº 130, dois compartilham, claramente, a fundamentação, pois o Min. Grau acompanhou, sem reservas, o voto do relator (v. tabela, Q 1)¹³. A estes dois, cumpre acrescentar a Min. Cármen Lúcia, que acompanhou o Min. Britto tanto na ADPF nº 130 (v. tabela, Q 1, 2, 5, 7 e 9), quanto na reclamação (Q 11), sem afirmar em seu respectivo voto qualquer ponto específico de divergência¹⁴;

(iii) O Min. Celso de Mello também acompanhou o Min. Britto na ADPF nº 130 (v. tabela, Q 1 e 5) e na reclamação (Q 11), o que o aproxima da posição identificada no item anterior. No entanto, *justamente sobre a questão da possibilidade de fixar temas proibidos*, ele havia afirmado na ADPF nº 130 que nem tudo poderia ser dito (pois a incitação ao ódio público não estaria protegida), enquanto que, para o Min. Britto, todos os conteúdos hão de ser admitidos (v. tabela, Q 9)¹⁵. No caso concreto

da Rcl nº 9.428, não se tratando de incitação ao ódio público, ambos os ministros tiveram votos concordantes. Todavia, se os fatos fossem diversos, os votos provavelmente não seguiriam a mesma linha. Sendo assim, a posição dos dois ministros é, em regra, concordante, embora haja alguns pontos de divergência¹⁶;

(iv) Quanto ao Min. Lewandowski, observa-se que ele acompanhou o Min. Britto na ADPF nº 130 em quase todos os pontos (v. tabela, Q 1, 2, 3 e 5), exceto o relativo à possibilidade de o Estado regulamentar, por via legislativa, questões “laterais” como o direito de resposta (Q 4). Para o Min. Lewandowski, não caberia ao legislador disciplinar, de maneira apriorística (Q 5), os eventuais conflitos entre imprensa e pessoa agravada. Caberia ao Judiciário fazê-lo, na medida em que os casos concretos chegassem a seu conhecimento¹⁷. Com relação à intervenção do Estado no conteúdo do que é publicado, o Min. Lewandowski não chegou a dizer, na ADPF nº 130, se seguia ou não o voto do relator (Q 9). A Rcl nº 9.428 deu-lhe a oportunidade de esclarecer seu entendimento sobre o assunto. Ainda que ele tenha votado pelo não conhecimento da reclamação (Q 11), é importante ver que seu voto é motivado por uma questão meramente processual, não por uma divergência quanto ao mérito da “autoridade” da decisão da ADPF nº 130. Ademais, curiosamente, como que para eliminar toda dúvida com relação ao seu pensamento, o Min. Lewandowski afirmou

¹³ O fato de o Min. Grau ter votado pelo não conhecimento da Reclamação nº 9.428 não altera a situação, pois ele assim votou por uma questão puramente processual (v. tabela, Q 11).

¹⁴ Observe-se que, muito embora ela admita, em tese, que uma “lei de imprensa” possa ser constitucional (v. tabela, Q 3), ela não fornece qualquer indicação sobre os campos que seriam abertos ao legislador (Q 4) e, além disso, afirma expressamente que, “[a] regulação tem espaço onde não há liberdade” (p. 330), o que torna sua posição muito próxima à do Min. Britto (v. tabela, Q 9 e 11)

¹⁵ Esse ponto de divergência entre os dois ministros permite entender por que eles votaram em sentidos opostos no HC nº 82.424 (v. tabela, Q 10).

¹⁶ Outro ponto de divergência entre os dois é relativo ao equilíbrio entre liberdade de imprensa e outros direitos fundamentais (v. tabela, Q 8, e diálogo nas páginas 201-204 da ADPF nº 130).

¹⁷ No entender do Min. Lewandowski, o art. 5º da CF seria autoaplicável, não havendo “qualquer lacuna” (ADPF nº 130, p. 279), sendo que “o juiz determinará” (ibidem, p. 280) as questões em aberto sobre o direito de resposta e as “quatro instâncias recursais (...) certamente harmonizarão o tema, como fizeram com relação à ausência de tarifação no que tange à indenização por dano moral” (ibidem, p. 281-282).

de passagem, na Rcl nº 9.428, que ratificava as razões do Min. Britto na ADPF (v. tabela, Q 11);

(v) Resta o caso mais delicado¹⁸, o do Min. Direito, falecido no período de tempo entre o julgamento da ADPF nº 130 e o da Rcl nº 9.428. Diante de sua não manifestação neste segundo processo, cumpre registrar seu último pronunciamento sobre o assunto, o que se deu na própria ADPF nº 130. Com efeito, na última sessão de julgamento, após ter enunciado seu voto, ele pediu a palavra para esclarecer que, em sua opinião, todos os votos admitiam a possibilidade de intervenção do legislativo. O Min. Britto contestou essa interpretação, lembrando que *havia diferentes fundamentos* para a inconstitucionalidade da Lei nº 5.250. Em face desse argumento, o Min. Direito respondeu dizendo que, embora não fosse *necessário*, o fundamento que ele havia avançado era “possível”¹⁹. Constatou-se, aqui, que houve divergência quanto à questão de saber se uma nova “lei de imprensa” seria possível. Para o Min. Britto, a resposta é negativa, pois somente as matérias “laterais” poderiam ser disciplinadas, ao passo que, para o Min. Direito, não haveria um impedimento de princípio à intervenção legislativa do Estado.

A reunião dos votos de cada ministro nos dois processos permite constatar que – no que tange à vedação à intervenção do Estado no âmbito do conteúdo da liberdade de imprensa (o “quê” suscetível de ser publicado) – a *fundamentação* do voto do Min. Britto na ADPF nº 130 conquistou, no melhor dos casos, 5 votos, o dele inclusive. Se se considerar a divergência do Min. Celso de Mello com relação à incitação ao ódio (Q 9), somam-se apenas 4 votos. Não houve, portanto, adesão da maioria quanto ao trecho da ementa citado *supra*, o que impede que seja visto como a *ratio decidendi* do STF suscetível de incorporação à “decisão” para efeitos de reclamação.

Na realidade, o fundamento necessário ou determinante do dispositivo que julgou “a ação procedente” é o entendimento, subscrito por 7

¹⁸ Veja-se que, mesmo entre os ministros do STF, não existe acordo quanto à posição do Min. Direito. O Min. Peluso (p. 187, Rcl nº 9.428) e o Min. Britto (p. 212, Rcl nº 9.428) dão interpretações divergentes a trechos do voto que ele havia proferido. Observe-se, porém, que o Min. Direito menciona expressamente na p. 93 da ADPF nº 130 o “princípio da reserva qualificada”, o que enfraquece a interpretação dada pelo Min. Britto. Independentemente da questão de saber qual das duas seria a interpretação mais correta do voto que se encontra nas páginas 85-94 da ADPF nº 130, o Min. Direito voltou a tratar do assunto no final da sessão de julgamento (p. 271-272) e, nesse momento, sua posição ficou bastante clara (v. nota de rodapé seguinte).

¹⁹ Observe-se o seguinte diálogo: MD: “a Corte (...) em nenhum momento assinalou a vedação da atividade legislativa. A fundamentação que a Corte adotou foi exatamente num outro sentido” (p. 271). CB: “Há outras fundamentações, essa não é a necessária” (p. 272). MD: “Que é possível. (...) em todos os votos o que perpassou foi essa idéia de que não existe vedação legislativa, mesmo porque a Suprema Corte não pode, num julgamento como este, simplesmente estabelecer uma vedação da atividade legislativa do Estado” (p. 272).

dos 11 ministros, de que a Lei nº 5.250 não foi recepcionada pela Constituição de 1988. É esse fundamento que integra a “decisão” cujo descumprimento enseja reclamação perante o STF: toda decisão judicial que afirmar o contrário está sujeita a ser cassada pelo STF²⁰.

No que tange às razões que levaram cada um dos 7 ministros a entender que a Lei nº 5.250 não teria sido recepcionada, não existe qualquer uniformidade de entendimento, tal como se depreende da tabela em anexo. Os mais diferentes argumentos foram lançados por cada ministro, não sendo possível extrair nenhum que possa refletir a posição *do tribunal*.

De modo que parece correta a conclusão a que chega o Min. Peluso:

“não se extraem do acórdão da ADPF nº 130 motivos determinantes, cuja unidade, harmonia e força sejam capazes de transcender as fronteiras de meras opiniões pessoais isoladas, para, convertendo-se em *rationes decidendi* determinantes atribuíveis ao pensamento da Corte, obrigar, desde logo, de maneira perene e peremptória, toda e qualquer decisão judicial acerca dos casos recorrentes de conflito entre direitos da personalidade e liberdade de expressão ou de informação. (...) [O acórdão não chega] sequer a propor uma interpretação uníssona da cláusula do art. 220, § 1º, da Constituição da República, quanto à extensão da literal ressalva a legislação restritiva” (Rcl nº 9.428, p. 186-187).

Por via de consequência, continua sendo possível ao legislador adotar uma “lei de imprensa” (v. tabela, Q 3). A autoridade da “decisão” proferida pelo STF na ADPF nº 130 não limita a ação do legislador a disciplinar apenas as matérias “laterais”. É possível legislar sobre o conteúdo objeto de publicação, fixando-se até

²⁰ Esse tem sido o caso, como se observa a partir da análise das reclamações julgadas pelo STF até o presente. A respeito, cf. nosso estudo “Conteúdo e alcance da decisão do STF na ADPF nº 130”, no prelo.

mesmo temas proibidos, desde que autorizados pela Constituição (alguns exemplos desses temas encontram-se na tabela em anexo, Q 9).

Sendo assim, a decisão do STF na ADPF nº 130 não tem o condão de impedir a adoção de uma nova lei de imprensa, podendo o legislador, se assim desejar, dispor sobre o regime jurídico da imprensa em seu conjunto. Cumpre, então, analisar as perspectivas que se abrem na definição desse regime jurídico em uma futura lei de imprensa.

2. O conteúdo de uma nova lei de imprensa entre direito especial e direito comum

Na ementa do acórdão da ADPF nº 130, afirma-se a “ideia-força” de que “*quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja*”. Esta assertiva coloca o centro de gravidade da liberdade de imprensa no emissor de informações, o que leva os ministros a pensar a liberdade de imprensa *como liberdade de expressão*. O propósito dessa parte do presente estudo é demonstrar que o centro de gravidade esteve, em suas origens, e deve continuar, no presente, no outro extremo da cadeia da informação, ou seja, o dos destinatários da informação.

É por essa razão que o debate em torno de uma nova lei de imprensa oferece ao legislador a oportunidade de retomar o significado profundo da imprensa e, servindo-se dos instrumentos contemporâneos trazidos pela Constituição de 1988, criar um regime jurídico que venha, ao mesmo tempo, valorizá-la e chamá-la para suas responsabilidades.

2.1. A razão de ser da imprensa e sua ligação com os destinatários da informação

Desde suas origens, a reivindicação da liberdade de imprimir fez-se dentro da ideia de que

seu exercício, por ser uma forma de controle do poder, permitiria que os demais cidadãos, livres do arbítrio estatal, pudessem tornar-se senhores de seu destino.

A imprensa ganhou todo seu significado com o Iluminismo e a aspiração que ele trazia de emancipação dos homens pela descoberta da verdade. Kant, em um artigo intitulado “O que é o Iluminismo?”, afirmou: “Tem a coragem de servir-te de teu próprio entendimento. Esta é a divisa do Iluminismo” (1784 apud GOYARD-FABRE, 1995, p. 17). Diante da ignorância e da servidão do povo, heranças da Idade Média, o caminho, para os Iluministas, era um só: “o combate contra a ignorância é indispensável à emancipação do homem. (...) O Iluminismo define-se como uma vitória do entendimento sobre as trevas” (GOYARD-FABRE, 1995, p. 17). Antes de Kant, Locke (1690 apud GOYARD-FABRE, 1995, p. 26) havia dito, anunciando o Iluminismo, que “pensar é pensar contra... Ainda que o espírito se torne na sequência menos reativo, os começos são críticos”. Como seria possível “pensar” diante da ignorância acerca do que ocorria na esfera estatal? Como poderia a imprensa ser um *contra poder* se as pessoas desconheciam a verdade?

A reivindicação da liberdade de imprensa adquiriu todo seu sentido dentro deste contexto:

“A liberdade de imprensa é necessária para esclarecer o povo, ou seja, para trazer, aos cidadãos e à opinião pública, as luzes da verdade no que tange aos homens que governam, sua maneira de fazê-lo, os problemas que se colocam, a natureza das instituições, o conteúdo das leis. A liberdade da imprensa significa o recuo, para sempre, dos reis taumaturgos e dos mistérios mais ou menos teológicos do Poder. De maneira bastante concreta, ela é uma vitória da razão que o direito positivo deve consagrar” (GOYARD-FABRE, 1995, p. 33).

Em consonância com esse movimento, um dos primeiros jornais publicados na França

revolucionária, sob iniciativa de Condorcet e de Sieyès, tinha título bastante revelador: *Journal d’instruction sociale*.

Esses dados permitem ver que o propósito da imprensa não era o controle do poder político como um fim em si mesmo, tampouco o de servir à revelação do pensamento e à exteriorização da personalidade do jornalista. O objetivo mais profundo e consistente era o de instruir o povo, dar-lhe condições para servir-se de seu próprio entendimento e, assim, fazer suas escolhas. Oferecer-lhe os instrumentos necessários para que pudesse tomar a *sua* decisão, para que opinasse livremente sobre o que seria o “bom” ou “mau” destino a ser dado à comunidade, sem relegá-lo a uma autoridade exterior. Em uma palavra: ser livre.

2.2. A concretização desse ideal e sua relativização nos dias atuais

Em conformidade com essa missão especial, a imprensa, no tempo das revoluções e até a metade do século XIX, consagrou-se essencialmente à análise e à crítica das decisões políticas, instruindo a sociedade sobre como governavam os governantes. Couprie (1983, p. 16) observa que, até 1836, o objeto de atenção exclusiva da imprensa francesa eram os eventos de natureza política. Foi somente naquele ano que as questões não estatais começaram a ser objeto de atenção dos jornais. O primeiro deles a operar essa mudança foi o *La Presse*, que passou a trazer matérias ligadas a “agricultura, higiene, publicação e explicação das leis, questões escolares, etc.” (COUPRIE, 1983, p. 17). Os demais jornais seguiram esse exemplo e, com o passar do tempo, surgiram as seções específicas que hoje constituem parte inseparável do jornalismo (economia, cotidiano etc.).

No entanto, ao lado dessas áreas já tradicionais, assiste-se, mais recentemente, ao

aparecimento de matérias de outra natureza. Já no século XX e mais intensamente no século XXI, tornou-se habitual encontrar na imprensa cadernos inteiros dedicados a assuntos que guardam uma relação cada vez mais longínqua com a missão tradicional da imprensa (“veículos”, “imóveis”, “empregos”, “casa” etc.).

Há duas interpretações possíveis para o fenômeno: a primeira delas consiste em afirmar que a imprensa pode dizer “o que quer que seja” (como consta na ementa da ADPF nº 130) e que, ao abrir espaço para tais temas, ela está tratando de assuntos acerca dos quais todos querem saber. Ou seja, que a imprensa estaria mais “democrática”.

A segunda interpretação consiste em ver nessa diversificação a ruína da própria imprensa e esvaziamento do conteúdo da palavra “democracia”. Como observa o olhar atento de Haarscher (1995, p. 111), o verbo “querer” na frase “todos querem saber” não constitui o fundamento de qualquer decisão coletiva: “quanto mais são oferecidas aos indivíduos pseudo-satisfações imediatas (...) menos eles estarão em condições de fazer o esforço (a mediação) necessário à acessão a satisfações mais substanciais”, notadamente, pensar por si próprios a concepção do bem e do mal (justamente o que a conquista da liberdade de imprensa lhes havia outorgado). Além disso, “estando a acessão à informação crítica fora de alcance, eles terão, ao mesmo tempo, cavado a cova da vida democrática” (HAARSCHER, 1995, p. 111). Isso ocorreria, de um lado, porque a informação entraria em crise quanto ao seu *conteúdo*, na medida em que a dependência dos jornais com relação ao poder econômico coloca em risco a confiabilidade das informações (quão imparcial é a reportagem sobre um lançamento da indústria automobilística num caderno intitulado “veículos”?). De outro lado, e mais fundamentalmente, a informação enfrentaria uma

crise quanto à sua *função*: ela passaria a ser um produto midiático, “um elemento do sistema de diversão” (HAARSCHER, 1995, p. 111). A palavra “diversão”, nesse caso, deve ser vista “não tanto em seu sentido ordinário de distração com relação às preocupações da vida quotidiana, mas em seu significado propriamente ‘pascaliano’: (...) [a informação] ‘alienar-se-ia’ trabalhando em proveito do sistema do esquecimento de si mesmo” (HAARSCHER, 1995, p. 112).

A existência de cadernos e reportagens desse gênero é revelador do processo de *vulgarização* da imprensa no mundo contemporâneo, ou seja, de seu distanciamento com relação à missão *específica* que acompanhou o seu nascimento.

2.3. A liberdade de imprensa como liberdade de expressão na jurisprudência do STF

Diante deste contexto, é compreensível, mas preocupante, que a política jurisprudencial do STF retire toda especificidade à liberdade de imprensa, diluindo-a no direito comum²¹.

Não por acaso o STF, ao mesmo tempo em que afirmou a não recepção da lei de imprensa, acrescentou que o regime de responsabilidade da imprensa passaria a ser governado pelo direito comum. Alguns ministros chegaram a dizer que uma nova lei não poderia tornar

²¹ É interessante observar o quanto o caso brasileiro, por força notadamente da ADPF nº 130 e do RE nº 511.961, se aproxima mais e mais do caso espanhol. Naquele país, a saída da ditadura foi marcada pela adoção de uma nova Constituição que trouxe diversas garantias na área da liberdade de expressão. Boa parte da lei de imprensa em vigência durante a ditadura caiu em desuso e outra parte foi revogada. Não se exige mais diploma para a prática do jornalismo, nem sequer para a direção das empresas de comunicação. Ademais, as exigências específicas quanto ao capital social das empresas de comunicação também foram abandonadas. Em função da ampla ausência de regulamentação, o Tribunal Constitucional tem decidido os casos que lhe são submetidos mediante aplicação direta das normas constitucionais. Sobre essas mudanças conferir Sinova (2003, p. 450).

a responsabilidade da imprensa mais gravosa do que a das pessoas comuns (v. tabela, Q 7). Retira-se, assim, dos jornalistas toda e qualquer responsabilidade específica, como se fossem pessoas ordinárias emitindo informações sobre assuntos das mais variadas naturezas²².

Se as responsabilidades são as do direito comum, é porque a liberdade também o é. Na ADPF nº 130, o STF faz a liberdade de imprensa confundir-se cada vez mais com a liberdade de expressão. É notável o quanto, em seus votos, os ministros – sejam os da maioria, sejam os da minoria – *pensam* a liberdade de imprensa *como liberdade de expressão* (v. tabela, Q 6). O único a visualizar abertamente uma diferença entre estas liberdades é o relator da ADPF nº 130, mas ele o faz para justificar uma liberdade *ainda maior para a imprensa*²³.

Ademais, o fato de os ministros do STF lerem a liberdade de imprensa sob o prisma da liberdade de expressão demonstra o quanto seu pensamento está fixado *no emissor de informações*, não em seus destinatários. Não é por acaso

²² A falta de especificidade da imprensa pode ser vista, também, no caso em que se decidiu que o diploma universitário não seria requisito para o exercício da profissão de jornalista. Confira-se o fundamento utilizado pelo STF para justificar tal decisão: “O jornalismo e a liberdade de expressão (...) são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada. (...) A exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo – o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação – não está autorizada pela ordem constitucional” (RE nº 511.961, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/6/2009, DJe nº 213, de 13/11/2009, ementa).

²³ Voto do Min. Carlos Britto na ADPF nº 130, p. 40: “... visualizada como verdadeira *irmã siamesa* da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados”. A leitura que o Min. Britto propõe da interpretação brasileira assemelha-se à interpretação realizada por Stewart (1975) da primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, que contém, no final, as palavras “ou da imprensa”. Para Stewart, a menção específica à imprensa significaria que esta gozaria de uma liberdade ainda maior. Essa tese foi especialmente contestada por Lewis (1979), para quem a imprensa não deveria ter nenhum privilégio além daqueles já assegurados à liberdade de expressão.

que estes últimos são raramente mencionados na decisão da ADPF nº 130 e não se lhes atribui qualquer papel específico. Alguns ministros chegam a associar a proteção da liberdade de imprensa com a da *personalidade do emissor de informações*²⁴, ideia que bem revela o quão unidimensional é a perspectiva em que a liberdade de imprensa é pensada nesse acórdão.

2.4. A especificidade da liberdade de imprensa

2.4.1. A especificidade da liberdade de imprensa frente à liberdade de expressão

No entanto, a liberdade de imprensa não pode ser assimilada à liberdade de expressão, nem tampouco ser considerada mais ampla do que esta última. Não pode ser a simples liberdade de *ex*-pressar, em que o prefixo “*ex*” denota o “movimento para fora” (HOUAISS, 2009, p. 763). Não se coaduna com a mera exteriorização de uma informação ou uma ideia interior. Aceitá-lo seria fazer *tabula rasa* da razão de ser da imprensa, pois

“a imprensa difere, em seu estatuto jurídico-filosófico, da palavra (*‘speech’*), em especial, quanto ao fato de que ela tem uma responsabilidade importante relativa ao debate democrático, o qual, por sua vez, é condição de um ‘bom’ regime de limitação/regulação das liberdades fundamentais. Em outras palavras, a liberdade de imprensa é, por assim dizer, mais estreita que a liberdade de expressão: esta última decorre (...) da autonomia, ou seja, da recusa radical da imposição

²⁴ Para o relator da ADPF nº 130, as liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional seriam “liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana” (ADPF nº 130, p. 1). Ideia semelhante é afirmada pela Min. Cármen Lúcia (p. 97).

de um Bem pela coerção legal; é pela livre posição de seus objetivos que o homem deve dar um sentido à sua vida; ninguém (...) tem o direito de lhe impor um sentido vindo do exterior. (...) [ao passo que] a imprensa deve comportar-se de acordo com sua responsabilidade de fornecedora de informações confiáveis” (HAARSCHER, 1995, p. 108).

Não há sentido em assegurar a liberdade *de imprensa* para em seguida assimilá-la à liberdade de expressão, ou seja, transformar em *comum* aquilo que se quis *especial*. Proclamar aquela é reconhecer uma responsabilidade perante os cidadãos: a imprensa “deve fornecer ‘dados’ supostamente neutros a um público de cidadãos chamados, com base nestes ‘fatos’, a realizar julgamentos de valor e a decidir, assim, o destino de sua comunidade democrática” (HAARSCHER, 1995, p. 109). Por isso,

“para manter-se fiel à exigência original do Iluminismo e para poder ainda reivindicar um estatuto particular, [a liberdade de imprensa] deve imperativamente encontrar legitimidade em uma perspectiva que vai além da liberdade ‘negativa’: a liberdade de imprensa não pode mais ser pensada como uma liberdade individual, mas como uma função pública” (LIBOIS, 1994, p. 36).

Essa concepção da liberdade de imprensa, enraizada no Iluminismo, conhece uma renovação na Constituição brasileira de 1988, além de encontrar respaldo em textos normativos recentes, como a lei argentina nº 26.522, de 10 de outubro de 2009²⁵.

²⁵O legislador argentino refere-se aos meios de comunicação “como formadores de sujeitos, de atores sociais e de diferentes modos de compreensão da vida e do mundo, com pluralidade de pontos de vista e debate pleno das ideias”, estabelecendo-lhes, entre outros, o objetivo de construir “uma sociedade da informação e do conhecimento, que priorize a alfabetização midiática e a eliminação das brechas no acesso ao conhecimento e às novas tecnologias” (art. 3º, *i e e*, respectivamente).

2.4.2. A especificidade da liberdade de imprensa na Constituição brasileira de 1988

A Constituição de 1988 não trata da liberdade de imprensa como simples liberdade de expressão. Ao contrário, a imprensa é disciplinada *como um capítulo* da “ordem social” (Cap. V do Título VIII). Essa particularidade é de todo relevante. Observe-se que todo o Título VIII da Constituição é pilotado por um *artigo introdutório* que lhe dá coerência e unidade: “A ordem social tem (...) como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193).

Esse dispositivo – por sinal, *não mencionado no julgamento* da ADPF nº 130 – permite entender que a regulamentação sobre a “comunicação social” não tem por fim a tutela da liberdade do jornalista *em si*, mas “o bem-estar e a justiça sociais”. A alusão feita ao “bem-estar” não deve ser compreendida no sentido de dar ao povo pseudo-satisfações materiais, mas, sim, interpretada em harmonia com um dos objetivos da República Federativa do Brasil: “promover o bem de todos” (art. 3º, IV). Quanto à segunda finalidade enunciada no art. 193, cumpre associá-la ao objetivo previsto no art. 3º, inc. I, da CF: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Não é possível atingir a justiça social sem o estabelecimento da verdade e esta é requisito necessário para a emancipação dos cidadãos. Sem a verdade, não há liberdade, nem justiça, nem solidariedade. De modo que, para que seja *construída* uma sociedade *livre*, é preciso que os cidadãos estejam *informados* no momento de tomar as decisões sobre seu destino comum.

A liberdade de imprensa revela-se, assim, intrinsecamente ligada a uma responsabilidade que a limita²⁶, tornando-a mais estreita do que

²⁶Nessa linha de raciocínio, é interessante observar que o projeto de lei de imprensa nº 3.232/92 (registro na Câmara

a liberdade de expressão (LIBOIS, 1994, p. 56). Essa responsabilidade não lhe é imposta do exterior. Encontra-se em sua essência, naquilo que justifica sua existência.

A compreensão dessa *especificidade* da liberdade de imprensa fornece a chave de sua regulamentação. De um lado, sendo a liberdade de imprensa uma liberdade *específica*, não pode ser submetida a um regime *de direito comum*. Não basta proclamar a liberdade de expressão para assegurar a liberdade de imprensa. Esta requer uma lei própria, que fixe regras elaboradas em consonância com sua razão de ser.

De outro lado, estando o comprometimento com a verdade em sua essência, compreende-se que *legislar sobre a imprensa* não é nutrir o eterno debate entre posturas absolutistas: defensores da liberdade de expressão *vs.* partidários do controle estatal. Este debate peca por limitar-se a uma perspectiva bilateral (“emissor de informações *vs.* Estado”). Padece do mesmo mal a regulamentação que institui, como único ou principal contrapeso à liberdade de imprensa, o direito de resposta *da pessoa diretamente prejudicada* por informação inverídica. Uma lei com tal conteúdo aborda a imprensa como se, do outro lado da informação, estivesse apenas a pessoa objeto da informação, ou seja, como se a veracidade desta fosse questão que interessasse apenas à pessoa claramente visada pela publicação.

Retomar as origens e o sentido da liberdade de imprensa e salientar a postura teleológica da Constituição de 1988 levam o estudioso a perceber que a imprensa somente será valorizada *como tal* na medida em que contribuir à emancipação dos destinatários da informação²⁷. A especificidade profunda da imprensa não se resume à disciplina de suas relações bilaterais com o Estado e/ou com a pessoa ofendida. É fundamental que os destinatários da informação sejam trazidos para o cerne da regulamentação²⁸.

E, nesse diapasão, não se pode mais ver a liberdade de imprensa como se o desenvolvimento da personalidade do emissor de informações

dos Deputados), em seu artigo 3º (texto substitutivo), prevê uma série de deveres para a imprensa, dentre os quais cumpre salientar: “I – verificar a veracidade da informação a ser prestada; II – retificar as informações quando prestadas com inexatidão; (...) VII – defender o interesse público e a ordem democrática”.

²⁷ A mesma postura teleológica é consagrada pela lei argentina nº 26.522 já citada, segundo a qual “[a] atividade realizada pelos serviços de comunicação audiovisual é uma atividade de interesse público, de caráter fundamental para o desenvolvimento sócio-cultural da população (...)” (art. 2º, *caput*; tradução livre).

²⁸ Neste sentido, a lei argentina nº 26.522 prevê que “o objeto primordial da atividade realizada pelos serviços regulados na presente [lei] é a promoção da diversidade e a universalidade no acesso e na participação, o que implica igualdade de oportunidades de todos os habitantes da Nação para ter acesso aos benefícios de sua prestação” (art. 2º, terceiro parágrafo, tradução livre).

estivesse no centro. São os destinatários da informação que devem estar no centro²⁹, não nas longínquas questões “laterais”.

É dentro dessa perspectiva que se abre o debate para a elaboração de uma nova lei de imprensa.

2.5. Algumas balizas para uma nova lei de imprensa

Três balizas importantes devem ser estabelecidas para a elaboração de uma futura lei de imprensa. A primeira diz respeito à lei em si. A segunda, ao objeto da liberdade de imprensa. E a terceira, ao papel dos sujeitos da liberdade de imprensa.

2.5.1. Disciplina normativa por via legislativa

No julgamento da ADPF nº 130, alguns ministros enunciaram a ideia de que a autorregulação seria a solução que melhor preservaria a liberdade da imprensa, fazendo alusão, como se viu na introdução, à Inglaterra como paradigma desta liberdade. É importante observar o quanto este modo de pensar está ligado à assimilação entre as liberdades de imprensa e de expressão. A partir do momento em que se considera que o cerne da imprensa está no emissor de informações e que este, estando no gozo de suas faculdades mentais, é o único capaz de decidir aquilo que irá *ex-pressar*, surge logicamente a aversão a toda interferência externa. Dentro dessa linha de pensamento, *toda* interferência é *necessariamente* indevida e a única regulação compatível com a autonomia do emissor de informações seria a autorregulação, ou seja, o comedimento no exercício da liberdade.

²⁹Observe-se que esta ideia é compartilhada por alguns dos principais periódicos do País, que a utilizam para conquistar a confiança do público. Basta mencionar o caso da *Folha de S.Paulo*, que expõe em sua capa o subtítulo “Um jornal a serviço do Brasil!” (SÁ, 2012).

No entanto, se se pensar a imprensa sob o prisma dos destinatários da informação, a existência de uma regulamentação externa deixa de representar uma ingerência *necessariamente* indevida. A lei cumpre, nesse caso, a difícil tarefa de fixar um padrão de comportamento que assegure que a liberdade conferida à imprensa cumprirá o papel de emancipar os cidadãos.

É justamente porque a comunicação social tem “como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193 da CF) que sua regulamentação não pode ficar nas mãos exclusivas dos emissores de informação.

Esse argumento, fundamentado no texto da Constituição brasileira, já parece suficientemente forte para justificar o papel do legislador na regulamentação da imprensa. A este argumento, particular ao direito positivo brasileiro, é possível acrescentar um outro, de caráter teórico, que é o relativo à imagem atualmente em voga sobre a autorregulação. Como visto na introdução deste estudo, há quem defenda a ideia de que a intensidade da liberdade de imprensa seria inversamente proporcional ao grau de intervenção do legislador. No entanto, observando-se de perto o caso do Reino Unido, colhem-se dados que demonstram a fragilidade dessa ideia:

1 – O Reino Unido foi apontado como um dos dois Estados que mais respondem por processos perante o Tribunal Europeu de Direitos do Homem por violação da liberdade de expressão (OETHEIMER, 2001, p. 3). O outro é a Áustria, que se encontra em situação significativamente diferente à do Reino Unido, tendo em vista que seu arsenal legislativo sobre a imprensa não abre espaço para a autorregulação. Tal dado revela que a opção entre autorregulação e regulação pelo legislador não é determinante, por si só, para assegurar maior liberdade de imprensa;

2 – O fato de haver autorregulação no Reino Unido não significa que o parlamento britânico se abstenha totalmente de legislar sobre a im-

prensa. Ao contrário, um livro publicado recentemente enumera cerca de vinte leis que regulamentam os mais diversos aspectos da imprensa (WELSH; GREENWOOD; BANKS, 2007, p. 540 et seq.). Os assuntos tratados pelo legislador incluem sanções penais impostas a determinados atos praticados pela imprensa (como a difamação e a apologia da violência racial e religiosa) e restrições à publicação de matérias relativas aos “segredos de Estado”;

3 – A autorregulação tampouco significa que as pessoas ofendidas por determinada publicação somente possam recorrer ao sistema de autorregulação. O acesso à justiça não é afetado e continua sendo possível que o judiciário intervenha para proteger as pessoas prejudicadas por notícias inverídicas, valendo-se, para tanto, dos instrumentos fornecidos pelo legislador (em especial, *Defamation Acts* de 1952 e 1996) e pela *common law* (em especial, as “*causes of action*”: *breach of confidence* e *misuse of private information*) (LEVESON, 2012, p. 1895-1897, p. 1866-1870).

Em definitivo, a autorregulação da imprensa na Inglaterra não significa abstenção total do Estado-legislador nem do Estado-juiz. Significa apenas que se admite a existência de um organismo – composto por pessoas ligadas à imprensa e que conta com financiamento por parte da mesma imprensa – encarregado de avaliar o comportamento da imprensa tendo como parâmetro um código de conduta elaborado pela própria imprensa.

2.5.2. O objeto da liberdade de imprensa

Desde as primeiras proclamações da liberdade de imprensa, a luta histórica consistiu em fazer o Estado não impedir a circulação de informações. Durante o período ditatorial, esse confronto tornou-se ainda mais evidente.

No entanto, superada a ditadura, um novo capítulo abre-se para a liberdade de imprensa, marcado pela preocupação com o conteúdo da informação que circula. Essa preocupação já estava contida na garantia do direito de resposta em caso de informação inverídica, mas ela adquire um sentido renovado na atualidade. O foco de todas as atenções deixa de estar concentrado no ponto de partida e em sua relação com a pessoa visada pela informação. Ele passa a encontrar-se, também, na linha de chegada, ou seja, no destinatário da informação. E, nesse diapasão, cumpre perguntar: tudo o que circula contribui para a emancipação dos cidadãos e para a sua participação no livre jogo democrático?

A tradução jurídica desse debate sobre a “ética da informação” (LIBOIS, 1994) é o reconhecimento do direito à informação, o qual é entendido como direito a uma informação *qualificada*. Tal direito não se satisfaz com *qualquer informação* (como dá a entender a “ideia-força”

formulada pelo relator da ADPF nº 130), mas somente com a informação de qualidade, verídica e relativa a questões de interesse público – suscetível, assim, de capacitar o cidadão a participar do debate político.

A questão relativa ao conceito de “informação de interesse público” é delicada, mas é preciso enfrentá-la, ainda que estas poucas linhas não tenham a pretensão de trazer uma resposta completa ao problema. Interessar-se por esse conceito significa interessar-se pela imprensa como objeto de estudo. Quanto mais vaga for a concepção de “informação de interesse público”, menor a especificidade da imprensa. Quanto mais densa e limitada essa concepção, mais específica será a imprensa.

O Direito brasileiro não parece, até o momento, ter alcançado uma definição do que seria “informação de interesse público”³⁰. Analisando-se a jurisprudência de outros tribunais, constata-se que alguns têm concepções bastante amplas, outros, mais específicas.

Observe-se a diferença de jurisprudência entre o Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)³¹. Os parâmetros de controle

desses dois tribunais são bastante similares com relação à liberdade de imprensa: nada preveem de específico sobre ela, limitando-se a consagrar a liberdade de expressão. Poder-se-ia imaginar que adotariam entendimento semelhante sobre tal liberdade. No entanto, o TEDH tem uma concepção mais estreita do que seria uma “informação de interesse público” e, em consequência, daquilo que poderia ser divulgado.

A jurisprudência da CIDH revela que o raciocínio e o grau de controle por ela exercidos não variam em função das diferentes questões de fato envolvidas. Com efeito, ela segue um raciocínio estritamente *idêntico* ao analisar situações bastante diferentes, como é o caso da condenação de pessoas por difamação de um candidato às eleições³², de um diplomata³³, ou ainda da condenação pela publicação de um livro sem a autorização prévia dos responsáveis das forças armadas³⁴. O raciocínio da CIDH pode ser sintetizado da seguinte forma: as pessoas que “exercem influência em questões de interesse público”, pouco importando seu *status*, “expuseram-se voluntariamente a um escrutínio público mais exigente e, consequentemente, se vêm expostos a um risco maior de sofrer críticas, já que suas atividades saem do domínio da esfera privada para inserir-se na esfera do debate público”³⁵. Esse “risco maior” vale

³⁰ A lei de acesso à informação (nº 12.527 de 18/11/2011) menciona, entre diversas categorias de informação (sigilosa, pessoal etc.), as “de interesse público” (art. 3º e 10) sem, entretanto, trazer uma definição. O projeto de lei de imprensa nº 3.232/92 (já referido), na versão aprovada pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática em 6 de dezembro de 1995, definiu, em seu artigo 5º, que as “informações de interesse público” seriam as “I – concernentes a crimes, contravenções penais e outras condutas anti-sociais; II – destinadas à proteção da saúde pública e à segurança dos cidadãos; III – destinadas à prevenção dos cidadãos relativamente a fraudes; IV – obtidas em espaço público, nelas compreendidas a divulgação de imagem e som; V – fornecidas pelo poder público; VI – obtidas em procedimentos administrativos ou judiciais não submetidos a reserva legal; VII – obtidas em casas legislativas”. O projeto substitutivo da Comissão de Constituição e Justiça, aprovado em 14 de agosto de 1997, não retoma o mesmo artigo.

³¹ Escrevemos, aqui, os nomes desses tribunais conforme constam nas versões oficiais em língua portuguesa dos tratados que os constituíram.

³² CIDH, processo nº C-111, *Ricardo Canese c. Paraguai*, j. 31/8/2004. Trata-se de um candidato às eleições presidenciais de 1993 no Paraguai. O requerente, também candidato naquelas eleições, havia acusado seu oponente de ter recebido “benefícios” de uma das empresas selecionadas para a construção da usina de Itaipu.

³³ CIDH, processo nº C-107, *Herrera Ulloa c. Costa Rica*, j. 2/7/2004. Trata-se de um diplomata, representante da Costa Rica perante a Agência Internacional de Energia Atômica, que a imprensa belga suspeitava ter praticado “atos ilícitos”. Os tribunais da Costa Rica haviam condenado um jornalista local por ter divulgado a reportagem belga.

³⁴ CIDH, processo nº C-135, *Palamara Iribarne c. Chile*, j. 22/11/2005. Trata-se da publicação de um livro sobre a ética nos serviços secretos no Chile, escrito por um membro ativo das forças armadas.

³⁵ CIDH, processo nº C-107, § 129.

não apenas para os membros do governo ou os homens políticos em geral, mas compreende também – e sem qualquer diferença de grau – as críticas endereçadas aos funcionários públicos e até mesmo aos “particulares que exercem atividades submetidas ao controle público”³⁶. A razão de ser dessa uniformidade de tratamento encontra-se no fato de que o grau de controle do juiz “não se baseia na *qualidade dos agentes*, mas no caráter de interesse público que qualifica *as atividades e as ações* de uma certa pessoa”³⁷.

A esse critério, repetido em todos os três casos mencionados, a CIDH acrescenta um segundo critério, mas o faz em apenas um desses casos: “Além disso, os fatos do caso e as declarações [do requerente] (...) chamaram a atenção da imprensa e, por via de consequência, do público”³⁸.

A jurisprudência do TEDH distancia-se nitidamente dessa leitura, pois entende que os limites da crítica admissível *variam em função da qualidade da pessoa visada* por determinada informação. Tratando-se de membros do governo, os limites são mais amplos, vindo, em sequência, os políticos não integrantes do governo, os funcionários públicos e, em último lugar, os particulares. É dizer que determinada informação poderia ser vista como sendo “de interesse público” e suscetível de divulgação se dissesse respeito a um membro do governo, mas que poderia não o ser se dissesse respeito a funcionários públicos. Estes últimos, como tem dito o TEDH, não se encontram “em pé de igualdade com [os políticos] quando seu comportamento é criticado”³⁹. Por isso, “devem, no desempenho de suas funções, beneficiar-se da confiança do público sem ser indevidamente perturbados”⁴⁰. Com base nesse raciocínio, o TEDH entendeu não haver ofensa à liberdade de expressão no caso de condenação *de um jornalista* por ter criticado dois guardas municipais em razão de um confronto com mercadores de frutas, pois não havia interesse público na crítica formulada.

Ademais, o segundo argumento lançado pela CIDH, segundo o qual o fato de ter havido repercussão na imprensa traduziria a existência de um debate “público”, não é aceito pelo TEDH. Em um caso julgado em 2002⁴¹, esse tribunal teve que decidir se havia violação da liberdade de expressão na exoneração de um funcionário público do Banco da Espanha tendo acusado seus dirigentes de “conduta irregular grave”. Para os juízes que votaram vencidos, havia “um debate público, com diversos artigos de imprensa, relativos a questões de interesse público” ligadas à

³⁶ CIDH, processo nº C-111, § 103.

³⁷ CIDH, processo nº C-107, § 129.

³⁸ CIDH, processo nº C-135, § 82.

³⁹ TEDH, processo nº 35.640/97, *Lesnik c. Eslováquia*, j. 11/3/2003, § 53.

⁴⁰ TEDH, processo nº 25.716/94, *Janowski c. Polónia*, j. 21/1/1999, § 33.

⁴¹ TEDH, processo nº 46.833/99, *De Diego Nafria c. Espanha*, j. 14/3/2002.

gestão desta instituição financeira. Para a maioria, porém, não tendo o requerente conseguido provar “uma ligação entre os supostos escândalos e o litígio que o opõe ao Banco de Espanha” (§ 38), não havia debate público. Portanto, nem todas as acusações de “conduta irregular grave” dirigidas contra os dirigentes de um órgão “gestor de um serviço público” envolvem, necessariamente, uma questão de interesse público.

O que permite entender este maior rigor por parte do TEDH é, sem dúvida, a *especificidade* com que a imprensa é concebida em sua jurisprudência⁴². Embora o art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem silencie acerca da liberdade de imprensa, o tribunal tem afirmado que esta liberdade implica a função de “comunicar informações e ideias sobre questões de interesse público”⁴³, que a garantia do art. 10 está “subordinada à condição de que os interessados ajam de boa fé com base em fatos exatos e forneçam informações ‘confiáveis e precisas’ no respeito da deontologia jornalística”⁴⁴, que a liberdade de imprensa tem uma função emancipatória do cidadão comum, permitindo “a cada um participar do livre jogo do debate político”⁴⁵ e que, nesse sentido, ela exerce um “papel essencial (...) ao bom funcionamento de uma democracia política”⁴⁶. Além disso, é justamente porque a liberdade de imprensa está intimamente ligada ao gozo pelos cidadãos de suas respectivas liberdades, que os jornalistas devem evitar “declarações que correm o risco, propositadamente ou não, de diminuir as chances de alguém de ter acesso a um processo equitativo”⁴⁷.

Esses exemplos já bastam para demonstrar o quanto o conceito de “informação de interesse público” pode variar e, com ele, o papel da imprensa em uma democracia. Não cabe tutelar toda e qualquer informação em nome da liberdade *de imprensa*. Ao contrário, há que se reconhecer a possibilidade de um jornalista ser responsabilizado pelo fato de ter divulgado uma informação não revestida de interesse público.

2.5.3. Os sujeitos da liberdade de imprensa

Dois são os sujeitos da liberdade de imprensa aos quais se deseja chamar a atenção.

⁴² O TEDH “construiu um método de análise e (...) individualizou o jornalista como sujeito de direito específico através da consagração de princípios jurisprudenciais específicos que não haviam sido, até então, jamais reconhecidos” (BEIGNIER et al., 2009, p. 138).

⁴³ TEDH, processo nº 15.890/89, *Jersild c. Dinamarca*, j. 23/9/1994, § 31.

⁴⁴ TEDH, processo nº 69.698/01, *Stoll c. Suíça*, j. 10/12/2007, § 103.

⁴⁵ TEDH, processo nº 11.798/85, *Castells c. Espanha*, j. 23/4/1992, § 43.

⁴⁶ TEDH, processo nº 26.682/95, *Sürek c. Turquia* (nº 1), j. 8/7/1999, § 59.

⁴⁷ TEDH, processo nº 22.714/93, *Worm c. Áustria*, j. 29/8/1997, § 50.

– *Os emissores da informação*

Uma vez afirmada a especificidade da imprensa, observa-se que o cumprimento de sua missão requer uma preparação especial dos emissores de informação. Essa missão não pode ficar nas mãos de “quem quer que seja”, como indica a “ideia-força” exposta na ADPF nº 130. Explica-se:

“a informação, a partir da qual se forma o julgamento político, é afetada pelo seguinte paradoxo: ela supõe uma mediação (...) nós somente somos informados da existência e da natureza de um acontecimento ocorrido em algum lugar do mundo através do olhar daquele ou daqueles que ‘lá estavam’, olhar este cujas percepções são, na sequência, ‘escritas’, reelaboradas e interpretadas para dar lugar ao produto final, a partir do qual eu julgo e me determino” (HAARSCHER, 1995, p. 109)⁴⁸.

Assim, para apropriar-se de um acontecimento, é preciso que o observador “disponha de uma trama simbólica, de uma cultura e de uma memória (...) [que lhe] permitam *compreendê-lo*” (HAARSCHER, 1995, p. 109).

Por tais razões, é indispensável haver uma formação *específica* para aqueles que farão viver a imprensa⁴⁹. Não apenas para que se apropriem da responsabilidade que terão de fornecer infor-

⁴⁸No mesmo diapasão, Faraco (2009, p. 22) afirma que a filtragem de informações é “um processo fundamental para a construção de sentido e para a organização de nossa experiência pessoal”, o que contribui para criar um “espaço público de diálogo e interação numa democracia complexa”.

⁴⁹Essa é a exigência que permeia a Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2009 (aprovada pelo Senado em 7/8/2012 e aguardando apreciação pela Câmara dos Deputados). Ela torna obrigatório o diploma de curso superior de Comunicação Social, habilitação jornalismo, para o exercício da profissão de jornalista, depois da decisão do STF que declarou a exigência do diploma inconstitucional (RE nº 511.961, op. cit.). Em um ano (de 1º julho de 2010 a 29 de junho de 2011), foram concedidos 11.877 registros de jornalista, sendo 7.113 entregues mediante a apresentação do diploma e 4.764 com base na decisão do STF (TORRES, 2012).

mações confiáveis suscetíveis de nutrir o debate democrático e de emancipar os cidadãos em suas decisões, mas também para que adquiram a trama simbólica, a cultura e a memória a que alude Haarscher. Dissociar o jornalista dessas dimensões significaria vê-lo como um simples emissor de informações sem responsabilidades quanto à compreensão que os destinatários da informação terão dos acontecimentos por ele divulgados.

Com efeito, a responsabilidade do jornalista pode e deve ser mais gravosa do que aquela de um emissor qualquer de informações. Alguns ministros defenderam, na APDF, a ideia contrária (inconstitucionalidade de um regime mais gravoso), mas esse entendimento não conquistou a adesão da maioria (v. tabela, Q 7). O jornalista tem, sim, uma responsabilidade pela maneira como ele narra, reelabora e interpreta os acontecimentos que decide divulgar. Ademais, o regime mais gravoso adquire importância por ser o contrapeso da *maior credibilidade* de que goza a imprensa. É porque uma informação parece mais crível quando difundida pela imprensa⁵⁰ que a responsabilidade por informações inverídicas deve ser maior.

– *Os destinatários da informação*

O reconhecimento de que a imprensa não existe para emitir *qualquer informação*, mas informações *com a finalidade emancipatória dos cidadãos* faz com que a estes deva ser reconhecido um papel de primeiro plano na concretização da liberdade de imprensa. Eles assumem especial relevo, do ponto de vista jurídico, na qualidade de titulares de um direito específico que é o direito a uma informação de qualidade, verdadeira e de interesse público.

Trata-se de direito que apresenta uma dupla dimensão: direito individual, de um lado, e in-

⁵⁰Sobre a credibilidade de informações divulgadas pela imprensa, ver Faraco (2009, p. 21).

teresse difuso, de outro. E, tanto em um caso como no outro, um direito oponível não apenas ao Estado, mas à própria imprensa. Da mesma maneira que o interesse difuso a um meio ambiente equilibrado é protegido contra empresas poluentes, que o interesse difuso à qualidade dos produtos colocados no mercado é tutelado contra grupos econômicos, ou, ainda, que o interesse difuso dos consumidores à informação sobre bens e serviços objeto de consumo é resguardado contra o abuso ou a malícia de agentes privados, cumpre afirmar a oponibilidade à imprensa do interesse difuso à qualidade da informação.

O fato de o ordenamento jurídico proteger o direito à informação enquanto interesse difuso já foi confirmado pelo STF, em julgamento que também reconheceu a legitimidade do Ministério Público para ingressar em juízo em defesa dos “direitos fundamentais de toda a sociedade (interesses difusos) à plena liberdade de expressão e de informação”⁵¹, nos termos dos artigos 127, *caput*, e 129, III, da CF.

O reconhecimento desse interesse difuso tem o condão de abrir novas e ricas perspectivas. Cumpre mencionar algumas, ainda que sumariamente.

Primeira: surge um novo equilíbrio na relação por demais desigual entre mídia e pessoa visada pela informação. Nos moldes atuais, a mídia sai sistematicamente vencedora dos embates contra a pessoa visada pela informação. O direito de resposta, quando concretizado, intervém normalmente tarde demais para exercer qualquer tipo de função reparadora. Com a entrada em cena de um novo centro de gravidade, a balança torna-se mais equânime.

Uma ilustração, vinda das relações de consumo, permite compreender o impacto dessa mudança. Observe-se o que ocorreu em matéria de propaganda comercial, campo *a priori* favorecido pela liberdade de expressão. Até o advento do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor contava com instrumentos poderosos para implementar sua estratégia publicitária: seu poder econômico e a proteção da publicidade sob a cláusula da liberdade de expressão faziam com que fosse muito difícil para o consumidor isolado obter a interdição de uma propaganda enganosa. Com a consagração dos interesses difusos dos consumidores pela Lei nº 8.078 de 1990, operou-se uma inversão de perspectiva que colocou os consumidores no centro de gravidade da regulamentação. Por consequência, a liberdade de realizar propaganda passou a ser limitada no artigo 37 da Lei nº 8.078, que protege os destinatários contra a publicidade enganosa ou abusiva.

⁵¹ RE nº 511.961, *op. cit.*, ementa. No caso concreto, buscava-se a tutela do direito à informação contra o Estado. Na mesma linha (CARVALHO, 2003).

Segunda: surgem novos instrumentos jurídicos destinados a garantir que os destinatários da informação possam fazer valer seus direitos. Dois exemplos bastam para demonstrar as potencialidades nessa matéria. De um lado, os direitos de participação dos destinatários da informação nas tomadas de decisão. É o caso, por exemplo, do direito de participar das audiências públicas que antecedem a outorga ou a renovação de licença de exploração de serviços de rádio e de televisão⁵².

De outro lado, especialmente com relação a informações inverídicas, abrem-se novas perspectivas com a redescoberta do direito de resposta. O art. 5º, V, da CF, ao prever o direito de resposta “proporcional ao agravo”, não o restringe à pessoa diretamente ofendida por uma informação falsa. A partir do momento em que os destinatários da informação entram em cena, também podem ser vistos como “agravados” por uma informação falsa. Assim o são, pois seu interesse (difuso) a uma informação qualificada encontra-se afetado. Da mesma forma que a poluição de um rio não afeta apenas a população ribeirinha, cumpre reconhecer que a informação inverídica não prejudica apenas aqueles diretamente citados por uma reportagem. Também sai prejudicada a coletividade dos destinatários da informação. Nessa linha de raciocínio, quem detiver provas da falsidade de uma informação deve poder solicitar que lhe seja reconhecido o direito de resposta ou, em todo caso, que seja determinada a retificação da informação⁵³.

⁵² Esse direito de participação é previsto pela lei argentina nº 26.522 já citada, em seu art. 2º, último parágrafo.

⁵³ O Ministério Público assume um papel de relevo para esse fim. Imagine-se a divulgação de informação inverídica sobre a prática de conduta criminoso por parte de uma pessoa, a qual se encontraria supostamente sob investigação do Ministério Público. Esse órgão tem não apenas legitimidade para ajuizar ação pedindo a correção da informação, mas o dever de fazê-lo, pois detém em suas

Sob esse ponto de vista, o fato de os artigos 29 a 36 da Lei de Imprensa não terem sido ressaltados na ADPF nº 130, como o pretendia o Min. Mendes, tem dois efeitos positivos: em primeiro lugar, na ausência de lei, o juiz cível passa a ser competente para conhecer de um pedido de direito de resposta⁵⁴, o que facilita a atuação do Ministério Público e das associações de defesa do interesse difuso à informação; em segundo lugar, não havendo mais a regulamentação da Lei nº 5.250 – que limitava o direito de resposta à “própria pessoa” ou seu “cônjuge, ascendente, descendente e irmão” (nos termos do art. 29, § 1º) –, abre-se espaço ao legislador para a reinvenção da matéria, consagrando expressamente o interesse difuso à informação e declinando as diferentes vias para sua proteção.

Terceira: a tutela do interesse difuso à informação tem maiores chances de evitar a captura da imprensa pelo poder político, a qual pode ocorrer seja por acordos secretos para não divulgar informações comprometedoras sobre determinados governantes, seja pela detenção por políticos de partes expressivas do capital social de empresas de comunicação⁵⁵.

Com relação à primeira dimensão, uma das facetas do direito à informação é o poder da sociedade de exigir que sejam difundidas informações confiáveis, o que faz um contrapeso importante contra as tentativas de captura da imprensa pelo poder político. A nova lei de acesso à informação (Lei nº 12.527) coloca nas mãos do cidadão um instrumento para esse fim. Sendo-lhe facultado o acesso direto às informações “de interesse público” (art. 10),

mãos todos os elementos para demonstrar a inexistência da reportagem em questão.

⁵⁴ É nesse sentido a manifestação do Min. Peluso na p. 286 da ADPF nº 130.

⁵⁵ Segundo Sant’Anna (2009, p. 32), no Brasil, os políticos controlariam 40,19% das estações de rádio e 31,12% dos canais de televisão.

ele poderá instruir-se para contestar, se necessário, individualmente ou por intermédio de associação, a versão que um meio de comunicação der acerca de um fato.

Quanto à segunda dimensão, a tutela do interesse difuso legitima o uso de ação civil pública nos casos em que a participação de políticos no capital social de uma empresa de comunicação tiver o peso de interferir na qualidade da informação que esta divulgar.

Quarta: a tutela do interesse difuso também contribui para evitar a captura da imprensa pelo poder econômico. Como a não concentração das empresas de comunicação social é prevista pela própria Constituição (art. 220, § 5º)⁵⁶, é legítimo o uso de ação civil pública contra as operações de concentração que ameacem o pluralismo do setor. Essa possibilidade existe independentemente de nova regulamentação estatal, tendo em vista o teor atual do art. 1º, incisos IV e V, da Lei nº 7.347 de 1985, mas o legislador poderá vir a reforçá-la em uma nova lei de imprensa⁵⁷.

Por fim, cabe lembrar que o controle social (COMPARATO, 2002) assim instituído sobre a imprensa não é da mesma natureza e não tem os mesmos efeitos que o controle de natureza política realizado pelo Estado. Trata-se de controle disperso entre diferentes atores sociais, não concentrado nas mãos de um só agente, e essa pluralidade dificulta o desvirtuamento do controle.

Conclusão

Este artigo procurou demonstrar que o acórdão do STF que julgou procedente a ADPF nº 130, sob o fundamento de que a Lei nº 5.250 não havia sido recepcionada pela Constituição de 1988, tem diversas consequências práticas no que tange à solução dos litígios em matéria de imprensa. Essa decisão não tem, porém, o condão de impedir a adoção de uma nova lei de imprensa, haja vista a ausência de uma *ratio decidendi* consensual entre os ministros integrantes da maioria.

Diante da perspectiva de elaboração de uma nova lei de imprensa, o estudo revelou que não é pela consagração da liberdade de *ex-pressar*

⁵⁶ Segundo Sant'Anna (2009, p. 28), 90% dos canais de televisão no Brasil estariam nas mãos de seis grupos midiáticos.

⁵⁷ Observe-se que a lei argentina nº 26.522 já citada prevê diversas restrições à concentração de empresas na área da comunicação social. Em seus artigos 46 a 48, estabelece limites quantitativos para a detenção, por um mesmo titular, de licenças de jornal, rádio, televisão e outros meios de comunicação. Com a entrada em vigor dessa lei, mais de quinze grupos apresentaram planos de adequação voluntária aos limites fixados pelo legislador (art. 161). Um único grupo não apresentou qualquer proposta, o grupo *Clarín*, o que levou a Autoridade Federal de Serviços de Comunicação Audiovisual a iniciar um procedimento de alienação compulsória de parte das licenças por ele detidas (AFSCA, 2012). O caso encontra-se em trâmite no Poder Judiciário.

tudo o que se deseja, acompanhada de uma responsabilidade de direito comum, que se valorizará o papel da imprensa em uma democracia. Ao contrário, esse papel será reconhecido mediante a afirmação de um regime jurídico *específico*, orientado pela responsabilidade de fornecer informações de qualidade, verídicas e de interesse público – suscetíveis, assim, de dar aos cidadãos condições de tomar decisões com conhecimento de causa, livres de todo determinismo externo.

Em vez de pensar a imprensa segundo a “ideia-força” de que “quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja”, cumpre ter em mente que a liberdade de imprensa não foi consagrada para a satisfação dos emissores de informação, mas para a emancipação de seus destinatários.

Referências

- AUTORIDAD FEDERAL DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISIAL (AFSCA). *Sabbatella notificó al Grupo Clarín del inicio de la transferencia de Oficio*. Buenos Aires: AFSCA, 2012. Disponível em: <<http://www.afsca.gob.ar/2012/12/sabbatella-notifico-al-grupo-clarin-del-inicio-de-la-transferencia-de-oficio/>>. Acesso em: 17 dez. 2012.
- ALONSO, Guilherme. A ultratividade da Lei de Imprensa. *O Estado do Paraná*, 7 mar. 2010. Disponível em: <http://www.dotti.adv.br/artigosppp_011.htm>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- BEIGNIER, Bernard; LAMY, Bertrand de; DREYER, Emmanuel. *Traité de droit de la presse et des médias*. Paris: Litec, 2009.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. Controle público e social dos meios de comunicação. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 41, n. 128, p. 27-32, out./dez 2002.
- COUPRIE, Eliane. *Activités de presse et Marché commun: le régime juridique français à l'épreuve du Traité de Rome*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983.
- DOTTI, René Ariel. *Carta aberta ao Ministro Marco Aurélio: o controle democrático da liberdade de informação*. Curitiba: Dotti & Advogados, 2009. Disponível em: <<http://www.dotti.adv.br/Lei%20de%20imprensa%20Site.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2012.
- FARACO, Alexandre Ditzel. Democracia e mídia: fundamentos para uma análise jurídica. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 7, n. 26, p. 9-32, abr./jun. 2009.
- HAARSCHER, Guy. Paradoxes de la liberté d'expression. In: _____; LIBOIS, Boris (Org.). *Les médias entre droit et pouvoir: redéfinir la liberté de la presse*. Bruxelas: Editions de l'Université de Bruxelles, 1995.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- GOYARD-FABRE, Simone. Les Lumières: recherché de la vérité et contrôle du pouvoir. In: HAARSCHER, Guy; LIBOIS, Boris (Org.). *Les médias entre droit et pouvoir: redéfinir la liberté de la presse*. Bruxelas: Editions de l'Université de Bruxelles, 1995.
- LEVESON, Brian. *An inquiry into the culture, practices and ethics of the press: report*. Londres: The Stationery Office, 2012.

LIBOIS, Boris. *Ethique de l'information*. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 1994.

_____. Vers une approche 'communautaire' de la liberté de la presse. In: HAARSCHER, Guy; LIBOIS, Boris (Org.). *Les médias entre droit et pouvoir: redéfinir la liberté de la presse*. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 1995. p. 35-52.

OETHEIMER, Mario. *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe*. Paris: Pedone, 2001.

REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 17, n. 81, p. 61-91, nov./dez. 2009.

SÁ, Nelson de. Brasil pode criar novo modelo de mídia latino-americano, diz relator da ONU. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 25 dez. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/1203331-brasil-pode-criar-novo-modelo-de-midia-latino-americano-diz-relator-da-onu.shtml>>. Acesso em: 25 dez. 2012.

SANT'ANNA, Francisco Cláudio Corrêa Meyer. *Média de source: un nouvel acteur sur la scène journalistique brésilienne: un regard sur l'action médiatique du Sénat fédéral du Brésil*. Paris: Sénat, 2009.

SINOVA, Justino. Los medios de prensa escrita. In: BEL MALLÉN, Ignacio;

CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto (Org.). *Derecho de la información*. Barcelona: Ariel, 2003. p. 443-453.

TORRES, Tércio Ribas. Senado aprova diploma obrigatório para jornalistas. *Agência Senado*, Brasília, 8 ago. 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/08/07/senado-aprova-diploma-obrigatorio-para-jornalistas>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

WELSH, Tom; GREENWOOD, Walter; BANKS, David. *McNae's Essential Law for Journalists*. 19. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

QUESTÕES SOBRE A LEI DE IMPRENSA

Tabela ilustrativa dos motivos que integram os votos proferidos na ADPF nº 130, no HC nº 82.424, na Rcl. nº 9.428 e na Rcl. nº 11.292

Siglas*	Carlos Brito (CB)	Cármem Lucia (CL)	Celso de Mello (CM)	Cezar Peluso (CP)	Ellen Gracie (EG)	Eros Grau (ErG)	Gilmar Mendes (GM)	Joaquim Barbosa (JB)	Marco Aurélio (MA)	Menezes Direito (MD)	Ricardo Lewandowski (RL)
1. Toda a lei de imprensa é contrária à CF?	Sim	Sim	Sim	Sim	Não**	Sim	Não***	Não**	Ação improcedente	Sim	Sim
2. A CF fixou um regime jurídico completo para a liberdade de imprensa?	Sim: a CF "foi ao máximo da proteção" (68)	Sim: "[a CF] tratou... integralmente" (99)	Não se pronuncia	Não: ver ressalva quanto à fundamentação (122-123)	Não: plenitude não é comprometida por legislação (128)	Sim, com o relator	Não: a CF "exige a intervenção legislativa" (267)	Não: "o Estado pode... atuar em prol da liberdade de expressão" (110)	Não	Não: (ver diálogo com o relator na nota de rodapé nº 20)	Sim: "regulada por inteiro no texto constitucional" (102)
3. Uma "lei de imprensa", que pretenda regulamentar a imprensa em seus diferentes âmbitos, é necessariamente contrária à democracia/ institucional?	Sim: "impossibilidade de produção de uma 'lei de imprensa'" (62)	Admite "lei de imprensa", em tese, mas não especifica quais os âmbitos (98)	O legislador pode dispor sobre alguns assuntos (ver pergunta seguinte)	Não: "[é] coisa... compatível com [a CF]" (123)	Não	Sim: "incompatibilidade entre qualquer lei de imprensa e democracia" (310, voto sobre a liminar)	Não: (252)	Não	Não	Não: (ver diálogo com o relator na nota de rodapé nº 20)	Sim: "onde a democracia raízes mais profundas... a manifestação do pensamento é totalmente livre... sem qualquer disciplina legal" (105)

Siglas*	Carlos Brito (CB)	Cármén Lúcia (CL)	Celso de Mello (CM)	Cezar Peluso (CP)	Ellen Gracie (EG)	Eros Grau (ErG)	Gilmar Mendes (GM)	Joaquim Barbosa (JB)	Marco Aurélio (MA)	Menezes Direito (MD)	Ricardo Lewandowski (RL)
4. Âmbitos em que a interferência do Estado é expressamente citada como possível ou necessária	Direito de resposta; responsabilidade civil e penal; monopólio; sigilo da fonte; proteção da família, saúde; capital estrangeiro; Conselho de Comunicação (8)	Não especifica	Direito de resposta; integridade moral; vida privada; imagem; incitação ao ódio público; ilícito penal.	Responsabilidade civil e penal	Propaganda de guerra; racismo; responsabilidade penal; proteção da imprensa; art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV	Com o relator	Direito de resposta; direito à imagem, à honra e à privacidade, além de “outros princípios constitucionais”; espetáculos públicos, programa de rádio e TV.	Propaganda de guerra; racismo; minorias; responsabilidade penal; pluralismo de ideias; concentração e grupos de mídia	Não especifica	Não especifica	Não especifica
5. A CF (art. 5º, V) confere ao direito de resposta “densidade normativa” suficiente para ser exercido sem lei?	Sim: “não haverá anomia” (279)	Sim: a CF “tratou... integralmente” (99)	Sim: “suficiente densidade normativa” (185)	Sim: (285)	Não se manifesta	Com o relator	Sem lei, são muitas as dificuldades	Não se manifesta	Não se pronuncia	Não se manifesta	Sim: direito de resposta “não ensaja disciplina legal apriorística” (103); não haverá “qualquer lacuna” (279)
6. Liberdade de imprensa e liberdade de expressão	“[Imprensa tem] liberdade de atuação ainda maior” (40)	Não faz distinção	Não faz distinção	Não se pronuncia	Sugere especificidade e maior responsabilidade para a imprensa	Com o relator	-	Sugere especificidade e maior responsabilidade para a imprensa	Não faz distinção	Não faz distinção	Não faz distinção
7. O regime da responsabilidade civil e penal da imprensa frente ao direito comum	Não pode ser mais gravoso que o comum (49; 201)	Não pode ser mais gravoso que o comum (319)	Não se pronuncia	O regime comum é “suficiente” (293)	Deve ser mais gravoso para a imprensa (127)	Com o relator	O regime passa a ser o de direito comum (267; 290)	Deve ser mais gravoso para a imprensa (114)	Não se pronuncia	Não se manifesta	Deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade (104)

Siglas*	Carlos Britto (CB)	Cármen Lúcia (CL)	Celso de Mello (CM)	Cezar Peluso (CP)	Ellen Gracie (EG)	Eros Grau (ErG)	Gilmar Mendes (GM)	Joaquim Barbosa (JB)	Marco Aurélio (MA)	Menezes Direito (MD)	Ricardo Lewandowski (RL)
8. A CF estabelece uma preferência a priori da liberdade de expressão em detrimento de outros direitos fundamentais?	Sim: a CF põe os outros direitos fundamentais em “estado de momentânea paralisia” (47)	Não existe tal conflito entre direitos (97)	Não: “direito a preponderar em cada caso” (173; 204)	Não: “[há] limites predefinidos” (123)	Não: “não envergou uma hierarquia” (127)	Sim, com o relator	Não: “pre-servar outros direitos individuais não menos significativos” (228)	Não se manifesta	Não: “sem que se reconheça direito absoluto” (141)	Não: “proteção igual à liberdade de expressão e à dignidade” (91)	Não se manifesta
9. A CF impõe que toda e qualquer opinião possa ser divulgada, não se admitindo a fixação de “te-” mas proibidos”?	Sim: “quem quer que seja pode dizer o que quer que seja” (51)	Sim: “[se a opinião] é regulada, deixa de ser livre” (330)	Sim, em geral; mas é possível proibir incitação ao ódio e ilícitos penais (159; 161)	Não se pronuncia	Não: ver ressalva de artigos da lei de imprensa com interpretação conforme (ver Q 1)	Sim, com o relator	Não: “é possível proibir propaganda de guerra; discriminação” (291)	Nem toda opinião pode ser divulgada, mas, com exceções (ver Q 1), sim (ver Q 11)	Não se manifesta	Não se manifesta	Não se manifesta
10. A liberdade de expressão autoriza a publicação de um discurso discriminatório contra os judeus? (Votos no caso Ellwanger [HC n° 82.424-2], j. em 17/9/2003)	Sim: defere o HC porque não houve conduta penalmente típica (851)	-	Não: denega o HC, pois a “incitação ao ódio público” não é protegida (930)	Não: denega o HC, pois a noção de racismo deve ser pragmática (759)	Denega o HC por refutar a tese de que, se não há raças, não pode haver racismo (756)	-	Não: denega o HC, pois a condenação penal foi proporcional (671)	-	Sim: defere o HC; inexistente prática de racismo e há prescrição (924)	-	-

Siglas*	Carlos Britto (CB)	Cármem Lúcia (CL)	Celso de Mello (CM)	Cezar Peluso (CP)	Ellen Gracie (EG)	Eros Grau (ErG)	Gilmar Mendes (GM)	Joaquim Barbosa (JB)	Marco Aurélio (MA)	Menezes Direito (MD)	Ricardo Lewandowski (RL)
11. A proibição de publicação de matéria sobre processo em segredo de justiça viola a autoridade da ADPF nº 130? (votos na Rcl. nº 9.428, julgada em 10/12/2009)	Sim: "o ato atacado... aplicou a Lei de Imprensa [de modo implícito, no que tange à censura]" (222)	Sim: fora o art. 139 da CF, "qualquer outra forma de obstar... é inconstitucional" (239)	Sim: na ADPF, o STF "examinou a questão pertinente à censura" (252)	Não: "não se extraem... da ADPF... motivos determinantes" (186)	Não	Não conhece da Rcl. nº 9.428	Não	Sem voto	Sem voto	Falecido em 1/9/2009****	Não conhece da Rcl. nº 9.428, mas dá indicação quanto ao mérito: "meu voto, no mérito, coincide com o do relator da ADPF nº 130" (242)
12. O fato de proibir uma ONG de afirmar que o uso do sedém é cruel com os animais viola a autoridade da decisão na ADPF nº 130? (decisão monocrática sobre o pedido de liminar (Rcl. nº 11.292) proferida em 25/2/2011; aguarda julgamento no plenário)	JB: Sim: "uma das premissas consensuais [da ADPF nº 130]: não cabe ao Estado... proibir ou regular opiniões"										
<p>* ADPF = Arguição de descumprimento de preceito fundamental; CF = Constituição de 1988; RE = recurso extraordinário. Os números entre parênteses indicam o nº da página do acórdão onde está o argumento em questão. As perguntas 1 a 9 contêm citações extraídas da ADPF nº 130. Parte desta tabela foi publicada anteriormente como anexo do artigo de nossa autoria, "Conteúdo e alcance da decisão do STF na ADPF nº 130".</p> <p>** Ressalva com interpretação conforme: art. 1º, §, 1º, art. 2º, caput, 14 e 16, I. Ressalva sem interpretação conforme: arts. 20 a 22.</p> <p>*** Ressalva sem interpretação conforme: arts. 29 a 36.</p> <p>**** O Min. Dias Toffoli (DT) foi nomeado para ocupar a vaga do Min. Menezes Direito. Na Rcl. nº 9.428, votou pelo não conhecimento, com indicação quanto ao mérito da ADPF nº 130: "não teria dificuldade em aderir a praticamente tudo que foi dito [pelos Min. Carlos Britto, Cármem Lúcia e Celso de Mello]" (280).</p>											

Controle jurisdicional da Administração Pública

Algumas ideias

TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO

Sumário

1. Noções propedêuticas. 1.1. A razão de ser da lei, em si e para o Direito Público. 1.2. O Estado de Direito – características básicas. 1.3. A jurisdição no contexto da separação de Poderes. 1.4. O processo como instrumento técnico para o exercício da jurisdição. 1.5. A constitucionalização do direito processual. 1.6. Princípios constitucionais e os novos rumos do Direito Administrativo. 1.7. Conformação do Estado (social) de hoje – volume e complexidade da atuação administrativa. 2. Controle jurisdicional da Administração. 2.1. A necessidade de controle da atividade administrativa. 2.2. Tipologia do controle incidente sobre as atividades administrativas. 2.3. O controle jurisdicional incidente sobre as atividades administrativas – sistemas e terminologia. 2.4. Limites intrínsecos e extrínsecos do controle jurisdicional das atividades administrativas. 2.5. O controle jurisdicional de uma Administração Pública cada vez mais comprometida com a ordem jurídica justa. 3. Algumas ideias e conclusões.

1. Noções propedêuticas

1.1. A razão de ser da lei, em si e para o Direito Público

Sabe-se bem que o ser humano nasce com uma essencial vocação de viver em associação. O agrupamento humano, presente em comunidades das mais primitivas, justifica-se por razões primárias, ligadas a uma maior facilidade de promoção de conservação e aperfeiçoamento. É muito mais eficaz o desenvolvimento de mecanismos de proteção e a obtenção do progresso a partir da repartição de tarefas.

Tarcisio Vieira de Carvalho Neto é professor da Faculdade de Direito da UnB. Mestre e doutorando em Direito do Estado pela USP. Subprocurador-geral do Distrito Federal e advogado.

Sucedem que, quando dois homens alimentam interesse sobre um mesmo bem, inapto para a satisfação das necessidades de ambos, e nenhum dos homens refugia na sua posição de lançar mão sobre o bem da vida, há o risco de a pendenga descambar para a violência física, algo indesejável às agremiações humanas, das mais primitivas às mais civilizadas.

Esse quadro justifica a lei como instrumento de disciplina social e parâmetro de solução de litígios. Como ensina Carlos Ari Sundfeld (2010, p. 20), a convivência depende de um fator essencial: a existência de regras estabelecendo como devem ser as relações entre todos. Ou seja: a convivência depende de organização. Para que existam as regras, alguma força há de produzi-las. Além disso, alguma força deve garantir-lhes aplicação. A essa força dá-se o nome de poder. O poder, portanto, é a força que faz e que garante a aplicação das regras. E, num nível maior de especialização, tem-se no poder político a força que faz um tipo especial de regras, as jurídicas.

O poder político tem como características básicas o uso da força física contra os rebeldes da ordem e a exclusividade do uso desta mesma força, com o que, por derivação lógica, não pode reconhecer força igual a sua. Assim, surge a noção de Estado, como grupo organizado por regras jurídicas, dentro do qual alguns mandam e outros obedecem. O detentor do Poder Político chama-se Estado-Poder, ao passo que ao grupo destinatário do poder dá-se o nome de Estado-Sociedade. Tanto as relações entre os membros da sociedade quanto aquelas entre eles mesmos e o Estado são regulamentadas pelo Direito.

Às relações horizontais entre os membros da sociedade, ou seja, ao conjunto de regras regentes das relações dos indivíduos entre si, dentro do Estado-Sociedade, dá-se o nome de Direito Privado. Noutro giro, às relações verticais entre os membros da sociedade e o Estado, dá-se o

nome de Direito Público. Além das relações do Estado com os indivíduos, o Direito Público ocupa-se também da organização do próprio Estado e das relações entre Estados na esfera internacional.

1.2. O Estado de Direito – características básicas

A noção de Estado de Direito é inerente ao Direito Público. O Estado de Direito representa a superação da ideia, própria do Absolutismo, de centralização do poder em torno de um soberano, nem sempre bem intencionado, e no âmbito do qual vigorava a compreensão de que o Estado, sendo criador da ordem jurídica, a ela não se submetia. No Absolutismo, as regras eram dirigidas aos súditos. Em razão disso, o soberano, de vontade incontestável, não era juridicamente demandável pelo indivíduo. O Estado absolutista era, pois, juridicamente irresponsável.

Na Idade Contemporânea, porém, verificou-se a radical transformação na regulação do poder político. Mais precisamente a partir das Revoluções Americana e Francesa, e das Constituições que se seguiram, ficaram insustentáveis os dogmas absolutistas. E passou-se a conceber a ideia de que também o Estado está sujeito às leis, realizando as suas atividades com observância à ordem jurídica.

No Estado de Direito, o Estado subordina-se ao Direito. Nele, há respeito aos limites de sua atuação e também à esfera da liberdade dos indivíduos, não mais tratados como súditos. No Estado de Direito, algumas características são facilmente percebidas. Nele, há a supremacia da Constituição, a separação de poderes, a superioridade da lei e, finalmente, a garantia dos direitos individuais.

A supremacia da Constituição é característica intuitiva porque, acima das leis produzidas pelo Estado, deve existir uma norma política

fundamental, plena de direitos e deveres, ao Estado e ao particular. A Constituição é, pois, o fundamento de validade de todas as normas do ordenamento jurídico. Em razão da supremacia, descortina-se a necessidade de um controle de constitucionalidade, justamente para aquilatar a compatibilidade vertical das normas derivadas ao figurino constitucional.

A separação de Poderes também é característica marcante do Estado de Direito porque põe em xeque o cerne do Absolutismo, em que todo o poder estava reunido nas mãos de um déspota. No Estado de Direito, cada Poder exerce funções principais, embora não exclusivas. Cabe ao Poder Legislativo a função de legislar; ao Poder Executivo, a função de administrar com base na lei; e, finalmente, ao Poder Judiciário, a função de aplicar o direito à espécie, de julgar, resolvendo conflitos jurídicos entre particulares ou entre estes e o Estado.

A superioridade da lei está no fato de ela ser a expressão da vontade geral, a ser observada por todos, inclusive pelo próprio Estado. Por ser superior, a lei condiciona atos administrativos e jurisdicionais. Juízes e administradores, ao exercerem seus papéis, aplicam a lei, concretizando a vontade do povo.

Finalmente, a garantia dos direitos individuais é a razão maior da existência do próprio Estado de Direito. Como produto da Constituição, o Estado deve respeitar os direitos individuais assegurados na Constituição e nas leis com ela amalgamadas. O particular está protegido do arbítrio, até mesmo em forma de legislação.

1.3. A jurisdição no contexto da separação de Poderes

A análise das funções do Estado está estreitamente ligada à doutrina de Montesquieu sobre a separação de poderes, sistematizada na obra *O Espírito das Leis*. A separação de poderes con-

siste na possibilidade de o Estado desenvolver de maneira harmônica três funções básicas: a legislativa, a executiva (administrativa) e a jurisdicional, exercidas, com preponderância, mas não com exclusividade, respectivamente, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Em estreita harmonia com o ideário de Montesquieu, preconiza a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 2º, que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Assim é que, se ao Legislativo cabe a função de criar as leis que regulam a vida em sociedade, estabelecendo o direito objetivo, ao Executivo toca a função de pôr em ação as leis, prover as necessidades gerais e realizar o bem comum, ao passo que se reservou ao Poder Judiciário a missão de solucionar os conflitos de interesses mediante a aplicação da lei (abstrata e genérica) aos casos concretos submetidos à sua apreciação.

No Brasil, ao Poder Judiciário compete com exclusividade o exercício da função jurisdicional, de modo que nem mesmo a lei excluirá de sua apreciação lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV). Giuseppe Chiovenda (1998, p. 8) define a função jurisdicional como “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.”

Sem dúvida, é a jurisdição função exclusiva do Estado, sendo informada, no direito brasileiro, por princípios diversos.

A primeira ideia-força da jurisdição está no princípio da investidura: a função jurisdicional só poderá ser exercida por quem nela esteja legal e legitimamente investido.

De acordo com o princípio da aderência da jurisdição ao território, também denominado

de improrrogabilidade da jurisdição, a jurisdição pressupõe um espaço físico (base territorial) de atuação.

Consoante o princípio da indelegabilidade, a função jurisdicional não pode ser transferida, devendo ser exercida, tanto quanto possível, pelo juiz a quem coube por lei a apreciação da causa.

Em decorrência do princípio da indeclinabilidade, não é dado ao Estado-juiz eximir-se do ofício judicante, nem mesmo diante de lacuna e obscuridade da lei, e frustrar a expectativa daqueles que deduzem uma pretensão em juízo.

O princípio do juiz natural, por sua vez, significa que todos os jurisdicionados, sem exceção, têm o mesmo direito de ser processados e julgados por juízes independentes e imparciais, previamente identificáveis em decorrência do que dispõem as normas constitucionais e legais sobre competência, que não permitem juízes ou tribunais de exceção.

Vigora, por fim, o princípio da inércia, segundo o qual não pode haver jurisdição sem ação (*nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*). Não se movimenta, pois, a jurisdição sem o exercício válido e regular do direito subjetivo de invocar a prestação jurisdicional. Sem provocação, a jurisdição não se movimenta, permanecendo estática. O Código de Processo Civil, em seu artigo 2º, consagra que “nenhum juiz prestará tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”. Como consequência lógica da inércia, os institutos processuais e seus regulamentos gravitam em torno da jurisdição.

1.4. O processo como instrumento técnico para o exercício da jurisdição

O processo é o instrumento de garantia do ordenamento, da autoridade do Estado, da jurisdição. Sendo ele um meio em função dos fins a que se destina, devem-se enunciar os seus escopos. Na lição de Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 181), os escopos são os propósitos norteadores da instituição do processo e das condutas dos agentes estatais. São de três ordens: sociais, político e jurídico.

Entre os escopos sociais, figuram a busca da paz social, a eliminação dos conflitos mediante critérios justos e a conscientização dos membros da sociedade para os direitos e as obrigações. São escopos políticos: afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (*poder*), concretizar o culto do valor *liberdade* e assegurar a *participação* dos cidadãos, por si mesmos ou por meio de associações, nos destinos da sociedade política. O escopo jurídico reside na atuação da vontade concreta da lei, dando ênfase à teoria dualista de Chiovenda (1998), que distingue o processo do direito material. Afasta-se a teoria unitária de Carnellutti, para quem o escopo do processo consiste na justa composição da lide, uma vez que

a regra do caso concreto já existe antes, perfeita e acabada, interessando agora somente lhe dar efetividade.

Hodiernamente, busca-se um processo que ofereça resultados justos aos litigantes em sua vida comum. O processo deve garantir tratamento isonômico entre as partes, igualdade de oportunidades, participação efetiva do juiz e imparcialidade. Deve ele alcançar resultados, conferindo à parte que tem razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo.

O princípio constitucional do devido processo legal é regra imperativa e de observância obrigatória. Giuseppe Chiovenda (1998) afirma que, na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber. O Estado tem o dever de eliminar os estados de insatisfação, pois a litigiosidade contida é fator de infelicidade pessoal e desagregação social (Kazuo Watanabe).

1.5. A constitucionalização do direito processual

No direito brasileiro, algumas regras de processo têm assento constitucional. Pode-se dizer que existe um sistema constitucional processual.

A observação é relevante porque a aplicação das normas processuais pode redundar em investigações de natureza constitucional, de forma que alguns impasses processuais serão solvidos no campo das inconstitucionalidades. Tal premissa não é exclusividade do direito processual. Com efeito, outros setores do direito apresentam nítida feição constitucional, a exemplo do direito tributário, que encontrou amplo tratamento constitucional. Nesse ponto, emblemática é a advertência de James Marins (2005, p. 24):

“No Brasil, único país do mundo a contar com um Sistema Constitucional Tributário, o problema das antinomias adota muitíssimas vezes a forma de inconstitucionalidades, o que conduz a importantes desdobramentos e problemas na geração e aplicação das normas jurídicas tributárias. Diante da generosidade do legislador constitucional brasileiro na inserção de regras tributárias na Constituição Federal de 1988, criando um sistema que se identifica pela hermeticidade, as normas infraconstitucionais tributárias, complementares ou ordinárias, sofrem rigorosas limitações materiais e formais e submetem-se amplamente ao teste da constitucionalidade”.

Embora o sistema constitucional tributário, em termos de amplitude, não possa ser comparado ao sistema constitucional processual, sendo o primeiro muitíssimo maior, existem regras constitucionais-processuais fomentadoras das mesmas dificuldades descritas, com brilho, pelo ilustre professor. Fala-se até mesmo no direito processual constitucional como sub-ramo do direito.

A visão constitucional do processo ganha maior dimensão na exata medida em que se enfoca a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF/88). Numa tal perspectiva, a memorável lição de Luiz Edson Fachin (2003a, p. 369-370) que, a despeito de ter sido formulada em consideração ao direito civil, vale para os demais ramos do Direito como regra de ouro da hermenêutica contemporânea:

“Com a vigência do novo Código Civil será aberto espaço para uma hermenêutica construtiva que redesenhe o discurso normativo codificado à luz do Direito Civil contemporâneo, captado sob uma principiologia axiológica de índole constitucional. (...) A Constituição erigiu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Tal opção colocou a pessoa como centro das preocupações do ordenamento jurídico, de modo que todo o sistema, que tem na Constituição sua orientação e seu fundamento, direciona-se para sua proteção. As normas constitucionais (compostas de princípios e regras), centradas nessa perspectiva, conferem unidade sistemática a todo o ordenamento jurídico.

Opera-se, pois, em relação ao Direito dogmático tradicional, uma inversão do alvo de preocupações do ordenamento jurídico, fazendo com que o Direito tenha como fim último a proteção da pessoa humana, como instrumento para seu pleno desenvolvimento.

A inversão do *locus* de preocupações deve ocorrer, também, no Direito Civil. Trata-se de conseqüência necessária diante da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico. Por essa razão, todo o *standard* normativo infraconstitucional deve amoldar-se ao modelo axiológico constitucional. Conforme Eroulths Cortiano Junior: ‘Não basta que o legislador inferior passe a expedir normas que vão ao encontro da ordem constitucional. É essencial que mesmo as normas ditas inferiores já existentes sejam analisadas, interpretadas e aplicadas de acordo com o preceito constitucional. A Constituição passa a constituir-se como centro de integração do sistema jurídico de direito privado.’

Nessa ordem de ideias, a aferição da constitucionalidade de um diploma legal, diante da repersonalização imposta a partir de 1988, deve levar em consideração a prevalência da proteção da dignidade humana no que tange às relações jurídicas patrimoniais. Isso implica dizer que será inconstitucional um diploma legal – cabe frisar, positivado ou proposto – que privilegie uma visão patrimonialista em detrimento de uma concepção vinculada à proteção do ser humano em concreto”.

Não se pode mais ver o processo sem a lente do Direito Constitucional.

1.6. Princípios constitucionais e os novos rumos do Direito Administrativo

A despeito de sua conceituação absolutamente controvertida na doutrina especializada, não se discute a importância dos princípios para o Direito Administrativo.

Para Odete Medauar (2011, p. 128-129), compartilhando da posição de Karl Larenz (1985), princípios são fórmulas nas quais estão contidos os pensamentos diretores do ordenamento, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico. Segundo ela, no Direito Administrativo, não codificado e de elaboração recente, os princípios revestem-se de grande importância porque auxiliam na compreensão e consolidação de seus institutos. Além disso, no âmbito administrativo, muitas normas são editadas em vista de circunstâncias de momento, resultando em multiplicidade de textos, sem reunião sistemática. Tem-se, então, a importância dos princípios “sobretudo para possibilitar a solução de casos não previstos, para permitir melhor compreensão dos textos esparsos e para conferir certa segurança aos cidadãos quanto à extensão dos seus direitos e deveres” (MEDAUAR, 2011). E os princípios do Direito Administrativo, revigorados pela releitura dos princípios constitucionais, impõem novos horizontes e também novos desafios para um Direito Administrativo em franca reformulação dogmática.

Um dos aspectos mais instigantes do Direito Administrativo contemporâneo diz respeito ao seu mais importante princípio, o da legalidade. A atual visão de legalidade para o Direito Administrativo é substancialmente distinta da visão convencional, doravante tida como antiquada e desgastada, própria de um período autoritário e de um correlato direito nada democrático. Sobre os contornos contemporâneos da noção de legalidade, cobertura para a ação estatal do Estado verdadeiramente “de Direito”, confira-se o balizado magistério de Odete Medauar (2011, p. 130-131):

“Embora permaneçam o sentido de poder objetivado pela submissão da Administração à legalidade e o sentido de garantia, certeza e limitação do poder, registrou-se evolução da ideia genérica de legalidade. Alguns fatores dessa evolução podem ser apontados, de modo sucinto. A própria sacralização da legalidade produziu um desvirtuamento denominado legalismo ou legalidade formal, pelo qual as leis passaram a ser vistas como justas por serem leis, independentemente do conteúdo. Outro desvirtuamento: formalismo excessivo dos decretos, circulares e portaria, com exigências de minúcias irrelevantes. Por outro lado, com as transformações do Estado, o Executivo passou a predominar sobre o Legislativo; a lei votada pelo Legislativo deixou de expressar a vontade geral para ser vontade de maiorias parlamentares, em geral controladas pelo Poder Executivo. Este passou a ter ampla função normativa, como autor de projetos de lei, como legislador por delegação, como legislador direto (por exemplo, ao editar medidas provisórias), como emissor de decretos, portarias e circulares que afetam direitos. Além do mais, expandiram-se e aprimoraram-se os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis.

Antes tal contexto, buscou-se assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento. A Constituição de 1988 determina que

todos os entes e órgãos da Administração obedecem ao princípio da legalidade (*caput* do art. 37); a compreensão desse princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também aos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme reza o art. 1º, *caput*, da Constituição; e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional.”

Num tal contexto, relevantemente digno de nota, tem-se que a Administração Pública – e, conseqüentemente, o Direito Administrativo –, para além de uma legalidade meramente semântica, tem a obrigação constitucional de, captando a ideologia subjacente à Carta Política Maior, dar concretude aos princípios constitucionais regentes da atividade administrativa. Razão assiste a Gustavo Binbenbujm (2006, p. 02) quando assevera que a teoria do direito administrativo brasileiro sempre pareceu inconsistente (do ponto de vista lógico-conceitual), autoritária (do ponto de vista político-jurídico) e ineficiente (de um ponto de vista pragmático). Entre as inquietações referidas pelo autor, está a relacionada à seguinte pergunta: como enquadrar um princípio de supremacia de interesse público relativamente aos interesses particulares em um ambiente “reconstitucionalizado”, no qual se proclama a centralidade, não do Estado ou da sociedade, mas do sistema de direitos fundamentais?

Numa tal perspectiva teórica, é forçoso assinalar que o sistema de direitos fundamentais e o princípio democrático cumprem papel fundamental tanto na estruturação e funcionamento do Estado Democrático de Direito, como da própria administração pública.

1.7. Conformação do Estado de hoje – volume e complexidade da atuação administrativa

Ao mesmo tem em que o Direito Administrativo é alvo de uma profunda revisitação científica, capitaneada por princípios constitucionais de inegável conteúdo normativo, o Estado-Administração é também cada vez mais desafiado a dar respostas a questões sociais e econômicas complexas e diversificadas.

A sociedade contemporânea, de massa, demanda da máquina estatal uma penetração e uma eficiência inimagináveis em passado bastante recente. As carências sociais multiplicam-se em proporção avassaladora e as estruturas estatais, antes compatíveis com a demanda e suficientemente aptas a dar vazão àquele fluxo de exigências, passam a demonstrar níveis insatisfatórios de eficiência, despertando a gradativa intolerância dos administrados. Em especial nos países em desenvolvimento, como o Brasil, não se pode desprezar a existência de crises nos diversos setores da atuação

estatal. Principalmente no campo social, são identificadas, diuturnamente, numerosas carências. Sobretudo as demandas dos economicamente frágeis aumentam abruptamente em quantidade, mas também se diversificam em qualidade. Exige-se do Estado uma atuação maior e melhor.

José Carlos Vieira de Andrade (1999, p. 40) revela que a ideia de “irresponsabilidade pública, responsabilidade privada”, própria da migração do Estado liberal para o Estado intervencionista, tornou-se insustentável na sociedade de massas, caracterizada pela interpenetração entre o Estado e a sociedade, “especialmente em virtude da descentralização administrativa e da desmultiplicação dos poderes públicos (‘policracia’), associadas às exigências de uma política intervencionista (‘providencial’) nas relações sociais – uma situação que é levada ao extremo, no final deste século, com os novos fenômenos de ‘regulação’ e de ‘privatização’ das funções administrativas e do próprio aparelho organizativo destinado à sua realização” (ANDRADE, 1999). E Roberto Dromi (2000, p. 52) apresenta o conceito e os vários escopos do Estado moderno:

“el Estado relocalizado debe permitirnos transitar desde la modernidad del atraso a la contemporaneidad del futuro. El Estado relocalizado es aquél que se ha transformado en lo económico, administrativo, social, institucional y jurídico. El Estado relocalizado debe ser orientador, organizador, administrador, planificador, servidor, fiscalizador, protector, garantizador, regulador y distribuidor. Estas diez notas perfilan sus nuevas misiones para la realización del hombre y de la sociedad. La libertad y la participación, con base en la seguridad jurídica y en la solidaridad social, definen los cometidos del Estado relocalizado y la renovación de la relación entre los protagonistas: el individuo y el Estado.”

Versando sobre a significativa questão das relações entre Estado e sociedade, ensina Odete Medauar (2011, p. 34) que, como resultado do processo evolutivo que se acentua na segunda metade do século XX, o Estado moderno passou a ter atuação de profundas consequências nos setores econômicos e sociais da coletividade. Isso porque:

“a atuação no âmbito econômico deixou de ser algo externo e estranho e passou a integrar o rol de funções do Estado, mesmo mantendo-se o princípio da iniciativa privada. Ampliaram-se também as funções sociais e assistenciais. Com isso a máquina administrativa cresceu em quantidade e complexidade. Floresceram inúmeras entidades e associações privadas que exercem contínua pressão sobre os poderes estatais na busca de realização dos interesses que defendem. Tais transformações no modo de atuar do Estado e na estrutura da sociedade acarretam a atenuação da distância entre Estado e sociedade, agora vinculados e condicionados por número crescente de inter-relações. Em decorrência, a Administração vê-se obrigada a olhar para fora de si mesma, relacionando-se de modo mais intenso com o entorno social.”

Reconhece-se, assim, que a quantidade e a qualidade das tarefas impostas ao Estado de hoje tendem a aumentar sensivelmente a incidência de comportamentos administrativos suscetíveis de serem qualificados como atentatórios à ordem jurídica, porque em descompasso com a legalidade revigorada pelos princípios constitucionais, sendo papel do controle a necessária detecção.

2. Controle jurisdicional da Administração

2.1. A necessidade de controle da atividade administrativa

É forçoso dar concretude à Constituição, o que automaticamente atrai a questão do controle da atividade administrativa, um controle que se fará com base na obrigatória observância de princípios constitucionais que vinculam a Administração Pública. A realização do controle da Administração Pública, a partir da obrigatória submissão de suas atividades ao princípio da legalidade, sempre esteve estritamente ligada à evolução do Estado de Direito.

Anteriormente, quando predominavam as monarquias absolutas, seria incoerente referir-se a controle, visto que todo o Direito se concentrava na pessoa do rei, cuja vontade era incontrastável. Mesmo na fase do chamado Estado Liberal de Direito, o princípio da legalidade tinha um sentido diverso daquele que hoje predomina, uma vez que se permitia à Administração fazer tudo aquilo que a lei não proibia.

Em boa hora, relembra Odete Medauar (2011, p. 398) que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já continha, no art. 15, o seguinte preceito: “A sociedade tem o direito de pedir conta, a todo agente público, quanto à sua administração”. Em verdade, os direitos só estarão efetivamente assegurados se houver alguma forma de controle sobre o Estado. E de nada adiantaria condicionar a atuação estatal à estrita observância das regras legais, se sua atividade não pudesse ser controlada de forma efetiva e seus desvios rigorosamente apurados e censurados com a devida proporcionalidade.

Assim, o grau de eficácia do Estado de Direito depende do grau de controle da atividade pública.

2.2. Tipologia do controle incidente sobre as atividades administrativas

No direito brasileiro, há várias formas de a Administração Pública ser controlada, mas a quantidade numérica de mecanismos de controle, à míngua de uma consciência generalizada da importância da técnica, não significa na prática que estejam sendo satisfatoriamente alcançados

os fins colimados. Fala-se, entre nós, de autocontrole (ou controle interno), de controle pelo Tribunal de Contas, de controle pelo Legislativo e de controle pelo Judiciário, com ou sem a participação do Ministério Público. Isto sem mencionar os chamados controles sociais. No direito estrangeiro, nota-se, ademais, a figura do *ombudsman*.*

Para os fins do presente trabalho, importa situar apenas o autocontrole, o controle parlamentar e, finalmente, o controle realizado pelo Poder Judiciário.

No autocontrole, exercido pela Administração sobre sua atividade, por iniciativa própria ou mediante provocação do interessado, tem-se uma manifestação do poder-dever de autotutela, que permite e obriga o administrador a rever os seus próprios atos, quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes. Tem o seu fundamento maior nos princípios da legalidade e da boa administração, pois também diz respeito à eficiência e ao mérito. Há, ainda, um princípio superior que domina toda a atividade administrativa e que impõe o controle administrativo em toda sua amplitude: a unidade funcional. Por fim, merece referência também o sistema hierárquico, característico de toda a Administração e do qual a Constituição brasileira trata nos artigos 84, II, e 87, parágrafo único, e I (supervisão ministerial).

Esse poder-dever de autotutela da Administração é amplamente reconhecido pelo Poder Judiciário, por meio da Súmula nº 473, do Supremo Tribunal Federal, que admite a competência da Administração para anular seus próprios atos, quando ilegais, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade.

O controle administrativo, quando exercido em decorrência de provocação do interessado, se faz mediante o tradicional direito de petição (artigo 5º, XXXIV, “a”), que assegura a todos os cidadãos dirigir-se ao Poder Público em defesa de direitos, ou contra ilegalidade ou abuso de poder; e, ainda, pela interposição de recurso administrativo, assegurando-se constitucionalmente ao recorrente – tal como no processo judicial – o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV).

Todas as decisões administrativas deverão ser motivadas, uma vez que se trata de uma garantia do cidadão, e são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, nos termos do artigo 5º, XXXV da Constituição; tais decisões não terão, assim, o caráter de definitividade, que singulariza o veredito do Poder Judiciário, o qual terá sempre o monopólio do juízo de nulificação.

* Ensina Odete Medauar (2012, p. 148 et seq.) que o termo “Ombudsman” vem do idioma sueco e significa literalmente “homem encarregado de missão pública” e que, na sua acepção atual, no âmbito do direito público, o termo “Ombudsman” designa um sistema de controle da Administração Pública.

O controle parlamentar, por seu turno, ganha relevo no contexto constitucional brasileiro, na medida em que se constata o declínio dos parlamentos em relação às suas atribuições tradicionais, e se evidencia a crescente importância do exercício da sua função fiscalizadora dos atos da Administração. Nesse sentido, nos regimes democráticos, também se exige a realização do controle da Administração pelo Poder Legislativo, sendo que sua função fiscalizadora não é inferior à de editar leis, eis que efetivamente contribui para assegurar um Governo probo e eficiente.

O Texto Constitucional brasileiro ampliou sensivelmente o controle parlamentar. Exemplo significativo é o disposto no artigo 49, V, que autoriza o Congresso Nacional a sustar os atos normativos que exorbitarem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Cite-se também a ausência de quaisquer restrições à instituição de comissões parlamentares de inquérito, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (artigo 58, § 3º). Merece, ainda, referência o artigo 49, X, que estabelece competência ao Congresso Nacional para “fiscalizar e controlar diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

Embora, por se tratar de um controle político, não caiba a ele anular atos administrativos ilegais, nem exercer poderes de hierarquia sobre as autoridades, não tem o consenso, à vista do que dispõe a nossa Carta, a eficácia da sua atuação reduzida. E assim é porque o Parlamento dispõe de competência para, por meio de decretos legislativos ou resoluções, sustar os efeitos de atos administrativos que considerar ilegais ou exorbitantes, ou, ainda, negar a sua aprovação a proposições do Executivo, sempre que as avalie inoportunas, inconvenientes ou desarrazoadas, como se pode inferir da leitura do artigo 49 da Carta.

O controle parlamentar envolve, também, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da União e de suas entidades, considerada a questão em nível federal. E tal controle é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União (artigos 70 e 71, da CF/88). Tal controle é o mais abrangente possível, pois, ao se referir claramente aos princípios da legitimidade e economicidade, não pretendeu a Carta de 1988, por certo, que o controle ficasse restrito aos elementos formais, na legalidade aparente; assim, o órgão controlador deverá levar em consideração o cumprimento, pelo administrador, daqueles princípios fundamentais que se agregam ao conceito de legalidade, inclusive o da boa administração.

O controle jurisdicional, que, de acordo com Odete Medauar (2012, p. 187), continua a ser o mais importante instrumento de controle da Administração, apesar da busca ou instituição de outros meios, será objeto de tratamento apartado, no item seguinte.

2.3. O controle jurisdicional incidente sobre as atividades administrativas – sistemas e terminologia

A Constituição de 1988 aumentou e fortaleceu o controle jurisdicional incidente sobre a atividade administrativa pois, nos termos do artigo 5º, XXXV, a apreciação do Judiciário não se limita às lesões de direito, mas abrange, também, a mera ameaça. Noutra giro, o texto constitucional, ao se referir a direito, sem o adjetivo, incluiu, sem dúvida, os direitos coletivos e também os difusos.

Manteve-se o sistema da jurisdição una, tradicional em nosso sistema jurídico, pelo qual o Poder Judiciário dispõe do monopólio da função jurisdicional. No Brasil, cabe, pois, ao Poder Judiciário, e só a ele, resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direitos,

inclusive aqueles em que seja parte o Poder Público. Não vigora, portanto, o sistema do contencioso administrativo, que predomina na maioria dos países europeus continentais, como a França, onde compete a tribunais especializados, independentes, a decisão sobre certas questões administrativas que, em última instância, são resolvidas pelo Conselho de Estado.

Antes de aprofundar a diferenciação entre os sistemas de controle jurisdicional, assinala-se que razão assiste a Odete Medauar (2012, p. 201), quando assevera que a eficácia do controle jurisdicional sobre a Administração independe do sistema adotado; em tese, qualquer deles é capaz de realizar um bom controle, de modo adequado e efetivo.

O “controle jurisdicional da Administração”, expressão mais ampla do que “controle jurisdicional do ato administrativo”, além de atos, abrange contratos, atividades, operações materiais, a inércia e a omissão da Administração Pública. Insere-se, no geral, entre os controles externos, *a posteriori*, repressivos ou corretivos, desencadeado por provocação, mercê do ajuizamento de ações, e realizado por juízes dotados de independência.

Recentemente, alguns mecanismos constitucionais e infraconstitucionais ambicionam reduzir as insuficiências do controle jurisdicional, com destaque para o novo princípio da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, acrescentado pela EC 45/2004) e para o instituto da súmula vinculante. No trato do tema, também ganha importância a baixa efetividade das decisões jurisdicionais relativamente à Administração Pública.

Entre os aspectos terminológicos a serem esclarecidos no trato do tema, antes de qualquer avanço, emergem os seguintes conceitos, com base na exposição de Odete Medauar (2012, p. 188-191):

a) Contencioso administrativo – com três acepções:

1. Sentido amplo – litígio suscitado por pessoa privada contra a Administração, junto à própria Administração ou perante a Jurisdição (Michel Fromont);

2. Sentido menos amplo – litígio suscitado por pessoa privada contra a Administração apenas perante a Jurisdição (Jeanne Lemasurier);

3. Sentido restrito – diz respeito apenas à chamada jurisdição administrativa – ordem jurisdicional específica destinada a solucionar litígios com a Administração.

b) Justiça administrativa – vários sentidos, dentre os quais:

1. Fromont (sentido amplo) – qualquer modelo de solução de litígios envolvendo a Administração, efetivado por órgãos ou poderes desvinculados desta, com magistrados, juízes ou conselheiros, com decisões revestidas e coisa julgada e imperatividade;

2. José Carlos Vieira de Andrade (acepção ampla, “quase natural”) – sistema de mecanismos e de formas ou processos destinados à resolução das controvérsias nascidas de relações jurídicas administrativas.

c) Jurisdição administrativa – para Fromont, significa uma jurisdição especializada, equivalendo ao sentido restrito de contencioso administrativo (Morand-Deviller). No livro, designa a ordem jurisdicional específica, separada da justiça comum.

O controle jurisdicional da Administração organiza-se basicamente em três sistemas: a) Jurisdição dupla, também denominado de dualidade de jurisdição ou dualista – em que há um contencioso administrativo ou jurisdição administrativa específica para litígios envolvendo a Administração; b) Unidade de jurisdição ou jurisdição ordinária; e c) Mistos.

Odete Medauar (2012, p. 192) considera integrantes do sistema dualista os ordenamentos em que há uma jurisdição administrativa independente da jurisdição comum até o último grau, ainda que inserida no Judiciário e ainda que haja um Tribunal ou Corte Constitucional. O sistema de jurisdição dupla, dualidade de jurisdição ou dualista, caracteriza-se pela existência paralela de duas ordens de jurisdição: a jurisdição ordinária ou comum e a jurisdição administrativa, esta destinada a julgar os litígios que envolvem a Administração Pública. Adotam tal sistema: França, Alemanha, Suécia, Portugal, Grécia, Áustria, Luxemburgo, Polónia e Colômbia. A criação, na França, da jurisdição administrativa ou contencioso administrativo é justificada por aspectos históricos, ligados a uma certa desconfiança em relação aos juizes de direito comum, representados pelos antigos parlamentos.

Entre os aspectos positivos apontados para o sistema de jurisdição dupla, estão a (i) especialização dos juizes no tocante ao Direito Administrativo, ao Direito Público e aos problemas da Administração, com destaque para a rica elaboração do Conselho de Estado da França; e a (ii) simplificação da jurisdição administrativa, com maior agilidade nos procedimentos, o que é controvertido na doutrina francesa.

De outro lado, o principal aspecto negativo diz respeito à existência de conflitos de competência entre a jurisdição administrativa e a jurisdição comum, o que impõe a criação de um órgão específico para a repartição das competências – no caso francês, o Tribunal de Conflitos –, que pode retardar a solução dos casos.

Nos sistema misto, como explicitado, estão inseridos os ordenamentos em que um único tribunal representa o último grau para os litígios administrativos e os demais, embora existam vários outros critérios de identificação. Não há um padrão predeterminado para o sistema misto: há severas variações de lugar para lugar. São exemplos: Espanha, Suíça, Hungria, Romênia, Eslovênia e Estônia.

Finalmente, no sistema de jurisdição una, o julgamento de litígios em que a Administração é parte compete aos juizes e tribunais comuns, admitindo-se varas especializadas, mas inseridas entre os órgãos de uma única ordem de jurisdição. É o sistema do Brasil, dos países anglo-saxônicos (Estados Unidos e Irlanda, por exemplo) e de muitos países latino-americanos, como a Argentina.

Como pontos negativos do sistema de jurisdição una, são invocados a não especialização dos juizes, o que dificultaria a compreensão adequada das questões referentes à Administração Pública, e a sobrecarga trazida ao Judiciário pelas ações contra a Administração.

Em decorrência do fortalecimento do controle judicial, ampliaram-se os remédios constitucionais de correção da atividade administrativa. Assim, a par da utilização dos vários tipos de ação previstos na legislação ordinária especializada, para impugnar os atos da Administração, prevê a Constituição o mandado de segurança individual, o *habeas data*, o *habeas corpus*, o mandado de injunção, como garantias de direitos individuais. E, ainda, o mandado de

segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública, como garantias de interesses coletivos ou difusos.

Merecem especial registro, ainda, a ampliação das hipóteses de cabimento da ação popular (artigo 5º, LXXIII) e a recepção, pelo Texto Constitucional, da ação civil pública (artigo 129, III), as quais, por dizerem respeito à proteção de direitos metaindividuais, privilegiam a cidadania, e podem constituir-se em efetivos mecanismos de controle objetivo da Administração.

Evidencia-se também da leitura da Carta de 1988 o papel de relevo conferido ao Ministério Público, caracterizado como uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A Constituição atual aproximou o Ministério Público do cidadão e, nessa dimensão eminentemente social, liberto de inúmeros vínculos com o Poder Executivo, cabe-lhe unir-se a outras forças e meios para combater os abusos da Administração Pública.

De outra parte, a Carta de 1988 também prestigiou a função do advogado, considerado figura indispensável à administração democrática da justiça, um elemento técnico propulsor do funcionamento do Poder Judiciário.

2.4. Limites intrínsecos e extrínsecos do controle jurisdicional das atividades administrativas

Para que o controle jurisdicional possa continuar gozando do prestígio que tem, é preciso avançar. É caminho sem volta o abandono da fórmula de controle jurisdicional calcado em legalidade formal.

O tema é bastante delicado na exata medida em que não é dado ao juiz substituir o

administrador em seu juízo regular e estrito de oportunidade e conveniência. Não fosse assim, mediante a usurpação de típicas funções do Poder Executivo, haveria um inchaço do Poder Judiciário, em flagrante ofensa ao postulado da separação de poderes do Estado. É evidente que o Judiciário deve controlar o Executivo, mas tal controle não pode chegar a ponto de inviabilizar o funcionamento regular do segundo.

Classicamente, a preocupação primordial com o controle prendia-se ao exame da legalidade objetiva da atividade da Administração. Depois, a preocupação transportou-se para outros tipos de controle, como o controle da eficiência, mencionado no direito brasileiro por Caio Tácito (1967) (MEDAUAR, 2012, p. 15), para quem, “na medida em que o Estado assume a prestação direta dos serviços de teor econômico ou assistencial, o interesse e mesmo a sobrevivência de grande número de indivíduos passa a depender da eficiência da Administração e não apenas de sua legalidade”.

Hoje em dia o controle jurisdicional deve se dar, naturalmente, a partir dos princípios constitucionais e infraconstitucionais regentes das atividades administrativas. A Constituição de 1988, em seu art. 1º, após a reafirmação explícita de que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, estabeleceu, como seus fundamentos, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Adotou, assim, com tais fundamentos, os quatro princípios básicos que identificam a sua natureza: o princípio do Estado Democrático, o princípio do Estado Federativo, o princípio do Estado Social e o princípio do Estado de Direito.

A partir dessa gama de valores fundamentais e do catálogo dos direitos e garantias individuais e coletivos, são estabelecidos os princípios específicos a serem observados por toda a

Administração Pública, os quais funcionam como uma última reserva para a revisão das decisões administrativas. Nesse sentido, o *caput* do art. 37 da Carta brasileira determinou à Administração Pública obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Outros princípios mereceram, igualmente, consagração constitucional: uns, por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, *caput*; outros por neles estarem abrigados logicamente; outros, ainda, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito, e, pois, do sistema constitucional como um todo. Recentemente, veio a ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, por força da Emenda Constitucional nº 19, de 1988, mais um princípio, o da eficiência, a balizar toda e qualquer atuação da Administração Pública.

Cabe mencionar, ainda, dentre muitos, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; o princípio da continuidade do serviço público; os princípios da finalidade, da indisponibilidade pela Administração dos interesses públicos, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e o princípio da responsabilidade civil do Estado por condutas administrativas, os quais, ou são inerentes ao princípio da legalidade e se fundamentam nos mesmos preceitos constitucionais, ou dele são desdobramentos necessários.

É possível afirmar, então, à luz da nossa realidade constitucional, que tanto a atuação quanto o necessário controle da eficiência dessa atuação hão de ser feitos, necessariamente, com a verificação do cumprimento dos princípios derivados da opção constitucional pelo Estado Democrático de Direito. O administrador deve executar as políticas governamentais determinadas em lei sem arranhar os princípios que regulam a sua atividade e que se encontram

constitucionalmente consagrados a partir da adoção do Estado Democrático de Direito.

E o Poder Judiciário, conseqüentemente, no exercício constitucionalmente assegurado de revisão de uma atividade administrativa cada vez mais calcada numa legalidade ampla, ideologizada, haverá de aquilatar se, diante dos princípios, o administrador se portou bem ou se, ao contrário, tem contas a prestar.

O cenário é certamente, desafiador, difícil e complexo, mas absolutamente necessário para que se confirme a fórmula do verdadeiro Estado de Direito.

2.5. O controle jurisdicional de uma Administração Pública cada vez mais comprometida com a ordem jurídica justa

Uma Administração Pública crescentemente comprometida com o justo exige um controle jurisdicional a ser exercido sob novos moldes. Postula-se, assim, a desejável ruptura com comportamentos impróprios da Administração Pública, estimulando-se, impositivamente, comportamentos públicos atentos ao que é certo e justo. Deverá, então, o administrador cumprir os princípios que regulam a sua atividade e que se encontram constitucionalmente consagrados, o que demanda uma solução de equilíbrio.

Ganha, pois, relevo a aplicação do princípio da razoabilidade, como um dos principais limites à discricionariedade administrativa. Reconhece-se que uma providência administrativa desarrazoada – em que se configure a falta de proporcionalidade entre os meios e os fins, diante dos fatos (motivos) ensejadores da decisão administrativa – estará desconforme com a finalidade da lei e, assim, violará o princípio da legalidade, do qual a finalidade não é mais do que uma inerência.

Pode-se, em conseqüência, afirmar que as escolhas administrativas, que atendam de forma

razoável ao interesse público, se conformam ao adequado exercício do dever discricionário – e, sendo assim, é insindicável pelo Judiciário. Tal assertiva não permite concluir, todavia, que o resultado do exercício da discricionariedade, no que este venha a exorbitar da ordem jurídica, fique interditado ao controle judicial, dado que tal controle será de legalidade, e esta é uma tarefa típica e inafastável do Judiciário.

De outra parte, se o controle da atividade administrativa, quando vinculada, não se reveste de maior complexidade técnica – até porque, não adotada a solução legal, haverá invalidade –, o controle da atividade resultante de apreciação discricionária exige técnicas específicas, diversificadas, ligadas ao controle dos elementos ou dos pressupostos vinculados (presentes em qualquer ato administrativo), ao controle do desvio de poder e ao controle dos motivos e da motivação do ato administrativo.

Tais técnicas de controle dizem sempre respeito à questão da legalidade, que, em um Estado Democrático de Direito, está impregnada de todo um conteúdo axiológico, no que se contêm outros princípios constitucionais fundamentais, a que se deve submeter toda a Administração. Sendo assim, não se afastará o julgador da sua função precípua, ao invalidar atos administrativos, ainda que decorrentes de apreciação discricionária, sempre que o agente público vier a: i) desconsiderar elementos ou pressupostos estabelecidos em lei, como ocorre na definição da competência; ii) desgarrar-se da finalidade legal, em decorrência do mau uso da competência; ou iii) mal valorando os motivos do ato, adotar providência que não se contenha nos limites do razoável.

Se assim o fizer, não estará o julgador adentrando o mérito administrativo, o núcleo das opções razoáveis que dizem com a apreciação discricionária – o que seria inconstitucional, pois configuraria invasão de competência privativa do administrador. Tampouco estará redefinindo o interesse público, eis que este cabe ser definido pelo Congresso. Diferentemente, estará apenas cumprindo o seu papel social, de conformidade com o desejo do titular do poder, o povo, segundo cânones constitucionais.

3. Algumas ideias e conclusões

Diante da crescente democratização da Administração Pública, exigência do chamado Estado Democrático, e de sua submissão concreta aos princípios e valores constitucionais derivados do nosso modelo de Estado de Direito, são feridos de morte alguns dogmas ainda hoje repetidos, com certa frequência, como fórmulas mágicas jurisprudenciais, entre eles o de que o Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da Administração, constitucionalmente assegurado, não pode ultrapassar

as balizas da legalidade formal, sob pena de usurpação de competência do Poder Executivo.

É fato que, na sua concepção originária, o princípio da legalidade esteve vinculado à separação de poderes como oposição às práticas do período absolutista.

A legalidade do Direito Público, historicamente considerada, por muito tempo traduziu uma supremacia real do Poder Legislativo, em relação aos Poderes Executivo e Judiciário, carentes de maior musculatura. A legalidade, então, revelava uma justificável supremacia política, com reflexos jurídicos, da lei sobre os atos e medidas administrativas. E, com a submissão da Administração Pública à lei, o poder tornava-se objetivado. Obedecer à Administração era, então, rigorosamente igual a obedecer à lei e ao Parlamento, ou seja, ao povo, titular de “todo” o poder político, que havia e há de ser exercido em seu nome. Nunca à vontade instável do Administrador e tampouco aos caprichos dos “ditadores de plantão”.

No contexto contemporâneo, como adverte Odete Medauar (2011, p. 130), embora persista a ideia de lei como “simples” garantia contra abusos, novos influxos fazem-se sentir – e não podem ser desprezados pelo estudioso fiel – entre os quais, a “sacralização da legalidade”, com reflexos na criação do chamado “legalismo”, e o agigantamento do Poder Executivo. Percebe-se certo desgaste da clássica doutrina da separação dos Poderes, pedra de toque do chamado Estado de Direito, ou, pelo menos, descortina-se a necessidade de um novo olhar sobre a divisão de tarefas entre Executivo, Legislativo e Judiciário, mormente no ambiente do chamado Estado Social.

No mundo de hoje, com foco na realidade brasileira, o Executivo predomina sobre o Legislativo e a lei deixou de representar a vontade geral para se transformar na vontade de parlamentares “garroteados” pelo Executivo. A fórmula originária da separação dos poderes, então, magistralmente sistematizada por Montesquieu, já não se ajusta, numa espiral crescente, à realidade política-institucional dos Estados contemporâneos. Tampouco à do Brasil.

Com o advento do Executivo eleito diretamente, não mais se justifica a supremacia do Legislativo. Há, por assim dizer, choque de legitimações, ambas advindas das mesmas urnas. Ademais, a ampliação das funções do Estado, cada vez mais numerosas e complexas, inclusive no âmbito social e econômico, colocou na força a lentidão do processo legislativo. O Executivo passou, inclusive, a ter atividade legislativa (normativa) intensa.

Qualquer tema de Direito Administrativo, inclusive o do controle jurisdicional sobre a Administração, só pode ser divisado quando bem compreendida a noção contemporânea de Estado de Direito, com maior respeito da Administração a princípios e valores de índole constitucional,

sobretudo na mira do reconhecimento de direitos fundamentais. Enlaçando tais ideias, forçoso concluir que atividade administrativa alguma pode retirar sua legitimidade de uma legalidade apenas aparente, retórica, semântica. O administrador, mais do que nunca, é escravo não da lei, mas da ordem jurídica justa.

E a escravidão do administrador é o preço (módico) de uma real e verdadeira justiça administrativa, crescente e substancialmente garantida por um controle jurisdicional robusto, atento e certo, pronto a corrigir imperfeições, a impedir desmandos e desgovernos e, em maior grau, a garantir a missão que lhe impôs, de acordo com o texto constitucional, o Estado Democrático e Social de Direito brasileiro.

Referências

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Panorama geral do direito da responsabilidade “civil” da administração pública em Portugal. In: LÓPEZ-MUÑIZ, J. Luis Martínez; VELÁZQUEZ, Antonio Calonge. *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*: III coloquio hispano-luso de derecho administrativo. Madrid: Marcial Pons, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 919, maio 2012.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Lisboa: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARDUCCI, Michele. *Por um direito constitucional altruísta*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial, Patrick Lucca da Ros e Cristina Lazzaroto Fortes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de serviços públicos na perspectiva da constituição econômica brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. 9. ed. Lisboa: Âncora, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.
- ENTERRIA, Eduardo García de; FERNADEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, jul. 2004.
- FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo código civil*: volume XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco. Rio de Janeiro: Forense, 2003a.
- _____. *Comentários ao código civil*: parte especial: direito das coisas: vol. 15 (arts. 1.277 a 1.368). São Paulo: Saraiva, 2003b.
- FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milão: Giuffrè, 1953.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo*: fundamentos de ética jurídica. Madri: Civitas, 1985.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MARINS, James. *Direito processo tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. *Controle da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. Administração pública ainda sem democracia. *Problemas Brasileiros*, São Paulo, v. 23, n. 256, p. 37-41, 44-53, mar./abr. 1986.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Pareceres de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo*: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e estado*: o direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- _____. (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática*: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SIMÕES, Mônica Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Tácito, Caio. O controle da administração e a nova Constituição do Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 90, p. 23-9, out./dez. 1967.

Democracia e internet

A revolução digital e os desafios à representação política

FÁBIO CESAR DOS SANTOS OLIVEIRA

Sumário

Introdução. 1. Democracia representativa e os desafios do mundo contemporâneo. 2. A democracia representativa ainda será relevante no século XXI? 3. A internet e os seus usuários. 4. Internet e o exercício da cidadania. Conclusões.

Introdução

No quarto trimestre de 2010, quase 74 milhões de brasileiros tinham acesso à internet – um acréscimo de 10% em comparação com o mesmo período do ano anterior¹. O aumento do número de usuários foi acompanhado pelo maior tempo de acesso: em 2010, os brasileiros mensalmente passavam em média 32 horas conectados, 25 horas a mais em comparação ao dado obtido no início da década (RESENDE; CHAGAS, 2011, p. 1). O resultado dessas pesquisas, por si já expressivo ao revelar a importância que a internet passa a ter no cotidiano de milhões de pessoas em curto período de tempo, também tem relevância se associado à dinâmica trazida pela mudança dos padrões de comunicação e de transmissão de informações relacionados à rede mundial de computadores.

A evolução das comunicações deu-se mediante o aumento da velocidade da difusão de dados e mensagens. Da imprensa escrita às trans-

Fábio Cesar dos Santos Oliveira é juiz federal e Secretário-Geral do CNJ. Mestre em Direito pela UERJ e doutorando em Direito na USP. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

¹ O número corresponde à estimativa de brasileiros com acesso à internet em domicílio, no trabalho ou em locais de acesso privado e público. Os dados foram divulgados em pesquisa realizada pelo IBOPE Nielsen Online entre 20/2009 e 3/10/2010 em São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Recife, Salvador, Porto Alegre, Curitiba, Brasília, Fortaleza, Florianópolis e Campinas, tendo sido realizadas mais de 17 mil entrevistas em um universo de ambos os sexos com 10 anos ou mais.

missões televisivas internacionais, os veículos de mídia notabilizaram-se pela ampliação do alcance do número de receptores de informação e pelo acesso mais ágil à notícia. A participação da mídia na formação das opiniões e convicções sociais também denota uma sobreposição às formas tradicionais de diálogo e interação comunitária. A opinião pública não é mais um reflexo de tradições e padrões morais transmitidos pela linguagem oral ou amoldados nos polos tradicionais de formação de ideias em uma comunidade.

A progressiva ampliação dos veículos de comunicação de massa enfrentava, porém, limites gerados pelas elevadas despesas para instalação e manutenção. O pequeno número de jornais e empresas de rádio e televisão não era um incentivo para que eles se tornassem permeáveis à participação popular na definição de sua pauta. Restrito o número de veículos capazes de ingressar no mercado dispendioso da comunicação social, era factível a probabilidade de a organização deles reiterar um projeto da exclusão da pluralidade de opiniões. Essa possibilidade aliava-se à tendência de concentração da propriedade desses veículos por poucos grupos, o que poderia desfavorecer a disseminação de posicionamentos que não refletissem o amplo espectro das divergências encontradas nos segmentos sociais.

Em meio a esse cenário, o avanço na utilização dos recursos da rede mundial de computadores para a difusão de informação gera inúmeras questões. Os seus usuários aumentam progressivamente e tendem a dispor de formas de conexões mais acessíveis e baratas, quando comparadas às dificuldades enfrentadas nos anos iniciais de sua instalação. As fronteiras para a transmissão de informação são mais porosas e mesmo as tentativas de censura são fragilizadas pelas brechas encontradas por opositores a governos nacionais não democráticos

(ROSENFELD, 2010, p. 685). São, portanto, maiores as chances de obtenção de informação por fontes diferentes, com filiações político-partidárias distintas, assim como são maiores as possibilidades de os cidadãos, em páginas pessoais, redes sociais, blogs e envio de mensagens abertas, explicitarem suas insatisfações, reivindicações e propostas. Em uma perspectiva teórica, a potencial ampliação da participação política fomentada pela internet tornaria mais próxima a realização do ideal da democracia direta, uma vez que seria disponível a todos os cidadãos a manifestação explícita de suas posições sobre as questões políticas, pontuais ou mais abrangentes, que lhes dissessem respeito e afetassem diretamente suas vidas e a condução de seus países – o que ensejaria a possibilidade de uma gestão política intermediada eletronicamente, um *E-government* (ROY, 2003, p. 3).

Sob as inovações trazidas pela internet, o artigo pretende analisar se a ampliação do acesso à comunicação e a disponibilidade crescente de informações são fatores decisivos para a modificação dos padrões de vivência democrática, especialmente no Brasil. Alicerçada no conceito de representação, a experiência democrática contemporânea seria sensível a essas inovações por tornarem mais estreitos os elos entre representantes e eleitores, o que, a princípio, faria com que o ideal de democracia direta ganhasse perfil mais concreto, porque teria sido encontrado o instrumento que ultrapassa as dificuldades fáticas inerentes à manutenção dos cidadãos em constante assembleia deliberativa. Contudo, a hipótese ora adotada é dicotômica em face dessa perspectiva. À pergunta relacionada à possibilidade de a internet ser o instrumento para tornar desnecessária, ou menos relevante, o exercício da democracia representativa, cogito de uma resposta negativa.

Essa hipótese é assim apresentada, porque a manutenção da democracia representativa

não se explica pela ausência de mecanismos de promoção eficiente e diuturna da democracia direta, mas em razão de dificuldades inerentes ao processo de deliberação majoritária gerarem, sem a intermediação de instituições representativas, resultados que possam realizar e conservar os princípios sobre os quais se fundamenta o regime democrático. Para aferir a correção da hipótese, serão apresentados os principais elementos do regime democrático representativo. Em seguida, pretendo discutir como a internet pode modificar a forma do relacionamento entre os políticos e os eleitores, e se as experiências de movimentos, organizados por meio da rede mundial de computadores, revelam a capacidade de eles se sobreporem aos mecanismos tradicionais de representação política e se a influência que eles exercem pode infirmar a relevância da democracia representativa.

1. Democracia representativa e os desafios do mundo contemporâneo

As transformações socioeconômicas observadas nas últimas décadas do século XX impulsionaram uma renovada análise da democracia representativa centrada na possibilidade de manutenção de seus paradigmas, uma vez modificado o contexto que deu suporte ao seu avanço. Observou-se, então, que: i) a crise do Estado de bem-estar social infirmava as políticas de redistribuição como ponto de apoio das democracias de massa; ii) a informalidade do mercado de trabalho e o avanço do capitalismo financeiro modificaram as bases sobre quais os interesses dos trabalhadores eram expressos, o que erodia a força do sindicalismo como forma de representação dessas reivindicações e a concepção de partidos políticos como veículos de expressão da clivagem entre trabalho e capital; bem como iii) a “ordenação estável das preferências dos eleitores”, antes desempenhadas pelos partidos políticos, compreendidos como esfera de reunião de propostas afins para expressão mais enfática delas no debate político, foi substituída por veículos de comunicação, que abreviam o contato entre os eleitores e os políticos (LAVALLE; ARAÚJO, 2006, p. 9).

A modificação dos parâmetros que informavam os mecanismos tradicionais de representação revela, também, que a ampliação da participação de novos atores próximos aos centros de decisão, especialmente no Poder Executivo, evidencia o interesse de segmentos da população em influenciar o processo de deliberação, o que, por via transversa, denuncia a possibilidade de constituir-se uma sociedade progressivamente fragmentada, cuja identificação das ações que promovam o bem comum seja cada vez mais difícil. A agregação de interesses, por vezes transitórios, escapa à estrutura burocrática das instituições políticas historicamente

consolidadas e, por conseguinte, cria vias alternativas ao governo e ao parlamento como espaços apropriados à reivindicação de propostas políticas (CAMPILONGO, 1988, p. 52-53).

O desenvolvimento da tecnologia da informação, especialmente pelo avanço da internet, é fator que nutre esse debate sob uma nova ótica, graças à possibilidade de os cidadãos externarem de forma imediata sua reprovação ou adesão às políticas adotadas, bem como por permitir que eles estabeleçam laços com pessoas que adotem posições afins, conferindo maior poder de influência nas deliberações que venham a ser adotadas. As mídias tradicionais – televisão, rádio e imprensa –, por demandarem estruturas custosas e ocasionalmente terem seu funcionamento dependente da concessão de licenças, podem ser mais suscetíveis a influências de grupos políticos e econômicos dominantes, o que poderia cercear o surgimento de posições contrastantes àquelas aceitas por eles. A maior dificuldade de serem estabelecidos meios de inibição do debate ou da propagação de opiniões oposicionistas na internet é dado que não pode ser ignorado na reflexão sobre a democracia representativa no século XXI, especialmente quando se pretender estudar a luta contemporânea contra regimes autocráticos e a organização de manifestações populares nos canais disponíveis pela rede mundial de computadores. Todavia, se a liberdade de expressão é ampliada, disso não decorre o estabelecimento de um diálogo mais aberto entre posicionamentos divergentes, especialmente se confirmada a hipótese elaborada por estudiosos da comunicação (WILHELM, 2000, p. 11) quanto ao uso da internet para a propagação e o reforço de posicionamentos já adotados pelos cidadãos, que não veriam a disponibilidade de distintas fontes de informação como meio idôneo à reflexão e à revisão de suas opiniões prévias.

O avanço de meios alternativos de expressão da vontade política denota, portanto, o interesse de a sociedade civil participar mais ativamente do processo decisório a par das instituições tradicionais de representação. O anseio pela “democratização da democracia” (LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, 2006, p. 76), ainda que externe a sua consolidação como via adequada para a exposição de reivindicações políticas divergentes, acentuaria a insuficiência dos mecanismos ordinários de representação, pois abrangeria propostas de participação direta nas instâncias de deliberação, o que, em uma primeira leitura, indicaria o esgotamento de instrumentos pensados para evitar-se os riscos da deturpação do princípio majoritário, como ocorreu na concepção da representação proporcional, vista como recurso para impedir a supressão das minorias nos embates legislativos (LOEWENSTEIN, 1986, p. 340).

Organizações não governamentais para o controle do exercício do poder, fiscalização da administração pública e associações civis para a

reunião de interesses coincidentes revelam o intuito de segmentos da sociedade em abordar temas deficientemente tratados nos âmbitos corriqueiros da representação política, seja por terem traço acentuado de especificidade, conformarem propostas de minorias ou grupos incapazes de bem articular seus interesses junto às instituições políticas pouco suscetíveis a essas reivindicações, ou exprimirem problemas emergentes ainda ignorados pelos representantes políticos. Entretanto, o resultado positivo dessas iniciativas, cada vez mais vigorosas no início do século XXI, não deve obscurecer alguns desvios encontrados se observado que a defesa de interesses particulares pode ser instrumento prejudicial à persecução do bem público, especialmente se a capacidade de influência, em matérias que não cinjam o debate relacionado a direitos fundamentais, possa sobrepor-se ao posicionamento adotado pela maioria dos eleitores, bloqueando-se a possibilidade de alteração de um *status quo* e concedendo tratamento privilegiado a um pequeno grupo, por permitir que detenham influência maior do que aquela conferida à maioria dos votantes. A perspectiva deletéria é enfatizada se grupos de pressão estiverem imunes a qualquer tipo de controle e tenderem à reprodução da “desigualdade de acesso ao sistema político”, caso constatado que os seus debates são centrados na defesa de propostas que os privilegiem exclusivamente (LAVALLE; HOUTZAGER; CASTELLO, 2006, p. 75).

2. A democracia representativa ainda será relevante no século XXI?

O avanço tecnológico das comunicações, a emergência de novos problemas sociais e o surgimento de novas formas de organização de segmentos da sociedade civil não são, no início do século XXI, fatores suficientemente fortes para

infirmar a democracia representativa. De fato, a dispersão dos centros de decisão políticas e o enfraquecimento dos partidos políticos, como espaços de intermediação imprescindível entre eleitor e representante, lançam uma nova reflexão sobre os procedimentos a serem empregados para que a democracia representativa se dê em bases efetivas. No entanto, a crítica que lhe é feita para advogar a prevalência da democracia direta não afasta os argumentos contrários à sua realização prática e aos resultados que podem dela advir. O acesso mais rápido às opiniões e vontades do eleitor, graças ao desenvolvimento da internet e dos meios de comunicação de massa, não supera a constatação de que a igualdade política não conduz a uma inequívoca igualdade de influência (YOUNG, 2006, p. 145). Dada a diferença entre a capacidade retórica dos cidadãos, a representação formal melhor promoveria a igualdade política dos cidadãos, pois, nessa hipótese, são estabelecidas regras públicas sobre como a representação se opera e como os representantes podem ser responsabilizados.

A defesa da democracia representativa é, porém, feita com novo vigor quando Nadia Urbinati a destaca da mera função de representação pontual do eleitor nos debates políticos e a transpõe para uma concepção circular e perene desse processo entre instituições e sociedade. A representação política não estabeleceria um diálogo entre o representante e o representado restrito aos debates eleitorais, mas uma relação dinâmica, por meio da qual os cidadãos tornam “o social político” e conferem maior importância ao “processo de autorização” em contraposição ao “ato de autorização” (URBINATI, 2006, p. 203). Esse dinamismo ininterrupto, baseado na comunicação entre representante e representado, torna evidente que o voto, na democracia representativa, não é apenas a manifestação de uma preferência insulada e discreta, tal como poderia ser observado na democracia direta,

mas a consolidação de uma opinião amadurecida ao longo de uma linha histórica, baseada na responsividade e na congruência de propostas (URBINATI, 2006, p. 211).

Entretanto, a verificação dessas condições não deve ignorar que as dificuldades enfrentadas pela democracia não têm origem exclusiva na mudança da conjuntura econômica ou nos novos parâmetros das relações de trabalho. As críticas feitas, em grande medida, radicam em deficiências internas presentes no processo de tomada de decisão política em países com estruturas administrativas complexas e, principalmente, na percepção de que, por vezes, os representantes políticos agem de forma dissociada da perseguição do interesse da coletividade para a realização de propósitos pessoais, que não se exaurem na recondução a um novo mandato, mas que são conformados pelas pressões de grupos mais bem articulados e que podem, de forma mais contundente, ver acatados seus posicionamentos a respeito de matérias tratadas pelo Poder Público.

Diante desse quadro, a pergunta inicialmente feita sobre a relevância da internet para o processo democrático é retomada. Os recursos disponíveis na internet são muitos e diariamente novos programas são desenvolvidos para fazer com que o uso da rede mundial de computadores seja mais frequente e presente em nosso cotidiano. Por permear os ambientes do trabalho, da morada e, progressivamente, da intimidade, a internet é vista como motor de um avanço tecnológico que traz elemento novo nas relações sociais e humanas. A preocupação em descobrir um denominador comum a essas alterações é, porém, um empecilho para uma avaliação mais eficiente, por meio da qual a evolução digital não seja identificada exclusivamente como um marco, que exija o desenvolvimento de uma nova teoria, mas como ponto a partir do qual as características das relações humanas

e sociais ganhem novos traços de destaque, em detrimento de outros aspectos cuja relevância se perde (BALKIN, 2004, p. 2).

Jack M. Balkin, em ensaio sobre a revolução digital e a cultura democrática, identifica quatro fatores importantes que influenciam o modo como essas novas formas de distribuição, armazenamento e produção de informação modificam as práticas da liberdade de expressão: redução de custos, que permite a um grande número de pessoas transmitir e publicar suas opiniões de forma barata e ampla; acesso a uma estrutura para informação ilimitada, o que antes era apenas possível para grandes empresas comerciais; diminuição dos custos de transmissão e distribuição de informação devido à criação de um padrão comum de armazenamento e codificação; e democratização dos discursos, uma vez que as tecnologias de distribuição e transmissão são postas à disposição de um número crescente de pessoas e segmentos sociais (BALKIN, 2004, p. 6-8). A reunião desses elementos revela que a rede mundial de computadores oferta aos seus usuários instrumentos para difusão de opiniões, informações e dados que antes eram escassos e pouco conhecidos, especialmente por que, em regra, a extensão do público receptor dessas mensagens era proporcional aos gastos arcados com a manutenção de estrutura dispendiosa, restrita a poucos.

A possibilidade de os receptores da comunicação serem agentes efetivos da difusão não mediada dessas mensagens eliminaria a necessidade de intermediação feita por grandes veículos de massa para que o conteúdo dela se expandisse para além de limites geográficos e culturais restritos, o que enfraqueceria o poder que os canais tradicionais de comunicação de massa têm de selecionar o que deve ser transmitido e, por conseguinte, de cercear a possibilidade de acesso a novas discussões ou de influência do público na definição do que deva

ser informado². A expectativa de maior interação, por meio da abertura de um novo fórum ampliado de discussão, fomenta múltiplas possibilidades de uma experiência política democrática mais próxima aos eleitores e, por conseguinte, mais responsiva e permeável às suas decisões, deixando entrever a construção de uma sociedade mais engajada, que poderia produzir melhores resultados no processo de tomada de decisões. A conclusão, de início plausível, requer uma reflexão mais atenta.

A visão otimista sobre a colaboração da internet para o incremento do processo democrático pressupõe que os obstáculos atuais podem ser por ela superados, sem que se questione se os novos instrumentos disponíveis pela rede mundial de computadores apenas reproduzirão as formas de funcionamento das práticas políticas atuais ou se eles são capazes de modificar as formas de atuação e os fundamentos sobre os quais se assenta a democracia representativa. O exame a ser feito contém em si a discussão sobre se os novos recursos relacionados à maior facilidade para transmissão de mensagens, com menores despesas, são capazes de modificar o poder de interferência dos cidadãos no processo de tomada de decisões políticas ou se a criação de uma mídia mais acessível à interação entre os receptores e os emissores de mensagens apenas reproduzirá as práticas já existentes no convívio político.

A indagação não se coloca de modo isolado na análise que seja feita sobre a influência das inovações tecnológicas sobre a democracia, especialmente por revelar que uma maior responsividade dos representantes para com os eleitores ou um nível mais elevado de participação popular em decisões políticas pode denotar um índice falho de aferição da qualidade do exercício da cidadania, se este é feito de maneira alheia a discussões de ideias conflitantes ou pouco suscetível a posições divergentes. Nesse cenário, o uso da internet seria feito para reforço de pré-compreensões já formadas e a busca de informações seria direcionada para esse intuito, o que tornaria pouco provável a utilização da internet como arena de discussão entre ideias opostas.

Essa situação é agravada se considerado que o armazenamento de informações pessoais a respeito do usuário da internet pode ser feito sem o seu explícito consentimento. A internet, originalmente, diferenciava-se de outros meios de comunicação por estabelecer nova relação entre o transmissor e o receptor da informação. Nos veículos convencionais, o transmissor definia unilateralmente o seu conteúdo; entretanto, no ambiente digital, o receptor pode fornecer critérios para que sejam filtradas

² Stephen Coleman vale-se da metáfora do megafone, como objeto de transmissão dedicado a uma narrativa monológica para uma audiência não interativa (COLEMAN, 2005, p. 180).

e selecionadas as informações que tendem a interessá-lo mais, razão por que se cogitou que a inteligência na definição do dado veiculado poderia ser repartida entre o transmissor e o receptor (NEGROPONTE, 1995, p. 25). Contudo, a facilidade na identificação das preferências do usuário da internet, mediante a preservação dos dados inseridos em suas pesquisas ou visitas anteriores a sítios eletrônicos, tornam as buscas futuras direcionadas à confirmação dos padrões já lançados anteriormente. Assim, se as notícias em destaque na página inicial do servidor de acesso ou a publicidade veiculada se aproximam do perfil construído a partir dos dados previamente incluídos pelo usuário, também os resultados das pesquisas feitas em sítios de busca revelarão resultados afins às seleções já conhecidas pelo programa. A leitura dos termos relacionados nas políticas de privacidade de sítios de busca³ confirmam essa afirmação, com base na qual é possível concluir que dois usuários da internet obterão resultados distintos, ainda que insiram os mesmos parâmetros para pesquisa, se eles já tiverem externado – ao informarem dados para criação de e-mails ou nas pesquisas que fizeram anteriormente em um mesmo computador – dados que indiquem como se comportam, quais são seus gostos e o que preferem.

Dessa forma, entendem-se os desdobramentos da disponibilidade desses dados a empresas e organizações políticas que podem, tal como feito na publicidade, direcionar propaganda ou o resultado de buscas em ferramentas de pesquisa que se amolde com o perfil das preferências já explicitadas. A constatação de que, mesmo

³ A preservação desses dados está, por exemplo, associada ao IP (*Internet Protocol*), código usado para recepção das informações acessadas em buscas na internet, ou a um *cookie* (pequena quantidade de dados armazenada em um computador para identificar o navegador durante a interação em sítios eletrônicos). O manejo dessas informações é explicitado na política de privacidade do Google.

nas hipóteses nas quais o usuário procure informações genéricas, haja a apresentação de resultados afins aos seus acessos anteriores na internet faz com que o diálogo digital seja restrito a partidários de posições comuns e pouco suscetível à procura de consenso entre cidadãos com convicções políticas divergentes⁴.

Os dois campos de discussão abertos pelas perguntas lançadas para a confirmação da hipótese inicialmente elaborada dão ensejo a uma vasta possibilidade de pesquisas empíricas que analisem os dados revelados pelos usuários da internet, a influência deles nas eleições e nas posições assumidas por políticos em debates controversos. Porém, os limites do presente artigo são estreitos e, portanto, a partir de pesquisas já efetuadas, serão feitos cortes para dar suporte às conclusões finais. Nesse sentido, para aferir se a internet apenas reflete o ambiente político externo à esfera digital, é importante saber se os usuários mais frequentes da rede mundial de computadores em visitas a sítios eletrônicos, blogs ou grupos de discussão de temática política têm o mesmo perfil dos eleitores mais ativos fora desses fóruns. Uma perspectiva útil será observar se nas eleições para Presidente da República no Brasil, realizadas em 2010,

⁴ “*With new media, both political and commercial organizations conduct surveillance of citizen opinion on public policy questions. Even though individuals’ identities and opinions are bought and sold in the open electronic marketplace, the technologies that allow indirect inference about opinions make it less necessary for political organizations to attend to freely voiced views. Customizing political and commercial messages is an old marketing trick, but the degree of tailoring possible with new media is so much more powerful that political information today is a significantly different product. / Customizing political messages to the degree possible with new media reduces the quality and quantity of shared text in the public sphere, restricting our future supplies of political information based on assumptions about the opinions and identities of our past. Increasingly, an important part of our political participation occurs somewhat beyond our control, co-opted into a highly privatized and often covert sphere, one that trades, channels, and filters our political information, thus denying a forum for its direct, free, and deliberate debate*” (HOWARD, 2005, p. 167-168).

as pesquisas de opinião revelavam resultados semelhantes ou de iguais tendências aos posicionamentos indicados por medidores de visitas ou mecanismos de pesquisa da rede mundial de computadores.

Por outro lado, para avaliar se a internet enseja a possibilidade de uma discussão política mais ampla, pretendo analisar se os visitantes de sítios eletrônicos ou blogs dedicados a assuntos políticos que estejam diretamente vinculados a determinadas posições são mais visitados por partidários de iguais ideias. Com isso, também se procurará saber se a característica mais saliente do debate político travado na internet é a aglutinação de opiniões já convergentes ou o aprofundamento de discussões em cenários mais suscetíveis à apresentação de posicionamentos opostos.

3. A internet e os seus usuários

A disponibilidade de novos recursos tecnológicos diminuiu os custos para transmissão de informações, quando comparados com os gastos despendidos pelos grandes veículos de comunicação de massa. Contudo, o acesso à internet e a aquisição de computadores abarcam custos que, embora estejam em declínio, são superiores às despesas usuais de manutenção pessoal, o que poderia evidenciar, ao menos no estágio atual, que o uso da internet possa reproduzir a proporção de distribuição de riqueza em um determinado país e acarretar uma desigual capacidade de influência no exercício do poder político se estabelecida a relação de que a internet é capaz de influenciá-lo e pessoas com maior poder aquisitivo são os seus maiores usuários.

Além da renda, o uso da internet requer conhecimentos de informática e a habitualidade com códigos de comunicação que são novos e, por conseguinte, poderiam inibir pessoas acostumadas com formas mais tradicionais

de linguagem a se animarem a aprender essas novas habilidades. A pouca familiaridade com as ferramentas de acesso à rede, que são atualizadas em rápida velocidade, é elemento que, a princípio, pode fazer com que a faixa etária dos usuários seja distinta do perfil dos eleitores, tornando a internet um ambiente onde a difusão dos posicionamentos dos eleitores mais jovens seja mais evidente. Entretanto, o emprego de novos códigos de comunicação não é totalmente dissociado das práticas discursivas encontradas nos debates que se travam fora do ambiente digital. As competências referentes à redação e à capacidade de articulação de ideias são tão importantes nos discursos veiculados nos meios tradicionais de mídia como nas discussões realizadas em grupos, blogs e sítios eletrônicos. A despeito da simplificação da linguagem usada geralmente na produção dos textos publicados na internet, a escrita – mais do que o áudio ou o vídeo – é ainda a principal forma de comunicação utilizada, o que tornaria plausível supor que as pessoas com mais anos de frequência escolar teriam melhor domínio dessa competência e, por conseguinte, teriam maior capacidade de influência nas discussões em que a linguagem escrita seja empregada, tais como aquelas realizadas, em maior proporção, na mídia digital.

A rapidez na difusão da informação e a facilidade na obtenção de dados para pesquisa demonstram a importância da disponibilidade de tempo para o engajamento político. A mobilização popular em torno da defesa de uma proposta, a reunião de eleitores com posicionamentos afins, a identificação dos melhores canais para a transmissão de opiniões e a definição de estratégias a fim de que a proposta possa ser incluída em deliberação pelas instituições políticas demandam tempo, recurso cada vez mais escasso nas sociedades contemporâneas. A distribuição de tempo em atividades diárias

não segue um padrão uniforme, caso a renda e o nível de escolaridade sejam usados como elementos de diferenciação. Porém, essa dificuldade não impede que a internet seja um instrumento facilitador de mobilização política e, abstratamente, seja factível supor que eleitores com menor disponibilidade de tempo – em confronto com a fração despendida em trabalho, deslocamento e atividades domésticas – usem-na com maior intensidade quando comparados com os que já se valem dos veículos tradicionais para engajamento político.

Samuel J. Best e Brian S. Krueger consideraram alguns desses elementos na apresentação de pesquisa feita pela Universidade de Connecticut em 2003 com residentes norte-americanos. Entre 1.003 participantes, escolhidos de forma aleatória por contato telefônico, foi aferido o nível de participação política mediante respostas positivas a um conjunto de questões, as quais indicaram que 14% dos entrevistados já usaram a internet para contato com um representante eleito, um administrador público ou candidato a cargo político, para expressar sua opinião sobre uma questão local, nacional ou internacional; 11% já assinaram petição ou abaixo-assinado sobre uma questão local, nacional ou internacional; e 9% já haviam utilizado a internet para persuadir alguém sobre a sua visão a respeito de uma questão política local, nacional ou internacional (BEST; KRUEGER, 2005, p. 189-190). Da análise dos dados, Best e Krueger (2005) concluíram que o acesso a internet em domicílio e conexões mais ágeis não são elementos que por si promovem uma maior atividade política, o que se justificava pelo fato de que muitos programas de internet não requerem velocidade alta para operação já considerando que muitos usuários não dispõem de conexões de alta velocidade.

A variável que mais influencia o nível de participação é a habilidade no uso das ferramen-

tas da rede mundial de computadores, o que se mostrou mais relevante do que habilidades cívicas tradicionais e a disponibilidade de tempo livre. As habilidades no uso da internet são destacadas mesmo quando feita a comparação entre gêneros, pois ainda que o maior número de usuários que se envolvem na internet para a mobilização política seja de homens, essa distribuição se inverte quando analisados exclusivamente grupos com elevada competência no manejo dessa tecnologia, contexto em que o número de mulheres é um pouco maior. A pesquisa realizada também revelou resultados importantes quando confrontada a participação por etnia e idade: brancos e, principalmente, jovens usam mais frequentemente a internet como instrumento de engajamento político.

Best e Krueger (2005) observam que uma das mais importantes correlações a serem feitas ocorre se comparados os fatores mais proeminentes de participação pela internet e nos veículos tradicionais. Embora identificada a competência para a utilização dos recursos de informática e as habilidades escritas e verbais de expressão associadas à participação cívica como as variáveis mais notáveis entre os mobilizados políticos, respectivamente, na internet e nos meios tradicionais, constatou-se uma associação positiva entre ambos os grupos, encontrando-se entre os mais competentes no uso da internet aqueles que já reúnem as maiores habilidades para lidar com os meios tradicionais de engajamento, havendo somente uma variável tão relevante se observada a faixa etária como elemento isolado para a aferição de participação política pela internet⁵.

⁵ “Because the civic skills most powerfully predict offline participation and Internet skills most powerfully predict online participation, their relationship and their comparative distribution in the population most crucially determines whether a changed pattern of participation exists. The correlation ($r=.32$) between civic and Internet skills demonstrates that those with high level of civic skills also tend to possess

As conclusões dessa pesquisa foram, em sua quase totalidade, reiteradas em apurações mais recentes. Com apoio nas respostas dadas por 10.000 pessoas nos Países Baixos, com idade entre 16 e 24 anos, ao questionário elaborado pela Escola de Pesquisa de Comunicação de Amsterdã, Tom P. Bakker e Cales H. de Vreese (2011, p. 463) afirmam que o uso da internet é um substancial indício de novas formas de participação política, havendo, porém, forte correlação entre o engajamento digital e aquele feito por meios tradicionais. Kay Lehman Scholzman, Sideny Verba e Herny E. Brady (2010, p. 499) constataram, a partir de dados reunidos em 2008 por *Pew Internet and American Life Project*, que as mudanças promovidas pela internet, no envolvimento ou na interação de cidadãos com os políticos, são mais experimentadas pelos eleitores, cujas características já predizem uma maior participação fora do ambiente digital. Assim, ressalvada a questão etária, o acesso e o uso da internet para fins políticos aumentam nos estratos socioeconômicos mais elevados, o que pode levar a uma replicação – ou mesmo exacerbação – dos efeitos das desigualdades políticas já existentes (SCHOLZMAN; VERBA; BRADY, 2010, p. 489). Nas gerações mais novas, a internet e as redes sociais nela criadas, como o *Facebook*, ajustam-se mais apropriadamente às preferências por formas de participação baseadas em relações informais e não-hierárquicas que, assim, evitam intermediários políticos tradicionais como os partidos e os grupos de interesse.

Entretanto, Scholzman, Verba e Brady (2010) ressaltam que o conteúdo das páginas mantidas por políticos no *Facebook* busca estabelecer elos de afinidade com os eleitores que não externam uma forma de contato político geralmente associado aos modos convencionais de aproximação. A troca de mensagens de elogio ou reprovação, de manifestação de preferências comuns, torna as redes sociais um ambiente onde os apoiadores são transformados em “amigos” ou “fãs” ligados eletronicamente, o que dificilmente se amolda a um conceito de participação política baseado numa atividade organizada para influenciar a ação do governo na concepção e implantação de políticas públicas, ou na seleção das pessoas responsáveis pela criação e gestão delas. Para eles, uma rede social, como o *Facebook*,

high levels of Internet skills. Those who possess important determinant of online participation also tend to possess the most important determinant of offline participation. Even so, this relationship should not be overstated. Knowing the civic skill level of individuals, only explains about 10% of these individuals' Internet skill level ($r^2 = 1.02$); alternatively considered, 30,4% of those with zero civic skills possess two or more Internet skills. Not surprisingly, given their positive correlation, Internet skills and civic skills show a similar pattern of association of SES backgrounds disproportionately possess both Internet and civic skills. And most of the associations compare closely, the correlation coefficients for income, education, gender, race, and community size each differ by less than .10. age acts as the lone exception; age shows a greater negative association with Internet skills ($r = -.30$) compared to civic skills ($r = -1.4$)” (BEST; KRUEGER, 2005, p. 189).

aproxima-se mais de um fórum de debate do que um instrumento posto à disposição de um esforço político organizado, destacando que os grupos políticos na internet são formados em função das semelhanças de interesses de seus membros e não para a realização de uma ação política conjunta (SCHOLZMAN; VERBA; BRADY, 2010, p. 501).

Mais: as ferramentas disponíveis em redes sociais, especialmente o *Facebook*, permitem que o usuário seja associado ou receba material ligado a uma corrente política sem que tenha sinceramente aderido às suas reivindicações. Amigos digitais podem publicar de forma automática fotos ou imagens que são divulgadas nas páginas daqueles com quem se relacionam, ou usuários podem ser considerados partidários de ideias congruentes a partir de associações comuns involuntariamente feitas, tornando pouco preciso saber quais são os posicionamentos políticos realmente acatados pelos frequentadores do ambiente digital (DORIA, 2012).

No Brasil, pesquisas realizadas pelo Instituto IBOPE Inteligência revelam que, em 2008, a internet estava atrás da televisão, do rádio e do jornal como a fonte de informação mais importante na decisão de voto nas eleições municipais realizadas naquele ano (RESENDE; CHAGAS, 2011, p. 3). Em 2010, ano de eleições para Presidente da República, Governadores Estaduais, membros do Congresso Nacional e de Assembleias Legislativas, a internet tornou-se a segunda principal fonte de informação na decisão de voto, somente sendo superada pela televisão (RESENDE; CHAGAS, 2011, p. 4). Em 2008 e 2010, repetiu-se, porém, um padrão: o grupo dos eleitores que apontava a internet como mais importante recurso para obtenção de informações na decisão de voto era composto, principalmente, por jovens (16 a 24 anos), com maior escolaridade (nível superior) e renda familiar mais alta (RESENDE; CHAGAS, 2011, p. 3-4).

Os dados extraídos da pesquisa do cenário brasileiro em outubro 2010 tendem a confirmar que, comparados os eleitores em geral e aqueles que acessam a internet diariamente, as maiores diferenças são observadas na idade (32% dos eleitores usuários têm entre 16 e 24 anos; faixa etária correspondente a 20% dos eleitores), grau de escolaridade (47% dos eleitores usuários completaram o ensino médio, ao passo que somente 35% dos eleitores o completaram) e renda familiar (25% dos eleitores usuários têm renda familiar de até 2 salários mínimos; não obstante, 47% dos eleitores têm essa renda) (RESENDE; CHAGAS, 2011, p. 9). Acresça-se que os eleitores que acessam a internet diariamente, utilizam redes sociais ou mantêm páginas pessoais são mais comuns nos grandes centros urbanos, com população acima de 100 mil habitantes, encontrados em todas as grandes regiões do país (RESENDE; CHAGAS, 2011, p. 10).

Os resultados obtidos indicam que a internet tende a reproduzir as incongruências do cenário de participação política convencional e, com

exceção da maior atividade de jovens, é possível afirmar que os eleitores mais ativos politicamente são aqueles que integram os grupos que com mais frequência se envolvem em discussões e mobilizações em partidos políticos, associações civis e nos Poderes Executivo e Legislativo. Contudo, essa constatação não autoriza dizer que as discussões travadas na internet sejam o reflexo dos debates realizados no conjunto do processo eleitoral, o que se pode afirmar graças à diferença da composição dos eleitores frequentadores do ambiente digital. Exemplo importante foi dado nas eleições presidenciais brasileiras de 2010, em que a candidata Marina Silva, terceira colocada, obteve intenção de voto entre os eleitores, que acessam a internet diariamente, superior em 4 a 8 pontos percentuais àquela encontrada em pesquisas de opinião pública. A disparidade também foi observada entre os dois candidatos mais votados, uma vez que Dilma Roussef e José Serra se mantiveram empatados até meados de agosto e a vantagem ao final obtida pela candidata eleita foi menor entre os eleitores usuários da internet, quando confrontado o resultado final, sendo significativo que, entre os eleitores que acessam a internet diariamente, o candidato José Serra se manteve à frente na maior parte do segundo turno, somente decaindo de posição no último levantamento realizado em 28 de outubro (RESENDE; CHAGAS, 2011, p. 14-15).

A possibilidade de distinção das formas convencionais de mobilização política ocorreria, principalmente, se o engajamento de usuários jovens ou grupos sociais, cujas reivindicações encontrem pouca repercussão política, puder levar à internet discussões que não encontrem espaço nos veículos tradicionais de mídia ou não sejam examinadas com a merecida ênfase nas instituições políticas estatais. Essa cogitação não é estranha a mobilizações populares recentes organizadas em redes sociais, nas quais a população de jovens, mais afetados pela elevação do índice de desemprego, de países europeus e dos Estados Unidos têm ocupado espaços públicos para protestos contra a situação de crise econômica, vendo-se, também, na África do Norte e da Ásia a insurgência do povo contra regimes não democráticos⁶.

A internet, por tender a reproduzir as distorções do ambiente de discussão política tradicional, não seria, por si, bastante para provocar

⁶ No texto, não pretendo analisar as complexidades que envolvem as manifestações populares nos Estados Unidos, Europa e Ásia organizadas pela internet. A existência de motivações distintas parece-me ser dado suficiente para não enquadrá-las numa única classificação. No entanto, o uso da internet é fator que evidencia a possibilidade de a mobilização popular prescindir de uma liderança política central. Nesse sentido, Michael Hardt e Antonio Negri (2011) veem, nas revoltas árabes, um aspecto já detectado em protestos ocorridos em Seattle e Gênova contra as políticas comerciais da globalização, qual seja, a possibilidade de a multidão organizar-se de forma autônoma, de sorte que as redes sociais como o *Facebook*, o *YouTube* e o *Twitter* seriam sintomas e não causas dessa estrutura organizacional.

a superação do modelo da democracia representativa. A possibilidade de maior interação entre eleitores e políticos é mecanismo que favorece a responsividade, mas não faz com que os representantes estejam mais atentos a um conjunto maior de reivindicações se mantido o perfil de atividade política constatada nos ambientes tradicionais de engajamento e mobilização. Além disso, a capacidade retórica desigual entre os eleitores – agora também conformada pelo conhecimento das ferramentas e recursos tecnológicos – persiste com um novo realce, razão por que não são eliminados os fatores que tornam a democracia representativa uma alternativa melhor às deficiências encontradas na prática da democracia direta.

4. Internet e cidadania

A facilidade na difusão de informação e a possibilidade de um maior número de agentes contribuírem para a formação das ideias debatidas na internet se deparam com as dificuldades naturais na construção de uma audiência propensa a ouvir e discutir posições políticas distintas (MARATEA, 2008, p. 140; BALKIN, 2004, p. 7). A exigência de que o exercício do poder em uma democracia deixe aberta a possibilidade de alternância entre partidos e lideranças políticas (SCHMITT, 2006, p. 94) pressupõe que os eleitores possam, preservados os direitos fundamentais e as garantias constitucionais, expor convicções divergentes, admitir a existência de posições contrárias e a aceitar a hipótese de que o livre debate seja capaz de trazer uma reflexão aprimorada e mais detida das questões nele suscitadas. Atendidos esses requisitos, tem-se que uma melhor prática da democracia está atrelada a um exercício atento dos direitos políticos e a uma cidadania mais vigilante e responsável.

Assim, se a pluralidade de ideias e posições políticas é desejável, torna-se importante que a discussão de tais posicionamentos seja permeável a novas visões e aberta aos seus opositores. A internet é um dos meios mais propícios à manutenção dessa diversidade pelos motivos já expostos, relacionados ao baixo custo de transmissão de informação e à redução das limitações geográficas e culturais à comunicação. No entanto, se o acesso à rede mundial de computadores for realizado apenas para reiterar preconceitos já formados nos espaços convencionais de mobilização política, a contribuição que ela poderá dar será reduzida e ínfimo será o ganho na concepção de um modelo alternativo à democracia representativa. Nesse ponto, a advertência de Cass Sunstein (2007, p. 13) ganha completa pertinência: o apego ao interesse individual exclusivo gera o risco comum a qualquer situação em que milhares ou milhões de pessoas estão apenas ouvindo os ecos estridentes de suas próprias vozes.

Essa conclusão será confirmada ainda que a internet se torne o principal veículo difusor das informações das quais os eleitores se valem para decidir seu voto, pois a maior disponibilidade de dados acrescentará pouco se o usuário da rede mundial de computadores estiver sempre voltado à busca da confirmação de convicções já estabelecidas ou se, involuntariamente, o resultado de suas pesquisas levem à reiteração de opções já externadas nos acessos que já fizera eletronicamente.

Uma das formas de aferição do modo de intervenção individual dos eleitores no debate político digital se dá quando analisado o conteúdo de suas manifestações públicas. Anthony G. Wilhelm, em pesquisa realizada a partir de dados extraídos de fóruns políticos da *Usenet*, afirma que blogs, comunidades e páginas eletrônicas voltadas a discussões de assuntos políticos são fóruns de discussão entre pessoas com igual posicionamento, que debatem suas opiniões em nível raso de profundidade e raramente conseguem estabelecer um processo de deliberação bem sucedido (WILHELM, 2000, p. 11). Na comparação com outras mídias, a criticada superficialidade das discussões que são travadas na internet justifica-se, pois uma de suas qualidades mais salientes é a agilidade na transmissão de informações, o que, para fazer frente à televisão, aos jornais e ao rádio, presume a transmissão imediata da notícia, exigindo uma atualização constante que, por vezes, compromete uma investigação mais detida. Soma-se a isso a observação de que um dos recursos mais populares de divulgação de mensagens pela internet – o *Twitter* – admite o envio de texto que contenha no máximo 140 caracteres, sendo pouco provável que todos os contornos de uma questão complexa possam ser abordados em espaço tão estreito de expressão (MARATEA, 2008, p. 142).

Os recursos disponíveis na internet para provocar novos debates e trazer à luz questões ignoradas na pauta de grandes veículos de comunicação de massa já seriam, por si, dado significativo para que ela fosse considerada um novo elemento de interferência na conformação do debate político. No entanto, parte da possibilidade de contribuição é limitada se a recepção de novas discussões reflete uma limitação oriunda de uma hierarquia implícita de relevância entre páginas pessoais, blogs ou comunidades, por meio da qual as instituições estatais e os políticos estão mais atentos àqueles que tenham maior número de acesso ou já tenham alcançado maior respaldo entre os canais tradicionais de mídia.

Os blogs políticos, tidos como fóruns do “jornalismo cívico” (MARATEA, 2008, p. 142), refletiriam esse cenário à medida que poucos, ainda que identificados com orientações partidárias marcantes, são capazes de transmitir conteúdo originalmente produzido por seus administradores e obter atenção dos grandes veículos de mídia. A capacidade de congregare eleitores interessados em torno de uma mesma reivindicação

política torna os blogs e as comunidades de usuários de internet importantes meios para mobilização e engajamento, especialmente pela facilidade de comunicação entre indivíduos dispersos espacialmente. Entretanto, o perfil dos usuários desses recursos não indica uma participação preponderante de minorias ou grupos cujo acesso aos centros de decisão política possa ser considerado restrito, sendo exemplificativo, nos Estados Unidos, a constatação de que a maior audiência de blogs é formada por homens brancos, educados, usuários habituais da internet e com renda superior à média (MARRATEA, 2008, p. 146; WEBER; LOUMAKIS; BERGMAN, 2003, p. 37).

Além disso, as promissoras possibilidades de interação entre representantes e eleitores por meio de um canal de interação diuturno, capaz de promover maior responsividade e controle pelos cidadãos (COLEMAN, 2005, p. 189-190), parecem ainda frágeis se considerado que a busca pela comunicação em novas tecnologias é feita como subterfúgio a limitações encontradas em veículos tradicionais de mídia. Em muitas ocasiões, a possibilidade de debate com os representantes é escassa, e nelas predominam a intenção de obter legitimidade às suas ações prévias e a divulgação de campanhas para novos mandatos, sendo ainda rarefeita a discussão sobre projetos de leis ou a atuação do parlamentar na implantação das propostas apresentadas em eleição.

Conclusões

A velocidade nas mudanças tecnológicas a partir da segunda metade do século XX poderia tornar provisória qualquer afirmação que seja feita sobre a influência da internet sobre o exercício do poder político. Todavia, analisados os dados sobre os usuários da internet e as formas atuais de sua utilização para discussões

políticas, é possível afirmar que a internet não torna desnecessária a representação para o exercício da democracia nas sociedades contemporâneas.

A internet não é um substitutivo da representação formal para promoção da democracia direta, pois os usuários da rede mundial de computadores não reúnem a totalidade dos eleitores e as características daqueles usuários mais engajados em debates políticos na internet não diferem, no que toca à renda e ao nível de escolaridade, dos eleitores com maior capacidade de mobilização e pressão junto ao Parlamento e à Administração Pública. Essa conclusão não se contrapõe à constatação de que a internet é um veículo que facilita a articulação de minorias e de grupos que tenham sua participação política cerceada, porque ela permite a aglutinação de partidários de ideias afins que teriam dificuldade de reunir-se se não superadas barreiras geográficas ou culturais. Os resultados das pesquisas mencionadas apenas sustentam que a maior parte dos usuários da internet interessados em discussões políticas tem as mesmas características dos cidadãos que já eram mais engajados nas esferas tradicionais de discussão. O traço mais distintivo, quando comparadas a mobilização tradicional e a por via digital, verifica-se quando analisada a participação de jovens, por onde entrevejo a maior possibilidade de a internet oferecer uma alternativa à participação de grupos que não encontrem repercussão de suas reivindicações nas instituições políticas estatais.

Se a internet permite o maior contato dos representantes com seus eleitores, essa responsividade reproduz a desigualdade de influência dos grupos que tenham maior capacidade de articulação por via eletrônica, o que tende a evidenciar um sintoma do exercício da cidadania menos aprofundado. A pluralidade de fontes de informação e a facilidade na difusão

de dados e opiniões fazem com que a internet traga ao debate político questões que talvez não fossem discutidas no Parlamento ou no Poder Executivo, por não encontrarem ressonância entre lideranças e partidos políticos. Porém, se um maior número de reivindicações pode ser lançado na internet, as formas mais frequentes de interação entre os usuários impedem que nela se obtenham as respostas que melhor solucionarão os problemas expostos ou que terão mais chances de obter adesão no processo de deliberação majoritária.

Com isso, pretendo afirmar que a maior propensão de os usuários se valerem da internet para a busca de posições, que confirmem suas pré-convicções, frustra a possibilidade de a rede mundial de computadores ser uma ferramenta posta para a obtenção do consenso no debate político. As discussões nos meios eletrônicos raramente refletem a conjugação entre ideias divergentes, motivo por que os possíveis acordos alcançados na internet tendem a reiterar a convicção de um único segmento do conjunto de eleitores. A crença na internet como base para a promoção da democracia direta mostra-se frágil no contexto atual, pois é baixa a probabilidade de ela se tornar o cenário de um processo de deliberação amplo, aberto ao diálogo e suscetível ao acordo.

Os múltiplos recursos disponíveis na internet deixam aberta a possibilidade de a representação política ter avanços, quando considerada a maior possibilidade de os eleitores fiscalizarem a atuação dos políticos e de participarem mais ativamente no processo de tomada de decisões. Contudo, a representação formal ainda não se dissocia do regime democrático como melhor instrumento para seu exercício.

Referências

BALKIN, Jack M. Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society. *New York University Law Review*, New York, v. 79, n. 1, p. 1-55, 2004.

BAKKER, Tom P.; DE VRESSE, Claes H. Good news for the future? young people, internet use, and political participation. *Communication Research*, California, v. 38, n. 4, p. 451-470, 2011.

BECKER, Carl L. *O dilema da democracia*. Tradução de Primavera Neves Pedroso. Rio de Janeiro:

Zahar, 1964.

BEST, Samuel J.; KRUEGER, Brian S. Analyzing the representativeness of internet political participation. *Political Behavior*, New York, v. 27, n. 2, p.183-216, 2005.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Representação política*. São Paulo: Ática, 1988.
- COLEMAN, Stephen. New mediation and direct representation in the digital age. *New Media & Society*, California, v. 7, n. 2, p. 177-198, 2005.
- DAHL, Robert Alan. *Poliarquia: participação e oposição*. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.
- DORIA, Pedro. Pesadelo político no facebook. *O Globo – Economia* [online], Rio de Janeiro, 23 jul. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/pedro-doria-pesadelo-politico-no-facebook-5564248>>. Acesso em: 2 out. 2012.
- FRIEDRICH, Carl J. *Democratie constitutionnelle*. Paris: Universitaires de France, 1958
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. Arabs are democracy's new pioneers. *The Guardian*, London, 24 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2011/feb/24/arabs-democracy-latin-america>>. Acesso em: 13 nov. 2011.
- HELD, David. *Models of democracy*. 2. ed. Stanford: Stanford University, 1996.
- HOWARD, Phillip N. Deep democracy, thin citizenship: the impact of digital media in political campaign strategy. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Philadelphia, v. 597, n. 1, p. 153-170, 2005.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Carmargo, Marcelo Brandão Cipola. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LIPSON, Leslie. *A civilização democrática*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1966.
- LAVALLE, Adrian Gurza; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Democracia, pluralização da representação e sociedade civil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 49-103, 2006.
- _____; ARAÚJO, Cícero. O futuro da representação: nota introdutória. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 9-13, 2006.
- LOEWENSTEIN, K. *Teoria de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.
- MANIN, Bernard. *Principles du gouvernement représentatif*. Paris: Calmann-Lévey, 1995.
- _____; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. Eleições e representação. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 105-138, 2006.
- MARATEA, Ray. The e-rise and fall of social problems: the blogosphere as a public arena. *Social Problems*, California, v. 55, n. 1, 2008.
- MILL, John Stuart. *Governo representativo*. Tradução de Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1995.
- NEGROPONTE, Nicholas. *A vida digital*. Tradução de Sergio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California, 1972.
- RESENDE, João Francisco; CHAGAS, Juliana Sawaia Chagas. Eleições no Brasil em 2010: comparando indicadores político-eleitorais em surveys e na internet. In: IV Congresso Latino Americano de Opinião Pública da WAPOR – World Association of Public Opinion Research. 2011, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: IBOPE, 2011. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/download/paperswapor02.pdf>>. Acesso em: 3 ago. 2011.
- ROSANVALLON, Pierre. *La democratie inachevée: histoire de la souveraineté du peuple en France*. Paris: Gallimard, 2000.
- ROSENFELD, Michel. Putting the people back in the constitution: on arab popular revolt and other acts of defiance. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 8, n. 4, p. 685-689, 2010.

ROY, Jeffrey. E-Government. *Social Science Computer Review*, Thousand Oaks, v. 21, n.1, p. 3 -5, 2003.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da representação no Estado representativo moderno*. Tradução de Ernesta Gaetani, Rosa Gaetani. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1962.

SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Tradução de Cristina Monereo Atienza. Granada: Comares, 2006.

SCHOLZMAN, K. L.; VERBA, S.; BRADY, H. E. Weapon of the strong? participatory inequality and the internet. *Perspective on Politics*, New York, v. 8, n. 2, p. 487-509, 2010.

SUNSTEIN, Cass R. *Republic.com 2.0*. Princeton: Princeton University, 2007.

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? Tradução de Mauro Soares. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p.191-228, 2006.

YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. Tradução de Alexandre Morales. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 139-190, 2006.

WEBER, Lori M.; LOUMAKIS, Alysha; BERGMAN, James. Who participates and why?: an analysis of citizens on the internet and the mass public. *Social Science Computer Review*, Thousand Oaks, v. 21, n. 1, p. 26-42, 2003.

WILHELM, Anthony G. *Democracy in the digital age: challenges to political life in cyberspace*. New York: Routledge, 2000.

Os contornos do ativismo judicial no Brasil

O fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes

DIOGO BACHA E SILVA

Sumário

Introdução. 1. Pressupostos de uma metodologia historiográfico-jurídica. 2. Recepção teórica do conceito de ativismo judicial. 3. A atuação ativista do Poder Judiciário no Brasil. Conclusão.

Introdução

Antes de abordar qualquer temática no campo jurídico, o pesquisador deve observar a realidade concreta que a ela subjaz. Se isso parece mais uma advertência metodológica àqueles que pretendem iniciar uma pesquisa jurídica, em verdade tal assertiva esconde uma necessidade inexorável de que os institutos jurídicos encontrem definição no mundo concreto.

Buscar a definição e a conceituação de institutos jurídicos apenas na elaboração teórica a que dá autores diferentes parece encarar o objeto de estudo parcialmente. A definição de qualquer instituto jurídico passa sempre pelo contexto de uso. E, como se sabe, o contexto de uso no mundo jurídico depende, efetivamente, da aplicação que fazem os órgãos públicos.

O objeto de estudo e análise é a busca pelo significado de ativismo judicial. Com efeito, tal expressão implica uma multiplicidade de empregos que dificulta saber quando se está em face de uma atuação ativista ou não do Poder Judiciário. O ponto comum parece ser a necessidade de que ativismo – ou ainda qualquer outro emprego teórico de institutos jurídicos – precisa ser observada de acordo com sua própria história conceitual.

Diogo Bacha e Silva é mestre em Direito Constitucional pela FDSM, professor da Faculdade São Lourenço, coordenador do Curso de Direito da Faculdade São Lourenço, membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ) e advogado.

Empregar uma história conceitual significa, portanto, antes de qualquer coisa, analisar não como o sentido de uma determinada palavra vinha sendo empregado por autores distintos, mas sim como se aplicava o significado atual em época passadas. O estudo da história conceitual deve abranger uma imanência entre passado, presente e futuro de um léxico.

O intuito do presente trabalho não é definir, de uma vez por todas, o que vem a ser ativismo judicial. É, outrossim, analisar, em nosso contexto de uso, o fundamento da atuação judicial ativista.

1. Pressuposto de uma metodologia historiográfico-jurídica

Durante muito tempo, a historiografia jurídica ficou presa a um estudo anacrônico dos institutos, sistemas e ideias que permeiam o mundo jurídico. Os estudos históricos sempre pretendiam dar primazia a uma visão de validade intertemporal dos conceitos e ideias do Direito. É preciso, no entanto, perceber que o campo semântico dos conceitos jurídicos varia ao longo do tempo. Por trás de uma continuidade aparente, há uma ruptura radical no sentido de cada instituto jurídico. Como exemplo, cita Antonio Manuel Hespanha (2003, p. 19-20) que o conceito de família para o Direito Romano abrangia não somente os laços de parentesco, mas também os criados ou escravos e até mesmo bens que guarneciam as casas.

A partir da perspectiva da História dos Conceitos formulada por Reinhart Koselleck (1992, p. 134-153) não se pode dizer que toda palavra pode ter um conceito e que, portanto, pode ter uma história própria¹. Se antes da formulação teórico-historiográfica dada por Koselleck, o historicismo entendia as ideias em sua positividade – isto é, as ideias eram uma realidade histórica por si própria, cuja existência era objetiva, materializando-se em um tempo e espaço definidos –, com a teorização histórica feita por ele, a ênfase é dada nas palavras e em suas historicidades, tal como utilizada em diferentes momentos e por diferentes atores (BENTIVOGLIO, 2010, p. 117). É preciso salientar que, para a História dos Conceitos, há uma distinção entre palavra e conceito. Toda palavra carrega um sentido que contém um conteúdo. Isso, entretanto, não quer dizer que toda palavra é constituída de um conceito. Para que uma palavra se torne um conceito, é preciso uma teorização, o que demandaria um tempo para isso acontecer (KOSELLECK, 1992, p. 135).

A metodologia utilizada pela História dos Conceitos de Koselleck é a tradução de significados lexicais utilizados no passado para o pre-

¹ No mesmo sentido, Antonio Manuel Hespanha (2003, p. 19) afirma que o significado de uma palavra é sempre relacional, isto é, “o significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência”.

sente. Para tanto, é preciso realizar um estudo diacrônico (SAUSSURE, 2002). Em primeiro lugar, é preciso fazer a redefinição científica dos significados utilizados anteriormente. Em outro momento, os significados lexicais são separados de seu contexto situacional e estudados por uma longa sequência temporal (KOSELLECK, 2006, p. 105). Nessa medida, mostra-nos a metodologia teórica utilizada por Koselleck que um significado sempre tende a desgarrar-se da sua utilização semântica anterior.

Em verdade, a História dos Conceitos preocupa-se metodologicamente com as descontinuidades que a semântica dos termos sofre e com os contextos sociais em que são produzidos, admitindo, dessa forma, que os conceitos são sempre transformados pelo contexto e pelo intérprete que os lê. Nessa medida, Marcelo Jasmim (2005, p. 33) leciona que a História dos Conceitos de Koselleck (1992):

“[...] está interessada nos modos pelos quais as gerações e os intérpretes posteriores leram, alterando os seus significados, essas proposições políticas do passado. Neste registro é possível afirmar, rigorosamente, que os conceitos em si não têm história; mas também é possível afirmar, com rigor, que a sua recepção tem. Aliás, é da própria condição de unicidade dos atos de fala ou dos conceitos articulados numa linguagem local que a história conceitual deriva a necessidade de uma história da recepção, já que parte justamente da aposta de que os significados não se mantiveram no tempo e que foram alterados.”

A história conceitual de Koselleck é importante para a interpretação e a exegese de textos jurídicos. É a própria compreensão histórica de um texto que se conjuga com a interpretação linguística para que se façam transformações em novas interpretações de velhos textos (KOSELLECK, 1997, p. 90). A própria interpretação e aplicação do direito como um todo dependem

da consciência histórica do intérprete e da comunidade jurídica.

Como disserta Flavio Quinaud Pedron (2012, p. 82) acerca da importância da contribuição teórica de Koselleck (1997) para o mundo jurídico:

“[...] pode-se aprender que, em cada contexto em que o conceito foi empregado, uma dinâmica político-social estava encenada. O conceito, então, surge para dissolver um problema que se faz presente à comunidade jurídica de cada contexto, adquirindo, a partir desse problema, sua forma de compreensão.”

Essa pequena digressão teórica realizada em torno da metodologia histórica de Koselleck serve-nos para mostrar que o conceito de ativismo judicial é variável, observando-se o contexto político-social em que está inserido. Então, para apreciarmos o conceito de ativismo judicial no Brasil, é necessário elucidarmos o contexto de história social que marca a atuação do Poder Judiciário ao longo do seu espaço de experiência².

Para observarmos o contexto histórico de atuação do Poder Judiciário no Brasil, uma observação faz-se necessária. Não se trata de apresentarmos alguns modelos de atuação do Poder Judiciário ao longo do tempo como se fossem partes de uma história linear, progressiva e acumulativa de experiências. A historiografia jurídica é marcada por rompimentos de paradigmas, por descontinuidades nas práticas

² Para Koselleck (2006, p. 309-310) o espaço de experiência “é o passado atual, aquele no qual acontecimentos foram incorporados e podem ser lembrados. Na experiência se fundem tanto a elaboração racional quanto as formas inconscientes de comportamento, que não estão mais, ou que não precisam mais estar presentes no conhecimento. Além disso, na experiência de cada um, transmitida por gerações e instituições, sempre está contida e é conservada uma experiência alheia”.

jurídicas e, muitas vezes, por retrocessos. Por isso mesmo, a história do direito precisa ser desmistificadora, transformadora e problematizante das experiências acumuladas (WOLKMER, 2010, p. 21-22). Nesse ponto, advertimos que cada leitura histórica do direito é realizada por um intérprete que, por sua vez, exerce um papel criativo e ativo, absorvendo no presente a leitura do passado (COSTA, E., 2010, p. 47). Dessa forma,

“[...] existem não a história do direito, mas tantas história do direito quanto são as narrativas historiográficas que a cada vez se redigem: a história do direito não é o espelho de uma experiência já definida e em si mesmo fechada, mas simplesmente um contraponto linguístico capaz de contrapor todas aquelas narrativas historiográficas (diversas entre si, ainda que incomparáveis) que se organizam em torno de algum *standard* de juridicidade, mesmo que compreendida” (COSTA, E., 2010, p. 36).

A leitura histórica de textos jurídicos não pode passar ao largo da experiência do intérprete. Cada análise histórica contrapõe-se a uma análise histórica anterior. Esse amálgama de concepções e ideias surgidas ao longo do tempo é que possibilitará o diacronismo histórico. Por isso, ressalta-se a importância que a história dos institutos jurídicos seja sempre lida e relida através dos tempos. Na atual quadra, o direito não pode prescindir de uma história crítica.

2. Recepção teórica do conceito de ativismo judicial

A significação atual que se atribui ao termo ativismo judicial tem sua origem na análise dogmática processual da doutrina alemã e nos estudos da ciência política norte-americana. As concepções socializadoras dadas ao estudo do processo civil possibilitam o emprego do termo

ativismo judicial para designar aquele magistrado que, na condução do processo, possibilita a diminuição ou eliminação das desigualdades fáticas entre as partes decorrentes do modelo liberalista. Para Franz Klein, primeiro autor a empregar tal contexto de uso em 1901, as legislações processuais devem reforçar o papel do juiz na fase probatória de forma a permitir que ele apoie as partes mais vulneráveis, tornando-se, assim, um juiz ativista (NUNES, 2009, p. 79-80).

Para a doutrina processualista alemã, ativismo judicial designaria a possibilidade que o magistrado tem de conduzir a prova dos fatos alegados no processo. Nessa perspectiva, o predicativo “ativista” dependerá da adoção ou não na atuação judicial, do denominado princípio inquisitivo na colheita das provas no processo judicial. A permissão legislativa para que o juiz, de ofício, proceda a essa colheita implicará ativismo judicial. Assim, por exemplo,

“[...] não existe nenhuma conexão entre a atribuição ao juiz de poderes mais ou menos amplos de iniciativa instrutória e a vigência de regimes políticos autoritários e antidemocráticos. A análise comparada mostra, com efeito, que nos principais ordenamentos europeus – respeito a cujo caráter democrático não é possível ter dúvidas sensatamente – se configura uma função ativa do juiz na aquisição de provas relevantes para determinação dos fatos” (TARUFFO, 2006, p. 261)³.

Em verdade, a questão relativa ao poder instrutório do juiz – se é supletivo ou comple-

³ No original: “no existe ninguna conexión entre la atribución al juez de poderes más o menos amplios de iniciativa instructoria y la vigencia de regímenes políticos autoritarios y antidemocráticos. El análisis comparado muestra, en efecto, que en los principales ordenamientos europeos – respecto a cuyo carácter democrático no es posible tener dudas sensatamente – se configura una función activa del juez en la adquisición de las pruebas relevantes para la determinación de los hechos”.

mentar ao poder de iniciativa probatória das partes – será apenas uma questão de grau para determinar o menor ou maior grau do ativismo do juiz em determinado ordenamento. No que tange ao atual Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que o Poder Judiciário nacional é ativista em razão da permissão outorgada no artigo 1304 para que o juiz colha as provas necessárias para a instrução do processo. Por mais que a exegese extraída desse artigo seja, como o faz o Superior Tribunal de Justiça, de que a atividade probatória do juiz se opera em conjunto com as partes e não em substituição a elas (STJ, 6ª T., REsp nº 894.443/SC, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17/6/2010) ou, ainda, que a iniciativa probatória dada ao juiz deve decorrer de uma relação processual desproporcional (STJ, 1ª T., REsp nº 834.297/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 18/9/2008), tem-se que permitir ao juiz que determine as provas necessárias e valorize-as na sentença atribuirá ao magistrado o predicado de ativista.

Na análise da ciência política norte-americana, ativismo judicial é empregada por Arthur Schlesinger em uma publicação jornalística na *Fortune Magazine* em que analisa a visão jurídica dos componentes da Suprema Corte norte-americana (KMIEC, 2004, p. 1446). Para o articulista, a visão de mundo jurídica que pode ser definida como ativista é aquela em que o julgador não separa o Direito e a Política, e orienta seus julgamentos por resultados, sendo, assim, uma visão aberta do mundo jurídico (KMIEC, 2004, p. 1447).

O modelo ativista analisado e desenvolvido por Arthur Schlesinger é um emprego amplo demais, apesar de não se olvidar que a contribuição do jornalista é importante na medida em que inicia debates acerca da legitimidade da atuação judicial em Estados Democráticos de Direito (KMIEC, 2004, p. 1448). Contudo, segundo sua definição, é difícil, senão mesmo impossível, definir concretamente quando se está em face de uma atuação ativista.

Também, a expressão “ativismo judicial” serviu para denominar a atuação da Suprema Corte norte-americana no período Warren, que se estende de 1953 até 1969. Nesse período, ela modificou a prática política dos Estados Unidos em prol dos direitos individuais, apenas com uma adequada interpretação do caso levado à apreciação judicial (BARROSO, 2012).

Ativismo jurisdicional, portanto, para os conservadores significaria a não observância pelos juízes e Tribunais dos seus limites de atuação, seja

⁴O artigo 130 do Código de Processo Civil tem a seguinte redação: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. O art. 354 do Projeto de Lei do Senado número 166/2010 que institui o novo Código de Processo Civil repete a redação: “Art. 354. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento da lide”.

por meio de um ativismo contramajoritário, seja mediante uma criatividade de jurisdicional exacerbada (MARSHALL, 2002, p. 104). Desse modo, ou se utiliza o termo para criticar uma postura adotada por determinado juiz ou tribunal, ou para elogiar a atuação. De qualquer sorte, a multiplicidade de marcos teóricos ou de visões de mundo jurídico incidentes sobre a análise de determinado autor impede que seja demarcado precisamente o que satisfará todos os teóricos (WOLFE, 1997, p. 37).

A teoria, entretanto, cria sua base de análise a partir da observação da realidade concreta. Não é possível teorização de qualquer temática abstraída das condições concretas de análise, mormente no campo jurídico de aplicação das normas. Bem ciente das limitações epistemológicas, devemos enxergar o ativismo dentro de um contexto de uso. Nesse caso, a análise da atuação Poder Judiciário brasileiro ao longo de sua existência poderá definir o conceito de ativismo em *terrae brasiliis*.

A teoria jurídico-constitucional costuma definir ativismo judicial como uma incursão insidiosa sobre o núcleo de atuação dos demais poderes (RAMOS, 2010, p. 116-117). Em certa medida, a incorporação teórica do tema no direito brasileiro é tributária da noção advinda dos Estados Unidos da América de que ativismo assume uma conotação negativa em que o Poder Judiciário atua impropriamente (BARROSO, 2012).

É preciso ressaltar, todavia, que a atuação do Poder Judiciário assume uma forma diferente na vigência de ordenamentos jurídicos distintos. Assim, além de analisar se o Poder Judiciário é ou não ativista, deve-se perquirir a qual ativismo estamos a nos referir. Para isso, impossível seria a consecução do esforço sem analisarmos a atuação concreta de determinado Poder Judiciário.

3. A atuação ativista do Poder Judiciário no Brasil

O modelo de atuação do Poder Judiciário do Brasil começa a ser forjado no período colonial. Sob o comando de uma metrópole, a colônia possuía aparelhos executivos, legislativos e judiciários – enfim, todo um corpo burocrático – submetidos são às ordens do rei de Portugal.

No início da colonização, a administração da justiça estava entregue aos senhores donatários, que exerciam a soberania dentro de sua capitania. Exerciam, desse modo, as funções de administradores, chefes militares e juízes. Podiam nomear ouvidores para exercer a função de pacificadores dos conflitos de interesse entre os habitantes da capitania (WOLKMER, 2010, p. 74-75).

O aumento da população e o crescimento das cidades fizeram com que a metrópole instituísse um Poder Judiciário no modelo lusitano. Existia, então, uma primeira instância judicial, composta de juízes ordinários,

ouvidores e juizes especiais. Uma segunda instância com tribunais colegiados agrupava os chamados Tribunais de Relação. Já a terceira instância era composta de um tribunal superior, sediado na metrópole, denominado Casa de Suplicação (WOLKMER, 2010, p. 76-77).

O primeiro Tribunal da Relação na colônia foi estabelecido o da Bahia em 1652. Com o crescimento das capitanias do Sul e o desenvolvimento econômico da região, instalou-se, em 1751, o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, cuja competência territorial abrangia Rio de Janeiro, São Paulo, Ouro Preto, Rio das Mortes, Sabará, Rio das Velhas, Serro Frio, Cuiabá, Paranaguá, Espírito Santo, Ilha de Santa Catarina, Goiás e Itacazes (LOPES, 2012, p. 254). Tais tribunais eram competentes para julgar causas, apelos e agravos, em segunda instância. Seus juizes também podiam atuar como juizes de primeira instância.

Obviamente, as fontes do direito utilizadas na colônia eram as ordenações que regiam a metrópole. Segundo Antonio Wolkmer (2010, p. 91), a legalidade colonial foi instituída negando e excluindo radicalmente o pluralismo jurídico nativo, reproduzindo uma normatividade legitimada por uma elite de dirigentes e profissionais do direito que servia aos interesses da metrópole e que moldou uma estrutura jurídica de institutos, legislações, princípios e ideias de matiz centralizador e formalista. Com efeito, até mesmo a independência da colônia não foi capaz de apagar essa tradição. Tal ideologia jurídica agravou-se com a vinda da Coroa para o Brasil (BAHIA, 2009, p. 89).

As primeiras ordenações que vigoraram na colônia foram as Ordenações Filipinas, editadas em 1603 por Filipe II da Espanha (Filipe I de Portugal). Trata-se de uma consolidação do direito real elaborada para agradar aos portugueses. No entanto, tais ordenações apenas se limitaram a consolidar o que já havia nas

Ordenações Manuelinas, de 1521, e também nas Ordenações Afonsinas, de 1446 (LOPES, 2012, p. 255).

As Ordenações Filipinas previram, no Livro I, Título V, parágrafo 5º os assentos da Casa de Suplicação, com inspiração nas Ordenações Manuelinas que previram assentos no Livro V, Título LVIII, parágrafo 1º,⁵ cuja redação é a seguinte:

“[...] quando os desembargadores [...] tiverem alguma dúvida em nossa Ordenação do entendimento dela, vão com a dúvida ao regedor; o qual na Mesa grande com os desembargadores, que lhe bem parecer, a determinará, e segundo o que aí for determinado, se porá a sentença. E a determinação, que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o regedor escrever no livro da Relação, para depois não vir em dúvida [...]”

Veja-se, pois, que os assentos previstos nas Ordenações Filipinas são assentos da Casa de Suplicação, última instância do Poder Judiciário, não se confundindo com os assentos previstos nas Ordenações Manuelinas que eram da Casa de Relação, tribunais de segunda instância na organização judiciária portuguesa.

Posteriormente, todo o arcabouço jurídico é transformado pela Lei de 18 de agosto de 1769, a denominada Lei da Boa Razão (LOPES, 2012,

⁵ “E assim havemos por bem, que quando os Desembargadores que forem no despacho d’algum feito, todos, ou algum deles tiver alguma dúvida em alguma Nossa Ordenação do entendimento dela, vão com a dita dúvida ao Regedor, o qual na Mesa grande com os Desembargadores que lhe bem parecer a determinar, e segundo o que aí for determinado se porá a sentença. E se na dita Mesa forem isso mesmo em dúvida, que ao Regedor pareça que é bom No-lo fazer saber, para Nós logo determinarmos, No-lo fará saber, para Nós nisso provermos. E os que em outra maneira interpretarem Nossas Ordenações, ou derem sentenças em algum feito, tendo algum deles dúvida no entendimento da dita Ordenação, sem irem ao Regedor como dito é, serão suspensos até Nossa Mercê. E a determinação que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no livrinho para depois não vir em dúvida”.

p. 256). Em seu parágrafo 4º, a Lei da Boa Razão coloca os assentos em plano superior até mesmo às leis já que sempre devem ser observado: “(...) que os assentos já estabelecidos, que tenho determinado que sejam publicados e os que se estabelecerem daqui em diante sobre a interpretação das leis, constituam leis inalteráveis para sempre se observarem como tais, debaixo das penas estabelecidas”.

Se antes os assentos constituíam apenas um critério unificador da jurisprudência, com a Lei da Boa Razão eles passaram a ter força de lei, para além de solucionar um caso concreto; tinha força obrigatória para outros casos análogos, sob pena de incidência nas penas cominadas (BAHIA, 2009, p. 88). Como disserta Victor Nunes Leal (1982, p. 50-51):

“Muito informativa é a leitura dessa lei, que o volume reproduz. Por considerar ‘manifesta a diferença’ entre a Casa da Suplicação e as demais Relações, para aquela, instituiu recurso contra os assentos destas últimas. E ficou estipulado que, em caso de dúvida ou violação da lei, a Casa da Suplicação tomaria ‘assento decisivo’ sobre a glosa, dos desembargadores ou do regedor. [...] Acrescentou ainda que ‘os assentos já estabelecidos [...] e os que se estabelecerem [...] sobre as interpretações das Leis’ constituiriam ‘Leis inalteráveis para sempre se observarem como tais debaixo das penas [...] estabelecidas’ (§ 4º).”

Os assentos da Casa de Suplicação, principalmente após o advento da Lei da Boa Razão, serviram como meio para que a instância superior controlasse a interpretação jurídica realizada pelos órgãos jurisdicionais de instância inferior, situadas nas colônias ou até mesmo no Reino de Portugal.

Em verdade, a preocupação que levou à edição da Lei da Boa Razão fora exatamente a interpretação abusiva por parte dos advogados e dos juízes acerca do que entendiam pelo Direito e pela Justiça, segundo consta no próprio pre-

âmbulo da lei (AZEVEDO, 1971, p. 118-119). A preocupação da Lei da Boa Razão, manifestada pela transformação dos assentos em verdadeiras leis, era, sem dúvida, centralizar a interpretação do Direito em torno da Casa da Suplicação, órgão de jurisdição máxima, permitindo um controle jurídico-ideológico de juízes e autoridades do poder público.

Com a declaração de independência em 1822, a dissolução da Assembleia Nacional Constituinte em 1823, o Conselho de Estado⁶ elaborou, sob as ordens de D. Pedro I, um projeto de Constituição que receberia o beneplácito do Imperador em 25/3/1824, data em que se outorgaria a Constituição Política do Império (BAHIA, 2009, p. 91).

A estrutura do Poder Judiciário no Império foi definida no título 6º da Constituição de 1824. Em 1ª instância, eram órgãos do Poder Judiciários os juízes de direito, com competência para aplicar a lei, e os jurados, competentes para pronunciar-se sobre os fatos da causa⁷. Em 2ª instância, a Constituição manteve as Relações, instaladas nas províncias do Império⁸. Como órgão de cúpula, a Constituição de 1824 instituiu, na capital do Império, o Supremo Tribunal de Justiça⁹ com competência para conhecer das

⁶ Sobre o Conselho de Estado no Império, sua configuração, suas competências e a forma de atuação consultar Lopes (2012, p. 308-311).

⁷ Conforme se observa na redação dos artigos 151 e seguintes da Constituição do Império: “Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem. Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei. Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpetuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar”.

⁸ Art. 158. Para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Provincias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos Povos.

⁹ Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá também um Tribunal com a denominação de – Supremo

causas por meio da Revista, julgar os delitos cometidos pelos seus ministros, os das Relações, os dos membros do corpo diplomático e decidir sobre os conflitos de jurisdição entre as Relações das Províncias¹⁰.

A magistratura teve papel preponderante na construção do Estado nacional e na afirmação da política imperial (CARVALHO, 2011)¹¹. A importância da magistratura é ainda maior três décadas após a Independência. Muitos dos magistrados ocupavam cargos políticos simultaneamente ao exercício da magistratura. Muitas vezes, ocupavam-se de tarefas de cunho administrativo e político. Tomavam decisões quanto à obras públicas, impostos e outros assuntos (CARVALHO, 2011, p. 174).

Com a reforma judiciária do Império de 1871, os magistrados foram proibidos de exercer qualquer cargo político: buscava-se afastar os magistrados do exercício dos cargos políticos e torná-los afetos apenas às suas funções profissionais. Acerca disso, José Murilo de Carvalho (2011, p. 175) leciona:

“[...] a participação dos magistrados em cargos eletivos causava grandes inconvenientes à administração da Justiça, pois várias comarcas ficavam às vezes por longo período sem seus juizes. Como vimos, os magistrados desapareceram quase por completo da elite política e dedicaram-se apenas a suas atribuições profissionais.”

Quase sintomático da perda de poder por parte dos magistrados no jogo político imperial é a edição do Decreto nº 2.684, de 23 de outubro de 1875, que conferia ao Supremo Tribunal de Justiça a possibilidade da edição de assentos e, na mesma medida, determinava que os assentos publicados pela Casa de Suplicação de Lisboa tivessem vigência, com força de lei, em nosso território¹².

Tribunal de Justiça – composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir.

¹⁰ Art. 164. A este Tribunal Compete: I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar. II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Províncias. III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes.

¹¹ Nesse contexto, afirma Antônio Carlos Wolkmer (2010, p. 117): “Mais que um estamento burocrático, a magistratura simbolizava uma expressão significativa do poder do Estado, ungido para interpretar e aplicar a legalidade estatal, garantir a segurança do sistema e resolver os conflitos de interesses das elites dominantes. Constata-se, pois, o procedimento profissional e político dos magistrados enquanto atores privilegiados da elite imperial, sua relação com o poder político, com a sociedade civil e sua contribuição na formação das instituições nacionais”.

¹² “Art. 1º Os assentos tomados na Casa da Supplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até à época da Independencia, á excepção dos que estão derogados pela legislação posterior, têm força de lei em todo o Imperio. Art. 2º Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes,

A edição do Decreto nº 2.684 teve um propósito compensatório. Se, em 1871, com a reforma judiciária do Império, os magistrados não poderiam mais fazer parte da elite política, assumindo cargos políticos, pondo-se fim à hegemonia da magistratura na construção do Estado brasileiro, a edição desse decreto possibilitou o retorno da magistratura ao cenário político com um instituto que confere poderes legislativos – ou até mesmo maiores do que uma lei – ao Supremo Tribunal de Justiça.

Um ano depois, veio a lume o Decreto nº 6.142, de 10/3/1876, que visava a regulamentar a edição dos assentos. À semelhança de um preceito legislativo, os assentos poderiam ser tomados em casos apreciados já concluídos visando regulamentar uma matéria jurídica em tese, isto é, destituídos de um caso concreto sob os auspícios do Supremo Tribunal de Justiça. Dessa maneira, o parágrafo único do art. 2º do referido decreto requisitava que, para a edição do assento, “os julgamentos tenham sido proferidos em processos que estejam findos, depois de esgotados os recursos ordinarios facultados por lei” ou, então, “que a divergência dos julgamentos tenha por objeto o direito em tese ou a disposição da lei, e não a variedade da aplicação proveniente da variedade dos fatos”. Comentando tais requisitos, Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 224) disserta:

“Desse contexto se pode inferir que: (i) o assento derivava de um procedimento instaurado para interpretação do *jus in thesi*, quando sua interpretação se revelasse controvertida; (ii) ao contrário do atual incidente de uniformização de jurisprudência, que é instaurado na pendência de um julgamento em segundo grau, podendo a tese ao final assentada vir a ser ali mesmo aplicada (CPC, arts. 478 e 479), já o procedimento para a formulação do assento pressupunha que se tratasse de autos findos.”

Os assentos da Casa de Suplicação e do Supremo Tribunal de Justiça permitiam, pois, a fixação de uma interpretação definitiva e vinculante para os demais poderes públicos acerca de qualquer norma que ensejasse dúvidas. Por mais que se queira dizer que tal instituto é decorrência do poder interpretativo pertencente ao Poder Judiciário conferir força de lei às suas razões interpretativas acaba por solapar a própria independência dos demais membros do Poder Judiciário (BAHIA, 2009, p. 92).

No período pré-republicano, há uma opinião geral de que seria necessária a criação de um tribunal superior, de forma a transferir as atribuições do Poder Moderador para ele. Tal intuito contava com a opinião de Dom Pedro II que recomendou a Salvador Mendonça e Lafayette

quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juizos de primeira instancia nas causas que cabem na sua alçada”.

Rodrigues Pereira, em viagem diplomática ao Estados Unidos da América, que estudassem a organização da Suprema Corte para uma possível implantação no País¹³.

A influência ideológica dos republicanos resultou na edição do Decreto nº 848/1890 que criou o Supremo Tribunal Federal, instalado apenas em 1891. O propósito da criação do Supremo Tribunal Federal era evitar o retorno da Monarquia. Por isso, quando se lê “guarda da Constituição”, leia-se “República” (CRUZ, 2004, p. 210):

“[...] o Supremo Tribunal Federal expôs, desde logo, seu viés antimonarquista. A denegação dos *habeas corpus* propostos por João Mendes de Almeida em 1897 em favor do Centro Monarquista, bem como em favor dos deputados Barbosa Lima e Alcindo Guanabara e do Senador João Cordeiro, por ocasião do atentado de 5 de novembro contra o Presidente Prudente de Moraes, sustenta o raciocínio de que o Supremo nascera como óbice a um contragolpe monárquico” (CRUZ, 2004, p. 211).

A atuação do Supremo Tribunal Federal logo em seus primeiros anos distanciou-se de seu congêneres durante o período imperial, o Supremo Tribunal de Justiça. Logo na sua primeira década de atuação, o Supremo Tri-

bunal Federal tentou afirmar a independência do Judiciário (CRUZ, 2004, p. 214). Não raras vezes, no entanto, a tentativa de afirmação de independência do Judiciário chocava-se com o Executivo, que personificava o “representante das garantias de todos os direitos e fiel intérprete da ordem e da segurança social, de cujo fortalecimento dependia a permanência da República” (COSTA, E., 2006, p. 32).

Logo no início da República Velha, com a morte do Marechal Deodoro da Fonseca, assume o vice-presidente Floriano Peixoto. Uma manifestação dos partidários do velho Marechal reivindicava novas eleições presidenciais, contando com apoio de deputados, senadores, jornalistas, militares. O presidente Floriano Peixoto mandou efetuar a prisão de vários manifestantes, decretou estado de sítio por três dias e suspendeu algumas garantias constitucionais (COSTA, E., 2006, p. 29).

Rui Barbosa impetrou *habeas corpus*, o famoso HC nº 300, em que alegava que o Supremo Tribunal Federal seria competente para apreciar a prisão dos indivíduos durante o estado de sítio, uma vez que envolvia questões pertinentes a direitos individuais, bem como analisar os requisitos para a decretação do estado de sítio (BAHIA, 2009, p. 106). A mera interposição do *writ* por Rui Barbosa teria irritado profundamente Floriano Peixoto, que chegou a afirmar que, se o Supremo Tribunal Federal concedesse a ordem, os próprios ministros iriam precisar de um *habeas corpus* (COSTA, E., 2006, p. 30). Talvez por conta da pressão envolvida, os ministros denegaram a ordem por dez votos contra um. Em seus fundamentos, o Supremo Tribunal Federal acabou por decidir que este não poderia se envolver nas funções políticas do Executivo e do Legislativo, mesmo que elas envolvessem direitos individuais, pois será impossível separar questões políticas e direitos individuais (BAHIA, 2009, p. 106).

¹³ “A ideia de se criar um órgão responsável para zelar pelo bom funcionamento do sistema constitucional antecede à própria República. D. Pedro II, ao despedir-se de dois brasileiros, Salvador Mendonça e Lafayette Rodrigues Pereira, que partiam em missão oficial para os Estados Unidos, em meados de 1889, pediu-lhes que estudassem “com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que, se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria ela melhor. Deem toda atenção a este ponto...” A monarquia não resistiu, mas o objetivo de D. Pedro II de criar no Brasil um órgão à semelhança da Suprema Corte americana, foi logo colocado em prática pelos republicanos” (VIEIRA, 1994, p. 73).

Estaria, dessa forma, criada, à moda brasileira, a doutrina das questões políticas (TEIXEIRA, 2004). Em verdade, como diz José Eleares Marques Teixeira (2004, p. 60-61), a doutrina das questões políticas foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal para evitar um confronto com o poder político, mesmo que à custa dos direitos individuais, utilizando-se, em verdade, do subterfúgio de que não há como separar as questões políticas dos direitos individuais.

A primeira década de atuação do Supremo Tribunal Federal ficou marcada pelo confronto com o Poder Executivo; sua atitude de extrema timidez, fez com que algumas vezes o próprio Presidente da República descumprisse algumas ordens emanadas do Supremo (RODRIGUES, 1991b, p. 50).

Na primeira década do século XX, no entanto, por ocasião da vitória de Marechal Hermes da Fonseca na corrida presidencial em 1910, sob o protesto de Rui Barbosa de que o vencedor seria inelegível, o Poder Executivo passou a praticar um sem número de violências contra direitos individuais, tais como fechamento de jornais, recrutamento de involuntários para o Exército e a Marinha (RODRIGUES, 1991b, p. 32).

Diante do clima de instabilidade política que pairava sobre o território nacional, o Supremo Tribunal Federal passou a ser acionado para resolver questões ligadas ao exercício de poder. A única ação constitucional, prevista na Constituição de 1891, que garantiria os direitos individuais previstos naquela Constituição era o *habeas corpus*. Previsto no § 22º do art. 72 da Carta de 1891, o instituto assumia a seguinte configuração: “Dar-se-á o *habeas-corpus* sempre que o individuo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder”.

Obviamente, a redação do instituto, a interpretação de Rui Barbosa¹⁴ e a disposição do Supremo Tribunal Federal para intervir em questões políticas fizeram com que se criasse, por obra pretoriana, a doutrina brasileira do *habeas corpus*. Se, antes, restrito à proteção da liberdade de locomoção, o *habeas corpus* passou a tutelar todo e qualquer direito, ameaçado ou violado (CRUZ, 2004, p. 215-216).

¹⁴ Rui Barbosa vislumbrou a possibilidade de ampliação no espectro de proteção do *habeas corpus*: “Não se fala em constrangimentos corporais. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência, de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, por um destes meios, aí está estabelecido o caso constitucional do “*habeas corpus*”. Quais são os meios indicados? Quais são as origens da coação e da violência, que devem concorrer para que se estabeleça o caso legítimo de ‘*habeas corpus*’? Ilegalidade ou abuso de poder. [...] Coação definirei eu, é a pressão empregada em condições de eficácia contra a liberdade do exercício de um direito, qualquer que esse seja” (BARBOSA, 1978, p. 172-173).

A primeira ocasião que o Supremo Tribunal Federal se manifestou pelo alargamento do âmbito de incidência do instituto foi o caso do Conselho Municipal do Distrito Federal, em que o Tribunal concedeu a ordem para que membros de uma determinada facção política pudessem entrar no recinto do Conselho Municipal do Distrito Federal e exercer as funções para as quais foram eleitos (RODRIGUES, 1991b, p. 55-68). Nos anos seguintes, as ordens de *habeas corpus* concedidas pelo Supremo Tribunal Federal abarcaram uma série de direitos individuais, para além da garantia de liberdade de locomoção. Leda Boechat Rodrigues cita a liberdade de imprensa, aí incluída a ordem concedida contra abuso da liberdade de imprensa e a suspensão da publicação de jornais; direitos políticos, tal qual a possibilidade da concessão da ordem para garantir o direito de voto; ordem concedida para possibilitar a propaganda de crença religiosa; liberdade de exercício de profissão, tal como ordem concedida para garantir o exercício da profissão de pescador (RODRIGUES, 1991b, p. 191-213).

Tanto a utilização repressiva como a preventiva do remédio constitucional foi uma constante no período que vai desde o ano de 1910 até o ano de 1926, com intuito de tutelar todos os direitos previstos no catálogo da Constituição de 1891. Referida utilização do *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal foi denominada de aberrante por Pedro Calmon, já que havia uma intervenção do Poder Judiciário nos casos políticos (RODRIGUES, 1991b, p. 68).

Leda Boechat Rodrigues chega a afirmar que a doutrina brasileira do *habeas corpus* foi a maior construção jurisprudencial feita no Brasil. Segundo a historiadora, o mérito há de ser dado ao Ministro Enéas Galvão (RODRIGUES, 1991b, p. 17). Com efeito, não há dúvidas de que a doutrina brasileira do *habeas corpus* foi serviente para a proteção de muitos dos direitos in-

dividuais proclamados na Constituição de 1891. Talvez sem a ampliação da utilização do *habeas corpus* feita pelo Supremo Tribunal Federal tais direitos ficariam à mercê da discricionariedade em sua concretização pelos poderes públicos nos mais diversos níveis da República. Contudo, é preciso ver que tal prática jurisprudencial buscou influenciar o jogo político.

Em verdade, se a ampliação do espectro de incidência de uma ação constitucional tal como feita pelo Supremo Tribunal Federal na doutrina brasileira do *habeas corpus*, de um lado, amplia a possibilidade de proteção dos direitos individuais ameaçados e violados, de outro, essa ampliação coloca o Supremo Tribunal Federal como controlador do jogo político, pretendendo submeter o Poder Legislativo e o Executivo à interpretação fixada diante das violações de direitos.

Em hipótese alguma se está a defender que os direitos individuais violados devem ficar à mercê da própria sorte. Apenas queremos ressaltar o viés político-jurídico que tal prática expõe. De fato, sob a argumentação de proteção aos direitos individuais, muitas vezes se escondem objetivos pragmáticos e ideológicos de controle sobre os demais poderes republicanos.

A atuação do Poder Judiciário, pelo que se demonstrou, foi marcado por períodos de descontinuidade entre a ocupação deste no ponto mais evidente do jogo político, tal como se demonstrou com os assentos e a construção do Império, e a completa obscuridade participativa na política com a doutrina das questões políticas logo no início da República Velha.

Esse caminhar, no entanto, demonstra que o Poder Judiciário sempre teve um fetiche no controle dos demais poderes. O ativismo não é nenhuma novidade em nosso contexto político-social. Até bem pode ser no plano teórico, mas não o é novidade no plano prático jurisprudencial.

Conclusão

A posição de proeminência do Poder Judiciário no contexto jurídico e político atual não é fruto exclusivamente de uma nova principiologia ou teoria constitucional moderna. Em verdade, teorias jurídico-constitucionais que creem em uma suposta proeminência do Poder Judiciário no jogo democrático descendem de uma ideologia jurídica. De fato, há uma crença generalizada no seio da teoria jurídica de que o Poder Judiciário é capaz de dar conta dos anseios sociais.

No entanto, por mais que se pregue que referida teoria é fruto de um ideário moderno advindo da Constituição Federal de 1988, viu-se que o ativismo judicial – tal como se entende hoje em dia –, ao menos em *terrae brasiliis* é consequência de quase dois séculos de atuação de nosso órgão responsável para julgar os litígios individuais. Há, com evidência, um desvirtuamento do Poder Judiciário no Brasil na medida em que ele conflita com os demais poderes.

Devemos, antes de tudo, reconhecer que em nenhum momento o Poder Judiciário foi tido pela própria Constituição de 1988 como responsável pela condução dos destinos de nossa comunidade política. Aqueles que pregam que é o Poder menos perigoso ou, então, que é o mais capacitado, em geral, colocam-no sob um perigoso fardo. Todos os sucessos ou fracassos da comunidade política não serão compartilhados igualmente pelos indivíduos de nossa sociedade, mas serão inteiramente atribuída ao Poder Judiciário.

De qualquer modo, nunca é demais lembrar que o próprio Poder Judiciário poderá ser responsável pelos retrocessos de políticas conquistadas democraticamente pela sociedade. A história é repleta de erros cometidos pelo Poder Judiciário. Esta pequena digressão histórica e teórica sobre o ativismo judicial no Brasil dá-nos conta de que nem sempre a atuação judicial é o melhor remédio para os males sociais.

Referências

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Os assentos no Direito Processual Civil. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 74, p. 115-143, 1971.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BARBOSA, Rui. *República, teoria e prática: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira constituição republicana*. Petrópolis: Vozes, 1978.

- BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.
- BENTIVOGLIO, Julio. A história conceitual de Reinhart Koselleck. *Dimensões*, Espírito Santo, v. 24, p. 114-134, 2010.
- CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2006.
- COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Breve histórico do Supremo Tribunal Federal e do controle de constitucionalidade brasileiro. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 2003.
- JASMIN, Marcelo Gantus. História dos conceitos e teoria política e social: referências preliminares. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 20, n. 57, p. 27-38, fev. 2005.
- KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, Berkeley, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, out. 2004.
- KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Tradução de Wilma Patrícia Maas. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2006.
- _____. *Historia y Hermenéutica*. In: _____. GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenéutica*. Barcelona: Paidós, 1997.
- _____. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 134-146, 1992.
- LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da Súmula do S.T.F. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 25, p. 46-67, jul. 1982.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, Boulder, v. 73, 2002.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009.
- PEDRON, Flavio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal tomo I: defesa das liberdades civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991a.
- _____. *História do Supremo Tribunal Federal tomo III: doutrina brasileira do habeas-corpus (1910-1926)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991b.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. 24. ed. São Paulo: Cultrix, 2002.
- TARUFFO, Michele. Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa. *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 29, p. 249-271, 2006.

TEIXEIRA, José Eleares Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal – STF*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Sociedade) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

WOLFE, Christopher. *Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?*. Maryland: Rowman & Littlefield, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

A compatibilidade do subsídio com a verba honorária de sucumbência

MURILLO GIORDAN SANTOS

Sumário

1. Introdução. 2. Direito dos advogados públicos ao recebimento dos honorários advocatícios de sucumbência. 3. Remuneração dos advogados públicos sob a forma de subsídio e sua compatibilidade com o pagamento de verba honorária sucumbencial. 4. Natureza orçamentária da verba honorária de sucumbência. 5. O encargo legal e as espécies de verba honorária. 6. Do entendimento do STJ. 7. Forma de repasse da verba honorária aos advogados públicos. 8. Do entendimento da Advocacia Geral da União – AGU. 9. Conclusões.

1. Introdução

O presente estudo visa a demonstrar que os advogados públicos têm direito à percepção da verba honorária de sucumbência, mesmo nas carreiras nas quais já foi instituído o subsídio como forma de remuneração, nos termos do art. 39, parágrafo 4º da Constituição Federal.

Conforme será tratado adiante, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) firmou entendimento de que os advogados públicos têm direito à percepção da verba honorária de sucumbência. Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal já decidiu em algumas ocasiões que os advogados públicos têm o mesmo direito.

No entanto, com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, que deu nova redação ao art. 39, § 4º da Constituição Federal, houve sensível alteração na forma de remuneração de alguns agentes de Estado, entre eles os advogados públicos. Segundo alguns entendimentos, a forma de remuneração introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98, que é denominada de subsídio, é incompatível com a percepção de verba

Murillo Giordan Santos é procurador federal (Advocacia Geral da União – AGU), mestre em Direito do Estado pela USP e professor de direito administrativo.

honorária pelos advogados públicos, já que o subsídio deve ser “fixado em parcela única”.

Conforme se passa a demonstrar, esses entendimentos não prosperaram, já que a verba honorária de sucumbência em nada desvirtua a sistemática remuneratória trazida pela Emenda Constitucional nº 19/98 e é plenamente compatível com ela.

Para se chegar a essa conclusão, é necessário desvendar a natureza jurídica da verba honorária decorrente das ações em que a Fazenda Pública é parte, que não se caracteriza como receita pública. Também deve ser esclarecida a teleologia da remuneração por subsídio, que tem como escopo controlar e facilitar a alocação dos recursos públicos, os quais, por sua vez, não se confundem com os honorários de sucumbência. Por essa razão, a verba de sucumbência não interfere no escopo do subsídio constitucional justamente por não apresentar natureza orçamentária, o que não contraria a sua sistemática de racionalização da folha de salário, já que essa verba não será paga pelos cofres do Estado, mas sim pela parte adversa ação.

Ao mesmo tempo, o presente artigo aborda a natureza jurídica do encargo legal e as formas de operacionalização do repasse dos honorários advocatícios aos advogados públicos.

2. Direito dos advogados públicos ao recebimento dos honorários advocatícios de sucumbência

A previsão legal da verba honorária de sucumbência tem início com o art. 20 do Código de Processo Civil¹, que obriga a sentença a condenar o vencido a pagar ao vencedor as custas que antecipou e os honorários advocatícios. Nota-se que a redação obriga a parte vencida a pagar os honorários advocatícios à parte vencedora e não ao advogado, o que levou a alguns entendimentos de que os honorários pertenceriam à parte e não ao seu patrono.

No entanto, essa questão ficou superada com o advento da Lei nº 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e o da OAB e introduziu nova disciplina jurídica aos honorários advocatícios. Nesse sentido, o art. 22 da Lei nº 8.906/94² assegura aos inscritos na OAB, em razão da prestação de serviço profissional, o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência. Assim, os honorários advocatícios fixados em sentença nos termos do art. 20

¹ Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

² Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

do CPC pertencem aos advogados devido à interpretação conjunta do diploma processual com o Estatuto da OAB.

É digno de nota que o mencionado artigo se refere a três tipos de verba honorária: (i) honorários convencionados; (ii) honorários determinados por arbitramento ou sentença judicial e (iii) honorários de sucumbência. A diferença entre eles será adiante exposta; cabe, por ora, apenas esclarecer que os honorários de sucumbência são pagos nos termos do art. 20 do CPC, ou seja, eles são pagos pela parte vencida aos advogados, sejam eles públicos ou privados

Portanto, os honorários de sucumbência não são pagos aos advogados pelos seus clientes, mas pela parte contrária do processo, que sequer mantém relação contratual ou empregatícia com o profissional contemplado. Tal ilação vem reforçada pelo art. 23 da Lei nº 8.906/94, que determina o seguinte:

“Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.”³

Como visto, os honorários de sucumbência pagos aos advogados públicos não provêm dos cofres do Estado, mas da parte contrária, quando sucumbente. Tal questão decorre diretamente da lei e é condicionada à sucumbência da parte contrária. Caso ela não ocorra, não haverá direito ao recebimento dos honorários sucumbenciais.

A OAB já se manifestou sobre o direito de os advogados públicos perceberem os honorários de sucumbência no Processo nº 00510/2009, de

³ Cabe observar que o STF deixou de manifestar-se, em controle concentrado, a respeito da constitucionalidade dos arts. 22 e 23 do Estatuto da OAB devido à falta de pertinência temática da Confederação Nacional da Indústria: “ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – OAB. ARTIGOS 1º, parágrafo 2º; 21, PARÁGRAFO ÚNICO; 22; 23; 24, parágrafo 3º; E 78 DA LEI Nº 8.906/1994. INTERVENÇÃO COMO LITISCONSÓRCIO PASSIVO DE SUBSECCÕES DA OAB: INADMISSIBILIDADE. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ARTIGOS 22, 23 E 78: NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO. ARTIGO 1º, parágrafo 2º. AUSÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ARTIGO 21 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO: INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. ARTIGO 24, parágrafo 3º. OFENSA À LIBERDADE CONTRATUAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIALMENTE PROCEDENTE. (...) 2. Ilegitimidade ativa da Confederação Nacional da Indústria – CNI, por ausência de pertinência temática, relativamente aos artigos 22, 23 e 78 da Lei nº 8.906/1994. Ausência de relação entre os objetivos institucionais da Autora e do conteúdo normativo dos dispositivos legais questionados. (...) 4. O artigo 21 e seu parágrafo único da Lei nº 8.906/1994 deve ser interpretado no sentido da preservação da liberdade contratual quanto à destinação dos honorários de sucumbência fixados judicialmente. 5. Pela interpretação conforme conferida ao artigo 21 e seu parágrafo único, declara-se inconstitucional o parágrafo 3º do artigo 24 da Lei nº 8.906/1994, segundo o qual “é nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência”. 6. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida em parte e, nessa parte, julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme ao artigo 21 e seu parágrafo único e declarar a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 24, todos da Lei nº 8.906/1994” (BRASIL, 2009ª).

relatoria do Dr. César do Vale Kirsch, que se fundamentou na interpretação “lógica e teleológica” dos artigos 3º, 22, 23 e 24 da Lei nº 8.906/94⁴.

Aliás, o Conselho Federal da OAB já havia pacificado o entendimento de que os advogados públicos têm o direito de perceber honorários advocatícios, o que ficou definido na Ementa 39/2003/OEP:

“ADVOCACIA PÚBLICA. SUJEIÇÃO DE SEUS INTEGRANTES AO ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – VERBAS ATRIBUÍDAS PELA LEI AOS PROCURADORES MUNICIPAIS – LEGALIDADE. Encontra respaldo nos artigos 22 e seguintes, combinados com o art. 3º, do Estatuto da Advocacia e da OAB, a cobrança de honorários de sucumbência pelos Procuradores Municipais e Advogados Públicos em geral, mormente quando existe lei disciplinando a matéria” (BRASIL, 2003).

No mencionado relatório da OAB, o Dr. César do Vale Kirsch ainda menciona que o STF já decidiu que os advogados públicos têm direito ao recebimento de honorários sucumbenciais arbitrados nas lides em que a Fazenda Pública se sagra vencedora: Embargos Declaratórios no

⁴ Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), § 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional. (...) Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência. (...) Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor. Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial.

Agravo de Instrumento nº 352.349/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence; Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 348.490/SP, Relatora Ministra Ellen Gracie; Recursos Extraordinários nº 312.026 e 220.397, Relator Ministro Ilmar Galvão.

Recentemente, a OAB, por meio da sua Comissão Nacional da Advocacia Pública, elaborou algumas súmulas sobre a atuação dos advogados públicos, entre elas a de número 8, que afirma o direito desses advogados à percepção de honorários:

“Súmula 8 – Os honorários constituem direito autônomo do advogado, seja ele público ou privado. A apropriação dos valores pagos a título de honorários sucumbenciais como se fosse verba pública pelos Entes Federados configura apropriação indevida.”

Com isso, fica cabalmente demonstrado o direito dos advogados públicos ao recebimento da verba honorária de sucumbência. No entanto, como mencionado acima, existem questionamentos quanto à compatibilidade do recebimento da verba de sucumbência cumulativamente com a forma de remuneração dos advogados públicos, que deve ocorrer por meio de subsídios nos termos do art. 39, § 4º da Constituição Federal.

No próximo tópico, abordaremos essa questão e demonstraremos que não procede o raciocínio quanto a essa suposta incompatibilidade.

3. Remuneração dos advogados públicos sob a forma de subsídio e sua compatibilidade com o pagamento de verba honorária sucumbencial

A remuneração dos advogados públicos deve ser feita por meio de subsídio, conforme previsto pelo art. 135 da Constituição Federal: “Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras

disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). Segundo o art. 39, § 4º da Constituição Federal, a remuneração de alguns agentes públicos ocorre exclusivamente sob a forma de subsídio, que se caracteriza pelo pagamento de uma parcela única, sem qualquer acréscimo, conforme se verifica em sua redação:

“§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Dessa forma, o intuito do legislador constituinte reformador na Emenda Constitucional nº 19/98 foi simplificar a forma de remuneração de algumas carreiras públicas, afastando-a sensivelmente da tradicional forma de remuneração aplicada ao restante do funcionalismo.

Assim, o subsídio é pago em uma parcela única mensal, sem qualquer acréscimo; ao contrário da forma de remuneração tradicional do funcionalismo público, que é composta por um vencimento base, acrescido de uma série de vantagens pecuniárias, as quais, segundo a Hely Lopes Meirelles (2010, p. 516), podem ser assim definidas:

“*Vantagens pecuniárias* são acréscimos ao *vencimento* do servidor, concedidas a título definitivo ou transitório, pela decorrência do tempo de serviço (*ex facto temporis*), ou pelo desempenho de funções especiais (*ex facto officii*), ou em razão de condições anormais em que se realiza o serviço (*propter laborem*), ou, finalmente, em razão de condições pessoais do servidor (*propter personam*)”.

Tais acréscimos à remuneração dependem de criação legal pelos estatutos funcionais das respectivas carreiras e esferas da Administração Pública. Desse modo, cada carreira apresenta vantagens pecuniárias próprias, pagas de acordo com os diferentes critérios de aferição (tempo de serviço, condições de serviço, qualificações pessoais etc.), o que redundará em valores finais diferentes para cada servidor, mesmo que eles estejam na mesma carreira e ocupem a mesma classe funcional.

Tais diferenciações causam uma enorme dificuldade de administração da folha de pagamento do funcionalismo, pois, antes de haver a definição dos valores dessas vantagens pecuniárias, deve ocorrer a avaliação individual ou a da carreira de cada servidor, sempre respeitado o contraditório e a ampla defesa. Além disso, as diferenças entre as formas de pagamento e a avaliação das vantagens pecuniárias levam inevitavelmente

à busca de paradigmas entre os servidores e as carreiras do funcionalismo, que procuram no Poder Judiciário o reconhecimento do direito à isonomia remuneratória.

Existem incontáveis exemplos de condenações judiciais do Poder Público para incorporar vantagens a determinados servidores e a determinadas carreiras, o que aumenta consideravelmente a dificuldade de administração da folha de pagamento do funcionalismo, já tão tumultuada com a simples existência das próprias vantagens pecuniárias.

Foi justamente para racionalizar e simplificar esse complexo sistema remuneratório que a Emenda Constitucional nº 19/98 introduziu o subsídio, pago em parcela única e sem o acréscimo de qualquer vantagem pecuniária. Com ele, a administração da folha de pagamento ficaria mais simples, sem “penduricalhos”, e com a provável diminuição das ações judiciais contra o Erário questionando a forma de remuneração do funcionalismo.

No entanto, essa nova forma de remuneração não teve aceitação unânime, já que ela foi incapaz de trazer isonomia remuneratória aos agentes de Estado, tampouco de estimular a produtividade funcional, ao desprezar as complexas regras de administração de recursos humanos. Afinal, hoje muito se fala em meritocracia na Administração Pública brasileira, o que levou à promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, mas a remuneração por meio de subsídio por ela introduzida contraditoriamente foi na contramão do incentivo à produtividade.

É certo que a própria Constituição Federal atenua o rigor da parcela única do subsídio para evitar algumas injustiças com o funcionalismo. Assim, ela prevê em seu art. 39, § 3º, que se devem pagar aos ocupantes de cargo – mesmo que remunerados por parcela única (subsídio) – décimo terceiro salário, salário-família,

adicional noturno, remuneração por serviço extraordinário e adicional de férias.

Nota-se que nenhuma dessas formas adicionais de contraprestação ao exercício funcional dos agentes públicos decorre da produtividade, embora representem acréscimos remuneratórios. Igualmente, nenhum dos acréscimos constitucionalmente admitidos à parcela única mensal do subsídio permitiria, num primeiro momento, o pagamento de verba honorária aos advogados públicos.

Ocorre que essa verba honorária não pode ser considerada como remuneração dos servidores públicos – no caso, dos servidores advogados/procuradores – pois, tal como demonstrado acima, ela não é paga pelos cofres públicos e tampouco pode constituir vantagem pecuniária. Explica-se: o conceito legal de vencimento e remuneração é dado pelos arts. 40 e 41 da Lei nº 8.112/90: “Art. 40. Vencimento é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei. Art. 41. Remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.”

Em outras palavras, é o exercício do cargo que leva ao pagamento da remuneração. Todavia, a verba honorária sobrevém da sucumbência, que, por sua vez, não decorre inexoravelmente do exercício do cargo, já que é verba eventual ou aleatória.

O patrocínio das defesas do Poder Público deve ser feita por ocupantes de cargo de carreira nos termos do art. 131, § 2º, da Constituição Federal, cuja forma de remuneração correspondente não depende dos êxitos da sucumbência.

Tal é a realidade também da advocacia privada, na qual a remuneração do causídico não pode ser condicionada ao êxito das ações patrocinadas. Aliás, a Ordem dos Advogados do Brasil condena tal prática e a considera antiética. Assim, há um pagamento devido ao

advogado pelo patrocínio da ação, cujos respectivos valores são pagos pelo seu cliente, independentemente do êxito de sua atuação, que poderá ser acrescido pela verba de sucumbência, cujo pagamento é feito pela parte adversa do processo.

Soma-se a isso que a previsão contida no art. 39, § 4º, da Constituição Federal em relação ao subsídio – que veda o seu pagamento cumulado com o *acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória* – refere-se à verba de natureza pública, paga sob o regime de despesa pública nos termos da Lei nº 4.320/64, e não à verba de natureza privada paga em razão da sucumbência judicial⁵.

Como tratado acima, o art. 20 da Lei nº 8.906/94 prevê diferentes tipos de honorários advocatícios: os contratuais, os arbitrados e os sucumbenciais. Os honorários contratuais decorrem da prestação do serviço pelo profissional e são pagos pelo seu cliente e não dependem do seu êxito no processo, ao passo que os honorários arbitrados e os de sucumbência decorrem do pagamento da parte contrária quando vencida.

Nessa mesma esteira de raciocínio, a remuneração dos advogados públicos por meio de subsídio corresponderia aos honorários contratuais, que são pagos pelo cliente, no caso o Estado, e não dependem do seu êxito no processo. Tal forma de remuneração é perfeitamente compatível com o pagamento dos honorários de sucumbência, que serão pagos aos advogados públicos pela parte contrária do processo quando vencida.

Veja-se que o pagamento dos honorários contratuais depende de contrato de prestação de serviço no caso da advocacia privada; no caso dos advogados públicos, tal pagamento decorre de previsão estatutária. No caso da advocacia pública federal, o art. 40 da Lei nº 8.112/90 condiciona a percepção de remuneração ao exercício do cargo e não ao êxito da sucumbência. Caso contrário, ficaria sem remuneração alguma o advogado público que não patrocinasse qualquer causa em que o Poder Público fosse vencedor durante determinado lapso temporal. Assim, a remuneração dos

⁵ No mesmo sentido, é o entendimento de Kiyoshi Harada (2012, p. 56), segundo o qual as “vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza” mencionadas nos art. 37, XI, da Constituição Federal referem-se somente à verba de natureza pública paga pelo Erário e não a verba de natureza privada paga em razão da sucumbência judicial. Nas palavras desse autor: “A inclusão das ‘vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza’ a que se refere o inciso XI do art. 37 da CF, evidentemente, diz respeito à verba de natureza pública paga pelo erário com observância do regime da despesa pública, de conformidade com a lei de regência da matéria, ou seja, da Lei nº 4.320/64. Não há que se incluir nos vencimentos ou nos proventos, para efeito de aferição do teto remuneratório, uma verba que não é paga pelos cofres públicos”. No entanto, o STF tem decidido que os honorários advocatícios, por constituírem vantagem conferida indiscriminadamente a todos os integrantes da carreira, devem submeter-se ao teto remuneratório do art. 37, XI, da Constituição Federal. Nesse sentido, cf. STF, 1 T., RE 380.358, rel. Min. Dias Tóffoli, j. em 26/6/2012, *DJe* 15/8/2012 e STF, 1 T., RE 634.576, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 7/6/2011, *DJe* 22/8/2011.

advogados privados e dos advogados públicos decorre do exercício da profissão ou do cargo, podendo vir a ser acrescida pela verba sucumbencial.

Daí podermos falar nas espécies de honorários advocatícios previstos no art. 20 da Lei nº 8.906/94: os honorários contratuais (decorrentes do contrato de prestação de serviço para os advogados particulares e decorrentes das normas estatutárias para os advogados públicos), os honorários arbitrados (fixados por arbitramento) e os honorários sucumbenciais (decorrentes da condenação da parte contrária).

Nota-se que o STF já decidiu que os honorários sucumbenciais constituem parcela autônoma da condenação e pertencem ao advogado:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR. SUBMISSÃO AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS PRECATÓRIOS, OBSERVADA ORDEM ESPECIAL.

1. *Os honorários advocatícios incluídos na condenação pertencem ao advogado e possuem natureza alimentícia.* A satisfação pela Fazenda Pública se dá por precatório, observada ordem especial restrita aos créditos de igual natureza. Precedentes: AIs 623.145, sob a relatoria do ministro Dias Toffoli; 691.824, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio; 732.358-AgR, sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; e 758.435, sob a relatoria do ministro Cezar Peluso; REs 470.407, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio; 538.810, sob a relatoria do ministro Eros Grau; e 568.215, sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia; bem como SL 158-AgR. 2. *Agravo regimental desprovido*” (BRASIL, 2011a, grifo nosso).

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. COMPENSAÇÃO.

1. Código de Processo Civil, artigo 21. Sucumbência recíproca. Custas processuais e honorários advocatícios. Compensação entre as partes, nos limites da condenação. 2. Honorários advocatícios. Execução autônoma. Estatuto da Advocacia, artigo 23. Impossibilidade de compensação. Alegação improcedente. *Os honorários advocatícios decorrentes de decisão transitada em julgado pertencem ao advogado, que poderá executá-los em procedimento autônomo.* Hipótese distinta daquela em que, em razão do julgamento do recurso interposto, os litigantes são vencidos e vencedores na causa, fato do qual decorre a responsabilidade recíproca pelas custas e honorários advocatícios, como acessório dos limites da condenação. Incompatibilidade do artigo 21 do Código de Processo Civil com o artigo 23 da Lei 8.906/94. Inexistência. Agravo regimental a que se nega provimento” (BRASIL, 2002a, grifo nosso).

Observa-se que o julgamento de tais precedentes não envolve advogados públicos – o que, no entanto, não desfaz o entendimento acima exposto. Ao contrário, o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

manifestou-se expressamente pela compatibilidade da percepção de verba honorária pelos Procuradores do Estado juntamente com a remuneração sob a forma de subsídio:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROCURADORES DO ESTADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEITADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PAGAMENTO POR SUBSÍDIO. DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO TETO CONSTITUCIONAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME.

I – Rejeita-se a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido tendo em vista que a norma constitucional inobservada é de reprodução obrigatória na Constituição Estadual.

II – A omissão da Constituição Estadual não constitui óbice a que o Tribunal de Justiça local julgue ação direta de inconstitucionalidade contra lei que dispõe sobre a remuneração dos Procuradores de Estado.

III – Os Advogados Públicos, categoria da qual fazem parte os Procuradores de Estado, fazem jus ao recebimento de honorários advocatícios de sucumbência, sem que haja ofensa ao regime de pagamento do funcionalismo público através de subsídio ou de submissão ao teto remuneratório, tendo em vista que tal verba é variável, é paga mediante rateio e é devida pelo particular (parte sucumbente na demanda judicial), não se confundindo com a remuneração paga pelo ente estatal” (BRASIL, 2012a)

Constata-se, assim, a plena compatibilidade do pagamento de honorários de sucumbências aos advogados públicos remunerados sob a forma de subsídio. Tal argumento é reforçado pela origem da verba de sucumbência, que não é pública e sim privada, de modo que o seu pagamento não constitui despesa pública orçamentária, tal como será demonstrado adiante.

4. Natureza orçamentária da verba honorária de sucumbência

Nota-se que, apesar de a ser recolhida aos cofres públicos, isso não confere à verba de sucumbência o caráter de receita pública orçamentária. Aliás, é tradicional no direito financeiro a diferenciação entre entrada e receita pública.

Entrada é todo e qualquer dinheiro que ingressa nos cofres públicos, a qualquer título. Toda entrada é um ingresso provisório nos cofres do Estado. Distingue-se da receita que são ingressos definitivos nos cofres do Estado e nele devem permanecer de acordo com as previsões orçamentárias. Diferentemente, as entradas devem ser devolvidas, daí a sua caracterização como provisórias⁶.

O depósito recursal em processo administrativo pode ser dado como exemplo de entrada, já que será devolvido ao recorrente após o julgamento do recurso. Da mesma forma, os honorários de sucumbência recolhidos aos cofres públicos constituem-se como mera entrada e não como receita pública, já que deverão ser devolvidos (destinados) aos seus verdadeiros titulares, ou seja, os advogados públicos, permanecendo apenas provisoriamente nos cofres do Estado.

É certo que algumas leis orçamentárias, como a lei federal, elencam os honorários ad-

⁶ Nesse sentido, convém ter em mente a lição de Luiz Emygdio F. da Rosa Jr. (2006, p. 48): “Desta forma, *entrada pública ou ingresso público* é o recebimento pelo Estado de qualquer importância, seja qual for seu título ou natureza, como produto de caução, depósito, empréstimo, venda de bem e fiança, por traduzirem simples movimentos de fundos, não se incorporando permanentemente ao patrimônio público, pois o Estado fica na obrigação de restituí-los. E somente pode ser considerada *receita pública* a entrada em dinheiro não sujeita à condição devolutiva ou a baixa patrimonial correspondente, eis que se incorpora permanentemente ao patrimônio público como um elemento novo ao qual passa a pertencer, a fim de que o Estado possa aplicá-la no cumprimento de suas finalidades”.

vocatícios como receita pública, o que constitui apropriação ilegítima de verba que não pertence ao Estado.

Assim, essas leis orçamentárias devem ser imediatamente revistas, a fim de que os honorários de sucumbência sejam destinados a fundos próprios dos advogados públicos, com o fim de repartir essa verba entre seus verdadeiros titulares, o que reforçará a sua natureza de entrada (sempre provisória).

5. O encargo legal e as espécies de verba honorária

Não se confundem os honorários de advogado com o encargo legal. A previsão jurídica deste está contida no art. 1º do Decreto-lei nº 1.025/69:

“Art 1º É declarada extinta a participação de servidores públicos na cobrança da Dívida da União, a que se referem os artigos 21 da Lei nº 4.439, de 27 de outubro de 1964, e 1º, inciso II, da Lei nº 5.421, de 25 de abril de 1968, passando a taxa, no total de 20% (vinte por cento), paga pelo executado, a ser recolhida aos cofres públicos, como renda da União.”

Assim, nos termos do art. 1º do Decreto-lei nº 1.025/64, encargo legal é o acréscimo de 20% pago pelos executados sobre a dívida ativa da União que lhes é cobrada judicialmente.

Anteriormente, tal encargo era pago a algumas carreiras do funcionalismo federal, entre elas a dos Procuradores da República e a dos Procuradores da Fazenda Nacional. Com o advento do Decreto-lei nº 1.025/69, o encargo de 20% passou a ser renda da União. Desde já, nota-se que o Decreto-lei nº 1.025/69 confere natureza orçamentária de receita pública ao encargo legal, por considerá-lo como renda da União – ao contrário dos honorários de sucumbência, que são considerados como entrada.

Como consequência, as leis orçamentárias da União têm previsto o encargo legal como receita pública sob o Código de Receita 705.600.361, (Receitas de Honorários de Advogados), como consta no anexo VIII da lei orçamentária de 2013 (Lei nº 12.798) para os honorários da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Por constituir receita pública e ter a sua criação como renda da União, o encargo legal não constitui verba de natureza alimentar como os honorários advocatícios, tampouco devem ser obrigatoriamente destinados aos advogados públicos.

Deve-se esclarecer que o fato gerador do encargo legal decorre em grande parte de atividade advocatícia das procuradorias, como a análise do crédito e a sua inscrição em dívida ativa. Por esse motivo, ao menos uma parte do encargo legal deveria ser repassada aos advogados públicos, da mesma forma que os honorários de sucumbência, e não exclusivamente ao Fundaf (Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das

Atividades de Fiscalização), como ocorre hoje⁷. Veja-se, portanto, que o encargo legal não se confunde com os honorários de sucumbência, conforme entende o STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 284/STF. AÇÃO ORDINÁRIA DE NULIDADE DA CDA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE A DESPEITO DA INCIDÊNCIA DO ENCARGO DO DECRETO Nº 1.025/69 NOS AUTOS DA EXECUÇÃO FISCAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 168 DO EXTINTO TFR. PRECEDENTES. 1. Discute-se nos autos a possibilidade de condenação em honorários advocatícios em razão da sucumbência da parte autora em ação declaratória de nulidade da Certidão de Dívida Ativa que instrui execução fiscal promovida pela União. 2. A recorrente não indicou quais teriam sido as teses ou dispositivos legais sobre os quais a Corte a quo não teria se manifestado. Dessa forma, não é possível conhecer da alegada violação do art. 535 do CPC. Incidência, por analogia, da Súmula nº 284 do STF. 3. O encargo de 20% previsto no art. 1º do Decreto nº 1.025/69 tem como fato gerador a apuração, inscrição e cobrança administrativa e/ou judicial da Dívida Ativa da União (art. 21, *caput*, da Lei nº 4.439/64, art. 32 do Decreto-lei nº 147/67) e substitui a condenação do devedor em honorários advocatícios na cobrança executiva da Dívida Ativa da União (art. 3º do Decreto-lei nº 1.645/78), bem como nos embargos do devedor, na forma da Súmula nº 168 do extinto TFR: ‘o encargo de 20%, do decreto-lei 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da união e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios’. 4. No caso em exame, por se tratar de ação ordinária declaratória de nulidade da CDA, e não de embargos do devedor, não há que se falar em aplicação da Súmula nº 168 do extinto TFR, cabendo, portanto, a condenação da parte autora em honorários advocatícios, a despeito da incidência do encargo do Decreto nº 1.025/69 nos autos da execução fiscal. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido” (BRASIL, 2011b).

Tal entendimento só vem reforçar o direito à percepção dos honorários de sucumbência pelos advogados públicos, pois, diferentemente do encargo legal, que é considerado receita da União por força do Decreto-lei nº 1.025/69, não existe previsão legal para que os honorários de sucumbência sejam considerados receita pública. Ao contrário, a legislação prevê que

⁷ Em que pese o disposto no art. 3º, da Lei nº 7.711/88, que vincula as receitas do encargo legal ao Fundaf, Alan Titonelli Nunes e Heráclito Mendes de Camargo Neto (2011) afirmam: “Outrossim, essa lógica não tem se concretizado, a despeito de haver determinação legal para fazê-lo. Isso porque, apesar da receita referente ao encargo legal ter aumentado de R\$ 150 milhões em 2004 para R\$ 750 milhões em 2008, não houve a devida utilização desses recursos na reestruturação da PGFN, como determina a Lei nº 7.711/88. Tendo o Governo Federal alocado essas verbas vinculadas na reserva de contingência, objetivando o alcance do superávit primário. Isso é comprovado na análise dessas despesas vinculadas, cujos valores foram inferiores à receita arrecadada com o encargo legal. Entre os anos de 2004 e 2009 deveria haver um saldo de R\$ 2 bilhões, mas em 2008 o Governo Federal transferiu cerca de R\$ 1,5 bilhões para o pagamento dos juros, amortização da dívida interna e da dívida pública interna, imobiliária e mobiliária.”

eles são verba de caráter alimentar e pertencem aos advogados, sejam eles públicos ou privados. Daí, a natureza de entrada dos honorários de sucumbência como demonstrado no item anterior.

Apesar disso, o Orçamento da União prevê o recolhimento dos honorários de sucumbência aos cofres públicos⁸, o que é prática ilegítima e constitui apropriação indevida de verba alheia. Urge, pois, que essa distorção seja corrigida e que os honorários de sucumbência sejam corretamente destinados aos advogados públicos.

Como o encargo legal substitui a verba honorária na execução da dívida ativa da União, parte de seu montante também deveria ser destinada aos advogados públicos como retribuição pela sua atividade judicial e administrativa na cobrança da dívida ativa. Para tanto, ele deve deixar de ser elencado pela lei como receita pública e passar a ser considerado como mera entrada nos cofres públicos, assim como os honorários de sucumbência.

Para tanto, deve ser discutida a forma de operacionalização do repasse da verba de sucumbência aos advogados públicos e, se for o caso, também do encargo legal.

6. Do entendimento do STJ

O STJ entende que os advogados públicos não têm direito à percepção da verba honorária de sucumbência, conforme se verifica nos seguintes arestos:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. TÍTULO JUDICIAL. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA FIXADOS NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. SUPOSTA OFENSA AO ART. 386 DO CC/2002. NÃO-OCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS. POSSIBILIDADE. VERBA PÚBLICA DE CARÁTER NÃO PESSOAL. 1. Os honorários sucumbenciais, de regra, constituem direito patrimonial do advogado. Deveras, não pertencem ao procurador ou representante judicial da entidade estatal, porquanto reveste-se a verba de natureza pública. 2. A compensação dos honorários de sucumbência adquiridos em juízo pelo particular na ação principal é cabível com aqueles de igual natureza adquiridos pelo Ente Público, em sede de embargos à execução. 3. Precedentes. 4. Recurso especial provido” (BRASIL, 1998, 2002b, 2005, 2006, 2009b).

“DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TITULARIDADE DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Os honorários advocatícios de sucumbência não constituem direito autônomo do procurador judicial quando vencedora a Administração Pública direta da União,

⁸ Há previsão de recolhimento dos honorários de sucumbência mediante o código de recolhimento 1990.02.01 Receita de Honorários de Advogados 616.634.365.

dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou as autarquias, as fundações instituídas pelo Poder Público, as empresas públicas, ou as sociedades de economia mista, visto que integram o patrimônio público da entidade.” (BRASIL, 2011c, 2011d, 2012b).

Salvo melhor juízo, o STJ o entendimento é equivocado, pois, como demonstrado acima, a legislação que rege o pagamento dos honorários de sucumbência (Estatuto da OAB e Código de Processo Civil) conferem o mesmo tratamento aos advogados públicos e privados em relação à verba honorária. Assim, a exemplo dos advogados privados, o direito à percepção dos honorários de sucumbência pelos advogados públicos decorre diretamente do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94).

Ao mesmo tempo, não existe lei que defina os honorários de sucumbência nas causas em que a Fazenda Pública se sagra vencedora como receita pública. A única lei válida dispendo sobre essa titularidade é a Lei nº 8.906/94, que a atribui aos advogados, sejam eles públicos ou privados.

Portanto, não há dúvidas de que os honorários de sucumbência decorrentes das causas em que a Fazenda Pública se sagra vencedora pertencem aos advogados públicos, diante da aplicação da Lei nº 8.906/94 a esses profissionais e diante da inexistência de disposição legal que caracterize essa verba como receita pública. Dessa forma, o entendimento do STJ deve ser revisto, pois, ao contrário do que esse respeitável Tribunal vem decidindo, os honorários de sucumbência não têm natureza pública ou de receita pública como demonstrado.

7. Forma de repasse da verba honorária aos advogados públicos

Como visto, por força da Lei nº 8.906/94, o recebimento da verba honorária é direito autônomo de qualquer advogado, seja ele público ou privado. Por essa razão, seria desnecessária a ocorrência de outra lei prevendo expressamente o pagamento dessa verba aos procuradores/advogados do Poder Público.

No entanto, a efetivação desse direito aos advogados públicos deve percorrer um *iter* necessário à sua operacionalização, com a definição da forma de recolhimento dos honorários devidos nas causas em que a Fazenda Pública for vencedora, os critérios de rateio do montante arrecadado entre os seus beneficiários, a gestão dessa verba, o fundo ou a conta corrente em que ficarão depositados até serem repartidos entre os procuradores etc. Todas essas questões devem estar previstas em veículo normativo próprio, como forma de operacionalizar o direito dos advogados públicos à percepção da verba honorária a quem tem direito.

Por força do princípio da legalidade, o instrumento normativo adequado para a operacionalização da percepção da verba honorária pelos advogados públicos é a lei formal de competência da respectiva entidade federativa a que esses agentes públicos estão vinculados. Nota-se que a necessidade de lei formal ora apontada não significa concordância ou chancela do entendimento do STJ acima esposado, em relação ao qual reafirmamos nossa discordância. Igualmente, não se trata de um apego excessivo à legalidade, mas tão somente de respeito à forma jurídica adequada para definir as questões necessárias para a operacionalização do recebimento da verba honorária pelos advogados públicos.

Como demonstrado, o STJ parte de premissa equivocada, pois não há lei definindo como receita pública os honorários de sucumbência das causas em que a Fazenda Pública sagra-se vencedora. A única lei válida dispondo sobre essa titularidade é a Lei nº 8.906/94, que a atribui aos advogados, sejam eles públicos ou privados.

Portanto, não há dúvidas quanto ao direito autônomo dos advogados públicos perceberem verba honorária, mesmo nas carreiras em que o subsídio constitucional já foi implantado. No entanto, a operacionalização desse direito deve ocorrer por meio de lei formal, à qual caberá dispor sobre questões como a forma de recolhimento dos honorários, os critérios de rateio do montante arrecadado, a gestão dessa verba, o fundo ou a conta corrente em que ficarão depositados.

8. Do entendimento da Advocacia Geral da União – AGU

Por fim, não se pode deixar de mencionar a recente manifestação da Advocacia Geral da União (AGU) sobre o assunto, manifestada pelo Parecer nº 1/2013/OLRJ/CGU/AGU. Referido parecer reviu o Parecer GQ-24, até então contrário à percepção da verba honorária pelos advogados públicos federais. De acordo com o novo entendimento esposado pela AGU:

“A conclusão de que se faz indispensável um provimento legal está longe de ser o termo final de um raciocínio acaciano. Pelo contrário. Todo o exame até agora levado a efeito é revelador da insuficiência do modelo estabelecido no Parecer GQ-24 (...) e diversos acórdãos (...). Se a verba honorária é realmente de titularidade pública, que o diga a lei, pois até agora não a temos. Se é de ninguém, como resulta do Parecer GQ-24, até agora ela vem sendo apropriada pela Fazenda, o que se afigura um arranjo útil, do ponto de vista prático, mas que se não pode conservar, sob pena de se instaurar controvérsias judiciais de resultados imprevisíveis” (KAMAYURÁ, 2013, grifo nosso).

Portanto, de acordo com a manifestação transcrita, não existe lei formal expressa dispondo sobre a titularidade da verba honorária.

Discordamos desse entendimento pelas mesmas razões por que discordamos do entendimento do STJ: (i) a exemplo dos advogados privados, o direito à percepção dos honorários de sucumbência pelos advogados públicos decorre diretamente do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94); (ii) os honorários de sucumbência não possuem natureza pública ou de receita pública.

Em outras palavras, existe lei dispondo sobre a titularidade dos honorários decorrentes das causas em que a Fazenda Pública: arts. 22 e 23 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB). Dessa forma, essa verba não pode ser considerada receita pública. Como já demonstrado, nova lei formal seria necessária apenas para operacionalizar esse direito já existente.

9. Conclusões

O pagamento dos honorários advocatícios aos advogados públicos não desvirtua o sistema remuneratório do subsídio trazido pela Emenda Constitucional nº 19/98, pois eles não podem ser considerados como vencimento-base ou vantagem pecuniária, e sequer constituem receita pública. Igualmente, eles não interferem no escopo teleológico que guiou a criação do subsídio pelo legislador constituinte reformador, que foi dar racionalidade ao sistema remuneratório dos servidores, acabando com os “penduricalhos”, facilitando o planejamento do gasto e evitando ações judiciais.

Como demonstrado, o pagamento dos honorários advocatícios aos advogados públicos sequer decorre dos cofres do Estado, motivo pelo qual não interfere em seu planejamento orçamentário. Inclusive, devem ser pagos por fundo próprio e não pelo orçamento público em contracheque ou holerite. O desejável é que a verba de sucumbência seja paga diretamente pelo fundo de honorários arrecadados, de forma apartada da remuneração estatutária.

Também ficou esclarecido que a legislação atual, por força da Lei nº 8.906/94, determina que os honorários de sucumbência pertencem aos advogados, sejam eles públicos ou privados. Assim, o direito dos advogados públicos à verba honorária decorre diretamente do Estatuto da OAB. A necessidade de lei formal sobre o assunto serviria apenas para a sua operacionalização e não para o reconhecimento de um direito que já existe.

Além disso, o pagamento cumulado de subsídio e honorários de sucumbência aos advogados públicos viria a corrigir uma das grandes críticas ao pagamento por meio de parcela única: a falta de meritocracia. De fato, a destinação dessas verbas aos procuradores constitui um imenso incentivo à dedicação desses profissionais às causas da Fazenda Pública, pois, via de regra, a vitória do Erário leva à condenação da parte

contrária nos ônus da sucumbência, que, por sua vez, será destinada aos advogados públicos.

Referências

- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1194/DF, de 20 de maio de 2009. Relator: Maurício Corrêa. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 11 set. 2009a.
- _____. _____. RE 415950/RS, de 26 de abril de 2011. Relator: Ministro Ayres Brito. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 24 ago. 2011a.
- _____. _____. RE 318540/SC, de 14 de maio de 2002. Relator: Ministro Maurício Corrêa. *Diário da Justiça*, Brasília, 21 jun. 2002a.
- _____. Consulta 0004/2003/OEP, de 14 de abril de 2003. Relator: Marcelo Cintra Zarif. *Diário da Justiça*, Brasília, 23 out. 2003.
- _____. Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão. Ação direta de inconstitucionalidade n. 30.721/MA, de 21 de setembro de 2010. Relator: Des. Paulo Sérgio Velten Pereira. *Diário de Justiça do Estado do Maranhão*, Maranhão, 15 ago. 2012a.
- _____. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. REsp 200600887870. Relator: Luiz Fux. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 19 out. 2009b.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 201001892836. Relator: Mauro Campbell Marques. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 3 fev. 2011b.
- _____. _____. REsp 668586/SP, de 3 de outubro de 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, 23 out. 2006.
- _____. _____. REsp 279363/SP, de 6 de outubro de 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, 21 nov. 2005.
- _____. _____. AgRg no REsp 181166/SP, de 13 de novembro de 2001. *Diário da Justiça*, Brasília, 4 fev. 2002b.
- _____. _____. REsp 151225/SP, de 16 de junho de 1998. *Diário da Justiça*, Brasília, 31 ago. 1998.
- _____. _____. REsp 1213051/RS, de 14 de dezembro de 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 8 fev. 2011c.
- _____. _____. AgRg no REsp 1251563/RS, de 6 out. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 14 out. 2011d.
- _____. _____. AgRg no AREsp 233603/RS, de 20 de novembro de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 26 nov. 2012b.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- HARADA, Kiyoshi. Teto remuneratório e verba honorária percebida por procuradores. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, Porto Alegre, ano VI, n. 33, p. 54-62, jul./ago. 2012.

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KAMAYURÁ, Uyara. Advocacia-geral e OAB abrem caminho para a implantação de honorários de sucumbência de advogados públicos. AGU, Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=233349&tid_site=3>. Acesso em: 2 maio 2013.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NUNES, Allan Titonelli; CAMARGO NETO, Heráclio Mendes de. O desvio do FUNDAP como despesa vinculada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3005, 23 set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20065>>. Acesso em: 19 mar. 2013.
- ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 19. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Saída responsável e liberdade assistida no Estatuto da Criança e do Adolescente

RENATO BARÃO VARALDA

Sumário

Introdução. 1. Tratamento jurídico especial à infância. 1.1. A doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente. 1.2. O princípio da prioridade absoluta. 1.3. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. 2. Medidas socioeducativas e protetivas. 2.1. Conceito das medidas socioeducativas e protetivas. 2.2. Medida de liberdade assistida. 2.3. Fins das medidas e a doutrina da proteção integral. 3. O adolescente em conflito com a lei. 3.1. MPDFT e pesquisas sobre o adolescente em conflito com a lei. 3.2. Perfil do adolescente em conflito com a lei. 4. Saída responsável. 4.1. Conceito e previsão legal. 4.2. Dever do Estado à proteção integral do adolescente em conflito com a lei. 4.3. Decisões judiciais sobre saída responsável. Conclusão.

Renato Barão Varalda é graduado em Direito pela USP. Especialista em Direitos Humanos pela UnB e pela University of Essex. Especialista em Direito Constitucional contemporâneo pela UnB. Especialista em ciências penais pela Fundação Escola Superior do MPDFT e mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça da Infância e Juventude no Distrito Federal.

Introdução

A doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente prevista na Constituição Federal (CF) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹ constituiu verdadeira alteração de paradigma, em que deixam de ser objetos de proteção assistencial e passam a titulares de direitos subjetivos, com um sistema solidário de responsabilidade da família, sociedade e Estado na efetivação dos direitos fundamentais que lhes são assegurados.

O trabalho aborda inicialmente a origem dos direitos infantojuvenis, a breve evolução histórica da construção dos direitos da criança

¹ Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (BRASIL, 1990). Nos termos do artigo 2º da citada lei, criança é considerada a pessoa de até doze anos incompletos e adolescente é a pessoa entre doze e dezoito anos de idade.

e do adolescente em nível nacional e internacional, até se alcançar a promulgação do ECA, bem como os princípios constitucionais e legais relacionados ao tema.

Posteriormente, procura-se demonstrar as medidas socioeducativas e protetivas previstas pelo legislador com vistas a reeducar o adolescente em conflito com a lei, visando sempre a produzir mudanças significativas em sua vida para evitar a reiteração da prática de atos infracionais, bem como retirá-lo da situação de violação de direitos.

Com a apresentação de pesquisas sobre o adolescente em conflito com a lei, procura-se traçar um perfil desse público alvo para mapear possíveis causas do envolvimento do jovem com o mundo da criminalidade. Por fim, apresenta um novo instrumento jurídico (“saída responsável”) para garantir não apenas o pleno direito à convivência familiar e comunitária do adolescente em conflito com a lei, como também retirá-lo das situações de violação de direitos a que está exposto nas ruas do Distrito Federal (DF), no período entre 23 horas e 6 horas da manhã, e, com isso, garantir-lhe o pleno cumprimento da medida de liberdade assistida decretada pelo juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude, sempre respeitando o devido processo legal.

1. Tratamento jurídico especial à infância

1.1. A doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente

A materialização de direitos especiais das crianças e dos adolescentes iniciou-se de forma tímida com a Declaração dos Direitos da Criança e do Adolescente, em 1924, pela Liga das Nações. Posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente, em 1959, reconheceu as crianças e os adolescentes como sujeitos de direito, estabelecendo como princípios a proteção especial para o desenvolvimento físico e psicológico; educação gratuita e obrigatória; proteção contra negligência, crueldade, discriminação, exploração etc. (AMIN, 2007, p. 12).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela ONU em 1948, já fazia expressa referência aos cuidados e à assistência especiais a que tem direito a criança, dispondo, em seu artigo 25: “todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social”.

As normas de proteção à criança e à juventude foram mais detalhadas pela ONU, que aprovou, em 1966, os Pactos de Direitos Humanos, compreendendo o Pacto de Direitos Econômicos e Sociais e o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, mencionando expressamente, em seu artigo 24, que toda criança tem direito – sem discriminação alguma por

motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, origem nacional ou social, posição econômica ou nascimento – às medidas de proteção que sua condição de menor requer, tanto por parte de sua família como da sociedade e do Estado.

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969), além de reafirmar a necessidade de se conferir proteção especial à criança, impôs essa responsabilidade à família, ao Estado e à sociedade, dispondo, assim, em seu artigo 19: “Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado”. O Brasil ratificou essa convenção pelo Decreto nº 678/92.

A doutrina da proteção integral está estabelecida no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que substituiu a doutrina da situação irregular, oficializada pelo Código de Menores de 1979, mas já implícita no Código Mello Mattos, de 1927.

Não se tratou apenas de substituição terminológica, mas de verdadeira mudança de paradigma, pois rompeu-se com o padrão existente ao adotar a doutrina a proteção integral prevista na Convenção dos Direitos da Criança de 1989, titularizando diretamente direitos fundamentais às crianças e aos adolescentes. Para fins protetivos, considerou-se o risco social, situação pré-definida no artigo 98 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) e não mais a situação irregular.

Em 1990, o governo brasileiro subscreveu a Convenção dos Direitos da Criança de 1989 – aprovada pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 28/90) e promulgada pelo Decreto nº 99.710/90 – “fundada em três pilares: reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção especial; crianças e jovens têm direitos à convivência familiar; as Nações signatárias obrigam-se a assegurar os direitos

insculpidos na Convenção com absoluta prioridade” (AMIN, 2007, p. 12).

A Convenção sobre os Direitos da Criança adotou a doutrina da proteção integral aos direitos da criança e do adolescente, elevando-os à condição de sujeitos de direito, aos quais são assegurados todos os direitos e garantias fundamentais do adulto e outros especiais. O artigo 3º dessa Convenção estabelece que “todas as decisões relativas a crianças, adotadas, por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança”.

Ademais, o artigo 3º do ECA dispõe que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se-lhes, por lei ou outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”.

Por sua vez, desde 1988, a Constituição Federal prescreve inúmeros princípios adotados nos documentos internacionais mencionados e prevê, em seu artigo 227, o sistema de corresponsabilidade entre família, sociedade e Estado na proteção dos direitos fundamentais infantojuvenis:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

A proteção integral justifica-se por serem pessoas em formação física, psíquica e moral, ou seja, por não estarem aptos a fazer valer seus direitos por conta própria.

A Doutrina da Proteção Integral engloba os princípios da prioridade absoluta, do melhor interesse da criança² e o da condição especial de pessoa em desenvolvimento e encontra-se embasada no art. 227 da Constituição Federal de 1988, e, nos artigos 1º e 3º do ECA, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. Essas garantias visam a amenizar as violências praticadas ao longo da história contra crianças e adolescentes. Em razão dessa condição de pessoas em desenvolvimento, são detentoras de direitos especiais.

1.2. O princípio da prioridade absoluta

Esse princípio está previsto expressamente no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 4º do ECA para obrigar a família, a sociedade e o Estado a privilegiarem direitos da criança e do adolescente. Significa dizer que as autoridades públicas devem priorizar políticas públicas de interesse infanto-juvenil, isto é, deve haver a prevalência de ações imprescindíveis à concretização dos direitos fundamentais desse público-alvo em vez de construção estádios de futebol, por exemplo. Contudo, a realidade brasileira demonstra que esse balanceamento de valores é absolutamente desconsiderado.

De acordo com o parágrafo único do artigo 4º do ECA, a garantia de prioridade compreende:

“a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”

² A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 também adotaram definitivamente o princípio do melhor interesse da criança.

O princípio constitucional da prioridade vincula sobretudo o Executivo a priorizar políticas públicas em favor das crianças e dos adolescentes, de modo a garantir os mais básicos de seus direitos fundamentais, e o artigo 208 do ECA elenca um rol apenas exemplificativo de interesses individuais, difusos e coletivos passíveis de serem protegidos judicialmente.

Efetivamente a Constituição brasileira de 1988 foi um avanço à proteção fundamental infantojuvenil na medida em que ratificou o paradigma da proteção integral e delimitou o Legislador para a expedição de normas infra-constitucionais.

Também o princípio da prioridade absoluta foi fixado no artigo 3º, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 1989, ao estabelecer que todas as ações relativas às crianças, levadas a efeitos por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente o interesse superior da criança.

Foram justamente essas orientações das normas internacionais adotadas expressamente pela Constituição brasileira de 1988, em seus artigos 227, 228 e 229, que estabeleceram regras precisas sobre deveres imediatamente relacionados com a criança e o adolescente. Nessa mesma linha, o art. 4º do ECA estabelece a responsabilidade da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder Público em assegurar os direitos das crianças e dos adolescentes e dar-lhes a proteção essencial.

Por sua vez, os termos “Estado”, adotado pelo artigo 227 da Constituição Federal, e “Poder Público”, mencionado pelo artigo 4º do ECA, são amplos. No inciso XV do artigo 24 da Constituição Federal está prevista a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar concorrentemente sobre “proteção à infância e à juventude”. Esse artigo não se re-

fere especificamente à proteção da infância e da juventude, mas apenas à legislação; ou seja, não foi excluída a possibilidade de leis municipais sobre a matéria, pois a própria Constituição, em seu artigo 30, estabelece para os Municípios a competência suplementar da legislação federal e estadual.

A própria comunidade colhe os benefícios do adequado comportamento infantojuvenil e, de outro modo, é diretamente afetada pelos atos ilícitos praticados pelos jovens. A responsabilidade da família é universalmente reconhecida como um dever moral decorrente da consanguinidade e/ou afetividade e do fato de ser o primeiro ambiente de contato da criança com a vida social. Pela proximidade física, é a família que, em primeiro lugar, pode conhecer as necessidades, deficiências e possibilidades da criança, estando assim apta a dar a primeira proteção. Também em relação ao adolescente, é na família, como regra geral, que ele tem maior intimidade e a possibilidade de revelar mais rapidamente suas deficiências e as agressões e ameaças sofridas (DALLARI, 2001, p. 23).

O princípio também é aplicado nas decisões judiciais quando houver necessidade de ponderar valores envolvendo uma criança ou um adolescente. Nesse sentido, há inúmeros julgados do TJDFT:

“CIVIL. GUARDA E RESPONSABILIDADE. ALTERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAL. INOCORRÊNCIA. PERMANÊNCIA COM O TIO. INTERESSE DO MENOR. ABSOLUTA PRIORIDADE.

1. Não havendo nos autos comprovação da existência de circunstâncias excepcionais ou fatos desabonadores atribuídos ao tio que justifiquem a alteração da guarda e responsabilidade da criança – em seu convívio familiar há mais de 5 (cinco) anos –, escorreita a sentença que julga procedente o pedido, observando-se a absoluta prioridade do interesse do menor, confirmada por estudo psicossocial deste Tribunal. 2. Recurso não provido. (20090910014218APC, Relator CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, julgado em 24/3/2011, DJ 5/4/2011, p. 134)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DE CAUSA PARA A APLICAÇÃO DA SEVERA MEDIDA. As disposições contidas no art. 227 da Constituição Federal e no art. 4º do ECA dispõem que os direitos da criança e do adolescente têm absoluta prioridade no ordenamento jurídico brasileiro. O poder familiar deve ser exercido em benefício do próprio menor. Para a destituição judicial do poder familiar, necessário que esteja comprovada, de forma inequívoca, uma das hipóteses descritas no art. 1.638 do Código Civil, o que não ocorreu na hipótese. (20060130065385APC, Relator CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, julgado em 30/3/2011, DJ 1/4/2011, p. 61)”

O direito do adolescente em conflito com a lei de ser tratado com respeito e dignidade está previsto na Constituição Federal, em seus

artigos 5º, inc. XLIX, e 227. O princípio constitucional da prioridade absoluta para a infância e a juventude significa que o Estado deve zelar pelo respeito integral à integridade física e mental dos adolescentes em cumprimento de medidas protetivas e socioeducativas, e zelar pela efetiva execução dessas medidas, com recursos materiais e profissionais suficientes, disponibilizando verbas públicas para a garantia dos direitos fundamentais desses jovens.

1.3. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Historicamente, a sua origem está no instituto protetivo do “*parens patrie*” do direito anglo-saxônico, em que o Estado obtinha a guarda dos indivíduos limitados juridicamente, tais como menores e loucos. Contudo, apenas no século XVIII houve a separação entre proteção infantil e a do louco e, em 1836, o princípio oficializou-se na Inglaterra (AMIN, 2007, p. 27).

Internacionalmente, o princípio do melhor interesse implantou-se com a Declaração dos Direitos da Criança, em 1959, e, posteriormente, com a Convenção sobre os Direitos da Criança, que adotaram a doutrina da proteção integral.

“O interesse superior da criança e do adolescente é valor recorrentemente enunciado, principalmente na ordem jurídica internacional, quando, por vezes, veste a roupagem de ‘maior’, ‘melhor’ ou ‘superior’ interesse da criança. Na Convenção sobre os Direitos da Criança (CSDC), ele aparece nos seguintes dispositivos: art. 3º, ‘1’; art. 9º, ‘1’; art. 9º, ‘3’; art. 18, ‘1’; art. 21, art. 37, ‘c’; e art. 40, ‘2’, ‘b’. Além dessas prescrições na CSDC, também há a previsão no art. 45 das Diretrizes de Riad. Vale lembrar que a CSDC foi aprovada internamente pelo Dec. Legislativo 28/90, e promulgada pelo Dec. de execução 99.710/90, razão pela qual integra formalmente o Sistema de Proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente, na condição de norma supralegal. Assim, o interesse superior da criança é norma de cumprimento obrigatória” (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2011, p. 80).

No sistema brasileiro, a doutrina da proteção integral foi incorporada pela Constituição Federal de 1988 e, por se tratar de um metaprincípio, alterou inclusive o próprio paradigma do princípio do melhor interesse, para aplicá-lo indistintamente a todas as crianças e adolescentes, respeitadas suas condições peculiares de pessoas em desenvolvimento. Com a promulgação da Lei nº 12.010/2009, o próprio ECA passou a prever expressamente, em seu inciso IV do artigo 100, o princípio do interesse superior da criança e do adolescente, no rol de medidas específicas de proteção. Esse princípio deve, assim, servir de referencial à aplicação de outras regras e princípios à garantia dos direitos fundamentais infantojuvenis.

O princípio também é aplicado nos tribunais brasileiros para fazer prevalecer o interesse superior da criança e adolescente quando confrontado com outros interesses em conflito, conforme se verifica abaixo:

“PROCESSO CIVIL. REGRAS PROCESSUAIS. GERAIS E ESPECIAIS. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. COMPETÊNCIA. ADOÇÃO E GUARDA. PRINCÍPIOS DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO JUÍZO IMEDIATO.

1. A determinação da competência, em casos de disputa judicial sobre a guarda – ou mesmo a adoção – de infante deve garantir primazia ao melhor interesse da criança, mesmo que isso implique flexibilização de outras normas.

2. O princípio do juízo imediato estabelece que a competência para apreciar e julgar medidas, ações e procedimentos que tutelam interesses, direitos e garantias positivados no ECA é determinada pelo lugar onde a criança ou o adolescente exerce, com regularidade, seu direito à convivência familiar e comunitária.

3. Embora seja compreendido como regra de competência territorial, o art. 147, I e II, do ECA apresenta natureza de competência absoluta.

Isso porque a necessidade de assegurar ao infante a convivência familiar e comunitária, bem como de lhe ofertar a prestação jurisdicional de forma prioritária, conferem caráter imperativo à determinação da competência.

4. O princípio do juízo imediato, previsto no art. 147, I e II, do ECA, desde que firmemente atrelado ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sobrepõe-se às regras gerais de competência do CPC.

5. A regra da *perpetuatio jurisdictionis*, estabelecida no art. 87 do CPC, cede lugar à solução que oferece tutela jurisdicional mais ágil, eficaz e segura ao infante, permitindo, desse modo, a modificação da competência no curso do processo, sempre consideradas as peculiaridades da lide.

6. A aplicação do art. 87 do CPC, em contraposição ao art. 147, I e II, do ECA, somente é possível se – consideradas as especificidades de cada lide e sempre tendo como baliza o princípio do melhor interesse da criança – ocorrer mudança de domicílio da criança e de seus responsáveis depois de iniciada a ação e conseqüentemente configurada a relação processual.

7. Conflito negativo de competência conhecido para estabelecer como competente o Juízo suscitado.

(STJ, CC 111.130/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 8/9/2010, DJ 1/2/2011).”

Assim, a responsabilidade de assegurar a aplicação do princípio do melhor interesse à criança e ao adolescente foi distribuída solidariamente entre família, sociedade e Estado, em um sistema de cogestão e corresponsabilidade. O princípio deve orientar o legislador na elaboração de normas, o Executivo na realização de políticas públicas e o julgador na concretização dos direitos infantojuvenis sob litígio. Também o Ministério

Público, a sociedade, os profissionais liberais e a família devem buscar a garantia dos titulares desses direitos especiais.

2. Medidas socioeducativas e protetivas

2.1. Conceito das medidas socioeducativas e protetivas

As medidas socioeducativas são aplicadas aos adolescentes que praticam atos infracionais (atos ilícitos) e visam a reeducá-los para a vida social. Tais medidas têm dupla finalidade: pedagógica e punitiva. Além de sua finalidade pedagógica, em busca de reintegração do jovem à vida familiar e social, há ainda o caráter punitivo, com o fim repressivo das condutas ilícitas, e o preventivo, contra o aumento da criminalidade.

Embora as medidas socioeducativas tenham natureza sancionatória em razão da aflição causada ao adolescente, sua principal característica é pedagógica e psicossocial, pois visa a reeducar o jovem para a sociedade. Assim, a aplicação da medida pelo Poder Judiciário deve observar os princípios constitucionais da legalidade estrita, do devido processo legal, da ampla defesa e os princípios processuais estabelecidos.

As medidas socioeducativas poderão ser aplicadas individual ou cumulativamente ao adolescente em conflito com a lei, e podem ser substituídas a qualquer tempo. Segundo o artigo 112, § 1º, do ECA, para a aplicação da medida, deverá levar em conta a capacidade do adolescente de cumpri-la, as circunstâncias, a gravidade da infração, mediante programas pedagógicos para o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. O juiz deve considerar também o contexto familiar e pessoal do adolescente em conflito com a lei.

O artigo 114 do ECA impõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade

da infração para a aplicação das medidas socioeducativas, e determina que o julgador analise a caracterização ou não do fato típico e antijurídico. É competência exclusiva da autoridade judicial a imposição da medida socioeducativa, observando-se sempre os requisitos da excepcionalidade, da brevidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Se a medida socioeducativa for proposta pelo Ministério Público, ao conceder a remissão, também incumbirá ao Judiciário proceder ou não a sua homologação.

Desse modo, verificada a prática de ato infracional, a autoridade judiciária poderá aplicar ao adolescente medidas não privativas de liberdade (advertência, reparação do dano, prestação de serviço à comunidade e liberdade assistida) e restritivas de liberdade (semiliberdade e internação).

As socioeducativas podem também ser aplicadas cumulativamente com as medidas protetivas previstas no artigo 101 do ECA. Porém, às crianças autoras de ato infracional ou em situação de vulnerabilidade social somente é possível a aplicação de medidas protetivas e nunca de medidas socioeducativas, de acordo com o artigo 105 do ECA. A criança que pratica ato infracional deve ser encaminhada ao Conselho Tutelar ou ao Judiciário, e não à delegacia de polícia.

As medidas de proteção podem ser aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei, se foram vítimas de negligência ou violação de seus direitos fundamentais. O artigo 98 do ECA determina a aplicação das medidas de proteção à criança e ao adolescente sempre que os seus direitos reconhecidos na referida legislação forem ameaçados ou violados: “I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III – em razão de sua conduta”.

Há a incidência do I quando a sociedade ou o Estado não asseguram por ação ou omissão a

proteção dos direitos fundamentais infantojuvenis, como, por exemplo, a ausência de vaga escolar ou ensino de qualidade, exploração do trabalho infantil, ausência de tratamento hospitalar ou ambulatorial etc. Por sua vez, o inciso II dispõe sobre as situações em que os direitos são ameaçados ou violados por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, como, por exemplo, o abandono, inércia dos pais ou responsável nos cuidados com os filhos, abandonando-os nas ruas, não os encaminhando para médicos, escola etc. As ameaças ou violações também podem ocorrer quando há abuso dos pais ou responsável, como no caso de violência sexual e maus tratos. Por fim, o inciso III prevê a aplicação de medidas protetivas em razão da própria conduta das crianças ou adolescentes, como: prostituição, porte e uso de drogas, prática de atos infracionais etc.

“A simples ameaça de violação de direitos já autoriza a intervenção da Justiça da Infância e da Juventude, que deve ocorrer tanto no plano individual quanto coletivo, *ex vi* do disposto no art. 148, inciso IV c/c arts. 208 e seguintes, também do ECA. O dispositivo relaciona as hipóteses em que se considera que uma criança ou adolescente se encontra em ‘situação de risco’, ou seja, condição de maior vulnerabilidade, demandando uma atenção especial por parte da ‘rede de proteção’ e dos órgãos de defesa dos direitos infantojuvenis.” (DIGIÁCOMO, J.; DIGIÁCOMO, I., 2012, p. 185)

As ameaças ou violações aos direitos das crianças e dos adolescentes podem contribuir para os desvios de conduta dos jovens e levá-los à criminalidade. A ausência ou ineficiência das políticas públicas de educação, esporte, lazer, cultura, saúde etc. contribui para o desvio de conduta infantojuvenil, bem como a exploração sexual, o abuso, os maus-tratos, o porte e uso de substâncias entorpecentes e a prática de atos infracionais, prejudicando o pleno desenvolvimento físico e psicológico.

O artigo 101 do ECA prevê um rol exemplificativo das medidas de proteção que podem ser aplicadas aos adolescentes, a saber:

“I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apoio e acompanhamento temporários; III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII – acolhimento institucional; VIII – inclusão em programa de acolhimento familiar; IX – colocação em família substituta.”

Essas medidas, que poderão ser aplicadas pelo Conselho Tutelar ou pelo Poder Judiciário, visam a reparar as violações ou omissões da família,

da sociedade e do Estado na vida dos adolescentes em conflito com a lei, as quais podem tê-los levado ao mundo da criminalidade.

2.2. Medida de liberdade assistida

O artigo 118 do ECA determina o acompanhamento, o auxílio e a orientação ao adolescente em conflito com a lei sempre que se afigurar a medida mais adequada. Nesse caso, há a necessidade de designar uma pessoa capacitada (orientador) para o adolescente, que pode ser indicado por uma entidade ou por um programa de atendimento.

A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor, nos termos do artigo 118, § 2º, do ECA. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:

“I – promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social; II – supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula; III – diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho; IV – apresentar relatório do caso.”

Apona Liberati (2002, p. 110) que:

“O melhor resultado dessa medida será conseguido pela especialização e valor do pessoal ou entidade que desenvolverá o acompanhamento com o jovem. Os técnicos ou as entidades deverão desenvolver sua missão, através de estudo do caso, de métodos de abordagem, organização técnica da aplicação da medida e designação de agente capaz, sempre sob a supervisão do juiz.”

A medida de liberdade assistida apenas alcançará o seu objetivo (reeducação e reinserção do adolescente em sua comunidade), promovendo-lhe o retorno e/ou permanência nos estudos, a qualificação profissional, o acompanhamento psicológico e de orientação, se houver programas governamentais efetivamente estruturados, com estrutura física adequada, pessoal qualificado e em quantidade suficiente para fazer o acompanhamento próximo do adolescente e de sua família.

A medida predispõe um conjunto de ações individualizadas (personalizadas) de programas pedagógicos individualizados, orientadores capacitados, respeitando as circunstâncias inerentes de cada adolescente, que levaram à prática do ato infracional. O caráter pedagógico da medida

visa a inserção do adolescente no convívio familiar e comunitário, o seu desenvolvimento escolar e a sua integração profissional.

A natureza afluiva/coercitiva encontra-se presente no controle governamental (atestada no relatório elaborado pela equipe interdisciplinar) e familiar do jovem, mediante observação e acompanhamento do comportamento social. Tais características estão expostas no artigo 119 do ECA:

“Art. 19 Incube ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros: I – promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social; II – supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula; III – diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho; IV – apresentar relatório do caso.”

De acordo com o § 2º do art. 118 do ECA: “A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor.”

A realização da medida depende da criação e da manutenção de programas específicos, de acordo com a descentralização político-administrativa, e seu planejamento e execução são de responsabilidade das entidades de atendimento. A medida deve ser estruturada em lugares próximos à residência do adolescente em conflito com a lei para inseri-lo em sua comunidade, e sua operacionalização fica sob a supervisão do juiz.

2.3. Fins das medidas e a doutrina da proteção integral

O ECA orientou-se diferentemente do Código Penal para estabelecer uma distinta medida para cada ato infracional praticado pelos adolescentes, optando por critérios e parâmetros próprios para a escolha da medida socioeducativa e, nesse mesmo sentido, para a aplicação de medidas protetivas adequadas ao ato infracional praticado. Embora não se possa negar a natureza punitiva das medidas em meio aberto (liberdade assistida e prestação de serviço à comunidade), não se lhes pode desconsiderar os preferenciais conteúdos pedagógicos e educativos (FERREIRA, 2006, p. 402).

Desse modo, a regra primordial para a aplicação de medida socioeducativa deve levar em conta o seu caráter pedagógico, dando preferência às que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, conforme prescreve o artigo 100 do ECA. As medidas de proteção são configuradas também como uma das medidas destinadas aos adolescentes

em conflito com a lei, conforme previsão do inciso VII do art. 112 do ECA. São também jovens com direitos violados e negligenciados, como prevê o art. 98 do ECA:

“Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta lei forem ameaçados ou violados: I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III – em razão de sua conduta.”

Tanto as ameaças quanto as violações podem originar-se do Estado, da sociedade ou da própria família, refletir-se no comportamento do jovem, e, com isso, culminar com sua inserção na criminalidade – seja em decorrência da ineficiência/ausência de políticas públicas em favor do adolescente (saúde, educação, esporte etc.), seja na exploração, abuso, maus-tratos, desestrutura familiar, entre outros, em desfavor do desenvolvimento saudável do adolescente. Também o jovem pode violar os seus próprios direitos, quando pratica ato infracional sob efeito, por exemplo, de substâncias entorpecentes.

O art. 101, I a VI, do ECA, disponibiliza, de forma exemplificativa, as medidas protetivas, podendo ser aplicadas outras medidas adequadas à reeducação do adolescente em conflito com a lei:

“Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apoio e acompanhamento temporários; III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII – acolhimento institucional; VIII – inclusão em programa de acolhimento familiar; IX – colocação em família substituta.”

Todas essas medidas visam a reintegrar o jovem no convívio familiar e comunitário, por meio do auxílio de equipe multidisciplinar; o retorno à vida escolar; a condução do adolescente a tratamento psicológico e hospitalar; o encaminhamento de jovens a procedimentos médicos e terapêuticos, objetivando o fim da dependência química; a inclusão em programas de assistência social de caráter supletivo, para atender às crianças e aos adolescentes em situação de vulnerabilidade social etc. Ao apresentar no *caput* do artigo 101 do ECA o termo “dentre outras”, o legislador possibilitou ao Judiciário a criação e ampliação das medidas que forem necessárias, no caso concreto, ao adolescente em conflito

com a lei para a sua eficaz re-educação – ou seja, o rol não é taxativo, é meramente exemplificativo.

O Judiciário brasileiro não pode ficar a reboque das transformações sociais, sem inovar, ou apenas avançar de forma tímida na aplicação de medidas protetivas, sobretudo quando uma lei federal, especificamente o ECA, possibilita ampliar o rol de medidas protetivas, ao tempo em que estabelece preferência à aplicação de medida em meio aberto, como a liberdade assistida e a medida protetiva de saída responsável, que visam a retirar os jovens da exposição de violações de direitos nas ruas do DF, no período entre 23 horas e 6 horas da manhã e, com isso, evitar a reiteração da prática de novo ato infracional, que culminará na efetiva restrição de liberdade com a aplicação de medida de semiliberdade de internação, além de fortalecer os vínculos familiares e comunitários, diante da permanência no interior de suas moradias ou com saídas, durante o referido período, apenas acompanhado de um responsável legal.

3. O adolescente em conflito com a lei

3.1. MPDFT e pesquisas sobre o adolescente em conflito com a lei

Os servidores e membros da Promotoria de Justiça de Defesa da Infância e da Juventude do DF colheram informações, por meio de questionário eletrônico, durante as oitivas informais e os plantões de adolescentes em conflito com a lei, entre os anos de 2007 e 2008. Com esses dados, elaborou-se o Relatório “Perfil dos Adolescentes Infratores e dos Atos Infracionais”, a partir de registros obtidos de 725 adolescentes em conflito com a lei atendidos na Promotoria, tendo-se constatado que a maior parte (56%) dos adolescentes é composta por jovens evadidos da escola, com prevalência em atos infracionais mais graves, tais como: roubo, tráfico de drogas, porte e disparo de arma de fogo e furto, ao passo que, entre os jovens assíduos à escola, houve o predomínio de atos de menor potencial ofensivo, como: ameaça, injúria, lesão corporal e pichação. Constatou-se também que apenas 43,17% dos adolescentes ouvidos na Promotoria frequentavam alguma instituição de ensino e 21% dos adolescentes matriculados na escola não a frequentavam.

Também, entre março e dezembro de 2010, os servidores e membros da Promotoria de Justiça de Defesa da Infância e da Juventude do DF colheram informações durante as oitivas informais e os plantões de adolescentes em conflito com a lei no Distrito Federal. Os dados foram obtidos por meio de questionário eletrônico, respondido espontaneamente por 504 adolescentes, e resultaram no Relatório de Pesquisa – Perfil do Adolescente Infrator (BRASIL, 2011). O questionário da pesquisa foi

composto de quatro blocos: qualificação do adolescente (idade, sexo, local e existência de reiteração da prática de ato infracional), estrutura familiar (companhia na residência, ajuda financeira do responsável legal, existência de trabalho e motivo para trabalho), situação escolar (existência de matrícula, meio de locomoção utilizado para ir à escola, evasão escolar e reprovação) e aspectos comportamentais (consumo de bebida alcoólica, substância entorpecente, prática de esportes, existência de planos profissionais para o futuro e de sonhos).

Os adolescentes que responderam à pesquisa têm entre 12 e 20 anos e a idade média mais recorrente constatada é entre 15 e 17 anos. Quase 90% são homens. 46,2% dos adolescentes praticaram o ato infracional na região administrativa de sua residência e 46,8% saíram da região administrativa onde moram, para praticar o ato infracional.

Em relação ao nível de escolaridade, a maioria (55%) encontra-se no ensino fundamental; 14,4% encontram-se na aceleração; 5,7% no supletivo e apenas 24,4% no ensino médio. Em relação ao motivo de não estarem matriculados na escola, 29,6% apontaram a falta de vaga. Quanto ao último ano dos adolescentes não matriculados, 44,4% apontam 2009. Isso significa que muitas evasões eram recentes.

A matrícula, entretanto, não garante a frequência regular do estudante às aulas. Pela pesquisa, 18,2% dos adolescentes não frequentam a escola. A Pesquisa demonstrou alto índice de reprovação escolar (90,5%) entre os adolescentes em conflito com a lei.

A presença da mãe na residência foi indicada por mais da metade (83%), a presença do pai foi apontada em 38,1% dos casos e a presença de ambos os genitores foi indicada por aproximadamente um terço dos participantes.

Os atos infracionais mais recorrentes são roubo (22%) e tráfico de drogas (16%). A proporção daqueles que cometeram atos graves – como homicídio, roubo, tráfico de drogas, porte de arma de fogo ou estupro – é de 53%, e a proporção dos que cometeram atos não graves é de 46% – como falsidade ideológica, pichação, ameaça ou dano.

Quase metade (46%) afirmou já ter praticado outro ato infracional, ou seja, reiteraram em praticar atos infracionais. A ligação entre infração e uso de drogas também foi investigada pela pesquisa. 54% afirmaram fazer uso de droga, 23,9% de bebida alcoólica e 21,5% de ambos. Quanto à questão a que levou o adolescente a parar de consumir bebida alcoólica e/ou droga, está 79% como “vontade própria” do jovem.

A alternativa “influência dos colegas” (49,3%) foi a mais indicada pelos adolescentes para justificar o uso de entorpecentes e/ou bebida alcoólica. Entre os adolescentes, 26% afirmaram não ter planos profissionais para o futuro e 29% não têm sonhos.

A pesquisa demonstrou evidência de associação entre a qualificação do ato infracional (grave e não grave) e a existência de consumo de substância entorpecente e/ou bebida alcoólica: 64% dos adolescentes que praticaram atos graves afirmaram consumir tais produtos, e apenas 35,9% dos adolescentes que praticaram atos não graves afirmaram não consumi-los. A qualificação do ato infracional costuma ser grave nos casos em que existe o consumo de álcool ou drogas.

A pesquisa também evidenciou a associação entre a qualificação do ato infracional e a existência de reiteração: 65% dos adolescentes que praticaram atos graves reiteraram na prática de outros atos infracionais, e apenas 35% dos que praticaram atos não graves reiteraram na prática de ato infracional.

3.2. Perfil do adolescente em conflito com a lei

As pesquisas exploratórias acima sugerem que o abandono da escola pelos adolescentes é anterior à entrada na criminalidade. As pesquisas demonstraram que os atos infracionais graves são praticados por jovens que anteriormente abandonaram a escola. Conclui-se que, além de os jovens não terem recebido de suas famílias os valores essenciais, como o respeito ao próximo, ao patrimônio e à integridade física alheia, a escola também não tem conseguido repassar tais valores, em face da ausência de estímulos a permanecer no banco escolar, da falta de limites dentro do lar, do convívio com más companhias e do uso de substâncias entorpecentes.

O jovem que pratica ato infracional, em sua grande maioria, não recebeu de sua família os limites e valores necessários a respeitar os direitos dos outros. Geralmente os jovens praticam atos infracionais em razão da desestruturação familiar, que os leva a viverem ou a perambularem pelas ruas em situação de dependência

química, ante a omissão dos genitores e/ou maus-tratos sofridos, ou em virtude do baixo poder aquisitivo das famílias (em função da falta de escolaridade que inviabiliza oportunidades de trabalho), da proximidade com agentes da violência na comunidade – andam em má companhia e banalizam a violência e a falta de perspectiva de futuro.

Outro dado importante do levantamento da PDIJ é a ausência da figura paterna na formação do caráter dos jovens infratores. Apenas 33,1% deles têm a companhia do pai e da mãe em casa, ou seja, a cultura de abandono do lar pelo homem é realidade constante na vida dos adolescentes em conflito com a lei. O levantamento também mostra que 64% dos jovens que praticaram atos infracionais graves confessaram fazer uso de substância ilícita.

Por sua vez, se os pais não exerceram corretamente o poder familiar, incumbe ao Estado a adoção de medidas que visem à reeducação dos adolescentes em conflito com a lei, o que deve ser feito para garantir a proteção deles mesmos – ajudá-los a romper a trajetória em meio violento – e da própria sociedade, pois a segurança pública é direito de todo cidadão. Para cumprir a tarefa de reeducação dos adolescentes em conflito com a lei, o Estado deve aplicar e executar de forma eficiente as medidas protetivas e socioeducativas previstas no ECA.

Contudo, a realidade da maioria das unidades federativas brasileiras, especialmente a do Distrito Federal, é vergonhosa, pois as medidas socioeducativas em meio aberto – liberdade assistida e prestação de serviço à comunidade –, quando aplicadas pelas Varas da Infância e da Juventude, muitas vezes sequer são cumpridas pelos adolescentes em conflito com a lei; e, quando o são, a forma de cumprimento é insuficiente para produzir mudança significativa na vida desses jovens, o que termina por ocasionar um sentimento de impunidade por parte dos

adolescentes e contribuir para a reiteração de atos infracionais. Essa situação tem como consequência a necessária aplicação de medidas restritivas de liberdade – semiliberdade e internação – com relação ao próximo ato infracional praticado pelo adolescente, cuja forma de execução também se tem mostrado inadequada para a ressocialização desses jovens.

A Divisão de Estatística e Consolidação de Informações do MPDFT, em parceria com a Corregedoria-Geral, compilou os dados dos jovens envolvidos com a criminalidade no Distrito Federal nos últimos quatro anos (BRASIL, [200-]), tendo verificado que, entre os anos 2009 e 2012, houve aumento de 16% nas infrações cometidas por adolescentes (tabela a seguir). O Total de Feitos refere-se ao número de processos tramitados perante as Varas da Infância e Juventude do DF e o Total de Incidência refere-se ao número de adolescentes em conflito com a lei envolvidos e mencionados nas ações penais socioeducativas dos referidos Juízos Especializados.

Item	Total			
	2009	2010	2011	2012
Total de feitos	2.258	2.337	2.688	2.812
Homicídio	166	120	180	288
Homicídio – tentativa	155	134	210	173
Latrocínio	17	16	26	24
Latrocínio – tentativa	20	13	35	35
Roubo	1.518	1.440	1.374	1.710
Roubo – tentativa	80	75	94	66
Tráfico de drogas	317	558	795	529
Total de incidências	2.273	2.356	2.714	2.825

Verifica-se na tabela acima que, apenas em 2012, houve 288 homicídios e 24 latrocínios – ou seja, 312 pessoas foram mortas por adolescentes em conflito com a lei. O ato infracional roubo aumentou 20% entre os anos de 2011 e 2012, pois houve 1.374, em 2011, e 1.710, em 2012. Quanto ao tráfico de substância entorpecente, também houve aumento progressivo de adolescentes envolvidos (2009 – 317; 2010 – 558; 2011 – 795), o que demonstra tanto a falha de políticas públicas voltadas ao tratamento ambulatorial e hospitalar do jovem em estado agudo de dependência química, quanto a intensificação ostensiva da Polícia Militar para o controle dessa criminalidade.

Aponta Paulo Afonso Garrido de Paulo (2006, p. 30) que a prática do ato infracional impõe uma pretensão estatal, correspondente à subordinação do obrigado às medidas jurídicas. Essa ideia acarreta a responsabilização do adolescente, que deve ser concebida à luz de suas necessidades básicas:

“de um lado, considerando o mencionado desvalor social inerente ao crime, uma necessidade de proteção da sociedade, cujos integrantes, sem qualquer distinção, têm direitos fundamentais relacionados à vida, segurança, patrimônio, dignidade etc. De outro, mormente considerando o desvalor social de uma sociedade marginalizante, a necessidade de promoção educativa do transgressor da norma, abrangendo os variados aspectos da vida humana, de modo a dotá-lo dos mecanismos internos e externos que permitiam o enfrentar dos desafios do cotidiano sem os recursos da ilicitude.”

O descaso na efetiva implementação de políticas públicas voltadas ao cumprimento das medidas socioeducativas redundava no forte sentimento de impunidade pelos adolescentes em conflito com a lei e isso os leva à reiteração da prática de atos infracionais. No Distrito Federal, houve um aumento significativo, entre 2010 e 2011, da incidência de latrocínio e latrocínio tentado, com crescimento respectivamente de 62% e 169%. Houve também aumento significativo, entre 2011 e 2012, da incidência de homicídio e latrocínio. Também o envolvimento dos jovens com o tráfico de substância entorpecente avançou enormemente no período entre 2009 e 2012.

4. Saída responsável

4.1. Conceito e previsão legal

Considera-se a saída responsável uma medida protetiva judicial aplicada ao adolescente em conflito com a lei para coibi-lo de ausentar-se de sua residência desacompanhado de responsável legal, no período entre 23 horas e 6 horas da manhã, salvo autorizado judicialmente. A determinação dessa medida encontra amparo legal no *caput* do art. 101 do ECA, que elenca apenas exemplificativamente algumas medidas protetivas passíveis de serem aplicadas pelo Poder Judiciário e está em consonância com os princípios e regras que norteiam o ECA e a Constituição Federal.

Inicialmente, é importante salientar que os objetivos centrais de todas as medidas (socioeducativas e protetivas) a serem aplicadas aos jovens são a reeducação e a ressocialização. O Estatuto, nos termos de seus artigos 3º e 15, preconiza a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento. Assim, o ECA respeitou essa condição peculiar ao prever a possibilidade de aplicação de medidas protetivas e socioeducativas aos adolescentes em conflito com a lei, em especial a liberdade assistida, medida em meio aberto, com contornos e regras próprias, para o acompanhamento e o auxílio do jovem, visando à sua promoção social e familiar, com orientação e inserção em programas oficiais ou comunitários de auxílio e assistência; a matrícula, a frequência e o aproveitamento escolar, bem

como sua profissionalização para a inserção no mercado de trabalho.

Por outro lado, observa-se constantemente pelos Relatórios Sociais, elaborados pela equipe interdisciplinar das unidades de internação, que muitos adolescentes em conflito com a lei têm seus direitos ameaçados ou violados em razão de sua própria conduta e pela omissão dos genitores, que não lhes estabelecem limites, caracterizando assim plenamente os incisos II e III do artigo 98 do ECA. Por consequência, atribui-se à Vara da Infância e da Juventude a competência para a necessária aplicação de medidas à sua proteção integral.

Os três casos concretos a seguir relatados demonstram a importância da aplicação da medida protetiva judicial de saída responsável para a proteção pessoal do próprio adolescente em conflito com a lei e para evitar que o jovem se envolva com a prática de outros atos infracionais, com a consequente aplicação de medida socioeducativa mais gravosa, em que há efetiva restrição de liberdade, como semiliberdade ou internação.

a) Autos nº 2011.01.3.006547-9: observa-se que as condições pessoais e sociais do jovem, noticiadas no relatório social elaborado pela equipe técnica da Unidade de Internação do Plano Piloto – UIPP (identificada também como CAJE), entre elas, a evasão escolar, as más companhias, o uso de substâncias entorpecentes desde os 12 anos de idade, apontam a necessidade de imposição da medida de liberdade assistida com a proibição de o jovem ausentar-se de sua residência no período entre 23 horas e 6 horas da manhã, desacompanhado de responsável legal, durante o cumprimento da citada medida. Ademais, o grave ato infracional descrito nos autos foi praticado no Guará/DF, por volta das 20 horas e 45 minutos e o adolescente reside na Estrutural/DF, o que demonstra que o jovem perambula pelas ruas do DF altas horas

da noite, ou seja, está propenso a ser vítima e autor de atos infracionais.

b) Autos nº 2011.01.3.006130-6: observa-se que as condições pessoais e sociais do jovem, noticiadas na manifestação do Ministério Público e na própria ocorrência, apontam a necessidade de imposição de liberdade assistida cumulada com a medida protetiva judicial, prevista no *caput* do art. 101 c/c art. 98, incisos II e III, ambos do ECA. Os genitores informaram que o adolescente está traficando e servindo de “aviãozinho” para traficantes, e que passa noites fora de casa em companhia de traficantes. O genitor afirmou ainda que já localizou em sua residência drogas e balança, e destruiu-as. O jovem informou que faz uso de substância entorpecente há dois anos. Comprova-se assim que o adolescente perambula pelas ruas do DF durante a madrugada, exposto à prática de todos os tipos de atos infracionais.

c) Autos nº 2012.01.3.000215-8: observa-se que as condições pessoais e sociais do jovem, noticiadas no relatório social elaborado pela equipe técnica da UIPP, entre elas, a evasão escolar, as más companhias, o uso de substâncias entorpecentes apontam a necessidade de imposição das medidas socioeducativas em meio aberto cumuladas com a medida protetiva de proibição de o jovem ausentar-se de sua residência no período entre 23 horas e 6 horas da manhã, desacompanhado de responsável legal. O próprio genitor do adolescente asseverou que o jovem dorme fora de casa, não sabendo dizer onde se encontra o filho, que está assim propenso a ser vítima e autor de atos infracionais.

d) Autos nº 2012.01.3.000238-3: observa-se que as condições pessoais e sociais do jovem noticiadas no relatório social elaborado pela equipe técnica da Unidade de Internação de São Sebastião – UISS (identificada também por CESAMI) demonstram que: “o adolescente começou a apresentar comportamento diferen-

ciado aos 13 anos de idade, pois não acatava as orientações da genitora e nem tinha respeito pela figura de autoridade e que, nessa ocasião, a genitora descobriu que o adolescente não estava frequentando a escola por ter recebido notificação do Conselho Tutelar, que foi avisado pela escola sobre o comportamento do adolescente, o qual pulava muros para ficar com os pares envolvidos com ilícitudes e para também fazer uso de substância psicoativa (maconha)”. Constam nos autos declarações da genitora, perante a autoridade judiciária, no sentido de que o jovem faz uso de drogas, apresenta mau comportamento, anda com más companhias, chega tarde da noite em casa, “fala que vai ali, mas volta por volta das 05h00” e que não consegue exercer controle sobre a conduta do filho.

Na aplicação da medida socioeducativa de liberdade assistida aos adolescentes em conflito com a lei foram levados em conta, nos termos do artigo 112, § 1º, do ECA, a capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração, sempre considerando o contexto sociofamiliar em que os jovens estão inseridos e as suas folhas de passagens. Também dispõe o artigo 100, nos incisos I, II, III e IV do parágrafo único, que na aplicação das medidas se levarão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, respeitando os princípios da condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos (titulares dos direitos previstos no ECA e na Constituição Federal); a proteção integral e prioritária; ou seja, a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida no ECA deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares; a responsabilidade primária e solidária do poder público para a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes pelo ECA e pela Constituição Federal e o inte-

resse superior da criança e do adolescente (a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto).

Desse modo, se a Constituição Federal e o ECA privilegiam o caráter pedagógico das medidas e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários do adolescente em conflito com a lei, não há como desconsiderar a ausência de controle familiar à imposição de limites ao jovem que dorme fora de casa, perambula pelas ruas do Distrito Federal durante as madrugadas – isto é, está propenso novamente a ser autor de ato infracional ou vítima – e não determinar medida protetiva judicial de proibição de ausentar-se de suas residências no período entre 23 horas e 6 horas da manhã, exceto se acompanhado de responsável legal.

Enfatize-se ainda que não se trata de “toque de recolher”, pois o jovem não está totalmente privado de sua liberdade, mas trata-se de uma verdadeira «saída responsável», decisão judicial aplicável ao caso concreto. Com a aplicação dessa medida protetiva judicial, enquanto o adolescente em conflito com a lei estiver em cumprimento da medida de liberdade assistida, sempre que se ausentar de sua residência, em companhia dos genitores ou responsável legal, estará com seus direitos fundamentais resguardados, sob maior proteção, pois a presença de um maior de idade inibe o envolvimento com atos ilícitos.

De outro modo, o “toque de recolher” foi objeto recente de análise pelo Superior Tribunal de Justiça, que declarou ilegal a Portaria 01/2011, da Juíza de Direito da Comarca de Cajuru-SP, com a determinação de recolhimento, nas ruas, de crianças e adolescentes desacompanhados dos pais ou responsáveis: a) após as 23 horas; b) em locais próximos a prostíbulos e pontos de

venda de drogas; c) na companhia de adultos que estejam consumindo bebidas alcoólicas. Essa Portaria também determinava o recolhimento de crianças e adolescentes que, mesmo acompanhados de seus pais ou responsáveis, sejam flagrados consumindo bebida alcoólica ou estejam na presença de maiores de idade fazendo uso de substâncias entorpecentes.³

Esse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça está longe de equiparar-se à saída responsável, como tem afirmado reiteradamente a Defensoria Pública em seus pareceres, pois o “toque de recolher” é determinado por Portaria em detrimento de todos os adolescentes de uma cidade (caráter geral e abrangente a todos os adolescentes, em conflito com a lei ou não). De outro modo, a saída responsável é determinada em sentença judicial, quando o caso concreto demonstrar a necessidade de sua aplicação e visa principalmente a garantir efetivo cumprimento da medida de liberdade assistida aplicada⁴, além de ser aplicada exclusivamente a adolescentes em conflito, visando a retirá-los de situação de risco a que estão expostos durante a madrugada, e, assim, evitar aplicá-los medidas socioeducativas mais drásticas, com a efetiva restrição de liberdade (semiliberdade ou internação), quando reiterarem na prática de ato infracional.

4.2. Dever do Estado à proteção integral do adolescente em conflito com a lei

O artigo 1º da ECA, que se refere à proteção integral, está em harmonia com a Constituição Federal, cujo artigo 227 estabelece que:

³ *Habeas Corpus* nº 207.720 (2011/0119686-3), Min. Rel. Herman Benjamin, j. 1º/12/2011. Aponta o citado Relator: “No mérito, o exame dos *consideranda* da Portaria 01/2011 revela preocupação genérica, expressão a partir do ‘número de denúncias formais e informais sobre situação de risco de crianças e adolescentes pela cidade, especificadamente daqueles que permanecem nas ruas durante a noite e madrugada, expostos, entre outros, ao oferecimento de drogas ilícitas, prostituição, vandalismo e à própria influência deletéria de pessoas voltadas à prática de crimes’. (...) A Portaria em questão ultrapassou os limites dos poderes normativos previstos no art. 149 do ECA. Ela contém normas de caráter geral e abstrato, a vigorar por prazo indeterminado, a respeito de condutas a serem observadas por pais, pelo menores, acompanhados ou não, e por terceiros, sob cominação de penalidades nela estabelecidas”. (Resp 1046350/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Dje 24.9.2009).”

⁴ Destaca Saraiva (1999, p. 92): “A liberdade assistida constitui-se naquela que se poderia dizer ‘medida de ouro’. Assim dito, haja vista os extraordinariamente elevados índices de sucesso alcançados com esta medida, desde que, evidentemente, adequadamente executada.” O citado autor, juiz de Direito, elogia o cumprimento eficaz da medida de liberdade assistida de sua Comarca de Santo Ângelo (RS). De outro modo, no DF, conforme demonstrado pelo Relatório do Setor Psicossocial da Promotoria da Justiça da Infância e Juventude do DF, a execução dessa medida é caótica, diante da falta de investimento pelo governo; o exíguo quadro de pessoal para atender às demandas (a falta de contratação por meio de concurso público) e a falta de capacitação constante de recursos humanos, materiais e financeiros para a implementação eficaz do regime; ausência de parcerias efetivas com as áreas de saúde, educação, trabalho, assistência social, lazer e cultura visando à maior efetividade da medida. Os técnicos ressaltam que a falta da intervenção predispõe o adolescente à reincidência.

“é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Também o artigo 4º do ECA reitera essa corresponsabilidade da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público em assegurar, com prioridade absoluta, a efetivação dos direitos fundamentais infantojuvenis. Assim também o inciso III do artigo 100 do ECA, já mencionado, impõe ao Estado a responsabilidade primária e solidária à plena efetivação dos direitos assegurados às crianças e aos adolescentes para a aplicação das medidas protetivas.

Após essas considerações, é possível afirmar que, além dos responsáveis legais, compete ao Estado tutelar a criança e o adolescente de forma ampla, a fim de lhes resguardar os direitos fundamentais, não se limitando apenas a disciplinar as medidas repressivas dos atos por ele perpetrados.

Por isso, convém ressaltar que a já referida restrição de horário é necessária para o próprio cumprimento eficaz da medida de liberdade assistida, uma vez que ela exige a matrícula e a frequência obrigatória em estabelecimento de ensino e a realização de cursos profissionalizantes. Segundo García Méndez (2004, p. 107): “*La infacia escuela-familia se transformará – en un ulterior proceso de diferenciación – en niños y adolescentes, la familia y la escuela cumplirán las funciones de control y socialización, requisito imprescindible de integración al cuerpo social.*”

Não cabe ao Judiciário deixar de impor limites ao adolescente sob o singelo argumento de que a restrição de horário seja uma verdadeira restrição da liberdade não prevista em lei. Pri-

meiro, porque a aplicação da medida protetiva judicial de saída responsável não restringe por completo a liberdade de ir e vir do jovem, já que ele poderá sair, passear, circular livremente, desde que acompanhado de responsável legal. Segundo, porque a própria imposição da medida de liberdade assistida consiste na restrição de determinados direitos ao adolescente para preservar outros direitos fundamentais. Liberdade assistida significa liberdade vigiada, período no qual o jovem deverá estar sob acompanhamento familiar e do Estado para o correto desempenho escolar e profissionalizante. Desse modo, alguns direitos são restringidos para justamente garantir a preservação dos direitos fundamentais mais básicos, como a integridade física, psíquica, saúde etc. Terceiro, porque a saída responsável é decretada pelo juiz de Direito, após a análise do caso concreto, o que significa dizer que não há norma de caráter geral, abrangendo todos os adolescentes de uma determinada sociedade, mas sim uma decisão judicial após a averiguação, caso a caso, da necessidade de aplicação da medida.

O próprio termo “assistida” acarreta à família, ao Estado e à sociedade uma vigilância de 24 horas sobre o jovem que está em cumprimento de medida em meio aberto, evitando que se envolva com a prática de novo ato infracional e que lhe seja posteriormente aplicada outra medida em meio semiaberto ou fechado. Isso significa que a vigilância sobre o jovem apenas lhe trará benefício. Com a aplicação da medida protetiva de saída responsável, o jovem não estará com seu direito de liberdade restringido, pois sempre contará com o auxílio e apoio familiar para suas saídas noturnas (entre 23 horas e 6 horas da manhã).

A saída responsável reveste-se de caráter eminentemente protetivo, porquanto visa a afastar os jovens situações de risco reais ou potenciais – tráfico de drogas, prostituição, contato com bebidas alcoólicas, entre outras –, evitando inclusive a aplicação de medidas socioeducativas

de efetiva restrição da liberdade (semiliberdade e internação) se se envolver com a prática de outro ato infracional durante o cumprimento da medida de liberdade assistida que lhe foi imposta.

Do ponto de vista psicossocial, não existe qualquer motivo razoável a justificar a rotina dos adolescentes em conflito com a lei de ficar até altas horas da madrugada afastado do lar, geralmente em espaços abertos, em localidades nas quais os índices de criminalidade são endêmicos e alarmantes. Aliás, é antigo o adágio “boa romaria faz quem em sua casa está em paz”, traduzindo a noção de proteção que representa o lar. Por tal razão, também não se concebe a interpretação de que ficar acolhido no lar, sob o amparo dos familiares, durante o período do repouso noturno, remete a um caráter punitivo.

Se o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente diz ser direito do adolescente a efetiva convivência familiar e a criação e educação no seio de sua família, é porque reconhece nesta instituição social o caráter educativo e protetivo; caso contrário, a regra seria a permanência de jovens fora dos seus lares, o que é absolutamente inviável. Com razão, elucida Costa (2004, p. 38) que o direito à convivência familiar, antes de ser um direito, é uma necessidade vital das crianças e adolescentes, no mesmo patamar de importância do direito fundamental à vida.

Por sua vez, ainda que se possa considerar uma natureza afliativa (punitiva) com a aplicação da medida de saída responsável, tal circunstância não desautoriza a imposição dessa medida protetiva quando o caso concreto demonstrar a necessidade de sua imposição. Os incisos III (matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento de ensino) e V (requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial) referem-se a medidas protetivas expressamente previstas no ECA, cuja natureza é protetiva. Porém, a imposição ao jovem de sua permanência obrigatória em sala

de aula ou em um hospital também pode levar à aflição/punição em razão da restrição parcial da liberdade, e essa circunstância não desautoriza o Judiciário de aplicação, isto é, a consideração da natureza protetiva e também afliativa para a aplicação de medidas protetivas não pode inviabilizar ao Judiciário a sua aplicação, quando no caso concreto se fizer necessário.

A eventual restrição parcial da liberdade (direito e ir e vir) de crianças e adolescentes também foi objeto de preocupação do legislador, nos artigos 83 a 85 do ECA, ao impor autorizações para viagens, visando justamente à proteção integral desse público-alvo, bem como evitar a adoção internacional irregular.

“Como regra geral, é livre o direito de locomoção em todo território nacional (art. 5º da CF), o que também se aplica às crianças e aos adolescentes, que podem dirigir-se a qualquer parte do país. O próprio ECA prevê o direito de liberdade (art. 16, I) que compreende, dentre outros, os aspectos de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários. Contudo, o direito de liberdade deve conviver em harmonia com outros direitos, dentre eles, a vida, a saúde, a dignidade, cabendo ao Estado, família e sociedade colocar as crianças e adolescentes a salvo de toda forma de negligência, exploração e crueldade (art. 227 da CF). Dessa maneira, é possível que o legislador faça restrições à própria locomoção de crianças e adolescentes, podendo, em determinados casos, ser exigido que ocorra em companhia de seus pais ou mesmo de terceiros. Em outros casos, essa locomoção poderá exigir não a autorização dos responsáveis, mas da autoridade judiciária. Destarte, como maneira de prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança ou adolescente, o legislador poderá impor certas condições para que esse deslocamento se efetive” (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2011, p. 257).

A importância das medidas protetivas, inclusive em seu caráter coercitivo, para a própria

garantia dos direitos fundamentais dos adolescentes foi bem exposta pelo promotor de Justiça do Estado do Paraná Murillo José Digiácomo e por Ildeara de Amorim Digiácomo (2012, p. 225):

“Embora as medidas previstas no art. 101, incisos I a VI, do ECA estejam relacionadas no capítulo relativo às medidas específicas de proteção (que como tal não são coercitivas) se aplicadas a adolescentes em razão da prática de ato infracional, nos moldes previstos no procedimento respectivo, assumirão o caráter de medidas socioeducativas (podendo ser chamadas de ‘medidas socioeducativas atípicas’, em contraposição às ‘típicas’ – ou ‘propriamente ditas’ –, previstas nos incisos anteriores do mesmo dispositivo), ganhando assim um cunho coercitivo (podendo mesmo seu descumprimento reiterado e injustificável resultar – em casos extremos – na aplicação de ‘internação-sanção’ prevista pelo art. 122, III, do ECA).”

Ressalte-se também que o ECA adotou o sistema de responsabilidade solidária na preservação dos direitos fundamentais do adolescente em conflito com a lei. Quando um jovem pratica um ato infracional, geralmente não recebeu do seio familiar os limites necessários ao respeito aos direitos dos outros. Também não recebeu limites nos estabelecimentos de ensino, já que a maioria dos jovens que praticam atos infracionais graves se evadiu da escola. Desse modo, se há falha da família e da escola, não pode o Judiciário simplesmente isentar-se de sua responsabilidade na garantia de proteção aos adolescentes envolvidos com a prática de atos infracionais, sob o singelo argumento de se estar interferindo no poder familiar. É inaplicável o artigo 1.634 do Código Civil, pois o artigo 98 do ECA é preciso ao delimitar as responsabilidades da família, do Estado e da sociedade na garantia dos direitos fundamentais.

É importante enfatizar que o rol do artigo 101 do ECA é exemplificativo, uma vez que consta no *caput* a expressão “dentre outras”. Assim, não pode prosperar a tese de inadequação do pedido constantemente formulado pelo Ministério Público de aplicação da medida protetiva judicial de saída responsável sob o pretexto de que tal hipótese não está elencada no referido dispositivo legal. Assim, o ECA admite expressamente a possibilidade de criação de medidas protetivas pelo Poder Judiciário sempre que, no caso concreto, se fizer necessária.

“Para fins protetivos, levou-se, em linha de conta, eventual risco social, situação pré-definida no artigo 98 da Lei nº 8.069/90 e não mais a situação irregular. Trata-se de um tipo aberto, conforme a melhor técnica legislativa, que permite ao Juiz e operadores da rede uma maior liberdade de análise dos casos que ensejam medidas de proteção” (AMIN, 2007, p. 14).

Por esses motivos, o Poder Judiciário, ao sopesar os contextos pessoais e sociais do adolescente em conflito com a lei, deve aplicar ao

adolescente a medida de liberdade assistida, com a proibição de o jovem ausentar-se de sua residência desacompanhado de responsável legal, no período entre 23 horas e 6 horas da manhã, salvo autorizado judicialmente, desde que demonstradas a necessidade, a adequação e a razoabilidade da medida, a fim de resguardá-lo, bem como de garantir-lhe a eficácia daquela medida em meio aberto.

Aliás, a medida protetiva “saída responsável” está em plena consonância com o artigo 100, *caput* e incisos IX e X, do ECA, que dispõe que, na aplicação das medidas, serão consideradas as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Tal medida leva em conta a necessidade de educar o adolescente em conflito com a lei o qual tenha o nefasto hábito de passar as madrugadas afastado da proteção do lar, bem como a necessidade de fortalecer os vínculos familiares, reintegrando-o na sua família natural. Ela é efetuada de maneira que os pais passem a assumir seus deveres para com seus filhos.

4.3. Decisões judiciais sobre saída responsável

Diante da expressa possibilidade de criação de medidas protetivas em prol da criança e do adolescente pelo *caput* do artigo 101 do ECA, o Juízo da 1ª Vara da Infância e Juventude do Distrito Federal avançou e acolheu o sistema de corresponsabilidade na garantia dos direitos fundamentais infantojuvenis, ao aplicar ao jovem RKAS a medida socioeducativa de liberdade assistida, pelo prazo mínimo de seis meses, prevista no artigo 112 do ECA, cumulada com a medida protetiva disciplinada no artigo 101, inciso VI, do mesmo diploma (inclusive em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxi-

cômanos), além da proibição de ausentar-se de sua residência desacompanhado de responsável legal, no período entre 23 horas e 6 horas da manhã, salvo autorizado judicialmente, durante o cumprimento mínimo de 6 meses daquela medida em meio aberto.

Ao respeitar a doutrina constitucional da proteção integral à criança e adolescente e o sistema de corresponsabilidade entre família, sociedade e Estado na garantia dos direitos fundamentais desse público-alvo, o juiz de Direito substituto Márcio da Silva Alexandre corretamente expôs que a saída responsável não ofende o princípio da legalidade, nem as normas principiológicas de proteção à criança e ao adolescente:

“...Vejamos o que diz o artigo 119 do Estatuto da Criança: Art. 119. Incumbe ao orientador, com apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros: I – promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social; II – supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula; III – diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho; IV – apresentar relatório do caso.

Como se pode perceber, no *caput* do artigo acima citado existe a possibilidade de serem fixados outros encargos ao cumpridor da liberdade assistida, assim como ocorre em outros institutos despenalizadores, como a suspensão condicional do processo da pena (art. 79, CP) e o *sursis* processual (art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099/95).

Além disso, estamos cuidando de adolescente que praticou uma conduta infracional, conduta esta que poderia trazer-lhe, como consequência, até a restrição total de sua liberdade por três anos. Não se trata aqui de um inocente, onde a restrição horária seja fixada sem qualquer substrato comportamental, de forma abstrata.

Por outro lado, a citada restrição visa, como todo o sistema socioeducativo, a promover a reeducação do jovem em conflito com a lei, obstaculizando, assim, contatos com más companhias em horário cuja vigilância familiar resta fragilizada, na medida em que constitui horário normal de repouso.

Verifica-se, dessa maneira, em que pesem os argumentos apresentados pela defesa, que as proibições sugeridas não interferem na autoridade dos pais, ao contrário, ajuda-os a estabelecer regras para a permanência na residência e impossibilita a frequência em locais impróprios após às 23 horas.

Além do mais, o fato de a legislação civil atribuir aos pais o exercício do poder familiar não significa que eles estejam livres para fazer ou deixar de fazer o que bem entendam em relação a seus filhos, mormente quando esta liberalidade torna-se prejudicial ao desenvolvimento da prole, como ocorre com a criança ou adolescente que se envolvam em práticas de condutas tidas por criminosas na legislação penal, pondo-se, dessa maneira, em risco e gerando risco a terceiros. (...)

Ademais, o horário é incompatível para o adolescente estar na rua, sujeito a riscos e em companhia de pessoas que não podem em nada contribuir para sua formação moral. Ressalte-se, por fim, que essa foi uma das queixas do genitor, ao ser ouvido em audiência, fl. 43. Nesse sentido, a restrição de permanência em via pública entre o horário indicado conforma-se perfeitamente com o comando previsto no ordenamento jurídico e vai ao encontro das diretrizes protetivas estabelecidas à infância e juventude.”⁵

O juiz Márcio da Silva Alexandre também ressalta que o exercício do poder familiar não é exclusivo dos pais e, justamente em razão da diretriz constitucional, insculpida no artigo 227, referente à doutrina da proteção integral, o poder familiar pode sofrer interferências

⁵ Autos nº 2011.01.3.006541-3, julgado em 29 de setembro de 2011, e Autos nº 2012.01.3.000238-3, julgado em 28 de fevereiro de 2012.

do Estado, destacando assim o artigo 1.637, do Código Civil: “Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar quando convenha”. Desse modo, constata-se ser perfeitamente legítima e desejada a intervenção estatal nessas hipóteses, ou seja, quando a família não reunir condições de promover a educação de seus entes queridos com os preceitos morais e legais, torna-se não apenas desejada, mas também necessária à intervenção do Estado, que tem o poder inclusive de suspender ou destituir a família do poder familiar, além de restringir a liberdade do adolescente, com a medida socioeducativa de internação. Ao aplicar a máxima “quem pode o mais pode o menos”, aquele juiz acertadamente afirmou que: “Nesse âmbito, se se pode retirar o poder familiar dos pais ou até restringir totalmente a liberdade de quem se envolve em atos infracionais, com muito mais razão, para evitar um mal superior, é permitido que correções de rumos na educação promovida pelos pais possam ser fomentadas e implementadas pelo Estado”.

Contudo, indo na contramão das normas nacionais e internacionais referentes à doutrina da proteção integral e ao sistema solidário de responsabilidade na garantia dos direitos fundamentais do adolescente em conflito com a lei, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu, sob a relatoria do desembargador Roberbal Casemiro Belinati, que a restrição domiciliar remete a um caráter punitivo, fora dos objetivos do ECA e que a orientação e a vigilância exercidas pela família evitam inserção e/ou reiteração do jovem na prática de atos infracionais, bem como “não é o período do dia que irá determinar a

conduta do menor”⁶. De outro modo, o relator desembargador Humberto Adjuto Ulhoa, da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, confirmou o posicionamento dos juízes de Direito da Vara da Infância e Juventude sobre o assunto “saída responsável”, conforme se depreende da seguinte ementa:

“APELAÇÃO CRIMINAL – VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ATO INFRAACIONAL EQUIPARADO AO PREVISTO NO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006 – LIBERDADE ASSISTIDA CONDICIONADA – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA CONDIÇÃO PECULIAR DA PESSOA EM DESENVOLVIMENTO – OBSERVÂNCIA – SENTENÇA REFORMADA, NA PARTE EM QUE FOI IMPUGNADA.

1. A considerar o rol exemplificativo do art. 101, do ECA, e as medidas socioeducativas previstas no mesmo Estatuto, é admissível a cumulação de medida protetiva com o cumprimento da medida socioeducativa de liberdade assistida condicionada, em observância ao princípio da razoabilidade.

2. A interpretação a ser conferida aos dispositivos do ECA devem sempre levar em consideração os fins sociais, as exigências do bem comum e o princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento.

3. A teor do disposto nos arts. 1º e 100, parágrafo único, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, revela-se razoável a condição pleiteada pelo Ministério Público: proibição de a adolescente ausentar-se de sua residência, no período de 23h às 06 horas, desacompanhada de representante legal, salvo autorização judicial.

4. Recurso conhecido e provido.

(Acórdão n. 581521, 20110130076337APR, Relator HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, 3ª Turma Criminal, julgado em 19/4/2012, DJ 26/4/2012, p. 252).”

Por certo, algumas medidas protetivas apresentam características aflictivas/punitivas, mas nem por isso deixam de ser protetivas. As medidas protetivas previstas nos incisos III, V e VI restringem parte do direito de ir e vir, da liberdade do adolescente e causam, de algum modo, “aflição” ao jovem. A obrigação de permanecer dentro da sala de aula, dentro de um hospital, dentro de uma instituição para tratamento a alcoólatras ou toxicômano, ou até mesmo para tratamento ambulatorial (psicológico), mediante imposição judicial, não deixa de afligir o adolescente em conflito com a lei nem de restringir, em parte, sua liberdade. Nem por isso, tais medidas perdem a sua natureza protetiva.

⁶ Acórdão nº 569.228, 2ª Turma Criminal, j. 16.2.2012. Nesse mesmo sentido: Acórdão nº 575.079, 3ª Turma Criminal, Rel. Des. João Batista Teixeira, j. 26.3.2012.

Ademais, o próprio ECA também prevê restrições da liberdade de natureza exclusivamente protetiva impostas pelo Estado, como as medidas previstas nos artigos 83 a 85, que proíbem viagem de criança fora da comarca onde reside, se desacompanhada dos genitores ou responsável, e também vedam a viagem ao exterior de crianças ou adolescentes desacompanhados dos genitores ou na companhia de um dos pais, sem autorização expressa do outro, por meio de documento com firma reconhecida. Embora a Constituição Federal garanta, em seu artigo 85, inciso XV, o direito de ir e vir a todos, as restrições previstas nos mencionados artigos do ECA visam exclusivamente à proteção infantojuvenil.

Por sua vez, não pode o Judiciário isentar-se de sua responsabilidade na garantia dos direitos fundamentais do adolescente em conflito com a lei, pois a própria Constituição Federal adotou o sistema de corresponsabilidade entre família, sociedade e Estado, em seu artigo 227. Esse mandamento constitucional desautoriza o Judiciário a não impor limites ao jovem, quando o ECA autoriza, por meio de norma aberta (*caput* do artigo 101), a criação de outras medidas protetivas, sempre que ela for necessária no caso concreto. “Lavar as mãos”, ignorar o sistema de corresponsabilidade é expressamente desautorizado pela Constituição Federal, além de ferir normas internacionais sobre o tema. O período da madrugada é determinante para o efetivo cumprimento da medida de liberdade, já que o jovem, durante o cumprimento de medida de liberdade assistida, deve obrigatoriamente frequentar as aulas e realizar cursos profissionalizantes. Se o jovem perambula pelas ruas, chega a casa a altas horas da madrugada, por certo não cumprirá os deveres escolares e não comparecerá ao aprendizado profissionalizante, além de estar exposto a todo tipo de violação de direitos, tais como prostituição infantil, uso

de substância entorpecente, abuso de bebida alcoólica etc.

Assim, a finalidade da saída responsável não é punir o adolescente em conflito com a lei e sim protegê-lo de possíveis situações de risco, negligência ou omissões que geralmente o cercam quando está exposto a todo tipo de violação de direitos e, desse modo, evitar que reitere na prática de novo ato infracional – o que acaba por cercar-lhe de vez a liberdade com a imposição das medidas socioeducativas de semiliberdade ou internação.

Conclusão

Demonstrou-se que os adolescentes em conflito com a lei, em sua grande maioria, são oriundos de família pouco estruturada, financeira e psicologicamente, que os jovens residem em regiões de grande violência, onde há a banalização do crime; estão evadidos da escola e sem qualquer tipo de controle familiar (ausência principalmente da figura paterna). Diante desse perfil dos adolescentes em conflito com a lei, torna-se necessária a imposição de limites pelo Estado-juiz, em especial a coibição de ausentar-se de sua residência desacompanhado de responsável legal, no período entre 23 horas e 6 horas da manhã, salvo autorizado judicialmente, para impedir de serem novamente autores ou até vítimas de atos infracionais.

A retirada do jovem das ruas do DF no período da madrugada é determinante para o efetivo cumprimento da medida de liberdade, já que o jovem, durante o cumprimento de medida de liberdade assistida, deve obrigatoriamente frequentar as aulas e realizar cursos profissionalizantes. Desse modo, não se pode desconsiderar que a saída responsável se reveste de caráter eminentemente protetivo, porquanto visa a afastar os jovens das situações de risco reais ou potenciais mencionadas, evitando,

inclusive, a aplicação de medidas socioeducativas de efetiva restrição da liberdade (semiliberdade e internação) se se envolverem com a prática de outro ato infracional durante o cumprimento da medida de liberdade assistida que lhes foi imposta.

Ainda que se possa considerar uma natureza afliativa (punitiva) com a aplicação da medida protetiva de saída responsável, tal circunstância não desautoriza a imposição dessa medida protetiva quando o caso concreto demonstrar a necessidade de sua imposição, já que outras medidas protetivas explicitamente previstas no artigo 101 do ECA têm também, de forma oblíqua, um certo caráter aflito/punitivo, na medida em que também restringem parcialmente a liberdade do adolescente em conflito com a lei, tal qual a matrícula e a frequência obrigatória em estabelecimento de ensino e a requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial. Ou seja, a simples consideração da natureza protetiva e também afliativa para a aplicação de medidas protetivas não pode impedir que o Judiciário crie medidas que vão ao encontro da doutrina constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente.

Referências

AMIN, Andréia Rodrigues. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 2. ed. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 jul. 1990.

_____. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. *Relatório de pesquisa: perfil do adolescente infrator*. Brasília: SECPLAN, 2011. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/relatorio_pesquisa_perfil_adolescente_infrator_2011_004.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2013.

_____. _____. *Levantamento de atos infracionais: 2009 a 2012*. Brasília: MPDFT, [200-]. Disponível em: <<http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/conhecampdft-menu/promotorias-justica-menu/promotoria-de-justica-de-defesa-da-infncia-e-da-juventude-mainmenu-322/6013-levantamento-de-atos-infracionais-2009-a-2012>>. Acesso em: 8 abr. 2013.

COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIGIÁCOMO, José Murillo; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. *Estatuto da criança e do adolescente: anotado e interpretado*. 2. ed. Brasília: MPDFT, 2012.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. Execução das medidas socioeducativas em meio aberto: prestação de serviço à comunidade e liberdade assistida. In: BRASIL. Presidência da República Secretaria Especial de Direitos Humanos et al. *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

GARCÍA MENDEZ, Emilio. *Infancia: de los derechos y de la justicia*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

LIBERATI, Wilson. Donizeti. *Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena?* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PAULO, Paulo Afonso Garrido de. Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização. In: BRASIL. Presidência da República Secretaria Especial de Direitos Humanos et al. *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

O mandado de segurança, o mandado de injunção e a efetivação dos direitos sociais

LUIZ HENRIQUE DINIZ ARAUJO

Sumário

Introdução. 1. O mandado de segurança e a efetivação judicial dos direitos sociais. 2. O mandado de injunção, as omissões inconstitucionais e a efetivação dos direitos sociais prestacionais. Conclusão.

Introdução

O presente trabalho propõe-se a tratar do importante papel do mandado de segurança e do mandado de injunção para a efetivação judicial dos direitos sociais prestacionais inscritos na Constituição do Brasil.

O primeiro, porque é um instrumento que já tem sido bastante utilizado para a imposição ao Poder Público do cumprimento de direitos sociais prestacionais. O segundo, porque é um instrumento que, embora ainda pouco utilizado, poderá ter uma aplicação eficaz para sanar omissões inconstitucionais concernentes à falta de regramento infraconstitucional de direitos sociais previstos na Constituição do Brasil.

É importante esclarecer, outrossim, que a intenção não é examinar exaustivamente os dois instrumentos processuais, mas tão somente analisar os aspectos de sua eficácia dos direitos sociais prestacionais.

1. O mandado de segurança e a efetivação judicial dos direitos sociais

O mandado de segurança está previsto no art. 5º, LXIX, da Constituição brasileira de 1988, nos seguintes termos:

Luiz Henrique Diniz Araujo é graduado e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura de Pernambuco (Esmape). Procurador Federal desde agosto de 2002.

“conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público;”

Em sede infraconstitucional, a regra está enunciada no art. 1º da Lei nº 12.016/2009.

A partir desses dispositivos, podem-se ver as condições para a concessão do mandado de segurança: a) um direito líquido e certo; b) violado ou ameaçado por ato ou omissão ilegal ou abusivo de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas.

Direito líquido e certo, na verdade, é a afirmação de fato (CUNHA, 2010, p. 457) deduzida pelo impetrante. Dessa forma, os fatos devem estar, desde a impetração, comprovados (prova pré-constituída), não se admitindo dilação probatória.

Em relação à condição b), o ato ilegal deve promanar de autoridade que detenha competência para a prática do ato ou para ordenar a sua prática, estando excluído o agente que simplesmente executa a ordem (art. 6º, § 3º, da Lei nº 12.016/2009).

A sentença que concede a segurança pode ter natureza:

a) mandamental (ou injuntiva), consubstanciando-se em uma ordem à autoridade coatora. Ela tutela o direito do autor forçando o réu a adimplir a ordem do juiz (MARINONI; ARENHART, 2001, p. 461). Em caso de descumprimento, compete ao juiz adotar as medidas coercitivas necessárias (Código de Processo Civil, art. 461, §§ 4º e 5º);

b) constitutiva negativa, se determinar a anulação de um ato.

O cumprimento da sentença mandamental deve ser imediato, específico ou *in natura* (MEIRELLES, 2003, p. 98).

O manejo do mandado de segurança é adequado para situações emergenciais, por algumas razões:

1) o art. 4º da Lei nº 12.016/2009, permite que, em caso de urgência, o mandado de segurança seja impetrado por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada. Além disso, em seu § 1º, permite que em caso de urgência o juiz notifique a autoridade por telegrama, radiograma ou outro meio que assegure a autenticidade do documento e a imediata ciência pela autoridade;

2) a possibilidade de concessão de liminar, cujos efeitos persistirão até a prolação da sentença (art. 7º da Lei nº 12.016/2009);

3) a apelação não tem efeito suspensivo (art. 14, § 3º).

Quanto à possibilidade de concessão de medida liminar, como ressalta Cavalcanti (2009, p. 86), as tutelas de emergência contra a Administração Pública devem equilibrar a efetividade da tutela jurisdicional e a proteção do interesse público. Todavia, essa afirmação deve ser interpretada, no

caso de ordens de cumprimento de alguns direitos sociais prestacionais, com temperamentos, sob pena de ineficácia da medida.

Assim, por exemplo, seria o caso de se exigir depósito de caução como condição para concessão de liminar que ordene o Poder Público a fornecer medicamento de alto valor ou a custear tratamento de saúde de valor elevado.

Ainda sobre o assunto, importa mencionar que o ordenamento brasileiro impõe restrições materiais à concessão de liminares, estando as principais listadas abaixo. Todavia, nenhuma delas se aplica a direitos sociais prestacionais:

1) a proibição de concessão de liminar em mandado de segurança visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens (Lei nº 4.348/64);

2) proibição de concessão de liminar para pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias (art. 1º, § 4º, da Lei nº 5.021/1966);

3) a proibição de concessão de liminar para a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009).

A título exemplificativo, cabe mencionar que o Superior Tribunal de Justiça – no ROMS 200.902.046.635, no ROMS 200.701.125.005, no AGA 200.602.655.477 e no AGA 842.866 – reconheceu o cabimento do mandado de segurança para ordenar ao Poder Público o cumprimento de mandamentos destinados à efetivação do direito constitucional à saúde.

2. O mandado de injunção, as omissões inconstitucionais e a efetivação dos direitos sociais prestacionais

Uma vez que se está a tratar da efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição, independentemente de sua previsão em âmbito infraconstitucional, cabe estudar o tema, neste capítulo, sob a ótica das omissões inconstitucionais. Realizar-se-á, assim, uma análise do mandado de injunção, instrumento processual apto à solução do problema das omissões constitucionais e de rigorosa adequação para a efetivação dos direitos sociais.

É importante salientar que a proposta não é fazer uma análise abrangente das omissões inconstitucionais e do mandado de injunção, destacando os seus aspectos constitucionais e processuais; na verdade, estudar-se-ão esses assuntos no que dizem respeito à efetivação dos direitos sociais prestacionais inscritos na Constituição, sem a mínima pretensão de esgotar esses temas.

A efetivação judicial de direitos sociais constitucionais remete ao tema das omissões inconstitucionais. Canotilho (2003, p. 519-520) chega ao extremo de afirmar que os direitos sociais “ficam dependentes, na sua exacta configuração e dimensão, de uma intervenção legislativa conformadora e concretizadora, só então adquirindo plena eficácia e exequibilidade”.

Embora ilustre de forma eloquente o elo entre a efetivação dos direitos sociais e as omissões inconstitucionais, o entendimento do mestre português não é compartilhado pelo autor deste trabalho. O entendimento acolhido pelo autor é no sentido de que as normas que veiculam direitos sociais prestacionais, ainda que de eficácia plena (art. 5º, § 1º, da CF), demandam providências normativas e materiais para a sua adequada aplicação.

Dessa forma, as omissões inconstitucionais podem levar à insegurança jurídica no que diz respeito à efetivação dos direitos sociais prestacionais na via judicial (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 114). A omissão inconstitucional verifica-se sempre que o legislador ou a autoridade administrativa obrigado(a) a agir deixa de fazê-lo e nega, assim, eficácia à Constituição. No caso dos direitos sociais prestacionais: quando o legislador ou o administrador, por sua passividade, deixa de tomar as providências normativas ou materiais necessárias à efetivação desses direitos.

Como ensina Mendes (2005, p. 274-275), no Direito alemão e no Direito brasileiro, não há razão para entendimento diverso: à omissão inconstitucional corresponde o dever de legislar imposto pela Constituição. O dever de legislar, naquele sistema, pode decorrer de ordens diretas ou mesmo de princípios constitucionais, desenvolvidos por interpretação. Caso o dever de legislar seja descumprido pelo Parlamento, cabe ao Poder Judiciário agir, como ressalta Pedra (2008, p. 181):

“Como cediço, os Tribunais Constitucionais, enquanto garantes do elo constitucional da sociedade, não devem se ater, apenas, ao exercício do controle de constitucionalidade *stricto sensu* afastando do ordenamento jurídico aqueles atos considerados inconstitucionais. Referidas Cortes devem ir além e atuar em todas as dimensões de um verdadeiro ‘curador da Constituição’, buscando a efetivação de todas as normas constitucionais que, por vezes, permanecem em estado de latência em face de uma omissão normativa inconstitucional.”

Conforme André Rosa (2006, p. 31-32) explicita, o constitucionalismo à época das constituições liberais não demonstrou preocupação com as omissões inconstitucionais, que passaram a ser estudadas seriamente e a assumir importância no contexto histórico do surgimento das constituições do Estado Social, especialmente do período entreguerras.

Não parece difícil identificar o porquê dessa coincidência histórica. O grave problema da efetivação de direitos aparece com muito mais evidência em uma Constituição social, uma vez que ao Estado são impostas tarefas que devem ser realizadas para a promoção de bem-estar aos cidadãos, do que em uma constituição liberal, em que os direitos fundamentais, para serem efetivos, muitas vezes demandam apenas um não fazer estatal.

Essas tarefas, como tais, impõem uma postura ativa ao Estado, tanto sob o aspecto legislativo (o dever de produzir leis tratando dos direitos reconhecidos na Constituição), quanto sob o aspecto regulamentar (o dever de produzir regulamentos relacionados a essas leis) e, ainda, sob o aspecto executivo, gerencial (o dever de agir de forma a que os direitos sociais sejam efetivamente implantados no “mundo dos fatos”).

Assim é que André Rosa (2006, p. 46) escreve que “*Nos parece que sólo en el contexto del Estado social tiene sentido estudiar el tema de las*

omisiones legislativas”. E explica que (p. 102) o imperativo de promoção da igualdade material permite ao Poder Judiciário, nesse mister, não apenas funcionar como legislador negativo, mas também atuar como “*verdadero órgano de corrección activa de la labor del parlamento*”.

Com efeito, embora neste trabalho se entenda que os “vácuos” normativos fazem parte do ordenamento jurídico, as omissões inconstitucionais, evidentemente, não são desejáveis, uma vez que podem agir como um “processo anômalo de mutação constitucional”, promovendo a alteração informal da Constituição, em seu alcance, retirando-lhe força normativa, sem lhe alterar o texto (PEDRA, 2008, p. 189).

As omissões inconstitucionais podem ser legislativas ou administrativas. As primeiras, quando a Constituição impõe o dever de legislar e o Parlamento não o faz; as segundas, quando a autoridade administrativa deixar de regulamentar um direito constitucionalmente assegurado ou mesmo quando deixa de adotar providências executivas que garantam a sua efetivação.

A omissão inconstitucional pode ser total ou parcial (MENDES, 2005, p. 385-387). O primeiro caso acontece quando não há norma infraconstitucional sobre o tema; o segundo, quando a norma trata do tema de forma insuficiente.

As omissões inconstitucionais absolutas (totais) são de fácil reconhecimento, uma vez que se afiguram quando há uma norma constitucional estabelecendo um direito que não é eficaz por falta de edição de ato legislativo (ROSA, 2006, p. 155) ou administrativo.

No caso das omissões relativas, cabe uma análise mais detalhada, porque a insuficiente regulamentação infraconstitucional do direito constitucionalmente assegurado pode se apresentar, ao menos, sob duas formas (ROSA, 2006, p. 157): a) um ou alguns aspectos da norma constitucional não foram regulados (pensamos

que é o caso, por exemplo, da falta de inclusão de certos medicamentos essenciais à vida e à saúde nas listas da ANVISA de fornecimento gratuito pelo Sistema Único de Saúde – SUS); b) um ou alguns possíveis destinatários da norma constitucionais não foi ou não foram contemplado(s), podendo gerar um tratamento anti-isonômico.

O tema das omissões inconstitucionais remete diretamente aos instrumentos hábeis a colmatá-las, dentre os quais se destaca, no âmbito deste estudo, o mandado de injunção, instrumento previsto em nível constitucional no art. 5º, LXXI:

“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Uma primeira afirmação que pode ser feita, a partir do dispositivo, é que o mandado de injunção se presta à regulamentação de direitos sociais constitucionais em sede legislativa (omissão legislativa) ou administrativa (omissão administrativa). Dessa forma, criam-se balizas mais seguras para a efetivação dos direitos sociais, como já destacado.

Segundo Cunha Júnior (2008, p. 533-535), a expressão “norma regulamentadora”, insculpida no art. 5º, XXXI, da CF/88, merece uma interpretação extensiva, de modo a abranger não apenas atos legislativos, mas também atos regulamentares e, até mesmo, atos materiais da Administração Pública. Com efeito, a inexistência de um ato regulamentar, ou a existência de um ato regulamentar incompleto, ou a omissão na realização de providências materiais – tudo pode dificultar ou, até mesmo, inviabilizar a fruição do direito social prestacional.

Apesar de não ser o único instrumento judicial apto à efetivação de direitos sociais prestacionais, como já exposto ao longo da

dissertação, possivelmente o mandado de injunção é o mais adequado, uma vez que é apto a conferir segurança jurídica à atuação judicial, especialmente se se entender, como se fará ao longo deste tópico, que a decisão prolatada no bojo desse instrumento gera efeitos *erga omnes*.

Dessa forma, o mandando de injunção apresenta-se como um importante instrumento para conferir força normativa à Constituição, no que concerne aos direitos sociais, com a vantagem de permitir que sejam conferidos judicialmente a esses direitos contornos mais definidos e, assim, mais seguros.

Quanto aos efeitos da decisão prolatada no mandado de injunção, podem-se listar as seguintes teorias (MAZZEI, 2008, p. 222 et seq.), tratadas sob outras denominações por outros autores, embora representado os mesmos conceitos:

- Teoria da Subsidiariedade – o julgador deve limitar-se a declarar a mora legislativa, cientificando a autoridade omissa sobre a mora na edição normativa. Foi adotada em diversos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do MI nº 107-3/DF;
- Teoria da Resolutividade – a natureza da decisão é constitutiva *inter partes*, com a criação pela via judicial da norma inexistente. Essa corrente divide-se entre os que entendem que o juiz, além de editar a norma para o caso concreto, deve resolvê-lo – caso do professor Ivo Dantas, em trabalho seminal (DANTAS, 1994, p. 97), bem como de Pacheco (2008, p. 359) – e aqueles que, contrariamente, entendem que a solução da lide é tema estranho ao mandado de injunção, devendo ser buscada em processo autônomo;
- Teoria Mista (Teoria da Subsidiariedade combinada com a da Resolutividade) – o juiz concede um prazo para que a autoridade competente edite a norma faltante. Ultrapassado o prazo, o juiz regulamenta o exercício do Direito; e a
- Teoria da Independência Jurisdicional – a decisão no mandado de injunção detém caráter constitutivo *erga omnes* e gera a edição de uma norma geral que se aplica a todos os casos análogos.

Ivo Dantas (2010, p. 342), em exposição sobre os efeitos do mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, explica que tradicionalmente a Corte adotou a corrente não concretista (ou da subsidiariedade), abraçando a tese de que os efeitos do mandado de injunção são análogos aos da ação de inconstitucionalidade por omissão, ou seja, cabe apenas prolatar a mora legislativa e comunicá-la à autoridade ou Poder competente (MI 219/DF).

Aponta, ainda, que uma nova fase é inaugurada em 1991, quando o Supremo Tribunal Federal adotou a corrente concretista intermediária,

ou teoria mista (DANTAS, 2010, p. 343), por meio da qual a Corte fixa um prazo para que a autoridade ou Poder edite a norma. Caso não o faça, a Corte confere o direito ao impetrante (MIs 283, 282 e 284).

Como destaca o mesmo autor (DANTAS, 2010, p. 344), o verdadeiro ponto de inflexão na jurisprudência do Supremo em relação ao tema ocorreu no ano de 2007. No julgamento do MI 721/DF, o Tribunal adotou a corrente concretista individual (teoria da resolatividade), quando aplicou “o art. 57 da Lei da Previdência Social (8.213/91) para conceder aposentadoria especial (por insalubridade) a servidora pública que teve negado o benefício pela inexistência da lei complementar mencionada no art. 40, § 4º, da Constituição Federal”.

Verifica-se, por ocasião do julgamento desse mandado de injunção, que o Poder Judiciário conferiu uma dimensão muito mais altaneira ao instrumento, atribuindo-se o poder-dever de elaborar uma norma no caso concreto analisado.

Nessa linha evolutiva, o Supremo Tribunal avançou ainda mais um degrau (DANTAS, 2010, p. 346), ao reconhecer, nos MIs coletivos 670, 708 e 712, o direito de greve aos servidores públicos, aplicando-se a lei de greve dos trabalhadores privados (Lei nº 7.783/89). A grande novidade, no julgamento desses MIs, é que às decisões foram conferidos efeitos *erga omnes*, aplicando-se a Lei nº 7.783/89 a todo o funcionalismo público e não apenas às categorias impetrantes, como se vê do excerto:

“MI 670

o Tribunal resolveu a omissão legislativa ‘com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o senhor Ministro Maurício Correia (Relator)’, que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional e os senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações (...)” (BRASIL, 2008).

Vê-se, assim, que o entendimento mais recente abraçado pelo Supremo Tribunal Federal é o que se mostra mais consentâneo com a eficácia do mandado de injunção e que, dessa forma, o instrumento se reveste de perfeita adequação para sanar as omissões legislativas e regulamentares inconstitucionais, inclusive no que concerne aos direitos sociais prestacionais.

Todavia, cabe reconhecer que, muitas vezes, a efetivação de direitos sociais prestacionais não depende apenas de providências legislativas ou regulamentares, mas também de providências materiais.

A esse respeito, como ensina Ivo Dantas (2007, p. 512-513), por gerar efeitos concretos o mandado de injunção pode dar ensejo a que o Poder

Judiciário obrigue “a parte ré ao cumprimento da decisão, tal como determina a verdadeira inteligência da CF/88, em seu art. 5º, LXXI”. Certamente, o entendimento de Dantas confere ainda mais poder ao mandado de injunção e, em consequência, mais força às normas constitucionais, especialmente àquelas que albergam direitos fundamentais.

A única observação a ser feita aqui sobre esse entendimento é que, caso o cumprimento efetivo do direito seja de competência de pessoa diversa daquela responsável pela normatização, dever-se-á assegurar-lhe o contraditório e a ampla defesa, com garantia de efetiva participação no processo.

Por todas as razões expostas ao longo deste capítulo, entende-se aqui o mandado de injunção como um instrumento de poderosa eficácia no que diz respeito à efetivação judicial dos direitos sociais prestacionais, apto a sanar omissões legislativas e administrativas e, assim, assegurar a força normativa da Constituição.

Conclusão

O mandado de segurança e o mandado de injunção são aqui entendidos como instrumentos fundamentais para a efetivação dos direitos sociais constitucionais.

O primeiro, por ser um instrumento destinado a satisfazer direito líquido e certo do impetrante, o que ocorre quando não é satisfeito o direito social insculpido em norma constitucional autoaplicável.

O segundo, quando a falta de norma regulamentadora exigir, para a satisfação do direito, que a omissão inconstitucional seja sanada. Conforme demonstrado, ainda, quanto a este ponto, o trabalho defende que as decisões prolatadas em sede de mandado de injunção têm forte caráter abstrato, com efeitos *erga omnes*.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670/ES, de 25 de outubro de 2007. Relator: Ministro Maurício Corrêa. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 out. 2008.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. In: _____; BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício (Org.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformada à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DANTAS, Ivo. *Mandado de injunção: guia teórico e prático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994.
- _____. *Constituição e processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- _____. *Novo direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de injunção. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Ações constitucionais*. 3. ed. Salvador: Podivm, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PEDRA, Anderson Sant'Ana. A constitucionalização do direito e o controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário. In: AGRA, Walber Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: desafios do terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- ROSA, Alexandre Moraes da; MARCELINO JÚNIOR, Julio Cesar. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. *Constituição, economia e desenvolvimento - Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 1, ago./dez. 2009. Disponível em <http://www.abdconst.com.br/revista/revista_completa.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2012.
- ROSA, André Vicente Pires. *Las omisiones legislativas y su control constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

A relação entre o constitucionalismo e a democracia

Uma análise da nova lei de cotas sociais

VANESSA CRISTINA GAVIÃO

Sumário

Introdução. 1. Constitucionalismo e democracia: as duas faces de um Direito. 2. A nova lei de cotas sociais: política pública ou princípio moral? 3. As cotas sociais e seus reflexos no constitucionalismo e na democracia. Conclusão.

Introdução

A análise da tensão entre a democracia e o constitucionalismo no atual Estado Democrático de Direito traduz-se como um dos objetivos primordiais deste *paper*, a fim de que sejam delimitados e abordados aspectos que descaracterizam a oposição aparente entre tais elementos.

Para além dessa apreciação e com base no que dela for auferido, pretende-se apresentar estudo relativo à nova lei de cotas sociais para ingresso em universidades e escolas técnicas federais (Lei nº 12.711, sancionada em setembro de 2012), a qual apresenta uma série de controvérsias e reações contrárias advindas da própria sociedade.

Vale consignar que o presente trabalho não tem a pretensão de abordar aspectos meritórios da política de cotas, como a sua eficácia ou eficiência, ou ainda a necessidade de se aprimorar no ensino de base ou no ensino médio, para o alcance de melhores resultados na educação brasileira, pontos que serão futuramente abordados em trabalho específico.

Nesse sentido, possível seria a realização de uma análise dogmática da legislação apresentada, com o fito de se encontrarem, destacarem e eventualmente ponderarem os critérios eleitos e a estrutura por ela proposta. Entretanto, o objetivo do presente trabalho é realizar uma análise

Vanessa Cristina Gavião é mestranda em Direito na Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Advogada da autarquia Departamento Municipal de Água e Esgoto de Poços de Caldas. Professora de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG (Poços de Caldas) e da Fumesc (Machado/MG).

panorâmica da posição da nova legislação em face da democracia e do constitucionalismo.

Isso porque, a lei de cotas sociais, ante a sua finalidade de efetivar o direito social da educação para todos, fazendo-o por meio da implementação de critérios baseados em classe social, raça e etnia, parece ilustrar de forma clara e notória a tensão e a forçosa convivência entre a democracia e o constitucionalismo, ainda que reflita sobre conflitos gerados no interior de cada um desses institutos, conforme se pretende averiguar.

Sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, em virtude de sua vastidão e complexidade, a análise aqui realizada tem como objetivo instigar novos pensamentos sobre a eterna tensão entre constitucionalismo e democracia, que parecem permanecer, por vezes, distantes de questões práticas, bem como buscar a justificativa da validade, sem adentrar no critério de efetividade da legislação em comento.

Finalmente, salienta-se que para atingir os objetivos do presente trabalho, adotar-se-á o método analítico segundo, precipuamente, a teoria substancialista de Ronald Dworkin.

1. Constitucionalismo e democracia: as duas faces de um Direito

O Estado Democrático de Direito há muito apresenta um dilema que parece intrínseco à sua própria natureza. A vontade do povo, cristalizada na democracia e a organização da sociedade em um consenso popular encontra-se, ao menos de forma aparente, diametralmente oposta à ideia de limitações determinadas por normas de difícil alteração, isto é, os direitos fundamentais.

Antes de adentrarmos, todavia, no mérito da questão abordada, pode-se já afirmar que, em verdade, inexistem um ponto de equilíbrio passível de ser apontado entre a chamada democracia e o constitucionalismo. Não há primazia de um sobre o outro, uma vez que ambos parecem ser constitutivos do Direito.

Apenas para realizar um breve panorama histórico, cumpre destacar que, ao final da idade moderna, com a institucionalização do Estado Liberal, inventa-se a ideia de indivíduo, adotando o critério da racionalidade e tendo como parâmetro os princípios da igualdade, da liberdade e da propriedade.

Naquele momento, o Estado deve garantir a maior liberdade aos indivíduos, interferindo o mínimo possível, sendo que a autonomia privada se relaciona basicamente a direitos negativos diante do Estado e de outros cidadãos, isto é, direitos individuais (BAHIA, 2009, p. 235-236).

Esse cenário, após certo lapso temporal, gerou crises em virtude da existência de desigualdades econômicas e sociais, uma vez que os direitos

já não eram mais materializados. Passou-se, então, ao Estado Social, no qual ocorreu a expansão daquilo que é público, isto é, efetivou-se uma maior aposta no Executivo, buscando-se de forma ainda mais enfática a materialização da igualdade e da liberdade.

É nesse momento em que o Estado passa a intervir nas questões sociais, se aproximando da sociedade por meio da política e do Direito. No entanto, em que pese a base pública da sua proposta, o Estado Social acabou por gerar clientes em vez de cidadãos¹, caracterizando um desvio de finalidade econômica em demasia, uma vez que se efetiva apenas e tão somente a igualdade material, abdicando de outros valores inerentes ao processo de cidadania.

Após a crise gerada no Estado Social, surge, então, o chamado Estado Democrático de Direito, o qual apresenta a formação racional da vontade coletiva e abre espaço para a discussão pública, trazendo consigo a ideia de maior materialização de direitos fundamentais.

“Assim, em razão da nova concepção de igualdade e liberdade, novos direitos fundamentais surgiram. Igualdade e liberdade requerem agora materialização tendencial; não mais podemos nelas pensar sem considerar as diferenças, por exemplo, entre o proprietário dos meios de produção e o proprietário apenas de sua força de trabalho, o que passa a requerer a redução do Direito Civil, com a emancipação do Direito do Trabalho, da previdência social e mesmo a proteção civil do inquilino. Enfim, o lado mais fraco das várias relações deverá ser protegido pelo ordenamento e, claro, por um ordenamento de *leis claras e distintas*” (CARVALHO NETO, 2003, p. 13).

Além disso, no Estado Democrático de Direito, a tendência do constitucionalismo reflete diretamente na maior importância atribuída ao Judiciário, que ganha um espaço relevante no cenário dos poderes do Estado. Tal questão foi brilhantemente apontada por Lenio Luiz Streck em trecho de seu livro “Jurisdição constitucional e hermenêutica”.

“A democratização social, fruto das políticas do *Welfare State*, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem à luz Constituições cujos textos positivaram os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o *Welfare State* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência nega-

¹ Ao contrário da promoção de cidadania (que era, afinal, a meta do Estado Social) o que se viu foi o Estado tomando para si toda a dimensão do público, deixando os indivíduos na posição (cômoda?) de clientes, numa relação paternalista e dependente (BAHIA, 2009, p. 260).

tiva de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula dos tribunais *ad hoc*) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais” (STRECK, 2004, p. 147).

Nesse íterim, a ideia de constitucionalismo, adstrita ao Estado Democrático de Direito, regulamenta e apresenta direitos individuais que figuram também em uma dimensão política e que estão limitados à possibilidade de alteração pelo legislador, haja vista a necessidade de se observar os requisitos procedimentais para tanto, especialmente se considerados como cláusulas pétreas, sendo passíveis de apreciação e amparo pelo Poder Judiciário.

Em contrapartida à relação do constitucionalismo ao Estado Democrático de Direito, a concepção de democracia como um governo do povo e que, supostamente, estaria ligada à vontade da maioria, parece estar objetando o constitucionalismo acima mencionado, criando-se uma aparente contradição – a qual, contudo, não merece guarida.²

Ronald Dworkin, ao abordar o conflito entre constitucionalismo e democracia, afirma acreditar que este é ilusório, por que é baseado numa compreensão incorreta do que a democracia é (DWORKIN, 1995, p. 2).

Faz-se necessária, sob essa ótica, uma cautelosa apreciação e um maior entendimento sobre alguns possíveis conceitos e concepções de constitucionalismo e de democracia para que, assim, seja possível a constatação de sua inter-relação e co-originariedade.

Dahl (2001, p. 16), defensor da lógica da igualdade, assevera que “quando um determinado número de membros de uma comunidade se vê como bastante iguais, estando bem qualificados para dar uma palavra em seu governo, está configurada a democracia”.

José Luiz Quadros de Magalhães (2004, p. 120), por sua vez, define democracia como “a participação e comunicação entre representantes e as várias camadas da sociedade civil, não se resumindo ao simples processo de escolha dos possíveis representantes”.

Por outro lado, José Afonso da Silva (2006), defende que a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo

² A objeção da democracia pelo constitucionalismo dá-se, aparentemente, pelo fato de que, enquanto a democracia permitiria à maioria decidir da forma que melhor lhe conviesse, o constitucionalismo insere determinadas normas de difícil alteração, as quais resistem, inclusive contra a vontade da maioria.

de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história. Para o autor, o conceito de democracia fundamenta-se na existência de um vínculo entre o povo e o poder.

Ainda em análise ao conceito de democracia, salutar colacionar as lições de Friedrich Müller, retiradas do livro “Quem é o povo? A questão fundamental da democracia”:

“A ideia fundamental da democracia é a seguinte: determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o autogoverno, na prática quase inexequível, pretende-se ter ao menos a autocodificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político [...] Não há nenhuma razão democrática para despedir-se simultaneamente de um possível conceito mais abrangente de povo: do da totalidade dos atingidos pelas normas: *one man one vote*. Tudo o que se afasta disso necessita de especial fundamentação em um Estado que se justifica com democracia” (MÜLLER, 2003, p. 57).

Para o autor, só existe povo ativo onde existe respeito aos direitos fundamentais individuais e políticos. Os direitos fundamentais garantem a participação ativa e efetiva, que seriam a base da verdadeira democracia.³

Nota-se, portanto, que para Müller (2003) a democracia não está oposta ao constitucionalismo, uma vez que os direitos fundamentais oriundos deste último são essenciais para a efetivação da válida democracia.

Sob a mesma perspectiva de inter-relação da democracia com o constitucionalismo, Ronald

Dworkin (1995, p. 2) divide as normas constitucionais em possibilitadoras e limitadoras: enquanto as primeiras constroem um governo da maioria, as segundas restringem os poderes dos representantes.

Assim, deve-se destacar que, ao se falar em democracia, a primeira ideia que se busca no senso comum, de forma quase que inconsciente, é a sua delimitação por meio de um conceito de maioria e de uma imagem relacionada à vontade majoritária. Isto é, considera-se, de forma superficial e inócua, a democracia enquanto a mera vontade de uma maioria.

Contudo, para Dworkin (1995, p. 5-6), é necessário adotar a concepção comunitária de democracia e não apenas a concepção majoritária (ideia de ação coletiva estatística), à qual insistentemente se dá maior atenção, uma vez que é naquela que se constrói a noção de povo como entidade distinta e não exclusivamente como mero agrupamento de indivíduos.

Não parece, nesse sentido, existir razão para entender a democracia apenas e tão somente como o governo da maioria, expresso por seus anseios. O critério estatístico e majoritário por si só não é suficiente para se garantir em verdadeiros ideais de uma democracia, podendo, inclusive, oprimir e atacar os direitos válidos de minorias.

Apenas para “não passar em brancas nuvens”, convém destacar que o próprio regime nazista se mostrou como um governo da vontade da maioria e, caso adotássemos a convicção da democracia meramente em seu aspecto majoritário, admitir-se-ia a afirmação de que o nazismo se constituiu como democracia.

Menelick de Carvalho Neto (2003, p. 15) sabiamente afirma que a vontade ilimitada da eventual maioria é ditadura, é a negação mesma da própria ideia de democracia. Aduz ainda que somente aprendemos que o constitucionalismo é constitucional, se for democrático.

³ Müller (2003) entende, pois, que o povo é responsável por estabelecer fundamentos para a sua convivência e para a manutenção das relações sociais, criando normas a partir de discussões decorrentes do convívio em sociedade.

Também partindo da premissa de que a tensão entre constitucionalismo e democracia se faz essencial, Michel Rosenfeld (2003) afirma que o constitucionalismo é hoje uma garantia argumentativa contra o autoritarismo, um limite às constituições positivas vigentes.

É fato que a vontade da maioria apresenta grande relevância e deve ser levada em consideração. Todavia, essa vontade não se faz absoluta, tornando-se cogentes as normas limitadoras como medida para frear possíveis excessos, violações e utilização do poder como forma de repressão.

São essas normas limitadoras, inerentes e essenciais ao constitucionalismo e assim sedimentadas, que impedirão que a maioria sobrepuje os direitos fundamentais das minorias e que abusos sejam cometidos em nome de um desejo cuja força se representa de forma meramente estatística.

Ademais, em observância a tal análise do constitucionalismo e da democracia, não como antagônicos, mas como dependentes entre si, Ronald Dworkin (1995, p. 13) afirma, então, sobre a suposta tensão entre a democracia e o constitucionalismo:

“Com isso, o constitucionalismo não ameaça a liberdade positiva, porque ele é essencial para criar uma comunidade democrática – para constituir ‘o povo’ – e não pode haver nenhuma liberdade comunitária, coletiva, sem isso”.

Doutro lado, a mera garantia de direitos fundamentais de forma isolada não parece satisfazer aos reais interesses e intuítos de uma sociedade inserida no denominado Estado Democrático de Direito, por lhe faltar o requisito da representatividade e da participação popular.

No entanto, a própria noção de constitucionalismo remete à ideia de uma democracia, uma vez que aquele tem como pedra angular os direi-

tos fundamentais, os quais foram assim eleitos pela sociedade e comunidade em determinado momento, que se representou por meio do poder constituinte, traduzindo a manifestação de uma soberania popular.

A democracia, no sentido de concessão de direitos individuais a todos os cidadãos de acordo com a vontade da entidade que se pode denominar povo, é imperiosa, e representa um grande avanço na efetiva e considerável materialização de direitos, garantindo o afastamento da mera formalidade de tal materialização, outrora marcante.

Em contrapartida, a ideia de se afastar a mera formalização dos direitos fundamentais pela via estatal da massa, bem como a sua materialização de forma simples e superficial, corroborando o necessário exercício da democracia mediante o constitucionalismo, foi também abordada por Menelick de Carvalho Neto (2003, p. 21):

“Se, por um lado, liberdade e igualdade não mais podem ser apenas formais, por outro, a sua simples materialização pela via da tutela estatal de um povo imaturo, das massas, não somente não é suficiente, mas também é ela mesma destruidora da própria ideia de cidadania, gerando, no máximo, clientes paternalizados e manipulados, nunca cidadãos. Esses princípios, se são efetivamente contrários, não são contraditórios entre si, mas são igualmente primordiais e co-originários.”

Demonstra-se, portanto, que, se a democracia não se sustenta como tal sem a existência do constitucionalismo, este não sobrevive de forma eficaz se não se efetivar por meio daquela.

Torna-se mais dificultosa, porém justificada, a análise que ora se propõe se observado que vivemos atualmente em uma sociedade complexa e multicultural, na qual, em que pese alguns valores e objetivos serem ainda partilhados, subsistem sensíveis diferenças e diversidades em relação aos princípios e ideais.

Nesse sentido, Lenio Luiz Streck (2011, p. 53) afirma que não pode existir sociedade alguma sem uma definição, mais ou menos segura, de valores substantivos partilháveis, de bens sociais comuns.

Insta destacar, entretanto, que a análise conjunta da democracia com o constitucionalismo, formado pelas normas possibilitadoras e limitadoras já aludidas, segundo a concepção de Dworkin que compartilhamos, justifica-se exatamente pelo fato de vivermos numa sociedade altamente complexa, na qual a moral individual difere em demasia entre os seus membros, não se podendo encontrar um único entendimento de moral subjetiva ou pessoal que a todos domine.

Isso porque as preferências de uma sociedade diversificada, se observada tão só a vontade da maioria, poderiam valer-se da ideia de democracia na sua noção estatística. Entretanto, se assim o fosse, fatalmente atingiriam direitos individuais das minorias que, embora façam parte do coletivo, foram excluídas da democracia instituída por meio de um critério puramente majoritário.

Conforme ressalta Menelick de Carvalho Neto (2003, p. 16), em uma sociedade pluralista e complexa, não é mais possível a imposição de uma única perspectiva moral como a perspectiva moral da sociedade monocrática.

Não se afasta, obviamente, a ideia de que na sociedade existe uma moral política comum, a qual é amplamente abordada e discutida por Ronald Dworkin (2007), em suas mais diversas obras. Contudo, essa moral política comum invariavelmente necessita de uma cautelosa análise para sua configuração, sob pena de se ferirem direitos individuais e fundamentais rigidamente preservados pelo constitucionalismo.

Diante disso, a participação popular e os debates nas denominadas arenas públicas são essenciais para a adequada e ajustada garantia dos direitos individuais constitucionalmente previstos e para permitir a convivência harmônica das diversidades encontradas nas sociedades. Significa, pois, que não basta apenas uma previsão legislativa; torna-se imprescindível a participação do povo na elaboração e implementação dos direitos fundamentais.

Poder-se-ia até mesmo afirmar que uma eficaz democracia exigiria a ampliação das arenas públicas, institucionalizadas ou não, para além das que existem atualmente, pois dessa forma o povo, como entidade, teria total liberdade para discussão de projetos, direitos e políticas públicas.

Seguindo as ideias do Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia (2009, p. 265), somente em espaços de discussão pública (formalizados ou não), em que se possibilite (potencialmente) a igual participação de diferentes grupos agindo discursivamente, é que se poderá lidar com as desigualdades.

Por outro lado, a existência de normas que limitam a vontade da maioria parece ser essencial para que a sociedade se guie e se organize em uma moral política da comunidade e, na mesma medida, a democracia é imprescindível para que os valores e fundamentos constitucionais ganhem força e sentido em sua aplicação. Não restam dúvidas, portanto, de que a democracia e o constitucionalismo, em verdade, são co-originários.

Maurizio Fioravanti (2001, p. 163-164) ao abordar a junção inevitável de constitucionalismo e democracia leciona:

“En la fórmula contemporánea de la democracia constitucional parece estar contenida la aspiración a un justo equilibrio entre el principio democrático, dotado de valor constitucional a través de las instituciones de la democracia política y el mismo papel del legislador y del gobierno, y la idea – ínsita en toda la tradición constitucionalista – de los límites de la política a fija mediante la fuerza normativa de la constitución y, en particular, a través del control de constitucionalidad siempre más determinante en ámbito de las democracias modernas.”

Diante dessa análise, não se olvida que, embora a ilusória tensão permanente entre constitucionalismo e democracia exista, a sobrevivência de cada um deles depende da atuação do outro e é exatamente a imbricação desses dois elementos que fundamenta o Estado Democrático de Direito.

2. A nova lei de cotas sociais: política pública ou princípio moral?

Analisados e discutidos os argumentos referentes à democracia e ao constitucionalismo como as duas faces co-originárias do Estado Democrático de Direito, passamos a abordar a nova lei de cotas, que surgiu com a proposta de proteção de minorias, buscando concretizar a ideia do constitucionalismo, como garantia para todos de direitos fundamentais.

Após anos de debate e de implementação de políticas públicas isoladas e esparsas, em 29 de agosto de 2012 foi publicada a Lei nº 12.711, cujo objeto é dispor sobre o ingresso de estudantes nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio.

A mencionada lei resultou do Projeto nº 180/2008 e surgiu aparentemente com o intuito de pacificar e determinar limites à questão que há muito vinha sendo tratada pelo Poder Judiciário⁴, por meio da análise de

⁴No julgamento da ADPF nº 186/DF, que versa sobre programas de ações afirmativas que estabelece sistema de reserva de cotas em Universidades com base em critério étnico-racial, o Ministro Celso de Mello afirmou que o desafio do País seria a efetivação concreta, no plano das realizações materiais, daqueles deveres internacionalmente assumidos. Por outro lado, frisou que, pelo exercício da função contramajoritária – decorrente, muitas vezes,

casos concretos e discussões acaloradas acerca da constitucionalidade de medidas de discriminação positiva ou as denominadas ações afirmativas, as quais se voltavam, até então, principalmente para questões raciais.⁵

Tal lei estabelece o dever de observância da reserva de cotas a todas as universidades federais e instituições federais de ensino técnico. Em suma, ela estabelece que a reserva de cotas ocorrerá por curso e turno em, no mínimo, 50% das vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o Ensino Médio em escolas públicas. Mais adiante, determinou-se que do total de vagas reservadas, 50% deverão ser direcionadas para estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário mínimo *per capita*. Por fim, determina o artigo 3º da Lei nº 12.711/2012 que essas vagas serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas da população da unidade da Federação, informada pelo IBGE.

É sabido, a partir inclusive das discussões realizadas no âmbito do Poder Judiciário, que a criação da política de cotas visa a proporcionar a alunos advindos de classes sociais desfavorecidas um tratamento desigual que possa criar e ofertar oportunidades no mesmo patamar que os demais alunos egressos de escolas particulares e, por consequência, com a qualidade de ensino superior.⁶

da prática moderada de ativismo judicial –, dar-se-ia consequência à própria noção material de democracia constitucional. Consignou que as políticas públicas poderiam ser pautadas por outros meios que não necessariamente pelo modelo institucional de ações afirmativas, caracterizadas como instrumentos de implementação de mecanismos compensatórios – e temporários – destinados a dar sentido aos próprios objetivos de realização plena da igualdade material. Por fim, o Min. Ayres Britto, então Presidente do STF, repisou a preocupação do texto constitucional, em seu preâmbulo, com o bem-estar e, assim, com distribuição de riqueza, patrimônio e renda. Reputou que o princípio da igualdade teria sido criado especialmente para os desfavorecidos e que a Constituição proibira o preconceito. Como forma de instrumentalizar essa vedação, fomentara as ações afirmativas, a exigir do Estado o dispêndio de recursos para encurtar distâncias sociais e promover os desfavorecidos.

⁵ “Ações afirmativas são medidas especiais e temporárias, tomadas pelo Estado e/ou pela iniciativa privada, espontânea ou compulsoriamente, com o objetivo de eliminar desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidade e tratamento, bem como compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização, por motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros” (Ministério da Justiça, 1996, GTI População Negra).

⁶ Ainda no julgamento da ADPF nº 186/DF, o Ministro Ricardo Lewandowski assim decidiu: “Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e prevêm a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF”. Também defendendo a implementação das cotas, o Ministro Marco Aurélio defendeu “É preciso chegar às ações afirmativas. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação; urge implementar programa voltado aos menos favorecidos, a abranger horário integral, de modo a tirar meninos e meninas da rua, dando-lhes condições que os levem a ombrear com as demais crianças. O Estado tem enorme responsabilidade nessa área e pode muito bem liberar verbas para os imprescindíveis financiamentos nesse setor”.

A nova lei de cotas parece buscar a mitigação das desigualdades sociais e raciais em nossa sociedade. Apresenta critérios que, embora estejam calcados em prerrogativas em razão de classe social, raça ou ainda etnia, objetivam a redução de desconformidades sociais e gerar, consequentemente, o progresso da sociedade em todos os seus aspectos.

Contudo, não obstante a nobreza da intenção da legislação em ampliar as possibilidades de frequência no ensino superior daqueles que julgou menos favorecidos, inúmeros argumentos contrários são apresentados com a finalidade de repudiar a nova legislação. Alega-se, especialmente, uma discriminação dos demais pretensos alunos que não se incluem nos critérios das cotas, a colaboração destas para maior inferiorização dos grupos que se pretende proteger⁷ e ainda a ameaça à autonomia das universidades.

Diante disso, a fim de buscar uma eventual solução para as questões suscitadas, deve-se ponderar a melhor forma de se enfrentar a nova lei de cotas: seja como a representação de um princípio moral da sociedade, seja como uma política pública do Estado. Para tanto, recorreremos novamente às ideias de Ronald Dworkin.

É necessária a análise da diferença proposta, pois, enquanto os argumentos de princípio procuram justificar que um grupo detém um direito por uma questão de princípio – sendo, portanto, insensível à escolha – o argumento de política submete-se à escolha da maioria democrática, baseada na ideia estatística.

Ronald Dworkin (2010, p. 129) assim afirma:

“Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. (...) Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou grupo.”

Assim, entende-se que as questões de princípios podem ser opostas contra a opinião das maiorias democráticas, já que se encontram em um nível senão superior, alheio àquela, ao passo que as questões de política

⁷ O ministro Ricardo Lewandowski em seu voto na ADPF nº 186/DF aborda a questão referente à inferiorização dos negros e pardos como um obstáculo a ser vencido pela instituição de cotas, aduzindo que “A histórica discriminação dos negros e pardos, em contrapartida, revela igualmente um componente multiplicador, mas às avessas, pois a sua convivência multissecular com a exclusão social gera a perpetuação de uma consciência de inferioridade e de conformidade com a falta de perspectiva, lançando milhares deles, sobretudo as gerações mais jovens, no trajeto sem volta da marginalidade social. Esse efeito, que resulta de uma avaliação eminentemente subjetiva da pretensa inferioridade dos integrantes desses grupos repercute tanto sobre aqueles que são marginalizados como naqueles que, consciente ou inconscientemente, contribuem para a sua exclusão”.

estão sujeitas e submetidas à escolha da maioria, sendo realizadas de acordo com esta.

É fato que a nova lei de cotas inicialmente se traduz como uma política pública do governo, perfazendo-se como um objetivo político, tendo sido, inclusive, efetivada por legislação já vigente. No entanto, invariavelmente, parece que o caminho mais adequado é a sua análise em observância às convicções morais da comunidade.

Em que pese a ideia inicial de política pública, analisar a lei de cotas apenas sob esse aspecto empobreceria em demasia a discussão que dela se origina, enfraquecendo as razões de sua manutenção e as motivações de sua criação. Compreender a legislação como mero programa do governo é torná-la passível de incontáveis questionamentos, tais como os acima elencados, retirando o seu caráter mais imperioso e a sua força perante a sociedade.

Se utilizados, os argumentos de princípio buscariam justificar tanto a igualdade pretendida pela legislação e a necessidade de estabelecimento de critérios para erradicar a desigualdade quanto a provável eficácia de tais medidas. Os argumentos de política, por sua vez, limitar-se-iam a justificar os objetivos do Estado com aquela ação.

Embora tenha sido exteriorizado mediante ato estatal, o sistema de cotas pretendido pela Lei nº 12.711/2012 traz em seu bojo questões importantes para toda a sociedade, não admitindo serem tratadas tão somente como objetivos políticos de um governo.

É imperativa a necessidade de observar esse ato estatal sob o prisma dos princípios morais da comunidade, pois apenas assim será possível identificar e discutir as questões suscitadas frequentemente em relação às medidas de cotas – como, por exemplo, a constitucionalidade ou efetividade da lei, diante de uma suposta agressão ao princípio da igualdade.

Não seria adequado adentrar nessas premissas se partíssemos do pressuposto de que

a política de cotas se resume a isso: política pública. O assunto exige dos juristas e de toda a sociedade um olhar mais cauteloso e aprofundado, com base na moral comum e necessária para a existência de uma coletividade.

Dworkin (2010) explana, então, que enquanto os princípios informam direitos, as políticas públicas informam objetivos. O estabelecimento de cotas, para sua plena aceitação e eficácia, não pode traduzir-se em mera negociação política, mas, sobretudo na efetiva necessidade de se resguardar em direitos e garantir a integridade moral da comunidade.

Caso adotássemos a convicção de que a nova lei de cotas significa simplesmente uma política pública, as questões constitucionais seriam relegadas a segundo plano. Deixar-se-ia de observar o aperfeiçoamento do constitucionalismo pela democracia, para realçar exclusivamente a implementação de um objetivo político de determinado governo, sem força estendida no tempo ou garantia de qualquer segurança.

3. As cotas sociais e seus reflexos no constitucionalismo e na democracia

Partindo-se da premissa de que a nova lei de cotas deve ser analisada e abordada por meio de argumentos de princípios, passamos a ponderar os seus reflexos no constitucionalismo e na democracia, considerando-se ainda a tensão discutida no primeiro tópico.

Sabe-se que as cotas sociais foram concedidas em virtude não só da grande diversidade social mas também do histórico de discriminação e segregação cultural decorrentes de classe social, raça e etnia, e intensificadas quando se trata da discriminação contra negros.⁸

⁸“No momento atual é possível constatar que mudaram as formas, as linguagens e algumas práticas sociais frente às questões relacionadas à raça, ao gênero e a classe; porém, a situação de desvantagem em que os negros vivem mede-se

Não obstante tal fator, conforme já mencionado alhures, inúmeras objeções foram apresentadas à nova legislação, demonstrando a insatisfação de grande parte da sociedade.⁹ Desse modo, em uma análise superficial, essas insurgências demonstram a aparente tensão e contradição entre o constitucionalismo e a democracia no que tange às cotas sociais ou raciais, exigindo um exame mais aprofundado sobre a correta concretização e efetivação desses dois elementos.

Isso porque, de um lado tem-se uma legislação devidamente aprovada pelo Poder Legislativo e que, invariavelmente, foi submetida ao crivo da democracia em sua forma representativa. Todavia, *a priori*, essa nova medida parece contrariar o princípio da igualdade constitucionalmente assegurado, por estabelecer critérios diferenciados em razão de raça ou condição social, fazendo distinção entre os indivíduos de uma mesma sociedade.

Doutro lado, se consideradas as substanciais manifestações de oposição a essa norma tão logo ela foi aprovada, seja pela sociedade, seja pelos reitores e responsáveis de universidades atingidas, pode-se admitir que a própria democracia, se concebida em seu sentido majoritário, foi relativizada, uma vez que a vontade da maioria, se efetivamente considerada em detrimento da representatividade do poder legislativo, poderia demonstrar concepção diferente da-

pelas disparidades multidimensionais de que são vítimas e que se atualizam através do encobrimento de dissimulação” (CANDAUI, 2003).

⁹ Em meados de agosto de 2012, tão logo o projeto da nova lei de cotas foi aprovado pelo Senado, antes mesmo de a lei ser sancionada pela Presidente da República, incontáveis oposições à política de reserva de cotas foram anunciadas, sendo exteriorizadas por meio de manifestações públicas de estudantes e representantes das universidades, opiniões da sociedade como um todo e ainda por meio de declarações de contrariedade de vários reitores e diretores de universidades e, inclusive, da Federação Nacional das Escolas Particulares, entre outros. Insta consignar que universidades, fundações e federações anunciam até mesmo que ingressarão com medidas judiciais cabíveis para contestar aquela lei.

que prevista na legislação, optando-se pela não adoção de cotas sociais e raciais.

Deve-se destacar que, se a atividade legislativa compete exclusivamente ao povo, isto é, aos não funcionários políticos em oposição aos titulares da função pública de monopólio de poder (MAUS, 2010, p. 181), como é possível admitir que a própria sociedade se manifeste contrariamente à legislação aprovada por seus representantes?

Em uma análise mais ligeira, percebe-se que a tensão entre constitucionalismo e democracia não ocorre apenas em meio a esses elementos, mas dentro deles próprios, contradizendo frequentemente os seus conceitos isolados e exigindo a interpretação conjugada e inter-relacionada de ambos.

Ou seja: se a vontade da maioria efetiva e numericamente considerada pode não concordar com o teor da legislação aprovada, significa que essa democracia se legitima por meio de seus representantes, os quais devem observar e efetivar os direitos consagrados constitucionalmente, estando diretamente vinculados a estes. Não há como separar ou segregar essa apreciação.

Assim, a própria ideia de co-originariedade da democracia e do constitucionalismo justifica a suposta situação apontada, bem como a consideração da lei de cotas sob argumentos de princípio e não apenas argumentos de política.

Destarte, analisa-se que, embora contrarie a opinião de parte da sociedade, o sistema de cotas propõe assegurar a igualdade de condições entre os ingressantes em universidades federais e instituições técnicas federais. Visa-se, portanto, à proteção a um direito fundamental social de qualquer indivíduo inserido na sociedade: o direito à educação.

Avaliando tal assunto e discorrendo sobre a limitação da vontade da maioria mediante a instituição de direitos fundamentais, ensina o Prof. Dr. José Luis Quadros Magalhães (2012, p. 152):

“O ‘casamento’ entre constituição e democracia significa, na prática, que existem limites expressos ou não às mudanças democráticas. Em outras palavras, existem assuntos, princípios, temas que não poderão ser deliberados. Há um limite à vontade da maioria. Existe um núcleo duro, permanente, intocável por qualquer maioria. A lógica que sustenta esses mecanismos se sustenta na necessidade de proteger a maioria, e cada um, contra maiorias que podem se tornar autoritárias, ou que podem desconsiderar direitos de minorias (que poderão se transformar em maiorias). Assim, o constitucionalismo significa mudança com limites, transformação com segurança. Esses limites se tornaram os direitos fundamentais. O núcleo duro de qualquer constituição democrática (...) são os direitos fundamentais.”

A nova lei de cotas ilustra com exatidão esse casamento entre democracia e constitucionalismo, representando a proteção aos direitos de uma minoria como o limite à vontade da maioria, por meio de uma transformação de critérios de ingresso em universidades e institutos de ensino técnico federais com segurança, haja vista ser realizada por meio da democracia.

É inegável que aqueles protegidos pela nova legislação, sem adentrar o mérito de falhas em critérios ou possibilidade de distorções, são considerados diferentes na atual sociedade, e, mais do que isso, devem ter assegurado o direito à diversidade, por meio do qual podem resgatar sua dignidade e fazer valer a igualdade constitucionalmente assegurada.

Afirma-se, conforme lições de Dworkin (2010, p. 349-350), que,

“em algumas circunstâncias, o direito de tratamento como igual não implicará a um só tempo um direito a igual tratamento. O primeiro se refere ao direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo; o segundo ao direito de não receber a mesma distribuição de algum encargo, mas ser tratado com o mesmo respeito e consideração.”

Vislumbra-se, assim, a proteção às minorias, que pode redundar na diferenciação entre igualdade como política e igualdade como direito (DWORKIN, 2010, p. 349).

Nesse mesmo sentido, corroborando a ideia de respeito à diversidade como elemento essencial à organização da sociedade, mantendo-se, simultaneamente, a ideia de igualdade de direitos, o ilustre jurista Boaventura de Sousa Santos (1997, p. 11-32) defende o direito de sermos iguais quando a diferença inferioriza e de sermos diferentes quando a igualdade descaracteriza.

Diante disso, havendo de fato uma diferença estabelecida na sociedade em relação àqueles protegidos pela lei de cotas sociais ou raciais, torna-se válida, ao menos em sua forma, a busca de sua correção por meio de políticas de cotas, ressaltando sempre a imperiosidade de analisá-la sob a ótica também dos argumentos de princípio.

Empregando as ideias de Menelick de Carvalho Neto (2003, p. 18):

“O sujeito e a identidade constitucional são complexos, abertos, nunca podem se fechar, se completar, sob pena de se eliminar o constitucionalismo mesmo, de se instaurar a ditadura daqueles que têm seus direitos reconhecidos contra aqueles excluídos, ou seja, que ainda não gozam do reconhecimento jurídico-constitucional do seu direito à diferença, do direito à igualdade constitucional.”

A lei de cotas como ação afirmativa ou discriminação compensatória clama por critérios morais em sua análise e aplicação, pois apenas assim será possível compreender a correção de desigualdades e discriminação histórica em relação aos agora protegidos e a desvantagem especificamente vivenciada por eles no ingresso em universidades federais.

A observância das cotas sociais por um prisma de efetivação de direitos humanos exige a conscientização popular e ultrapassagem de barreiras de paradigmas que insistem em dominar a opinião midiática e superficial, visto que sua efetivação parece depender de toda a sociedade, já que se reflete genericamente nesta.¹⁰

A leitura moral da Constituição foi também abordada por Dworkin (2006, p. 9-10), que defende que quando “compreendemos melhor a democracia, vemos que a leitura moral de uma constituição política não só não é antidemocrática como também, pelo contrário, é praticamente indispensável para a democracia”.

Defendendo a política de cotas como medida para combater a discriminação sofrida por determinados grupos, Flávia Piovesan (2010) aduz:

“Se o combate à discriminação é medida emergencial à implementação do direito à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Para assegurar a igualdade, não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva, pois a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão.”

A autora ainda menciona a constitucionalidade e a aceitabilidade das cotas raciais, por ser o Brasil signatário da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, cujo

¹⁰ “Pôr um prato de comida nas mãos de cada um não parece ser tarefa fácil, embora inevitável e imediata, sem que enfrentemos a tensão permanente e intransponível entre uma estratégia econômica excludente e as tarefas incluídas de uma política democrática, alicerçada nos direitos humanos e expressa em um pacto estruturante da sociedade – nacional, regional, local, mundial” (BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 100).

art. 1º, § 4º, prevê a possibilidade de adoção das ações afirmativas, com medidas especiais de proteção adotadas com a finalidade de garantir o progresso de certos grupos raciais ou étnicos e amenizar as consequências de um passado de discriminação.

Ademais, ao analisar um caso ocorrido nos Estados Unidos, conhecido como caso Bakke, – em que Allan Bakke se insurgiu contra um programa de ação afirmativa da Universidade da Califórnia por não ter sido admitido, embora tivesse notas mais altas que aqueles que ingressaram pelo sistema de cotas –, Ronald Dworkin (2005, p. 445) afirma que, “apesar da opinião popular, a ideia de que este caso apresenta um conflito entre objetivo social desejável e direitos individuais importantes é uma confusão intelectual”.

Afasta o autor, sem entrar no mérito da eficácia da medida, a ideia de que o sistema de cotas fere direitos individuais daqueles que não foram por ele abrangidos, explanando, por exemplo, que o próprio critério de mérito para admissão em universidades seria da mesma forma, se assim mantivesse o entendimento, um critério discriminatório.¹¹

A harmonia e a conexão necessárias entre o constitucionalismo e a democracia criam ao cidadão o dever de observar inicialmente aquilo que é justo perante a sociedade, abandonando, no momento da efetivação da democracia, suas ideias e preconceções pessoais vislumbrando, nesse sentido, a necessidade de se conceder tratamento diferenciado àqueles que há muito sofrem com a exclusão, especialmente, na efetivação do direito social à educação.

Nesse sentido, Jürgen Habermas (2002, p. 303):

“(…) Pois os sujeitos particulares do direito só podem chegar ao gozo de liberdades subjetivas, se eles mesmos, no exercício conjunto de sua autonomia de cidadãos ligada ao Estado, tiverem clareza quanto aos interesses e parâmetros justos e puserem-se de acordo quanto a *aspectos relevantes* sob os quais se deve tratar com igualdade o que é igual, e com desigualdade o que é desigual.”

Diante disso, vislumbra-se a nova lei de cotas enquanto figura claramente envolvida na ilusória tensão entre a democracia e o constitucionalismo, uma vez que se trata de medida que, embora repelida por grande parte da sociedade, foi devidamente aprovada pelo Poder Legislativo e almeja a proteção às minorias para a efetivação de um direito fundamental

¹¹ Nesse sentido, Ronald Dworkin (2002, p. 350-351) afirma que “(…) qualquer critério adotado colocará alguns candidatos em desvantagem diante dos outros, mas uma política de admissão pode, não obstante isso, justificar-se, caso pareça razoável esperar que o ganho geral da comunidade ultrapasse a perda global e caso não exista uma outra política que, não contendo uma desvantagem comparável, produza, ainda que aproximadamente, o mesmo ganho”.

social, representando em sua própria essência e imprescindibilidade da convivência e inter-relação desses elementos.

Conclusão

Em face do que se analisou, denota-se que a suposta tensão entre o constitucionalismo e a democracia é constante e, fatalmente, esses elementos serão encontrados com frequência em posições aparentemente contrárias nos casos concretos.

No entanto, um estudo mais detalhado demonstra cabalmente que, em verdade, não se trata de uma relação de choque entre o constitucionalismo e a democracia, mas efetivamente de uma relação entre eles, tendo em vista que a manutenção de um de forma válida depende necessariamente da existência do outro.

A co-originariedade dos elementos analisados pode ser facilmente vislumbrada quando se analisa a Lei nº 12.711/2012, sancionada recentemente pela Presidente da República. Essa legislação, que prevê o estabelecimento de reserva de cotas em universidades e instituições técnicas federais em decorrência de classe social, raça e etnia, desde a sua aprovação, tem sido alvo de inúmeras críticas e protestos.

Percebe-se, então, que – em que pese ter sido elaborada e aprovada por meio do processo legislativo, o qual se presume democrático – a própria sociedade questiona e insurge-se contra as medidas pretendidas.

Tal insurgência, entretanto, não parece retirar a força da legislação em análise, tendo em vista que a contradição mencionada se justifica especificamente em vista da relação entre o constitucionalismo e a democracia, já que esta última apenas será legítima se respeitados os direitos constitucionalmente assegurados, não bastando a mera vontade da maioria.

Não se pretendeu conjecturar sobre a efetividade das cotas ou a solução dos problemas educacionais no País mediante essa política pública – que, frisa-se, deve ser concebida também por argumentos de princípio –, mas sim demonstrar que a situação concreta atualmente vivenciada no que tange a nova legislação, demonstra e caracteriza com exatidão a suposta tensão entre constitucionalismo e democracia, explicando a necessária harmonia entre estes.

Válido, então, afirmar que, despidos de preconceções e considerações sobre o cabimento de tais medidas como solução para o sistema brasileiro, a nova lei de cotas sociais parece atender em exata medida ao constitucionalismo, ao intentar efetivar o direito das minorias, bem como a democracia, que não mais se entende como a manifestação da vontade da maioria, mas do povo como entidade, respeitando-se os direitos fundamentais consagrados.

Não se defende, evidentemente, a implementação de políticas públicas de cotas sociais como medida de solução para as dificuldades encontradas no âmbito da educação, mas como efetivo respeito a princípios morais coletivos, bem como a direitos fundamentais de minorias, caracterizando-se como um meio (e não um fim em si mesmo) direcionado à redução das desigualdades sociais e raciais. Vislumbra-se, pois, a cogente consonância entre o constitucionalismo e a democracia.

Referências

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesse público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito Brasileiro. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes et al (Coord.). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BOLZAN DE MORAIS, Jorge Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação especial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CANDAU, Vera Mari et al. *Somos todos iguais? Escola, discriminação e educação em direitos humanos*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, p. 81-108, dez. 2003.

DAHL, Robert Alan. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Constitucionalismo e democracia*. Tradução de Emilio Peluso Neder Meyer. *European Journal of Philosophy*, v. 3, n. 1, p. 2-11, 1995.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitution: de la antigüedad a nuestro días*. Madrid: Trotta, 2001.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e democracia. In: *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Democracia e poder constituinte. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *15 anos de Constituição: história e vicissitudes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária: a alternativa plurinacional boliviana. In: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco et al. *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MAUS, Ingeborg (Org.). *O judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 234.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia. A compatibilidade das cotas raciais com a ordem internacional e com a ordem constitucional brasileira. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA DE RESERVA DE VAGAS NO DIREITO SUPERIOR. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

O controle judicial nas políticas públicas

Análise das decisões judiciais e seu cumprimento para a realização progressiva dos direitos fundamentais sociais

BRUNO ANDRADE COSTA

Sumário

1. Introdução. 2. Do controle jurisdicional sobre as políticas públicas e os limites de cognição do Poder Judiciário. 3. Do cumprimento de decisões judiciais em sede de políticas públicas. 3.1. Das espécies de cumprimento de decisões judiciais e seus efeitos. 3.2. Os critérios do Poder Judiciário para a escolha da melhor solução judicial nas decisões de efeito mediato. 3.3. Os meios e instrumentos que podem ser utilizados pelo judiciário para a realização progressiva dos direitos fundamentais. 4. Conclusão

1. Introdução

A Constituição da República de 1988 inaugurou uma nova fase do Estado brasileiro, o Estado Democrático de Direito ou Estado Pós-Social, e fez emergir uma nova gama de direitos, chamados de direitos fundamentais sociais (ALMEIDA, 2005, p. 3).

Na atual Carta Constitucional, os direitos fundamentais sociais protegem os bens da vida descritos no art. 6º da Constituição da República¹, tais como saúde, educação, alimentação e assistência aos desamparados. Trata-se de bens soberanos de toda a humanidade, cuja proteção é

Bruno Andrade Costa é procurador federal, especialista em Direito Processual Civil pela UniSul e mestrando em Direito e Políticas Públicas no UniCEUB.

¹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

condição para a erradicação da miséria e de toda forma de poder arbitrário. Além de compromisso ético do Estado brasileiro, a proteção dos direitos fundamentais sociais constitui seu objetivo fundamental, nos termos que dispõe o art. 3º da Carta Magna.

As políticas públicas a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo visam a instrumentalizar a consecução desses direitos. Todavia, por vezes tais políticas são omissas ou incapazes de realizar de forma satisfatória os direitos fundamentais sociais. Em tais hipóteses, ocorre lesão a tais direitos, o que habilita o ajuizamento de ações que visem à correção e ao realinhamento dessas políticas.

Dentro desse prisma e na busca da concretização desses direitos, a judicialização das políticas públicas tornou-se uma realidade no direito brasileiro. Entretanto, a tradicional sistemática do Direito Processual Civil não mais se mostra suficiente para o realinhamento e a correção de políticas públicas no âmbito das ações judiciais, que versem sobre a realização progressiva de direitos sociais fundamentais constitucionalmente previstos, os quais irradiem efeitos para determinada coletividade.

Partindo-se da premissa do controle judicial em sede de políticas públicas, o presente artigo, a partir de uma metodologia estruturada com base teórica e estudo de casos, tem como proposta, tratar da temática do cumprimento das decisões judiciais que não sejam imediatamente exequíveis ante as limitações da atividade coercitiva do Estado-juiz, e que por isso têm sua execução diferida no tempo.

Buscar-se-á analisar que, em determinados casos, como a construção de um hospital ou a implementação de saneamento básico em um bairro, existem limitações à atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas na fase de cumprimento da sentença, seja em razão de alocações orçamentárias, seja em virtude

da ausência ou inadequação de instrumentos normativos. Trata-se, pois, de limitações à efetivação dos direitos fundamentais, mas não de seu reconhecimento judicial (CANELA JUNIOR, 2011, p. 149).

Nesse contexto, o cerne deste trabalho é ainda a análise acerca dos meios e instrumentos que poderão ser utilizados pelo Poder Judiciário para o cumprimento de suas decisões, que versem sobre políticas públicas ligadas à realização progressiva de direitos sociais constitucionalmente previstos.

2. Do controle jurisdicional sobre as políticas públicas e os limites de cognição do Poder Judiciário

Conforme se mencionou, a atual Carta Constitucional previu, além dos clássicos direitos de defesa, uma nova série de direitos relativos a prestações estatais, chamados de direitos sociais fundamentais (ZANETI, 2010, p. 4). Assim, o Estado Pós-Social passa a ter o Legislativo e o Executivo com a atribuição precípua de levar a efeito as políticas públicas necessárias para a satisfação de direitos fundamentais (ZANETI, 2010, p. 5).

Todavia, observa-se que, com a inflação desses direitos constitucionalmente previstos, muitas vezes o Poder Legislativo e Executivo não são capazes de implementá-los, de forma que compete ao Judiciário suprir as omissões e coibir as comissões lesivas aos direitos sociais (BERIZONCE, 2010, p. 2).

Consigno que não se trata de violação do princípio de separação dos poderes, mas apenas medida de concreção dos direitos constitucionalmente previstos. Assim, o Poder Judiciário tem uma atribuição constitucional residual em matéria de políticas públicas, não podendo intervir indistintamente em tais políticas desenvolvidas pelos demais poderes, mas somente

em caso de omissão ou contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação dos direitos sociais (CANELA JUNIOR, 2011, p. 148). Portanto, a atribuição constitucional residual do Poder Judiciário traduz-se na correção ou realinhamento dessas políticas públicas, tendo-se os direitos fundamentais como o próprio objeto da ação.

Observa-se, por oportuno, que a lesão a direito fundamental pode dar-se basicamente de duas formas: em virtude de omissão completa do Estado na satisfação espontânea dos direitos constitucionalmente previstos no art. 6º da Constituição Federal; e por comportamento, comissivo ou omissivo, do Estado, que permite a ocorrência de desigualdade social na fruição dos serviços criados para a satisfação espontânea dos bens da vida referidos no art. 6º da Constituição Federal (CANELA JUNIOR, 2011, p. 155).

Destaca-se que, após o regular ajuizamento da ação, o Poder Judiciário deverá realizar duas análises distintas: a) fase declaratória do direito fundamental violado; e b) fase de cumprimento da sentença (CANELA JUNIOR, 2011, p. 148).

Na primeira fase, objetiva-se evidenciar o fato da existência ou não de lesão ou ameaça de lesão e declarar por meio de provimento jurisdicional (CANELA JUNIOR, 2011, p. 148-149).

Partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais sociais objetivam, essencialmente, garantir a igualdade substancial entre os componentes do grupo social, buscar-se-á, por meio de ação judicial, a eliminação de toda e qualquer desigualdade.

Nesse contexto, a jurisdição trabalhará com a concreção desses bens tutelados juridicamente, sob o manto da Constituição Federal. Assim, o pedido deverá permitir a precipitação do direito fundamental violado, mediante a propositura de um veículo material que coloque à disposição os meios para a concreção desse direito.

Dessa forma, tanto o pedido como o provimento jurisdicional a ser produzido estão naturalmente dotados de uma necessária plasticidade (CANELA JUNIOR, 2011, p. 153) Nesse sentido:

“Se o bem coletivo é marcado, como ressaltado, pela indisponibilidade, que é, por sua vez, controlada pelo juiz, não faz qualquer sentido restringir a interpretação que este pode fazer do pedido. Seria o mesmo que dizer que o juiz deve anuir com a disposição indevida feito pelo autor. Equivaleria, em última instância, a ratificar um ato contrário à própria lei. Restringir a interpretação do pedido significa, neste sentido, restringir a própria proteção do bem jurídico coletivo tutelado” (LUCON et al., 2006, p. 189).

René David, citado por Mauro Cappelletti, afirma que nesses casos o juiz poderá decidir além do que foi pedido:

“os tribunais civis requeridos pelas partes ou pelo Ministério Público não se limitam a ouvir os argumentos das partes e a decidir sobre suas demandas; conhecem o conjunto do negócio, que se esforçam em esclarecer em benefício das partes, e podem, inclusive, se for o caso, decidir *ultra petita*” (DAVID, 1996 apud CAPPELLETTI, 2001, p. 30).

Não obstante, Renato Franco Almeida vai além, e expõe que o “espectro de conhecimento judicial em sede de ações coletivas deverá ser ilimitado, tendo como escopo o domínio intelectual de todos os aspectos envolvidos na demanda, mormente aqueles deduzidos da causa não expostos pelas partes, à símile do que ocorre nos países socialistas” (ALMEIDA, 2005, p. 8).

Nessa esteira, Oswaldo Canela (2011, p. 143) aponta que se admite a fungibilidade do veículo para a satisfação dos bens da vida inicialmente proposto no pedido, a fim de que a criatividade possa resultar na melhor solução para o problema. Deve-se permitir a adaptação do veículo proposto, mesmo porque a complexidade dos fatos a serem absorvidos no curso do processo poderá exigir solução diversa da inicialmente indicada.

Assim, para o referido autor, “todas as soluções possíveis para a disponibilização dos bens da vida previstos no art. 6º da Constituição Federal são admissíveis no processo coletivo desde que objetivem a correção de desigualdades”. Conclui Canela asseverando que “o critério será sempre o da criatividade para a redução e a supressão da desigualdade social. Daí a enorme plasticidade que se confere ao pedido e ao provimento jurisdicional” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 154).

Portanto, podemos afirmar que a cognição das políticas públicas, no plano vertical, é plena e exauriente, tendo em vista que o magistrado está adstrito à investigação completa e cabal de toda a cadeia lógico-sequencial de meios e fins para a correção e realinhamento das políticas públicas, a fim de dar concretude aos direitos fundamentais eventualmente violados.

3. Do cumprimento de decisões judiciais em sede de políticas públicas

3.1. Das espécies de cumprimento de decisões judiciais e seus efeitos

Destarte, reconhecida e declarada a violação ao direito fundamental, passa-se à fase de cumprimento de sentença.

Dentro da concepção trazida por Christian Courtis (2010, p. 491-514), propõe-se a classificação de cumprimento de decisões judiciais em duas espécies: a) *imediata*, que tratam de deveres de efeito imediato; e b) *mediata*, que cuidam de deveres ligados à realização progressiva do direito e são de execução diferida no tempo.

Quanto aos deveres de provimento imediato, ou seja, que apresentam condições de ser adimplidas logo após a decisão judicial, poderão assim ser classificados:

a) Proteção negativa: que visa a impedir que o Estado realize uma determinada ação ou determine compensação financeira. Ex.: Proteção judicial contra evicção forçada;

b) Igual proteção ou não discriminação: casos de discriminação ou questionamento na ilegitimidade ou falta de razoabilidade das distinções feitas pela lei, ligadas ao acesso a direitos ou serviços. Ex.: Distinção de tratamento para admissão em escola; e

c) Obrigações de conteúdo mínimo: obrigação do Estado a fim de que se reconheça o direito para que se promova o mínimo vital do direito previsto na Constituição, que envolva acesso a serviço ou benefício, sem alocação orçamentária. Ex.: Fornecimento de um determinado medicamento a um paciente terminal.

As decisões relativas ao cumprimento mediato tratam de deveres do Estado ligados à realização progressiva de direitos insertos no art. 6º da Constituição Federal.

Nesse tipo de decisão, existe uma “especificidade a ser considerada na análise do tempo exigível para a realização concreta do veículo de satisfação dos bens da vida amparados pelos direitos fundamentais” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 157). Assim, quando os núcleos de irradiação dos direitos fundamentais forem objeto de programas a serem executados pelo Estado, é natural que o cumprimento dessas decisões se projete no tempo, adquirindo a sentença uma espécie de conteúdo programático. Nesse sentido, expõe Oswaldo Canela (2011, p. 158):

“Como os direitos fundamentais são de eficácia plena e imediata, o tempo não é fator impeditivo para a concessão do provimento; ao contrário, indica inequívoca violação do direito. Ocorre que a própria sentença terá inúmeras vezes, um conteúdo igualmente programático, no sentido de estabelecer um interlúdio específico para a disponibilização do veículo que permita a satisfação do bem da vida”

3.2. Os critérios do Poder Judiciário para a escolha da melhor solução judicial nas decisões de efeito mediato

Inicialmente, ressalta-se que, embora a cognição das políticas públicas seja plena e exauriente, o juiz deverá, mediante de uma investigação de toda a cadeia lógico-sequencial, buscar a correta adequação de meios e de fins (CANELA JUNIOR, 2011, p. 159). Assim, embora se trate de direitos fundamentais, eles são passíveis de limitação, ponderação e regu-

lação, devendo a decisão judicial ser “razoável”, “adequada” e “proporcional” (COURTIS, 2010, p. 506).

Dessa forma, em que pese o Poder Judiciário estar autorizado a um juízo pleno e exauriente da demanda, tal fato não poderá estabelecer soluções iníquas, desproporcionais ou desarrazoadas no caso concreto, devendo-se utilizar os critérios de proporcionalidade e razoabilidade para os provimentos jurisdicionais (CANELA JUNIOR, 2011, p. 159). Tais princípios buscam “o justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins alcançados” (GRINOVER, p. 2009, p. 16).

Ao aplicar esses parâmetros, o controle judicial sobre os poderes Legislativo e Executivo deverá envolver uma análise legal dos objetivos que o Estado alega estar tentando alcançar, e a comparação entre esses objetivos e os meios escolhidos para satisfazê-lo, a fim de buscar a solução judicial mais adequada ao caso. Destarte, a decisão “razoável”, “adequada” e “proporcional” torna-se a catalisadora das soluções possíveis a serem aplicadas pelo Poder Judiciário ao caso concreto, viabilizando a efetivação dos direitos fundamentais (CANELA JUNIOR, 2011, p. 165).

Entretanto, muitas vezes, na busca da realização progressiva desses direitos, o Poder Judiciário esbarra em limitações à sua atuação no controle de políticas públicas na fase de cumprimento da decisão, em razão de dificuldade orçamentária, da conjuntura política ou da ausência ou inadequação de instrumentos normativos capazes de dar concretude às respectivas decisões.

Desse modo, na tentativa de se resolver o problema da escassez de recursos e o cumprimento de direitos fundamentais positivos, Alexy (1993, p. 494-499) propõe a aplicação do método de ponderação, pelo qual a prestação pleiteada pelos cidadãos deve estar cingida àquilo que se pode razoavelmente exigir do Poder

Público. Ainda que existam recursos, o limite do razoável veda ao cidadão exigir do Estado aquilo que possa prover como seus próprios recursos. Entretanto, segundo o autor, reconheça-se que o direito a um mínimo vital, à educação escolar, à assistência médica, à formação profissional, deve ter a efetivação garantida pelo Poder Público, por conta de que é mínimo o conflito com os demais princípios constitucionais.

Importante precedente dentro desta concepção, que ficou conhecido como decisão *Grootboom*², ocorreu na Corte Constitucional da África do Sul em razão de uma política habitacional implementada pelo governo. Um grupo de pessoas desabrigadas que foram retiradas de seus assentamentos informais por ordem de uma autoridade local formulou perante o Judiciário um pedido para que o Estado providenciasse abrigos temporários até que fixassem morada permanente. Baseada no direito constitucional de acesso à moradia adequada, a Corte estabeleceu que para determinar o cumprimento dessas obrigações, três elementos deveriam ser considerados pelo Estado: 1) a necessidade de tomar medidas legislativas, dentre outras, razoáveis; 2) a necessidade de alcançar a progressiva realização do direito; 3) o requisito de utilizar os recursos disponíveis. Em relação à “razoabilidade” das medidas adotadas, a Corte Constitucional disse que o Estado tinha o dever legal de, ao menos, colocar em prática um plano de ação para lidar com a situação das pessoas “absolutamente desabrigadas”, tal como a comunidade *Grootboom*.

Dessa forma, tem-se como fundamental que o Poder Judiciário reflita sobre as consequências de ordem econômica, política e social, que podem acarretar as suas decisões, pois jamais

² Corte Constitucional da África do Sul, *The Government of the Republic of South Africa and others VS. Irne Grootboom and others*, 2001 (1) SA 46 (CC), 4 de outubro de 2000.

foi objetivo da Constituição Federal construir uma comunidade ingovernável e injusta.

Isoladamente, a escassez orçamentária, expressa na tese da “reserva do possível”, não é argumento sólido o bastante para afastar o imperativo de implementação dos direitos fundamentais sociais. Ainda que os recursos públicos sejam limitados, não é vedado ao Judiciário determinar ao Estado a alocação de verbas orçamentárias específicas para o cumprimento de direitos sociais.

Relevante precedente levado à apreciação judicial merece breve menção. Tratou-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio da Promotoria da Infância e Juventude da Comarca de Santos, objetivando compelir a Prefeitura Municipal a implantar serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos, sob o argumento de que a Municipalidade se mostrava renitente em cumprir as deliberações constantes da Resolução Normativa nº 4/97, do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município de Santos, ferindo, com tal postura omissiva, os ditames do art. 88, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com efeito, o STJ permitiu o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, mediante a tutela do orçamento. Cuidou-se, também, de tutela preventiva (inclusão de verbas no próximo orçamento, evitando-se a continuação, no futuro, do ato ilícito):

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.
2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio da resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.
4. Recurso especial provido” (STJ – 2ª Turma, REsp 493.811, Rel. Min. Eliana Calmon, maioria, j. 11/11/2003, DJ 15/3/2004, p. 236).”

Não obstante, cumpre salientar que Poder Judiciário deve ter especial cautela na utilização dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e adequação, porquanto “a intervenção generalizada no orçamento, sem o esgotamento necessário da cognição e a análise consistente de programação no tempo, poderá engessar outras políticas públicas igualmente importantes para a satisfação, em conjunto, dos direitos fundamentais” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 167).

Nessa esteira, uma paradigmática decisão do Tribunal de Justiça do Estado Bahia confirmou decisão do juízo de primeira instância ao determinar o bloqueio de verba do município de Ilhéus, a fim de repassá-la ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente, que não vinha recebendo quaisquer valores, sob a justificativa que o Estado deve priorizar a adoção de políticas públicas voltadas às crianças e adolescentes. Aquele Tribunal afirmou ainda que a tese da “reserva do possível” não era cabível, pois a verba contingenciada representava apenas 0,25% do orçamento local.

In verbis:

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA DETERMINANDO O BLOQUEIO E INDISPONIBILIDADE DE QUANTIA REFERENTE AO FUNDO MUNICIPAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS PARA O REPASSE DE VERBAS AO ALUDIDO FUNDO. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO QUE AUTORIZE A REFORMA DO DECISUM DE PRIMEIRO GRAU. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.

Pelo quadro fático apresentado, verifica-se, de plano a existência de prova inequívoca da alegação do Requerente, ora Agravado, ao propor Ação Civil Pública, assim como o fundado receio de dano irreparável, posto que a ausência de repasse de verbas ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente inviabiliza a execução dos programas de atendimento aos menores de dezoito anos e das medidas indispensáveis ao cumprimento do descer de proteção assegurado pela Lei nº 8.069/90 - Estatuto: Criança e do Adolescente.

É de se observar que a priorização de políticas públicas voltadas para a Criança e o representa prerrogativa prevista na Constituição da República visando o implemento de condições que possibilitem o acesso e atendimento no âmbito da saúde, educação, lazer, profissionalização, cultura, dentre outras, sob pena de se configurar omissão governamental.

Não há se falar, *in casu*, de violação aos princípios da separação e da independência dos poderes como quer o Agravante, posto que a decisão vergastada apenas conferiu observância aos dispositivos constitucionais e legais pertinentes à matéria, assegurando, em sede de liminar, a alocação de recursos para o cumprimento de políticas públicas em consonância com as prioridades estabelecidas pela Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Município de Ilhéus e legislação local.

Quanto à alegação de insuficiência de recursos para o repasse de verbas ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente e dos prejuízos que o bloqueio das verbas causaria, à Administração Pública municipal, é de se observar que, conforme fundamentou julgador primevo, a Lei de Diretrizes Orçamentárias/2007, o Plano Plurianual referente ao período de 2006/2009 e a Lei Orçamentária relativa ao exercício financeiro de 2009 asseguram a destinação de Diretrizes Orçamentárias do valor a ser

revertido ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente, nos percentuais previstos na Lei Municipal nº 2.834/91.

Noutro giro, inadmissível na hipótese dos autos, a aplicação da reserva do possível, eis que prevista a destinação, de 0,25% das receitas do município ao aludido fundo.” (TJBA – Agravo de Instrumento nº 0001339-33.2010.805.0000-0, Rel. Des. Dayse Lago Ribeiro Coelho, 3ª Câmara Cível, julgado em 24 de agosto de 2010)

Dessa forma, não se pode admitir que o cumprimento da Constituição seja preterido pela observância de uma norma infraconstitucional, ou por um quadro de conjuntura político-econômica desfavorável. A Constituição ostenta força normativa, ativa e vinculante, exigindo a máxima atuação dos poderes constituídos para o seu fiel implemento. São inaceitáveis certas práticas governamentais que esquecem de cumprir a Constituição, sob o argumento da falência orçamentária do Estado, conjuntura política ou para garantir o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal (CRISTÓVAM, 2011).

Assim, o argumento de impossibilidade de execução imediata de uma decisão judicial, em razão das limitações à atividade coercitiva do Estado-juiz, não é capaz de impedir o Poder Judiciário de declarar a violação do direito fundamental devendo-se, para tanto, buscar meios e instrumentos para a execução do julgado.

3.3. Os meios e instrumentos que podem ser utilizados pelo Judiciário para a realização progressiva dos direitos fundamentais

De início, saliente-se que, além dos critérios balizadores da “razoabilidade”, “proporcionalidade” e “adequação”, e da possibilidade de alocação de verbas, é necessária a adoção de outros meios e instrumentos hábeis para dotar as decisões judiciais de uma maior eficiência para a execução das políticas públicas que tratam da realização progressiva de direitos fundamentais.

Observo que as políticas públicas precisam ser estudadas coletivamente, com base no controle democrático. Neste contexto, um dos principais instrumentos que o Poder Judiciário poderá lançar mão é o da audiência pública, *locus* que permite a participação da sociedade na decisão mais adequada, e, assim, evitar provimentos inexequíveis ou desarrazoados, a exigir inclusive que o cidadão seja mais proativo e protagonista (menos passivo e súdito) do Estado Constitucional Democrático, conforme preconiza o princípio da participação³.

A mesma perspectiva é trazida por Peter Häberle (1997, 2008), que apregoa uma mudança de postura do Estado frente ao cidadão, com a

³ Sobre o princípio da participação vide Juarez Freitas (2004, p. 17, 28, 87).

pluralização da hermenêutica constitucional e a incorporação ao sistema jurídico de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”⁴. Tal posicionamento tocou o ordenamento jurídico brasileiro na ocasião da ADI nº 3.510” contra partes da Lei de Biossegurança, no que tange à pesquisa com células-tronco embrionárias, e a data de 20 de abril de 2007 “entrou para a história do Supremo Tribunal Federal porque neste dia a população brasileira passou a ter voz ativa nas decisões mais polêmicas do Supremo, por meio das audiências públicas” (NOTÍCIAS STF, 2010). Segundo consta no próprio sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, “nesses encontros, os ministros da Corte são apenas ouvintes. Os protagonistas são os representantes de segmentos da sociedade civil e do governo, os quais expõem seus argumentos no intuito de auxiliar os votos que, mais tarde, serão dados no Plenário pelos onze magistrados do tribunal” (NOTÍCIAS STF, 2010). Naquela citada ação judicial foram ouvidos dezessete especialistas – entre médicos, pesquisadores, biólogos, professores universitários, religiosos e representantes da sociedade civil – que debateram com profundidade todos os aspectos que envolviam a liberação das pesquisas sobre células-tronco extraídas de embriões humanos. A audiência pública subsidiou o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510 contra partes da Lei de Biossegurança e, um mês depois da audiência, em 29 de maio daquele ano, o Supremo acolhia por maioria o voto do relator, cuja posição foi favorável à Lei de Biossegurança da maneira como aprovada pelo Congresso. Na prática, foram liberadas as pesquisas com as células-tronco embrionárias.

Outro momento de curial importância protagonizado pela Corte Suprema ocorreu quando do julgamento acerca do controle judicial das políticas públicas de saúde e a concessão de medicamentos. A audiência pública foi convocada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes. Na ocasião, foram ouvidos 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Os esclarecimentos prestados pela sociedade na audiência pública balizaram o julgamento dos processos de competência da Presidência que versavam sobre o direito à saúde.⁵

⁴ A contribuição de Peter Häberle pluralizou o debate sobre o direito constitucional brasileiro, popularizando o Supremo Tribunal Federal, que já promoveu inúmeras audiências públicas com a finalidade de permitir a intervenção da sociedade em processos submetidos à sua apreciação (HÄRBELE, 1997, 2008).

⁵ Nesse sentido, destacam-se os Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares nºs 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada nºs 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança nºs 2.361, 2.944, 3.345 e 3.355.

Não obstante, outro meio a ser utilizado, e de suma importância para a correção e o realinhamento dessas políticas pelo Judiciário, diz respeito à participação dos atores responsáveis pela política pública na proposição da melhor solução para o cumprimento da decisão judicial. Tem-se que a participação de tais atores na construção do provimento jurisdicional, durante a instrução do feito, possibilita a real exequibilidade da decisão, pois, sendo fruto dialógico com os demais poderes, a solução apresentada, discutida e aquiescida pelas demais partes no processo, tende a ser a mais “razoável”, “adequada” e “proporcional”.

Assim, devem os atores responsáveis pela política pública, dentro do processo judicial, perquirir meios justos e equânimes para sua realização progressiva dos direitos fundamentais, e não se furta ao seu cumprimento. E essa busca será mais eficaz se as necessidades de todas as partes forem expostas e visa à melhor solução, isto é, àquela capaz de atender a ambas as partes (THOMÉ, 2011).

Nesse contexto, num precedente de suma relevância refere-se ao controle jurisdicional de políticas públicas do direito fundamental à saúde e à higidez ambiental, no caso da concretização de adequado sistema de tratamento de esgoto, em uma determinada área da Praia de Canasvieiras, Município de Florianópolis (Santa Catarina). A Ação Civil Pública foi proposta pela Associação de Moradores de Canasvieiras e pelo Ministério Público Federal, contra o Município de Florianópolis, a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) e Companhia Catarinense de Água e Saneamento (Casan). A sentença, julgando totalmente procedente a ação, condenou solidariamente os réus à obrigação de fazer (construção da rede de saneamento), firmado o prazo de um ano para a execução das obras, conforme cronograma previamente oferecido pelos réus (BRASIL, 2009).

Embora não tenha previsão legislativa, tal solução não se mostra defeso, pois “todas as soluções possíveis para a disponibilização dos bens da vida previstos no art. 6º da Constituição Federal são admissíveis no processo coletivo desde que objetivem a correção de desigualdades” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 154).

Cumpra salientar, entretanto, que, a despeito de tantas vantagens, nem sempre a dialógica é a melhor opção em decorrência de suas características peculiares. A depender das características do caso, uma solução impositiva deve ser a escolha mais adequada. Se a via consensual estiver irremediavelmente obstruída, por conta de um relacionamento já desgastado pelo tempo, ou da falta de habilidade em lidar com o conflito, não caberá composição entre as partes (THOMÉ, 2011). Nesse caso, deve-se recorrer à adjudicação, ou decisão forçada, utilizando-se, caso necessário, o contingenciamento de verbas, conforme já mencionado.

Por fim, outro instrumento que poderá se utilizar o Judiciário na busca da melhor solução para a correção ou o realinhamento das políticas públicas é o da relativização da coisa julgada. De acordo com Oswaldo Canela, na busca da melhor solução judicial “o critério será sempre o da criatividade para a redução e a supressão da desigualdade social. Daí a enorme plasticidade que se confere ao pedido e ao provimento jurisdicional” (CANELA JUNIOR, 2011, p. 154).

Assim, é de fundamental importância destacar que a necessária plasticidade alcança até a coisa julgada, nos casos em que a solução encontrada pelo Poder Judiciário, poderá tornar-se obsoleta ou inconveniente, em face de eventual proposta de execução de políticas públicas mais aprimoradas pelo Estado (CANELA JUNIOR, 2011, p. 161). Desse modo, se uma decisão judicial, por exemplo, determina a construção de uma escola para atender a determinada comunidade, e o Estado, na fase de cumprimento da decisão, oferece como solução alternativa a ampliação de uma já existente – em razão de dificuldades orçamentárias e de logística –, e ainda, que tal medida satisfaça os interesses da população, nada impede que o juízo determine a fungibilidade do objeto do *decisum*.

Nesse sentido, Oswaldo Canela (2011, p. 161) afirma que, “se o Estado apresentar solução mais efetiva do que aquela determinada na decisão judicial transitada em julgado, não estará autorizado a realizá-la, em face do reconhecimento da coisa julgada material?”. E arremata:

“Esta se nos afigura uma hipótese clara de relativização da *coisa julgada*. Com efeito, se o objetivo do Estado é a consecução do bem comum, na esteira do que dispõe o art. 3º da Constituição Federal, então esta finalidade estará sendo atendida ao se aprimorarem os meios de satisfação dos bens da vida amparados pelos direitos fundamentais sociais. Há, in casu, uma clara contraposição entre princípios de grandeza constitucional, tanto assim considerados a coisa julgada e os objetivos fundamentais do Estado. Os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, neste passo, certamente recomendam seja assegurado este último em detrimento do primeiro”.

Assim, observa-se que, embora o atual sistema processual brasileiro não disponha de meios e instrumentos específicos para a persecução da solução mais adequada, em sede de ações judiciais que versem sobre realização progressiva de direitos fundamentais, tal fato não obsta a busca e a utilização de medidas alternativas, a fim de dar concretude a esses direitos.

4. Conclusão

O atual modelo Pós-Social de Direito emergiu com o claro objetivo de o Estado garantir a concreção dos direitos fundamentais, a qual constitui como um dos objetivos da República.

Sob esse prisma, observa-se que o Poder Judiciário assumiu um papel de extrema importância da correção e realinhamento das políticas públicas, adquirindo *status* de verdadeiro guardião dos direitos fundamentais, em caso de lesão ou ameaça de lesão, seja por omissão, seja por deficiência de atuação dos outros dois Poderes.

Via de consequência, a importância social do objeto litigioso trazido a juízo deverá suplantar o poder das partes de discutirem tão somente o que lhes interessa, visto que, em razão da importância, o objeto discutido em juízo extrapola os limites de propriedade dos contendores, irradiando-se por toda sociedade. Impõe-se o privilegiamento do interesse social na demanda em detrimento dos interesses egoísticos dos sujeitos da relação jurídica processual, tendo tal raciocínio por corolário a possibilidade dada ao juiz de prolatar decisões cujo alcance fique além do controvertido pelas partes, em virtude da possibilidade de uma cognição plena e exauriente, com o único objeto de obter a concreção dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Assim, reconhecida a violação ao direito fundamental buscar-se-á, por meio do provimento jurisdicional, a concreção de tais direitos, vislumbrando-se, para tanto, duas espécies de cumprimento de decisões judiciais: as de efeito imediato, que são exequíveis de plano; e as de efeito mediato, que versam sobre a realização progressiva dos direitos fundamentais – e sua consecução, por consequência, protraí-se no tempo.

Todavia, em razão da inexistência de instrumentos específicos para o cumprimento das decisões judiciais de efeito mediato, relativas a políticas públicas que irradiem efeitos para a coletividade, muitas vezes os pronunciamentos judiciais perdem-se no vazio, razão pela qual é necessário dotar o Poder Judiciário de meios capazes de buscar a solução mais efetiva para a composição do litígio, bem como o cumprimento das decisões proferidas no âmbito dessas ações judiciais.

Para tanto, balizado nos parâmetros da razoabilidade, proporcionalidade e adequação, o juízo deverá não só perquirir uma solução técnico-jurídica, mas também exequível no plano político e administrativo. Todavia, para se alcançar tal meta, deve-se estudar o processo judicial sob óptica de um controle dialético democrático, tanto com a sociedade civil, como com os atores responsáveis pelas políticas públicas.

Dessa forma, instrumentos como audiência pública, a participação dos atores de tais políticas na construção das decisões, a possibilidade de contingenciamento de verbas e a relativização da coisa julgada estão se tornando meios decisivos para a correção e o realinhamento de políticas públicas que irradiem efeitos para a coletividade.

Por conseguinte, denota-se que, embora a atual sistemática processual pátria não ofereça instrumentos específicos na busca da solução mais

adequada em sede de ações judiciais, que versem sobre realização progressiva de direitos fundamentais, tal fato não obsta a busca de parâmetros, além de meios e instrumentos capazes de dar concretude aos princípios republicanos, e fazer valer a obrigação que atual Estado Pós-Social tem com a sociedade brasileira.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALMEIDA, Renato Franco; COELHO, Aline Bayerl. Princípio da demanda nas ações coletivas do estado social de direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 13, n. 52, jul./set 2005.
- BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 190, p. 37-70, dez. 2010.
- BRASIL. Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ação civil pública n. 2004.72.00.017675-8/SC, de 29 de março de 2007. Relatora: Des. Federal Marga Inge Barth Tessler. *Documento Eletrônico*, 9 set. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6913717/apelacao-civel-ac-17675-sc-20047200017675-8-trf4/inteiro-teor>>. Acesso em: 5 jan. 2012.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Líder, 2001.
- COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Direitos sociais e controle jurisdicional de políticas públicas: algumas considerações a partir dos contornos do Estado constitucional de direito. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9541#_ftn29>. Acesso em: 5 nov. 2013.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle de políticas públicas pelo poder judiciário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 30, p. 8-30, 2009.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- _____. *Pluralismo e constitución*. Tradução de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2008.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência). In: _____ (Coord.). *Tutela*

coletiva: 20 anos da lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos, 15 anos do código de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2006.

NOTÍCIAS STF. Audiências públicas abrem os microfones do Supremo à sociedade. *Portal do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, abr. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124643>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

THOMÉ, Débora Dias. O poder judiciário e a efetivação de políticas públicas: a mediação como padrão de atuação nos processos coletivos. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 2, n. 4, out. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/26-volume-2-numero-4-trimestre-01-10-2011-a-31-12-2011/136-o-poder-judiciario-e-a-efetivacao-de-politicas-publicas-a-mediacao-como-padrao-de-atuacao-nos-processos-coletivos>>. Acesso em: 23 fev. 2013.

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr./jun. 2010.

Direito ao esquecimento

Discussão europeia e sua repercussão no Brasil

ERIK NOLETA KIRK PALMA LIMA

Sumário

1. Introdução. 2. Origem do direito ao esquecimento. 3. Proposta legislativa do Parlamento Europeu. 4. Discussões europeias e início no Brasil. 5. Caracterização do direito ao esquecimento e sua visão como direito fundamental. 6. Considerações finais

1. Introdução

É comum hodiernamente a concepção de que as pessoas estão divididas entre duas realidades. Isso porque existe uma referência à realidade virtual como um ambiente distinto da realidade física. Com características próprias, informações de todos os tipos, gramática diferenciada, problemas específicos, linguagem por comandos exclusivos, o mundo digital é designado como um meio dotado de singularidades suficientes para distingui-lo do mundo real¹.

O movimento definitivo de apoderamento popular das funcionalidades da Internet ocorreu, de fato, com o expressivo aumento de interesse ocasionado pela criação das chamadas mídias sociais². Conforme houve uma crescente adesão à Internet, novas tecnologias de armazenamento de dados foram criadas para suprir a demanda. O mote das redes sociais é o

Erik Noleta Kirk Palma Lima é servidor público federal. Assessor de juiz do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Especialista em direito público pela Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central (FACIPLAC), especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Distrito Federal (ESMA-DF) e mestrando pela Universidade de Brasília (UnB) em Direito, Estado e Constituição.

¹ Exemplo claro do que se está a dizer é a interface de relacionamento interativo em rede chamada Second Life. Nesse espaço lojas físicas convertem-se em dados, dinheiro converte-se na moeda corrente chamada Lindel Dollar, os personagens criados pelas pessoas relacionam-se e, inclusive, reproduzem-se. Há regras próprias de convivência que se infringidas podem gerar suspensão e até de banimento da rede social.

² Segundo *The Wall Street Journal*, o Facebook atingiu em 4 de setembro de 2012 a cifra de um bilhão mensal de usuários ativos. Isso porque, em julho de 2010, havia 500 milhões de usuários. Um crescimento impressionante (FOWLER, 2012).

compartilhamento de informações entre usuários e não usuários, que têm acesso mais restrito. Sendo assim, as pessoas que fazem parte das redes sociais costumam divulgar informações pessoais, fotos, posições políticas e outros dados que julgam relevantes. Esse movimento fez com que os provedores desenvolvessem novas capacidades de lidar com as informações de usuários, devido ao grande volume de dados.

O novo tratamento conferido aos dados inseridos na Internet fez com que, uma vez incorporadas ao espaço digital, as informações nunca fossem inutilizadas³. A ampliação do espaço disponível tornou possível armazenar mais dados, mesmo aqueles que os usuários julgam prescindíveis. Assim, em um ambiente com espaço incomensurável, cada pedaço de informação pode ser lembrado pela eternidade, levando em conta a capacidade de armazenamento digital, modicidade, fácil recuperação e acesso global.

A inserção de dados pessoais na rede, o posterior desejo de torná-lo indisponível e as novas formas como tais informações são utilizadas, acenderam a discussão sobre um meio de os usuários determinarem o desígnio de suas informações digitais. Após diversos embates, a resposta encontrada para a demanda de exclusão das informações indesejadas foi a criação do chamado “direito ao esquecimento”.

³ Nesse sentido, interessante citar o caso de Andrew Feldmar. No verão de 2006, Feldmar foi tentar cruzar a fronteira Canadá/EUA para buscar um amigo no aeroporto de Seattle e teve problemas com a polícia. Tudo aconteceu devido a uma busca na Internet que o segurança do aeroporto fez com o nome de Feldmar, mesmo tendo ele cruzado a fronteira uma centena de vezes. Tal busca revelou que Feldmar havia escrito em um jornal ter feito uso de LSD nos anos 1960. Enfim, Feldmar foi impedido de entrar na fronteira e hoje é impedido de entrar nos Estados Unidos, onde era ativo profissionalmente e onde os seus dois filhos vivem. Desolado com a situação, ao final da entrevista ao *The New York Times*, Feldmar desabafa: “*I should warn people that the electronic footprint you leave on the Net will be used against you. It cannot be erased*” (LIPTAK, 2007).

O presente estudo busca lançar um olhar crítico sobre as discussões que permeiam a reivindicação social por maior controle dos dados pessoais. Nesse sentido, o primeiro capítulo enuncia o contexto que originou o direito ao esquecimento. O segundo capítulo faz referência a casos em que se discutiu o referido direito. Por fim, o terceiro capítulo investiga a caracterização e conceito do direito ao esquecimento à luz da proposta de normatização europeia, inclusive com direito fundamental. A partir da regulamentação encetada na Europa, o usuário passará a ter uma participação mais efetiva em relação aos seus dados que circulam na Internet.

2. Origem do direito ao esquecimento

A Internet vive atualmente uma era cada vez mais social. Uma das características mais marcantes desse período é revelar dados pessoais. Desse modo, sua constante disponibilidade e proliferação agregou valor comercial aos dados pessoais, transformando-os em moeda corrente na Internet. Na atual conjuntura, se comparado a outros meio de comunicação, a Internet é o meio mais fácil de atingir, com baixo investimento, um grande número de pessoas em diversos locais. Contudo, para alcançá-las, dados pessoais passaram a ser captados, acumulados e utilizados pelos provedores em uma diversidade cada vez maior de formas.

A privacidade tornou-se um problema grave na atual sociedade da informação. É uma tarefa difícil prever todas as consequências que possam advir do uso de dados pessoais presentes na rede mundial de computadores. Ao longo do tempo, as pessoas utilizam as redes sociais – hoje começando, na maioria dos casos, na pré-adolescência⁴ – e acabam por alimentá-

⁴ O estudo chamado “Internet Safety for Kids & Families”, realizado em nove países, inclusive o Brasil, pela

-las com informações de caráter supostamente duvidoso⁵. Informações acessadas em um momento de imaturidade podem ter repercussão nas mais variadas esferas de interação social⁶.

O processo biologicamente comum de esquecimento transmutou no paradigma da lembrança. Esse discurso pode ser percebido na fala de Gordon Bell, para quem o computador foi criado justamente para armazenar um vida inteira e conduzir à imortalidade digital⁷. Entretanto, isso não é tudo. A tecnologia atual avançou de forma a permitir que os dados constantemente coletados⁸ sejam utilizados também fora do controle pessoal dos donos.

Diante dessas ponderações, em fevereiro de 2007, Viktor Mayer-Schönberger (2009, p. 7) formulou o que foi alcunhado “*the right to be forgotten*”, em tradução livre, “o direito ao esquecimento”. Sua preocupação com tal direito é externar as falácias existentes na ideia comum de que o ato de deletar dados pessoais na rede mundial de computadores seria garantia de definitiva exclusão.

A partir da discussão gerada pela inquietude de Mayer-Schönberger (2009), o direito ao esquecimento passou a ter visibilidade. A União Eu-

empresa Trend Micro, em outubro de 2011, revelou que a idade média mundial em que as crianças entram nas redes sociais é de 12 anos (UOL NOTÍCIAS, 2011).

⁵ Há um caso emblemático: “Stacy Snyder queria ser uma professora. Na primavera de 2006, a mãe solteira de 25 anos havia terminado o curso e estava ansiosa por iniciar sua carreira futura como professora. Foi então que seu sonho morreu. Convocada por funcionários da universidade, foi dito a ela que não seria possível tornar-se professora, em que pese ela ter consigo todos os créditos, passado em todas as provas, concluído todos as aulas práticas com muitas honras. A ela foi negado o certificado sob o argumento de que seu comportamento era impróprio para um professor. Seu comportamento? Uma foto publicada *online* mostrava Stacy vestindo um chapéu de pirata e bebendo. Stacy colocou a foto em sua página social MySpace, e escrito ‘pirata bêbada’, para seus amigos verem e se divertirem. A administração da universidade, alertada por um professor super zeloso da escola onde Stacy pretendia ser professora, argumentou que a foto publicada foi imprópria porque a fotografia de um professor bebendo álcool exporia seus alunos. Stacy considerou retirar a foto da rede social. Contudo, o dano já havia ocorrido. A página e a foto de Stacy já havia sido catalogada por sites de buscas e indexadores. A Internet lembra o que Stacy quer esquecer” (MAYER-SCHÖNBERGER, 2009, p. 10, tradução nossa).

⁶ Explica Jeffrey Rosen, que “de acordo com uma recente pesquisa da Microsoft, 75 por cento dos recrutadores de profissionais nos Estados Unidos relatam que suas empresas solicitam uma pesquisa *online* sobre os candidatos, e muitos usam uma vasta gama de sites quando selecionam examinandos — incluindo sites de busca, redes sociais, sites de compartilhamento de vídeos e fotos, blogs, páginas pessoais da web, Twitter e sites de jogos *online*. Setenta por cento dos recrutadores nos Estados Unidos narram que rejeitaram candidatos por conta da informação encontrada *online*, como fotos, discussões em sites e participação em grupos controversos” (ROSEN, 2010, tradução nossa).

⁷ Gordon Bell, um dos criadores da National Science Foundation, agência independente do governo norte-americano que promove o desenvolvimento da ciência, descreve sua experiência da seguinte forma: “Eu acredito que foi para isto que os computadores foram realmente criados. Para capturar uma vida inteira. Um computador não seria uma máquina que apenas fica na minha escrivaninha. É um repositório. Acredito no computador como uma memória pessoal. Sinto-me imensamente livre por ter toda a informação no computador” (GAUDIN, 2008, tradução nossa).

⁸ Provedores armazenam históricos de pesquisa, localização de dados, rastreamento de *cookies* etc.

ropeia, com histórico de preocupação relativo à proteção de dados pessoais⁹, também aderiu ao movimento e iniciou estudos visando a rever o tratamento legal da proteção de dados. Assim, no contexto da revisão em curso sobre a atual Diretiva de Proteção de Dados nº 46/1995, está sendo debatida a possibilidade de introduzir nas normativas europeias o direito a ser esquecido. Nesse sentido, em maio de 2009 a Comissão Europeia organizou uma conferência dedicada a debater o uso de dados pessoais e sua proteção, bem como examinar os novos desafios para a privacidade. Foi então que, em 25 de janeiro de 2012, o Conselho e o Parlamento europeus propuseram a codificação do direito ao esquecimento em uma Diretiva e um Regulamento¹⁰.

3. Proposta legislativa do Parlamento Europeu

A União Europeia busca uma maneira de conferir transparência ao nebuloso mundo digital. Os recentes apontamentos sobre o direito ao esquecimento ainda não foram suficientes para gerar uma relativa segurança sobre os seus contornos¹¹. Intencionalmente¹², a Comissão

Europeia comprometeu-se a clarificar o direito ao esquecimento, partindo da seguinte abordagem geral:

“o direito de as pessoas impedirem a continuação do tratamento dos respectivos dados e de os mesmos serem apagados quando deixarem de ser necessários para fins legítimos. É o caso, por exemplo, do tratamento baseado no consentimento da pessoa, se essa pessoa retirar o consentimento ou quando o período de armazenamento tiver acabado.”¹³

Na última conferência realizada em 22 janeiro de 2012, antes da apresentação dos projetos de regulamentação, a vice-presidente da comissão europeia, Viviane Reding (2012, p. 5), apresentou duas condições como argumento principal apto a viabilizar o direito a ser esquecido: a primeira é o indivíduo não ter mais qualquer interesse de que seus dados pessoais sejam processados e/ou armazenados por um controlador de dados; o segundo é a inexistência de razão legítima para o controlador mantê-los.

Assim, a proposta de Regulamento da União Europeia prevê, expressamente, em seu art. 17, o direito ao esquecimento. Segundo a normativa, em seu art. 17, nº 1, o titular dos dados tem o direito de obter a exclusão das informações e a cessação da utilização ulterior de seus dados, especialmente em relação àqueles dados disponibilizados quando o titular ainda era uma criança. No mesmo dispositivo, foram listados os seguintes motivos aptos a gerar a exclusão dos dados: (a) os dados deixarem de ser necessários em relação à finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento; (b) o titular dos dados

⁹ Há previsão expressa na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu artigo 8, no seguinte sentido: “*Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her*”. Inclusive, o dia 28 de janeiro é dedicado a celebrar o chamado *Data Protection Day*. Esse dia é comemorado em memória do dia da aprovação da Convenção Europeia nº 108, o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculante relacionado com a proteção de dados.

¹⁰ A Diretiva foi nomeada como COM/2012/010.

¹¹ Conforme a seguinte crítica de Rolf H. Weber (2011, p. 128, tradução nossa), “na forma proposta pelo União Europeia, o direito ao esquecimento não pode facilmente se tornar uma contribuição substancial para a melhoria da proteção de dados. O conceito é provavelmente muito vago para ser bem sucedido”.

¹² Em resposta as referidas críticas, a vice-presidente da comissão europeia, Viviane Reding, justifica a redação da atualização legislativa ser ambígua porque “esta regulação precisa remanescer por 30 anos – é necessário que ela seja muito clara, mas imprecisa o suficiente para que as mudan-

ças no mercado ou na opinião pública possam ser manobradas na regulação” (WARMAN, 2012, tradução nossa).

¹³ Essa ponderação está presente na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões. COM (2010) 609 final.

retirar o consentimento sobre o qual é baseado o tratamento nos termos do artigo 6º, nº 1, alínea *a*, do próprio Regulamento¹⁴, ou se o período de conservação consentido tiver terminado e não existir outro fundamento jurídico para o tratamento dos dados; (c) o titular dos dados se opor ao tratamento de dados pessoais nos termos do artigo 19º;¹⁵ (d) o tratamento dos dados não respeita o regulamento por outros motivos.

Na origem, o direito ao esquecimento propõe que a informação pessoal deve ser removida irrevogavelmente. Entretanto, a ideia de que a simples revogação do consentimento do processamento de dados pessoais levaria a remoção não é totalmente fática. Mesmo que o consentimento seja retirado, ele não necessariamente permite ao usuário ter seus dados removidos retroativamente. Os provedores estão em uma tendência crescente de armazenar, inclusive os dados descartados pelos usuários (AUSLOOS; GRAUX; VALCKE, 2012, p. 6).

Sem embargo, para a correta compreensão do âmbito de aplicação do direito ao esquecimento, é importante conhecer quais os dados pessoais que devem ser resguardados. Nesse sentido, a atual diretiva 46/1995, em seu art. 2º, *a*, considera dados pessoais qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável. Por outro lado, a atual proposta de Diretiva em seu art. 3º, 2, bem como o Regulamento em seu art. 4º, 2, preveem que os dados pessoais são quaisquer informações relativas a um titular de dados, não importa a referência a ele que se faz.

4. Discussões europeias e início no Brasil

Há na Europa casos emblemáticos que foram responsáveis por colocar em discussão o direito ao esquecimento. Na Alemanha, Wolfgang Werlé e Manfred Lauber foram condenados por um homicídio cometido contra um ator na década de 90, caso que gerou grande repercussão na mídia. Após mais de vinte anos da condenação, em 2009, e já em liberdade, Wolfgang Werlé pleiteou junto ao Tribunal de Hamburgo o direito de obter uma ordem para suprimir todas as referências ao seu nome do idioma inglês e alemão do site Wikipedia. Para fundamentar a ação, o condenado baseou-se em uma decisão de 1973 do Tribunal Constitucional alemão,

¹⁴ Artigo 6º Licitude do tratamento. 1. O tratamento de dados pessoais só é lícito se e na medida em que se verifique pelo menos uma das seguintes situações: a) O titular dos dados tiver dado o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais para uma ou mais finalidades específicas;

¹⁵ Artigo 19º Direito de oposição. 1. O titular dos dados tem o direito de opor-se em qualquer momento, por motivos relacionados com a sua situação particular, ao tratamento dos seus dados pessoais com base no artigo 6º, nº 1, alíneas *d*, *e* e *f*, salvo se o responsável pelo tratamento apresentar razões imperiosas e legítimas que prevaleçam sobre os interesses ou direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa.

que afirmava os direitos de privacidade dos cidadãos depois de ter integralizado sua pena. O argumento contrário utilizado é que a lógica aplicada em 1973, ainda que louvável, não era viável para a atual era da Internet. A Corte alemã privilegiou a tese do condenado, enviando ofício com um acordo em que a organização retiraria o nome de um dos condenados ou seria submetida a pagar multa contratual não inferior a € 5.100, para cada caso de violação (ALEMANHA, 2008). Todavia, a medida se mostrou um tanto inócua, já que o Wikipedia não tinha filial ou negócios na Alemanha, e estava hospedado e amparado na primeira emenda da Constituição norte-americana, sobre a liberdade de expressão.

Outro caso ocorreu na Suíça em 1983. A Sociedade Suíça de Rádio e Televisão estava com a intenção de fazer um documentário sobre um assassino sentenciado à morte em 1939. Um de seus descendentes moveu ação arguindo que a divulgação de tal informação afetaria sua esfera privada por via oblíqua. O Tribunal Federal Suíço, em que pese reconhecer que não há direito absoluto ao esquecimento que possa impedir a pesquisa histórica e científica, decidiu que o esquecimento naturalmente poderia ser reduzido ou eliminado pelas mídias eletrônicas. Como resultado, foi autorizada a produção do documentário (SUÍÇA, 1983).

Na Bélgica, em acórdão lavrado de 20 de setembro de 2001, o Tribunal Civil de Bruxelas proibiu um programa de televisão da estação comercial RTL-TVI. O filme era uma reconstituição de uma tomada de reféns e tentativa de fuga de um preso, Pedro C., que fora condenado à morte havia 20 anos, mas cuja sentença fora posteriormente comutada para prisão perpétua (trabalho forçado). Ocorrida em 1984, a tentativa de fuga falhou. O programa da RTL-TVI continha algumas imagens autênticas da época, junto com imagens de cenas reconstruídas. O

filme foi transmitido pela RTL-TVI, em 1993, mas como não tinha autorizado o uso de sua imagem no filme RTL-TVI, Pedro C. queixou-se de uma violação do seu direito de personalidade perante o tribunal civil. Ele alegou danos morais e intentou uma ordem judicial para impedir que o filme fosse retransmitido. O Tribunal reconheceu que um prisioneiro pode exercer os seus direitos não patrimoniais, como os seus direitos à sua imagem e seu direito à privacidade. Também foi reconhecido que o filme não foi exibido para relatar um problema social importante e que um preso tem o direito a ser esquecido. O julgamento sublinha que uma pessoa envolvida em um processo judicial pode, por isso mesmo, pertencer à esfera pública. Em tais circunstâncias, a autorização não é necessária para a reprodução da sua imagem de uma pessoa pública no contexto do relato das notícias. No entanto, é restrito o uso da imagem de um prisioneiro muitos anos depois, assim como um prisioneiro tem o direito de retirar-se da esfera pública com o propósito de reintegrar-se na sociedade (BÉLGICA, 2001).

No Brasil, o direito ao esquecimento já contou com algumas manifestações, ainda que não tratado explicitamente com esse termo. O caso Doca Street, que causou grande repercussão na sociedade brasileira dos anos 70, claramente exemplifica a discussão do esquecimento. Raul Fernando do Amaral Street, mais conhecido por Doca, assassinou a socialite Ângela Diniz em dezembro de 1976. No primeiro júri, Doca foi absolvido sob a alegação de legítima defesa da honra. Contudo, diante da intensa campanha feminista, com apoio da mídia, o processo foi reaberto e ele foi condenado a 15 anos de reclusão, dos quais cumpriu sete em regime fechado, obtendo a condicional em 1987.

Em 2003, a emissora Rede Globo de Televisão, no programa *Linha Direta/Justiça*, resolveu exibir uma reportagem dedicada a enfocar o

assassinato da socialite Ângela Diniz. Doca recorreu à justiça alegando o cumprimento da pena e o direito ao esquecimento. O juiz de primeira instância concedeu liminar para impedir a exibição do programa entendendo que existiu abuso na produção e divulgação do programa. Todavia, a decisão foi reformada em 2ª instância autorizando a divulgação. No julgamento da indenização por dano moral, a 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reformou a sentença de primeiro grau que havia condenado a emissora a pagar R\$ 250 mil por danos morais a Doca Street. No julgado foi reconhecido que a liberdade de expressão da emissora deveria ser garantida, bem como que o programa se limitara a contar a história de acordo com as provas documentais da época (AGUIAR, 2006).

Em período mais recente, um servidor federal pleiteou na justiça a exclusão de seus registros relacionados a demissão e readmissão anteriores. Em sede de apelação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu a existência e a necessidade do esquecimento; porém, decidiu que não se aplicava quando se trata de servidores públicos e de pessoas exercentes ou candidatos à vida pública, pois suas vidas pretéritas interessam à população¹⁶.

Outro interessante caso é o da apresentadora Xuxa contra o site de buscas Google. Em outubro de 2010, a referida apresentadora ajuizou ação visando a compelir o provedor Google a remover do seu site os resultados relativos à busca pela expressão “xuxa pedófila” ou, ainda, qualquer outra que associasse o nome da apresentadora a uma prática criminosa qualquer. O pleito liminar foi deferido para que o Google se abstivesse de disponibilizar aos seus usuários aqueles resultados. A última corte a se debruçar sobre o caso, até então, foi o Superior Tribunal de Justiça. Em julgado datado de 26 de junho de 2012, a 3ª turma do STJ, por unanimidade, decidiu que o Google era apenas um facilitador de informação e, por isso, a ação deveria ser movida contra aqueles que veicularam os dados. Na decisão ainda ficou consignado que não se pode reprimir o direito da coletividade à informação¹⁷. Por outro lado, o julgado

¹⁶“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ARTIGO 5º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (...) 2. Embora se possa cogitar em tese sobre um direito ao esquecimento, impeditivo de que longínquas máculas do passado possam ser resolvidas e trazidas a público, tal segredo da vida pregressa relaciona-se aos aspectos da vida íntima das pessoas, não podendo ser estendido ao servidor público, ou pessoas exercentes ou candidatas à vida pública, pois mais do que meros particulares, devem explicações ao público sobre a sua vida funcional pretérita ou presente. Note-se que a matriz constitucional de onde se pode extrair o direito ao esquecimento radica no artigo 5º, inciso X, e inicia dizendo que são invioláveis a intimidade, a vida privada etc., claramente afastando situação de vida funcional” (BRASIL, 2009).

¹⁷“CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. (...)”

poderia ter levado a discussão a outro patamar, enfrentando efetivamente a questão relativa ao direito ao esquecimento.

5. Caracterização do direito ao esquecimento e sua visão como direito fundamental

Ante a situação que se desenha nos casos mencionados, Peter Fleischer divide o direito ao esquecimento em três diferentes categorias¹⁸. A primeira delas, menos controvertida, faz referência ao direito de a pessoa apagar os dados que ela mesma torna disponível na rede. A segunda categoria, de controvérsia mediana, envolve a possibilidade de apagar informações disponibilizadas pelo próprio usuário e copiadas/disponibilizada por terceiros. A última e mais controversa categoria faz referência à possibilidade de o usuário apagar dados seus disponibilizados por terceiros.

A possibilidade de deletar o conteúdo integrado à rede, e que ainda permanece em poder

5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. 6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa” (REsp 1316921/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/6/2012, DJe 29/6/2012).

¹⁸ Peter Fleischer (2011) pondera que as categorias ameaçariam gradualmente o direito à liberdade de expressão.

do usuário, é uma realidade que redes sociais ainda não partilham¹⁹. Há notícias de que as informações dos usuários permaneçam na base de dados por prazo indefinido (AUSLOOS, 2012, p. 10). Dessa forma, o direito ao esquecimento permitiria que os usuários confirmassem a exclusão de seus dados, após retirados da exposição pública.

A segunda categoria, por envolver terceiros, adquire matizes mais complicadas. Considerando que o usuário superou a primeira categoria – pois de fato conseguiu ter os dados que disponibilizara deletados pelo provedor após requisição –, o problema ocorre quando esse dado foi replicado por um terceiro. Em tese, pessoas/amigos podem acessar os dados de outros usuário na rede, copiar e divulgar a informação, inicialmente com autorização. Todavia, o que ocorre quando o usuário solicita a essas pessoas que deletem a informação, mas elas se recusam a fazê-lo?²⁰

A mais séria colisão com o direito à liberdade de expressão ocorre com a terceira classificação. Nesta, o indivíduo nunca teve poder sobre os dados pessoais, bem como não foi o

¹⁹ A rede social Facebook armazena dados dos usuários que já solicitaram exclusão, sob o pálio de uma nova experiência na rede, conforme a seguinte passagem na política de privacidade: “Quando você opta por excluir algo que foi compartilhado no Facebook, nós o removemos do site. Algumas dessas informações são excluídas permanentemente de nosso servidores. No entanto, algumas só podem ser excluídas quando você exclui sua conta permanentemente. Isso acontece porque precisamos de certos dados para lhe fornecer a melhor experiência possível no Facebook. Por exemplo, salvamos informações sobre solicitações de amizade rejeitadas para que possamos saber a quais pessoas você não deseja se conectar. Também salvamos informações sobre marcações removidas para garantir que você não seja marcado na mesma foto” (grifo nosso). Isso deixa claro que o Facebook rastreia os seus usuários.

²⁰ Pelo menos no Brasil, o Facebook não tem uma solução para o problema. Conforme informações da rede social, “algumas de suas ações no Facebook não são armazenadas em sua conta, como publicações em um grupo ou envio de mensagens (seu amigo ainda pode ter a mensagem enviada, mesmo após a exclusão de sua conta). Essas informações permanecem depois que você exclui a conta”.

responsável pela disponibilização, realizada por um terceiro. A informação, em que pese fazer referência ao usuário, está disponível em razão da conduta de outra pessoa que tem interesse em tornar visíveis os dados.

Em face dessas ponderações, o direito ao esquecimento e ao apagamento previsto no art. 17, nº 1, deve ser interpretado em consonância com as exceções previstas no nº 3, alíneas de *a* a *e*. De fato, o usuário tem o direito de demandar a exclusão de dados pessoais, e o provedor de Internet deve “efetuar o apagamento sem demora, salvo quando a conservação dos dados seja necessária”, nas seguintes hipóteses:

“3. O responsável pelo tratamento deve efetuar o apagamento sem demora, salvo quando a conservação dos dados seja necessária:

(a) Ao exercício do direito de liberdade de expressão nos termos do artigo 80º;

(b) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 81º;

(c) Para fins de investigação histórica, estatística ou científica, nos termos do artigo 83º;

(d) Para o cumprimento de uma obrigação jurídica de conservação de dados pessoais prevista pelo direito da União ou pela legislação de um Estado-Membro à qual o responsável pelo tratamento esteja sujeito; a legislação do Estado-Membro deve responder a um objetivo de interesse público, respeitar o conteúdo essencial do direito à proteção de dados pessoais e ser proporcional ao objetivo legítimo prosseguido;

(e) Nos casos referidos no nº 4.

4. Em vez de proceder ao apagamento, o responsável pelo tratamento deve restringir o tratamento de dados pessoais sempre que:

(a) A sua exatidão for contestada pelo titular dos dados, durante um período que permita ao responsável pelo tratamento verificar a exatidão dos dados;

(b) Já não precisar dos dados pessoais para o desempenho das suas funções, mas esses dados tenham de ser conservados para efeitos de prova;

(c) O tratamento for ilícito e o titular dos dados se opuser ao seu apagamento e solicitar, em contrapartida, a limitação da sua utilização;

(d) O titular dos dados solicitar a transmissão dos dados pessoais para outro sistema de tratamento automatizado, nos termos do artigo 18º, nº 2.”²¹

Em suma, o provedor de Internet apenas se eximirá da obrigação de excluir os dados se fizer prova de alguma das exceções realizadas. Caso contrário, o desrespeito ao direito ao esquecimento pode causar uma

²¹ Proposta de Regulamento COM/2012/011. Artigo 17º.

multa que começa com € 1.000.000, podendo ser majorada a até dois por cento do rendimento anual em todo o mundo²².

Na Europa, discute-se se o direito ao esquecimento deve ser classificado como uma manifestação do direito à privacidade. Isso porque, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia lista o direito à privacidade separado da proteção de dados pessoais previstos nos artigos 7º e 8º, respectivamente. O direito ao esquecimento, apesar de ter como claro objetivo proteger a intimidade das pessoas, é um típico aspecto da proteção de dados pessoais, com consideração prática sob a privacidade da informação digital. Esse direito é, tão somente, relacionado ao conteúdo da Internet e ao sofrimento decorrente de sua disponibilidade.

Conforme a interpretação lastreada no direito à proteção de dados, o direito ao esquecimento é considerado direito fundamental. No Brasil uma possível consideração sobre o direito ao esquecimento estaria inserida no direito à privacidade – sendo, portanto, parte dos direitos fundamentais. De qualquer forma, a Internet “nos obriga a reexaminar a privacidade como um conceito” (CHEUNG, 2009, p. 192). O propósito de tal resignificação é permitir estabilidade de disposições legais e de identificar o possível âmbito de um novo fundamental direito ao esquecimento.

Uma das maiores dificuldades a ser enfrentadas pelo direito ao esquecimento é a ausência de fronteiras e limites na Internet e a existência de limites no mundo físico. Não obstante os provedores terem presença em todo o mundo, sua hospedagem ocorre, em geral, nos lugares onde a liberdade de comunicação tem maior guarida. Nesse sentido, haverá inúmeros pontos de toque entre ordenamentos diversos visando

a solucionar eventuais contendas que ocorram envolvendo o assunto. Assim, tendo em vista o largo espectro da presença da Internet no mundo, uma normatização supranacional deverá ser implementada para solucionar adequadamente os casos.

5. Considerações finais

A Internet é um poderoso recurso à disposição da humanidade. A despeito de tantos recursos, grandes responsabilidades advêm da utilização. Entre os vários aspectos problemáticos circunscritos ao mundo da Internet, a proteção de dados pessoais tornou-se um dilema. A característica atual da Internet que mais contribui para a questão é a necessidade de revelar dados pessoais. Na contramão dessa tendência, o controle mais efetivo das informações é um denominador comum entre os usuários.

Em uma sociedade democrática, a privacidade tem sido considerada suficientemente protegida por conferir aos indivíduos o “poder” para concordar ou discordar. Todavia, com o advento das novas tecnologias, referida prática mostra claramente as deficiências dessa abordagem. Há fatores que induzem ao raciocínio, segundo o qual, no que tange aos dados digitais, concordar ou não com algumas práticas é inócua. No mundo digital, requisitar a exclusão de informações pessoais não é garantia de remoção retroativa. O novo formato da rede mundial tem prejudicado a possibilidade de as pessoas gradualmente abandonarem o passado. Há uma visível dificuldade prática para ter certeza de que os provedores apagaram os dados, bem como de que estes não foram copiados por terceiros.

O mundo cibernético trouxe consigo a reivindicação de direitos que não figuravam expressamente em nenhuma constituição. Os provedores, voluntariamente, não garantem o

²² Proposta de Regulamento COM/2012/011. Artigo 79º, 5 (c), 6 (c).

controle aos indivíduos sobre seus dados. Nesse contexto, o direito ao esquecimento foi gestado e invocado onde indesejada exposição pública é dada ao passado da pessoa. Na Europa, tal direito é amparado pela alegação de que a exposição viola o direito fundamental à proteção de dados e, por via indireta, à privacidade (direitos de personalidade) em um grau injustificado por qualquer interesse público.

O direito ao esquecimento é uma legítima requisição para balancear o poder sobre dados pessoais. No momento em que os provedores obtêm os dados dos usuários, a informação fica à sua mercê. A propriedade que o titular tem sobre os dados é mitigada pela capacidade quase infinita de armazenamento de que gozam os provedores. Na era digital, com a facilidade de armazenamento, fácil recuperação e acesso global, esquecer tornou-se mais caro e difícil, enquanto lembrar é barato e fácil (MAYER-SCHÖNBERGER, 2009, p. 59). A partir da regulamentação que a Europa está realizando, o usuário passará a ter uma participação mais efetiva em relação aos seus dados que circulam na Internet.

Certamente, algumas vozes vão insurgir-se contra o direito ao esquecimento sob a alegação de uma suposta censura velada. É real a possibilidade de se confundir a retirada de dados da rede a um ocultamento da realidade. Entretanto, os contornos do referido direito evidenciam que não será absoluto. Seus limites serão impostos por outros direitos caros à sociedade, como direito à informação e à liberdade de expressão, em uma espécie de ponderação sobre o interesse em jogo.

O respeito à privacidade e à proteção de dados pessoais devem ser entendidos como cruciais para o desenvolvimento e sustentabilidade de uma sociedade democrática, bem como ao exercício de outros direitos fundamentais. No contexto atual, esquecer deixou de ser apenas um comportamento individual para tornar-se uma conduta conjunta da sociedade. Aos poucos, as pessoas começam a tomar consciência do risco que as informações na Internet podem causar. Essa gradativa consciência pode significar, em breve, uma diáspora das redes sociais e congêneres²³.

Referências

AGUIAR, Adriana. TJ do Rio livra TV Globo de indenizar Doca Street. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 8 fev. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-fev-08/tj_rio_livra_tv_globo_indenizar_doca_street> Acesso em: 26 dez. 2012.

²³ Um movimento inicial pode ser observado, ainda que nesse período de efervescência das mídias sociais (PACELLI, 2013).

ALEMANHA. Landgericht Hamburg. Acórdão 324 O 507/07, de 18 de janeiro de 2008. *OpenJur*, Hamburgo, 2008. Disponível em: <<http://openjur.de/u/371835.html>>. Acesso em: 3 fev. 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AUSLOOS, Jef. The 'right to be forgotten': worth remembering? *Computer Law & Security Review*, Amsterdam, v. 28, n. 2, p. 143-152, Apr. 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1970392>>. Acesso em: 2 jan. 2013.

_____; GRAUX, Hans; VALCKE, Peggy. The right to be forgotten in the internet era. Interdisciplinary Centre for Law and ICT (ICRI), Leuven, n. 11, Nov. 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2174896>. Acesso em: 1º jan. 2013.

BÉLGICA. Peter C. vs. NV RTL-TVI and the Belgian State, represented by the Minister of Justice, nr. AR 93/4069/A. *Court of First Instance of Brussels (20th Chamber)*, Bruxelas, 20 Sept. 2001.

BRASIL. Apelação cível nº 2003.70.00.058151-6/PR. Relatora: Marga Inge Barth Tessler. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 maio 2009.

CHEUNG, Anne S. Y. Rethinking public privacy in the internet era: a study of virtual persecution by the internet crowd. *Journal of Media Law*, Oxford, v. 1, n. 2, p. 191-217, Dec. 2009.

COMISSÃO EUROPEIA. *Proposta de regulamento do parlamento europeu e do conselho*. Bruxelas: [s.n.], 2012.

FLEISCHER, Peter. Foggy thinking about the right to oblivion. *Peter Fleischer: Privacy...?* [blog], Mar. 2011. Disponível em: <<http://peterfleischer.blogspot.com.br/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>> Acesso em: 30 dez. 2012.

FOWLER, Geoffrey A. Facebook: one billion and counting. *The Wall Street Journal*, New York, Oct. 2012. Disponível em: <<http://online.wsj.com/article/SB10000872396390443635404578036164027386112.html>>. Acesso em: 16 dez. 2012.

GAUDIN, Sharon. Total recall: storing every life memory in a surrogate brain. *Computer World*, Boston, Apr. 2008. Disponível em: <http://www.computerworld.com/s/article/9074439/Total_Recall_Storing_every_life_memory_in_a_surrogate_brain?taxonomyId=11&pageNumber=1>. Acesso em: 18 dez. 2012.

LIPTAK, Adam. The nation's borders, now guarded by the net. *The New York Times* [online], New York, May 2007. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2007/05/14/us/14bar.html?_r=0> Acesso em: 22 dez. 2012.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. New Jersey: Princeton University, 2009.

PACELLI, Shirley. Facebook começa a sofrer com evasão de usuários. *Correio Braziliense* [online], Brasília, jan. 2013.

REDING, Viviane. The EU data protection reform 2012: making europe the standard setter for modern data protection rules in the digital age. In: INNOVATION CONFERENCE DIGITAL, LIFE, DESIGN, 2012, Munich. *Anais...* Munich: [S.n.], 2012. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/26&format=PDF>> Acesso em: 21 dez. 2012.

ROSEN, Jeffrey. The right to be forgotten. *Stanford Law Review*, Stanford, Feb. 2012. Disponível em: <<http://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox/right-to-be-forgotten>> Acesso em: 20 dez. 2012.

_____. The web means the end of forgetting. *The New York Times Magazine* [online], Jul. 2010. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html?scp=1&sq=The%20Web%20Means%20the%20End%20of%20Forgetting&st=cse&r=0>>. Acesso em: 16 dez. 2012.

SUÍÇA. BGE 109, II 353: Paul Iniger: Contra a sociedade de rádio e televisão suíça. *Servat*, jun. 1983. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/c2109353.html>>. Acesso em: 26 dez. 2012.

UOL NOTÍCIAS. Crianças brasileiras são as mais jovens a entrar em redes sociais, aponta pesquisa. *UOL Notícias – Caderno Tecnologia* [online], out. 2011. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2011/10/25/com-media-de-9-anos-brasileiros-sao-os-mais-jovens-no-mundo-a-entrar-nas-redes-sociais.jhtm>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

WARMAN, Matt. EU fights ‘fierce lobbying’ to devise data privacy law. *The Telegraph*, Georgetown, Feb. 2012. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/technology/Internet/9069933/EU-fights-fierce-lobbying-to-devise-data-privacy-law.html>> Acesso em: 18 dez. 2012.

WEBER, Rolf H. The right to be forgotten: more than a pandora’s box? *JIPITEC*, Göttingen, p. 120-130, 2011.

A saúde no sistema penitenciário de Porto Alegre

ANDRESSA DE ÁVILA AMORIM
CÁSSIA JULIANA VARGAS DORNELLES
DANI RUDNICKI

Sumário

1. Introdução. 2. Saúde na prisão. 3. Na Penitenciária Feminina Madre Pelletier. 4. No Presídio Central de Porto Alegre. 5. Conclusão.

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo verificar a situação da saúde nas duas principais casas prisionais localizadas na cidade de Porto Alegre: o Presídio Central de Porto Alegre (PCPA) e a Penitenciária Madre Pelletier (PFMP). Ele analisa, pois, o direito à saúde, previsto no art. 6^o da Constituição Federal (CF) de 1988, em conjunto com o disposto no art. 196. Assim, aparece este como direito social, “[...] direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (CF, art. 196).

Sobre o tema, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal (Recurso Especial nº 267.612/2000):

“O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência hospitalar.”

Andressa De Ávila Amorim é advogada.

Cássia Juliana Vargas Dornelles é bacharel em Direito.

Dani Rudnicki é advogado, professor do Centro Universitário Ritter dos Reis e conselheiro do Movimento de Justiça e Direitos Humanos/RS e do Conselho Penitenciário do Rio Grande do Sul.

Regulamentando a questão, no que tange às pessoas privadas de liberdade, no art. 5º, XLIX, da CF, se observa que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” e a Lei de Execução Penal (LEP, Lei nº 7.210/84) garante, nos arts. 11 e 14, assistência à saúde, entre outras.

Todavia, sabe-se que a realidade prisional brasileira é caótica, verdadeira violência praticada pelo Estado contra cidadãos (por todos relatórios e denúncias existentes, cita-se o da CPI do Sistema Penitenciário de 2008).

Portanto, parte-se de hipótese de que a saúde dos presos e presas não possui atendimento adequado. Historicamente, essa ideia sustenta-se, visto que no período colonial brasileiro as prisões e cárceres eram tão somente lugares de detenção para suspeitos que estavam sendo julgados ou que aguardavam execução. Maia (2009, p. 223) declara:

“O sistema prisional na capital do vice-reinado do Brasil era caracterizado pela ausência de acomodações suficientes para o abrigo de tantos detidos, altas taxas de enfermidade e mortalidade devido às precárias condições sanitárias e elevados índices de fuga, dadas as ineficientes estruturas de segurança.”

Não diverso é o ensinamento de Holloway (1997, p. 65):

“O Calabouço [...] Era o único cárcere da cidade [do Rio de Janeiro] construído exclusivamente para escravos [...] As condições sanitárias eram horrorosas, assim como o calor e a fedentina nos compartimentos sem ventilação e a escassa comida que os carcereiros deviam fornecer em troca de taxas cobradas dos senhores. [...] Ao tomar conhecimento da situação do Calabouço em maio de 1831, o novo ministro da Justiça da Regência Provisória ordenou a venda imediata de numerosos escravos, ‘a maior parte de que há anos não apareceram os donos.’”

Ou de Trindade (2011, p. 1075):

“[...] Albuquerque (Presidente da província) visitou a Casa de Prisão com Trabalho para uma inspeção e declarou ter observado ‘o aspecto enfermo dos presos’ dizendo que não podia esperar outra coisa a considerar ‘as péssimas condições higiênicas que assaltam a vista do observador.’”

Trindade (2011, p. 1078) revela ainda que, entre 1861 e 1865, as doenças respiratórias lideravam as listas no sistema prisional, ocasionadas pelo ambiente frio e úmido das celas nas quais a maioria dos presos permanecia em tempo integral.

Na contemporaneidade, esse tipo de doença permanece a mais frequente no sistema. Nogueira e Abrahão (2009), escrevendo sobre os presídios de São Paulo, relatam que a tuberculose continua a manifestar-se como um problema de saúde grave para pessoas que vivem confinadas. No

Rio Grande do Sul, (RIO GRANDE DO SUL, 2006, p. 167), entre 2003 e 2005, aconteceram 469 mortes entre presos, sendo que em torno de 60% tiveram como causa doenças e dentre estas mais de 30% ocorreram por problemas pulmonares.

Deve-se considerar que a Aids, síndrome da imunodeficiência adquirida, com alta incidência no sistema prisional, enfraquece o organismo humano, permitindo o surgimento de doenças oportunistas, como tuberculose e câncer de pele (Sarcoma de Kaposi). Ela teve – e continua a ter – grande impacto no sistema prisional, ensejando, por exemplo, o lançamento nos anos 90 de revistas em quadrinhos no sistema penitenciário de São Paulo (“O Vira Lata”, de Garfunke e Malavoglia (2012)) e Rio Grande do Sul (“Lampadinha”, de Oliveira e Souza (1991)) inseridas em programas de prevenção.

De outra parte, devemos destacar que o Sistema Único de Saúde, criado pela Constituição Federal de 1988, com o intuito de garantir a universalização dos serviços médicos à população, na prática não consegue atender à demanda, constatando-se má qualidade dos serviços de saúde prestados.

Se essa é realidade para a população livre, não é diversa a situação para os presos, pois a saúde no sistema prisional nunca foi preocupação principal das autoridades da área, no Brasil e em países como a França (VASSEUR, 2000). Ao contrário, a questão da saúde da população carcerária foi e é percebida sob uma ótica reducionista, ou seja, limitada a ações no âmbito de algumas poucas doenças (hoje, a tuberculose e as DSTs/Aids). Mas a questão é muito mais complexa.

Assim, o direito de acesso dos encarcerados à saúde, apesar das garantias da legislação, é constantemente violado. A realidade mostra que os institutos prisionais são espaço de desumanidade e de disseminação de doenças.

Apesar de o Estado ter o dever de estabelecer políticas públicas que garantam acesso à saúde do cidadão e da população carcerária, isso não ocorre, dentro e fora dos muros das prisões.

Para compreender tal quadro, urge saber que desde 1946 a Organização Mundial de Saúde (OMS) declara que “saúde” é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Todavia, tal ideia representa ideal impossível, pois é inimaginável uma pessoa em “completo bem-estar físico, mental e social”. Essa é ideia que apresenta o ser humano de forma fantasiosa.

Adaptar tal concepção para a pessoa presa seria ainda mais inviável, pois em qualquer prisão, por mais “perfeita” que seja, existem fatores que impedem um “completo bem-estar físico, mental e social”. Mesmo que se resolvessem questões relativas a superpopulação carcerária e às condições insalubres das instituições, restaria o estresse devido ao encarceramento.

Mas se essa é a questão geral, o objetivo deste artigo é desvelar a realidade do atendimento à saúde nas Casas citadas. Para tanto, este artigo contou com o trabalho dos pesquisadores no sentido de conhecer *in loco* a situação, valendo-se de observação e entrevistas. No campo, houve preocupação em conhecer o local, verificar as instalações e equipamentos, obter informações sobre ações e projetos relacionados à saúde, verificar quais as doenças existentes e tratamentos disponíveis aos detentos e entrevistar a equipe de saúde.

Os onze dias de pesquisa na PFMP e no PCPA aconteceram nos meses de outubro e novembro de 2012. As entrevistas concentram-se nas partes três e quatro deste artigo. A identificação dos informantes resume-se, para preservá-los, em um apontamento sobre sua formação profissional, ou seja, aparecem como “enfermeira” ou “ginecologista”.

Por fim, cabe destacar que as hipóteses iniciais dos trabalhos que resultaram neste artigo indicavam uma situação de caos. Felizmente, a realidade verificada indica um quadro diverso. O percebido foi, em grande parte, surpreendente, e a situação permite imaginar uma realidade futura melhor.

2. Saúde na prisão

Nunes Júnior (2004, p. 78) afirma que o “direito à saúde é pressuposto básico para que haja dignidade humana” e acrescenta:

“O princípio da universalidade aponta que todo ser humano, só por sê-lo, tem direito de acesso ao sistema público de saúde. Tal acesso, contudo, há de se dar em compasso com o princípio republicano, que proíbe tratamento diferenciado aos cidadãos. Só o acesso igualitário assegura a correta distribuição dos recursos públicos na área da saúde, promovendo, portanto, a equidade no sistema” (NUNES JÚNIOR, 2004, p. 79).

Todavia, para além da condição de direito fundamental, não se pode deixar de mencionar que a saúde, é também dever. Essas questões aparecem no artigo 196 da CF, já citado, e nas lições de Sarlet (2001, p. 92):

“[...] impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.”

Primordial que se evidencie o fato de o Estado não poder deixar de estender as políticas públicas para cumprimento do dispositivo constitucional à população privada de liberdade, pois não se lhe exclui o direito à saúde. Logo, a partir da análise dos dispositivos da Constituição Federal de 1988, bem como da legislação infraconstitucional (em especial da LEP), afirmamos ser o acesso ao direito à saúde também conferido à população prisional, como forma de implementar e buscar a consolidação dos direitos das pessoas privadas de liberdade, sempre seres humanos.

E pensar sobre a situação da saúde das pessoas encarceradas implica conceituar saúde. Como referido e criticado, existe definição exarada pela OMS. Cabe ampliar a crítica destacando, com Mateus (2008, p. 66), que:

“[...] para além da assistência médica, há também de se observar outros elementos essenciais à efetiva proteção e promoção da saúde humana, aspectos esses que abrangem a questão da renda (já que a pobreza é a

maior ameaça à saúde), alimentação, habitação, educação, meio ambiente ecologicamente equilibrado, tecnologia, dentre tantos outros [...].”

Logo, quando se fala de saúde, há de se reportar igualmente a qualidade de vida e, confirmando com Segre e Ferraz (1997), entender que a definição da OMS, apesar de estar à frente do tempo, é irreal e ultrapassada. Afinal, ela significa pensar uma situação que impossível, pessoas irreais, livres de doenças, vivendo em “completo bem-estar físico, mental e social”. Algo improvável, para quem quer que seja.

Assim, a questão é, na realidade, o acesso à saúde, ao atendimento médico. Quais as condições postas para o atendimento dos presos no PCPA e na Madre Pelletier? Está ele em consonância com os direitos humanos? Está ele em consonância com a realidade do País?

Pesquisa sobre decisões proferidas pelos tribunais leva a compreender um pouco a realidade quando da aplicação a casos concretos:

“EXECUÇÃO. CONDENADO COM GRAVE ENFERMIDADE. PRISÃO DOMICILIAR. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. [...] Não é preciso ser médico para se constatar que a obstrução pulmonar crônica e infecção respiratória exigem local apropriado e isento de insalubridade. Sem dúvida, não é essa a realidade de nenhum dos nossos presídios. Por outro lado, o estado de desnutrição severa se atesta pelo peso atual do recorrente. Um homem adulto com peso de uma criança de 10 anos. Some-se a isso sua idade – 67 anos... [...] Precisando de cuidados especiais, é ele cuidado por outros presos! O que se revela aí é a ausência do Estado, que não tem condições de prestar-lhe a devida assistência. DECISÃO: Embargos infringentes acolhidos. Por maioria” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, embargos infringentes nº 70040658338/2011).

No mesmo sentido:

“Execução penal. Apenado portador de moléstia que exige acompanhamento e tratamento médico especializado. Assistência à saúde prevista no art. 14 da LEP descumprida, em razão da superlotação e precárias condições de higiene e salubridade do setor da Penitenciária Industrial de Caxias do Sul destinado aos presos em regime aberto e semi-aberto. Risco à saúde e à própria vida do apenado. Possibilidade de prisão domiciliar. Precedentes do STJ. Agravo ministerial improvido. Unânime” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, agravo nº 70016383648/2007).

Essa perspectiva de proteção do preso, encontra fundamento na ordem pátria e internacional. Em “As Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Prisioneiros”, (ORGANIZAÇÃO AS NAÇÕES UNIDAS, [19--]) assegura-se, entre outros, o direito a instalações limpas, adequadas, higiênicas, arejadas, salubres, a uma boa alimentação e a manuten-

ção da higiene pessoal do preso. Essas Regras foram internalizadas no País pela Resolução nº 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que criou as Regras Mínimas do Preso no Brasil e que determina assistência médica, farmacêutica, odontológica e psicológica aos detidos.

No âmbito nacional, além da CF e da LEP, em 2/4/2002, mediante a Portaria nº 628 (BRASIL, 2002), os ministros de Estado da Saúde e da Justiça estabeleceram um Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), visando a melhorias nas condições de saúde da população carcerária feminina e masculina do Brasil. Esse Plano foi alterado por meio da Portaria 1.777, de 9/9/2003, que prevê a inclusão da população carcerária no atendimento oferecido pelo Sistema Único de Saúde.

Outras duas resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária têm foco na preservação da saúde dos internos em estabelecimentos prisionais. A primeira é a nº 7, de 25/3/2003, alterada pela Resolução nº 6, de 9/5/2006, que estabelece Diretrizes Básicas para as Ações de Saúde nos Sistemas Penitenciários, propondo adoção de medidas para prevenção e controle de doenças (tuberculose, DSTs/Aids, hanseníase, hipertensão arterial e diabetes, saúde mental e bucal). A segunda, de nº 2, de 8/5/2008, propõe diretrizes básicas para a condução de presos durante o atendimento à saúde e condições mínimas de segurança para sua realização.

Em palestra na Secretaria de Segurança Pública do Rio Grande do Sul, em 30/1/2013, a psicóloga Renata Maria Dotta Panichi apresentou a Política Estadual de Atenção Integral à Saúde no Sistema Prisional, que faz parte do programa nacional. Ela explicou que se trata de política integrando União, Estados e Municípios, com aportes financeiros de todos, a fim de garantir unidades SUS em casas prisionais com mais de 100 presos (e aportes financeiros para municípios em que as prisões abriguem um número inferior a este).

Nesse sistema, os presos são atendidos pelo SUS, dentro e fora das prisões, conforme as necessidades e em igualdade com o restante da população. Ou seja, ingressam em filas comuns a todos cidadãos que procuram o sistema público, sem privilégios e sem prejuízos em virtude de sua condição de encarcerados. Destaque-se que essa política se restringe ao regime fechado, pois há o entendimento de que presos no semiaberto e aberto podem alcançar a rede SUS sem dificuldades (o que não é necessariamente verdadeiro e, portanto, enseja discussões).

Na palestra, foram apresentados dados mostrando o crescimento do atendimento no sistema prisional gaúcho: de oito equipes de saúde habilitadas no período 2007/2010 chegou-se a vinte entre 2011 e 2012, e

os incentivos para financiá-las aumentaram de 370 mil reais no primeiro período para mais de 3,437 milhões de reais no segundo.

No encontro, de que participaram psicólogos, enfermeiros, assistentes sociais, nutricionistas e técnicos que atuam no sistema gaúcho, as maiores preocupações versaram sobre a hepatite. Apontou-se ainda a drogadição como o grande problema de saúde pública a ser enfrentado.

O juiz da Vara das Execuções Criminais e Fiscalização dos Presídios, Sidinei Brzuska (2012), afirma que as mortes ocorridas no sistema prisional da região metropolitana, decorrem, na grande maioria, de doenças respiratórias ou oportunistas, de causas tratáveis:

“Referente a 250 óbitos, a maioria morre de tuberculose, pneumonia e broncopneumonia, somando da mais de 100%, pois o atestado de óbito normalmente aponta mais de uma causa da morte. O preso morre do que, basicamente? De doenças respiratórias. 76% morre de doença. 72% morre antes dos 40 anos. 88% dos presos morrem antes dos 50 anos, de doenças de causas tratáveis. Se pesquisar na história, talvez encontrasse, na sociedade, fora da cadeia, em 1400, 1550, onde as pessoas morriam nesta idade. Se transpor este dado para a população não carcerária, se resolvem dois problemas, o da superpopulação mundial e o da fome. Imagina que 88 de 100 pessoas morressem antes dos 50 anos, de causas tratáveis.”

Cabe destacar que hoje o atendimento à saúde, tanto na Penitenciária Feminina Madre Pelletier, quanto no Presídio Central de Porto Alegre, acontece dentro do Plano Nacional de Saúde no Sistema Prisional, desenvolvido por Estados, Municípios e União. No Rio Grande do Sul, o gerenciamento do protocolo é da Superintendência dos Serviços Penitenciários (Susepe) e prevê uma política de atenção integral à saúde prisional.

3. Na Penitenciária Feminina Madre Pelletier

Inaugurada em 1949, a PFMP era, até abril de 2011 (quando passou a funcionar também a Penitenciária Feminina de Guaíba), a única do estado do Rio Grande do Sul que abrigava, exclusivamente, mulheres. Foram religiosas da Congregação Nossa Senhora da Caridade do Bom Pastor D’Angeles que, a partir de 1936, a pedido do governador Flores da Cunha, assumiram o trabalho de propor “recuperação” para mulheres e adolescentes infratoras na cidade de Porto Alegre.

Na CPI do Sistema do sistema Prisional de 2008, apesar do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário já ter sido criado, foram constatadas irregularidades e descumprimento das leis e normas que tratam da assistência à saúde do preso. É que, nessa Casa, não havia sido implantado o Plano, e, assim, o relator da CPI de 2008 (BRASIL, 2008) denunciava:

“A falta de médicos e a precariedade do atendimento a saúde são constantes: ‘Eu já não agüento mais!’, grita, pela grade, uma senhora. Ela pede socorro e a ajuda dos Deputados da Comissão para conseguir remédios. ‘Eu tenho hepatite. Eu preciso de medicamento. Tô indo já. Tô em fase terminal!’, diz, em tom de desespero.”

Mas o problema é anterior. Schander (2005, p. 85) escreveu:

“Disseram-nos que no momento estavam sem pediatra na penitenciária, ou seja, elas já estão com falta de um médico. Também estão sem ginecologista. E então pensei, a LEP (Lei de Execuções Penais) não está sendo cumprida, elas estão sem atendimento médico. Depois refleti: quantas mulheres que não cometeram crime algum também não tem direito a pediatra para seus filhos e muito menos ginecologista para elas mesmas? [...]”

Relatório apresentado pela ONG Plataforma de Direitos Humanos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (DHESCA BRASIL, 2010), quando a Casa era ocupada por 533 detentas, em local preparado para receber 230, relatava dificuldades no setor da atenção à saúde. A Madre Pelletier dispunha tão somente de uma ginecologista (duas vezes por semana) e as condições físicas e sanitárias eram “péssimas”, tendo em vista o lixo encontrado nos corredores. Por fim, denunciava:

“A comissão entrevistou as presas e pôde constatar várias ofensas aos direitos humanos. As detentas relataram que uma das sanções disciplinares adotadas pela administração é o corte no fornecimento de medicamentos antirretrovirais para tratamento da AIDS e medicamentos antidepressivos. As presas da Ala B3 relataram aos integrantes da comissão, que outra punição aplicada é o fechamento do portão que dá acesso aos dois únicos vasos sanitários daquela Ala, que abriga 140 presas, obrigando-as a fazer suas necessidades fisiológicas nas suas próprias celas” (DHESCA BRASIL, 2010).

Gomes (2011) apresentava quadro com melhoras, pois, na época em que esteve nessa prisão, ela contava com a equipe de saúde composta por médicos de diversas especialidades (um cirurgião, um clínico geral, um infectologista e um ginecologista), além de farmacêutico, enfermeira, técnicos de enfermagem e dentista. Essa situação decorre da implantação de uma Unidade Básica de Saúde (UBS), em março de 2011, resultado da adesão ao PNSSP.

Em 2012, verifica-se que a penitenciária continua a contar com equipe multidisciplinar capaz de atender à integralidade da demanda das (agora) menos de 250 detentas que procuram o tratamento médico, odontológico e psicológico. A UBS funciona doze horas, das sete da manhã às sete da noite e, fora desse horário, as presas são atendidas pelo plantão de hospital conveniado.

Hoje, quando a presa ingressa na Penitenciária, é efetuada uma triagem na qual se verifica se ela apresenta algum problema de saúde; também se realizam exames para diagnosticar Aids, sífilis e gravidez. Se algum resultado for positivo, o tratamento pode começar imediatamente.

Uma ginecologista, que trabalha dentro da PFMP, desde abril de 2010, relata que antes da instalação da UBS, não existiam serviços de enfermagem, nem controle das medicações por farmacêutico. Apenas ela e um clínico geral faziam atendimento para todas as detentas (na época 550). Assim, houve melhora substancial na Casa com a instalação da Unidade e o oferecimento de atenção adequada às detentas.

Ela acrescenta que a maioria dos casos diagnosticados referem-se a doenças infecciosas e parasitárias, de cunho agudo, não tanto crônicas e degenerativas.

“[...] tu centrar no acolhimento, no ouvir o paciente e saber contemplar aquilo que o paciente vem buscar, aquilo que a detenta precisa; isso faz parte da saúde dela, integral. Grande parte das doenças são psicossomáticas, a gente sabe disso, elas se criam a partir de um núcleo que tu vives em que tu não tem saúde física, emocional, mental adequados. Então esse acolhimento, essa recepção que nós temos tão bem feita por essas técnicas, atualmente nós temos três técnicas, também que vieram do [Hospital] Vila Nova, também faz um diferencial muito grande no atendimento dessas mulheres” (Ginecologista).

Diz ainda:

“Acredito que nós temos muito o que melhorar porque o problema é muito grande, e as doenças que nós temos e as mulheres que nós temos aqui dentro precisam ser tratadas de uma outra forma, e essa forma muitas vezes ela tem que ser atingida através de muito diálogo, do olho no olho, de tu chegar no coração dessas mulheres. São mulheres que vêm de outro mundo, de outro tipo de sociedade e que se tu não entrar naquela linguagem delas, no entendimento do que significa pra elas estarem aqui e a possibilidade que elas têm de resgatarem tudo aquilo que elas acham que precisam resgatar. [...]”

Segundo a equipe de saúde da Unidade Básica de Saúde da PFMP, os tratamentos mais frequentes realizados dentro da penitenciária são dirigidos à hipertensão, diabetes, distúrbios psiquiátricos, pré-natal e HIV. O infectologista da UBS atende, atualmente, a dez pacientes portadoras de HIV e três com tuberculose diagnosticada. Uma enfermeira diz que o atendimento é de excelência:

“[...] elas reconhecem que tem medicação, que tem infectologista para tratar HIV aqui dentro, coisa que em liberdade quem tem HIV não consegue fazer uma coleta de CD4 e carga viral de 6 em 6 meses, aqui

é preconizado fazer de 3 em 3 meses e a gente faz acompanhamento. Para antirretrovirais, também não precisa entrar na fila de espera [...] E, mensalmente, fazendo consulta de enfermagem, acompanhamento, nutricionista elas têm acompanhamento, então elas mesmas reconhecem isto e deixam isto bem claro, do acesso, das consultas clínicas.”

Na área odontológica, o profissional indica uma média de 130 atendimentos ao mês (ou seja, a cada dois meses podem ser atendidas todas as presas).

Questionados sobre se a UBS oferece condições de trabalho adequadas, todos profissionais entrevistados responderam que sim – para realizar o atendimento básico, de atenção primária, bem como trabalhos de caráter preventivos com as detentas. Uma enfermeira destaca a existência de presas promotoras de saúde, promovendo trabalho de prevenção junto às demais e a ginecologista menciona que, com a implantação da UBS, deu-se prioridade à prevenção.

A dificuldade encontrada refere-se às especialidades médicas, tanto para internamento quanto para consultas. Os informantes destacam que o problema geral (a disponibilidade de atendimento pelo sistema municipal, com agendamento e espera) agrava-se pelo fato de necessitar apoio de outras equipes (escolta, em especial) e que, por vezes, ela não está disponível, necessitando refazer o esforço e obrigando a nova espera, o que gera indignação das presas.

Dessa forma, pode-se dizer que, na contemporaneidade, a situação do atendimento à saúde, no Presídio Feminino Madre Pelletier, foge ao (baixo) padrão de outras casas prisionais, sendo mesmo referência no atendimento de saúde às mulheres privadas de liberdade. Isso decorre da implantação da Unidade Básica de Saúde dentro da unidade prisional e do fim da superlotação.

4. No Presídio Central de Porto Alegre

O PCPA existe desde 1959 e foi construído para albergar 700 presos. Depois da implosão do Complexo do Carandiru (em dezembro de 2002), tornou-se o maior do Brasil e, em 2008, em virtude da superlotação e do (péssimo) estado de conservação, foi considerado um dos piores do País pela CPI do Sistema Penitenciário (BRASIL, 2008, p. 471). Em 2011, com uma capacidade de engenharia de 1.986 presos, chegou a receber 5.300 homens; hoje, por força de ordem judicial, não abriga mais do que 4.650.

O relatório final da CPI de 2008 (BRASIL, 2008) destaca que a assistência à saúde no PCPA não era prioridade, afirmando que apenas um médico cuidava dos detentos e que 123 estavam afetados pela Aids e 56, por tuberculose.

A partir de 2009, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, representado por Fernando Braga Viggiano e Milton Jordão de Freitas Pinheiro Gomes, realizou duas visitas ao PCPA. Na primeira, verificou que estão trabalhando dois médicos, um enfermeiro, cinco auxiliares de enfermagem, nove psicólogos, dois dentistas, duas nutricionistas, uma tecnóloga em radiologia e um farmacêutico.

O relatório apontou a existência de um programa para diagnosticar pessoas com tuberculose, HIV e hepatite (em média, 2 mil presos por mês) e informou que preservativos eram distribuídos diariamente aos detentos (VIGGIANO; GOMES, 2012)¹.

Em 2012, em nova inspeção, constataram que o programa para diagnóstico de tuberculose, HIV e hepatite deixara de ser realizado na intensidade antes verificada (estando restrita a cerca de 500 pessoas por mês). Destaque-se que o Conselho verificou que, em 2009, havia 97 presos portadores de HIV e, no ano de 2012, 72 presos; no que tange à tuberculose, em 2009, eram 60 presos e, em 2012, 105.

Dados colhidos *in loco*, registrados em relatório anual que a administração do ambulatório elabora, referente aos meses de janeiro a setembro de 2012, indicam que 4.080 passaram pelo projeto “Porta de Entrada” (no qual se realiza triagem a partir de informações fornecidas pelos presos e de um exame de raios-X e oferece a realização de exame para detecção de HIV e coleta de material para verificação de contágio por tuberculose).

Deve-se apontar que, antes do projeto “Porta de Entrada”, durante seis meses, a partir de 2009, existiu o projeto “Busca Ativa”. Ele propiciou a avaliação de 1.917 presos com relação à tuberculose. Um ano depois, porém, esse projeto foi finalizado por falta de recursos, insumos e material, sendo substituído pelo atual, que, diferentemente, atende aos ingressantes, mas não aos que já se encontram na Casa.

Os dados indicam também que o número de presos com HIV diagnosticados é de 553; todavia, são 626 a receberem tratamento antirretroviral, tratamento que pode, ou não, ser indicado para portadores do vírus da Aids, dependendo da situação clínica da pessoa. No que toca à tuberculose, foram realizadas 590 consultas e são 805 os que recebem ou receberam tratamento. O número de diagnosticados com hepatite “C” alcança 312 detentos.

Junto com a implementação desses projetos surge a parte mais moderna e destacada do ambulatório do PCPA: o laboratório de diagnóstico de tuberculose e HIV, implantado no interior do presídio, em 2010. No espaço que ocupa, o piso é novo e existe ótima iluminação, além de refrigeração; ele conta com cabine de segurança biológica para a análise e

¹ Rudnicki (2012) confirma a realidade dessa distribuição.

a manipulação das lâminas e culturas extraídas do exame de baciloscopia, três geladeiras, duas estufas para cultura do bacilo da tuberculose, entre outros equipamentos. Uma biomédica, que trabalha no local, destaca a excelência do laboratório, frisando que muitas cidades não possuem tal estrutura; ele atende ao PCPA e a mais 11 prisões gaúchas.

Em 2012, entre 20 e 30 pacientes, em tratamento de HIV e tuberculose, recebem medicamentos de forma assistida; ou seja, no próprio ambulatório, quer por possuírem histórico de abandono do tratamento, por falta de condições para se medicarem, quer por serem portadores da chamada tuberculose multidroga resistente, doença severa que impõe cuidados mais estritos.

Nesse período (janeiro a setembro de 2012), o relatório aponta que atendimentos ambulatoriais (como curativos, retirada de pontos, aplicação de insulina, entrega de medicação e outros procedimentos) totalizam 44.805 casos e os atendimentos médicos realizados no ambulatório alcançam 8.398 ocorrências. O PCPA garantiu ainda contato para a realização de 1.329 consultas com médicos especialistas vinculados ao SUS.

O número de presos encaminhados para o atendimento psiquiátrico alcançou 1.140 pessoas e 30 utilizam medicamentos controlados, recebendo a medicação de forma assistida no ambulatório.

O farmacêutico também relata casos de distribuição, de dez em dez dias, de medicamentos controlados. Essa medida é tomada para evitar que os detentos a percam, ou utilizem como elementos facilitadores de condutas suicidas, ou ainda evitar sua venda. A venda de medicamentos foi abordada também por outro informante, que relata presos chegando e apontando sintomas, diagnóstico e tratamento; ele lamenta, pois sabe que eles buscam remédios

para serem negociados dentro das galerias e nada pode fazer.

No PCPA, foram realizados no período 6.737 exames de Raios-X. Houve necessidade de encaminhar, nesses nove meses, 426 presos para internação hospitalar. A farmácia do PCPA atendeu a 49.506 requisições. O relatório aponta ainda 1.629 atendimentos odontológicos e 494 presos recebendo acompanhamento nutricional.

Os informantes apontam, como principais doenças encontradas no PCPA, as respiratórias, as dermatológicas e as mentais (dentre elas depressão, bipolaridade, esquizofrenia, crise de ansiedade e síndrome do pânico). Uma enfermeira considera que, dentro das possibilidades, a higiene do ambulatório é mantida e as condições de trabalho são favoráveis. Ela explica que, durante a noite, o ambulatório conta com o trabalho de duas técnicas em enfermagem (não há médicos à noite e nos finais de semana e, quando necessário, o detento é encaminhado a um hospital).

Atuam hoje, no PCPA, uma equipe composta por oito médicos (um com formação em psiquiatria), três enfermeiras, duas técnicas em radiologia e 13 técnicos em enfermagem, duas nutricionistas, uma biomédica, um farmacêutico e três dentistas; esse grupo pertence ao quadro da Susepe e do hospital conveniado. A equipe é complementada por oito policiais militares (sendo quatro técnicos em enfermagem) e cinco presos (três trabalhando como escriturários e dois na limpeza). Não compõem a equipe, mas atendem no presídio, três psicólogas vinculadas à Susepe.

Um sargento, que trabalha no setor de atendimento odontológico, declara que este acontece de forma eficaz, de acordo com a necessidade dos apenados; não existe, porém, assistência preventiva. Uma dentista revela que a causa dos problemas com saúde bucal originam-se no

desconhecimento da importância da higiene bucal e revela ser a perda dentária, consequência do uso exacerbado de drogas, um grave problema. Ela aponta como causa da situação a baixa renda dos detentos, cuja consequência é a falta de hábito para procurar um profissional da área.

Uma questão controversa refere-se a óbitos no sistema penitenciário. Na representação encaminhada, em 2013, pela Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul e outras entidades à Corte Interamericana de Direitos Humanos, advoga-se a causa (já levantada pelo juiz de execução criminal Sidinei Brzuska) de que as brigas nas prisões são resolvidas externamente, aumentando a taxa de homicídios. Além disso, repete-se a acusação do juiz, que declara ter a administração prisional evitado que presos morram na instituição, fazendo com que eles, quando em estado grave, sejam levados a hospitais, onde falecem.

Se, no resultado, assiste razão ao juiz, são raros os óbitos no interior do PCPA. E, quando acontecem, estão envoltos em mistério. Um informante, oficial da Brigada Militar, perguntado a respeito, declarou que não houve nenhum em 2011 e 2012; relatando que só há dados de dois óbitos fora do PCPA de presos que se encontravam, sob custódia, em hospital. Todavia, oficial de patente superior, menciona a uma morte por *overdose* e destaca ser impossível definir se acidental ou provocada – ou seja, se acidente, suicídio ou homicídio.

O relatório do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária de 2012, a partir de dados fornecidos por diretor técnico de hospital conveniado, registra a morte de 56 presos do PCPA por questões relacionadas à saúde, detalhando que foram 26 óbitos em 2010; cinco em 2011 e um em 2012 (considere-se que a soma dos três anos indica tão somente 32 mortes; essa discrepância está no relatório) (VIGGIANO; GOMES, 2012)².

Assim, em geral, os informantes opinam de forma positiva sobre a assistência à saúde existente hoje dentro do PCPA. Eles destacam que ela melhorou muito nos últimos anos e que os presos recebem mais atenção ali do que se em liberdade, sendo atendidos em outras unidades.

Um antigo diretor do PCPA, tenente-coronel que trabalhou na força tarefa de Brigada Militar na década de 90 e dirigiu a Casa entre 2011 e 2012, compara os tempos, dizendo:

“A convivência interna é melhor, tanto servidores como presos, as rotinas os serviços de saúde é muito melhor, a higiene do local é muito melhor,

² Outra questão polêmica refere-se à alimentação dos presos do PCPA; e ela é fundamental para garantir sua saúde. A CPI de 2008 declarou-a de péssima qualidade, insalubre. Rudnicki (2011) percebeu problemas nela; todavia, considerou-a nutritiva o suficiente para declará-la conforme os direitos humanos.

a forma como as relações na administração se estabelecem são muito melhores, houve uma evolução do trabalho nesses onze anos [...].”

Todavia, os informantes percebem ainda a existência de problemas, com relação às condições de frio no inverno e calor no verão, além da limpeza. Um destaca que o lixo é um dos maiores problemas no PCPA e interfere diretamente nos tratamentos prestados.

A respeito, sabe-se que ele é recolhido todas as noites e que a sua produção supera a capacidade de limpeza. Uma das razões relaciona-se a estratégia dos presos, pois como a prisão está próxima de residências e de ruas, os internos jogam lixo para fora das celas e pessoas em liberdade jogam objetos (celulares, drogas ilícitas) que se confundem com este. Em uma ocasião, foi apreendido um rato de plástico, em cujo interior estava um celular; a ideia era fazer os vigilantes pensarem se tratar de apenas mais um rato morto.

Um projeto que os informantes apontam como de destaque na área chama-se “Desintoxicação”. Em execução desde o ano de 2011, trata-se de convênio com hospital da rede pública que disponibiliza 18 leitos para tratamento de dependência química. Assim, os presos são levados ao hospital e lá permanecem por 21 dias e depois continuam o tratamento com supervisão de psicólogos e psiquiatra em uma galeria específica no presídio – a fim de evitar contato com outros setores, nos quais o uso de drogas, lícitas e ilícitas é frequente.

Deve-se destacar, porém, que esse modelo de tratamento sofre críticas de profissionais da área da saúde da própria Susepe; para eles, trata-se de modelo antigo, isolacionista e pouco eficaz em relação a recaídas. Mesmo os críticos, todavia, apontam a iniciativa como positiva, por significar uma ação em relação a um problema grave.

5. Conclusão

As hipóteses iniciais de qualquer pesquisa que pensa o sistema penitenciário, a partir das ideias propagadas pelo senso comum e/ou pela mídia, indicam que o sistema prisional vive no caos. Alguns elementos históricos também levam a pensar nessa perspectiva. Assim, mesmo que as prisões tenham uma história recente, de não mais do que 200 anos, seus problemas são recorrentes e pouco se transformam. Com a saúde disso se repete. Desde há muito, doenças respiratórias revelam-se as mais frequentes.

Além, disso, o ambiente carcerário reflete a sociedade na qual se insere, pois o fato de ser uma instituição total não significa que seja uma instituição isolada. Assim, o surgimento da Aids, na década de 1980, faz com que a questão da saúde (e cultura) prisional sofra, também, alterações.

Relevante igualmente para a saúde prisional é a criação, por determinação da Constituição Federal de 1988, do Sistema Único de Saúde. Porém, há dificuldades, pois, apesar da obrigação de o Estado garantir serviços de saúde, e de toda legislação pertinente, isso não acontece, de forma plena, dentro e fora dos muros das prisões.

As semelhanças entre a situação das pessoas diferenciam-se quando se sabe que os prisioneiros vivem, em seu cotidiano, uma realidade peculiar. O tempo na prisão tem características próprias; o dia a dia permite pensar mais por conta da ociosidade. Assim, cresce a incidência de estresse por conta da superlotação e das condições de vida adversas.

Nas prisões gaúchas, a realidade é a mesma e a cidade de Porto Alegre – onde se localizam dois presídios, um para público feminino e outro para masculino, tampouco é exceção. A CPI do Sistema Carcerário de 2008 criticou os dois presídios, mas há mudanças desde então. A Penitenciária Feminina Madre Pelletier teve sua população diminuída e, com o fim da superlotação, a situação foi amenizada; o Presídio Central de Porto Alegre também teve a população diminuída, mas como permanece sendo um dos maiores do País, a situação mantém-se ruim.

Todavia, quando se analisa a situação do acesso à saúde no sistema prisional, devemos considerar sua integração ao SUS; e é impossível não fazer relações com o Sistema oferecido à população em geral, levando em consideração duas premissas: 1) todos têm direito à saúde e 2) não pode haver distinção entre ninguém. Ou seja, o atendimento às pessoas privadas de liberdade não deve ser nem pior, nem melhor, do que o da população livre. Logo, a primeira consideração a ser levantada é de que houve progressos, conforme se observa na comparação entre relatos antigos e recentes sobre a questão no âmbito prisional.

E isso acontece com a implementação, nas Casas, das Portarias nºs 628/2002 e 1.777/2003, dos ministérios da Saúde e da Justiça. Com as Unidades Básicas de Saúde surgem equipes multidisciplinares nas prisões. Agora as presas na PFMP contam com quatro médicos, além de farmacêutico, enfermeiros, técnicos de enfermagem e dentista; os presos do PCPA, com oito médicos, enfermeiros, técnicos em radiologia e em enfermagem, além de nutricionistas, biomédica, farmacêutico e dentistas. E esses profissionais, informantes nesta pesquisa, opinam de forma positiva sobre a assistência à saúde existente dentro das penitenciárias.

E, considerando-se que ela não merece a atenção devida no País – os relatos sobre descasos e omissões repercutem quase que diariamente na mídia, deve-se pensar sobre o ideal e a realidade: manejar o ideal, buscando compatibilizá-lo com a realidade brasileira – aos presos cabe o que é conforme a dignidade de todo ser humano – nem mais, nem menos.

Assim, nas duas Casas existem programas voltados aos ingressantes e na feminina há referência a atividades preventivas; na masculina, funciona um programa voltado à drogadição. Porém, em ambas não há integração mais efetiva com o restante da rede de saúde, a fim de viabilizar ao egresso a continuidade do tratamento – dependendo deste buscar uma unidade de saúde.

A demanda por assistência por parte das detentas refere-se, em especial, a casos de hipertensão, diabetes, distúrbios psiquiátricos, pré-natal e HIV; no PCPA, a procura de consultas relaciona-se a doenças respiratórias, dermatológicas e mentais (dentre elas depressão, bipolaridade, esquizofrenia, crise de ansiedade e síndrome do pânico).

Em consequência, pode-se dizer hoje que a massa carcerária localizada em Porto Alegre, recebe assistência à saúde. E, conforme os servi-

dores da área, esse atendimento básico é prestado com base em condições de trabalho adequadas, estando a dificuldade concentrada no que se refere às especialidades médicas. É evidente que a qualidade do atendimento oferecido no Presídio Feminino Madre Pelletier é superior à do Presídio Central de Porto Alegre. Todavia, de forma geral, afirma-se estar sendo a assistência curativa prestada de forma eficaz.

Embora a saúde não seja, de fato, garantida, dado que as condições das prisões, por si sós, não se mostram adequadas, impossível pensar em qualidade de vida com esgoto ou restrição de liberdade. A ideia de pobreza e a falta de liberdade inviabiliza a efetividade da garantia à “saúde”.

Ademais, há situações ainda sem respostas. Além da questão da permanência dos filhos com a mãe presa, não abordada neste trabalho, podem-se citar as controvérsias relativas ao projeto “Desintoxicação” e aos óbitos no sistema prisional.

Por fim, destaca-se que, apesar de haver uma assistência razoável e compatível com a prestada fora dos muros institucionais, assistência à saúde e garantia do direito à saúde não são sinônimos. Logo, a promoção de uma não garante a outra. Além disso, privação de liberdade não rima com saúde. Dessa forma, ainda que se tenha uma assistência à saúde digna, não se garante direito à saúde, pois seria necessário modificar um sistema prisional que apresenta incompatibilidade intrínseca com a noção de liberdade e saúde, inclusive a mental.

Referências

AMORIM, Andressa de Ávila. *Saúde no presídio central De Porto Alegre/RS*. 2012. Trabalho de conclusão de Curso - Faculdade de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis, Canoas, 2012.

BRASIL. Ministérios de Estado da Saúde e da Justiça. *Portaria interministerial nº 628/2002*. Salvador: MPBA, 2002. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/cidadania/gesau/legislacao/temas/penitenciario/portaria_interministerial_628_02.pdf>. Acesso em: 21 set. 2012.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Plano nacional de saúde no sistema penitenciário*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

_____. Ministério Público Federal. *CPI do sistema carcerário: relatório final*. Brasília: MPP, 2008. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/sistema-prisional/relatorio-final-cpi-sistema-carcerario-2008>>. Acesso em: 19 set. 2012.

BRZUSKA, Sidinei. O colapso do sistema prisional (entrevista). *Revista Bastião*, Porto Alegre, 24 nov. 2012.

DORNELLES, Cássia Juliana Vargas. *Saúde na penitenciária feminina Madre Pelletier*. 2012. Trabalho de conclusão de Curso - Faculdade de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis, Canoas, 2012.

- GARFUNKEL, Paulo; MALAVOGLIA, Libero. *O vira lata*. São Paulo: Peixe Grande, 2012.
- GOMES, Viviane Cristina Donini. *Crianças no cárcere*. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis, Canoas, 2011.
- HOLLOWAY, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XIX*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.
- MAIA, Clarissa Nunes et al. (Org.). *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.
- MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- NOGUEIRA, Péricles Alves; ABRAHÃO, Regina Maura Cabral de Melo. A infecção tuberculosa e o tempo de prisão da população carcerária dos Distritos Policiais da zona oeste da cidade de São Paulo. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 30-38, mar. 2009.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. O direito à saúde e a efetividade dos direitos sociais. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudo de Bauru/SP*, São Paulo, n. 41, p. 77-79, set./dez. 2004.
- OLIVEIRA, José Bem Hur de; SOUZA, Eclair de. *Lampadinha*. Porto Alegre: [s.n.], 1991.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras mínimas para o tratamento dos prisioneiros*. Genebra: ONU, [19--].
- PLATAFORMA DE DIREITOS HUMANOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS (Dhesca Brasil). Relatório de missão: visita à penitenciária madre pelletier em Porto Alegre, RS. *Dhesca Brasil*, Curitiba, 2010. Disponível em: <http://www.dhescabrasil.org.br/attachments/349_Relat%C3%B3rio%20Porto%20Alegre.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2011.
- RIO GRANDE DO SUL (Estado). Secretaria da Segurança Pública. Superintendência dos Serviços Penitenciários. Departamento de Tratamento Penal. *Política de atenção integral à saúde prisional*. Porto Alegre: [s.n.], 2011^a. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1315597369_SAUDE.pdf>. Acesso em: 20 set. 2012.
- _____. Secretaria da saúde. *Resolução nº 257/11 – CIB/RS*. Porto Alegre: [s.n.], 2011b. Disponível em: <http://www.saude.rs.gov.br/upload/1338407229_Resolucao%20CIB%20257%202011.pdf>. Acesso em: 20 set. 2012.
- _____. Assembléia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. *Relatório azul 2009: garantias e violações dos direitos humanos*. Porto Alegre: CORAG, 2009. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/Download/CCDH/RelAzul/relatorio_azul%202009.pdf>. Acesso em: 23 out. 2012.
- _____. Assembléia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. *Relatório azul 2006: garantias e violações dos direitos humanos*. Porto Alegre: CORAG, 2006.
- _____. Assembléia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. *Relatório azul 1999-2000: garantias e violações dos direitos humanos*. Porto Alegre: CORAG, 2000.
- RUDNICKI, Dani. Comida e direitos humanos no presídio central de Porto Alegre. *Revista DIREITO GV*, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 515-538, jul./dez. 2011.
- _____. Três dias no presídio central de Porto Alegre: o dia-a-dia dos policiais militares. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 193, p. 49-63, jan./mar. 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHANDER, Mirela Fagundes. Relatórios. In: COSTA, Bárbara Silva et al (Org.). *Ensino jurídico e realidade prisional: impressões dos acadêmicos de Direito do Uniritter sobre presídios gaúchos*. Porto Alegre: Uniritter, 2005.
- SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 31, n. 5, p. 583-542, out. 1997.

TRINDADE, Claudia Moraes. Doenças, alimentação e resistência na penitenciária da Bahia, 1861-1865. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 1073-1093, out/dez. 2011.

VASSEUR, Véronique. *Médecin-chef à la prison de la Santé*. Paris: Le Cherche Midi, 2000.

VIGLIANO, Fernando Braga; GOMES, Milton Jordão de Freitas Pinheiro. *Relatório de visitas de inspeção no Estado do Rio Grande do Sul*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2012. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE9614C8CITEMIDA5701978080B47B798B690E484B49285PTBRIE.htm>>. Acesso em: 19 set. 2012.

O direito quilombola e a democracia no Brasil

LILIAN CRISTINA BERNARDO GOMES

Sumário

1. Introdução. 2. Da invisibilidade quilombola (1888-1970) à visibilidade no processo constituinte (1987-1988). 3. A publicização do direito quilombola ao território na arena do Legislativo Federal. 4. Considerações finais.

1. Introdução

A sociedade brasileira experimenta, desde a década de 1980, um revigoramento da sociedade civil (AVRITZER, 2009) e um processo de expansão das demandas por direitos diversos, ligados às questões de gênero (ARAÚJO, 2002; MATOS, 2010), raça (NASCIMENTO, 1980; CARNEIRO, 2002) e direito à terra/territorialidade¹ das comunidades tradicionais² (LEITE, 1995; ALMEIDA, 2006; GOMES, L., 2009), apenas

¹ No presente estudo, a categoria território é utilizada para expressar um modo próprio de relação com a terra que inclui modos próprios de criar, fazer e viver, e compreende que é o espaço necessário para a reprodução física, cultural e simbólica das comunidades quilombolas, que vivem no modo coletivo de uso da terra.

² Embora a Constituição de 1988 tenha artigos voltados apenas para indígenas e quilombolas, há uma gama de grupos que se relacionam com a terra em outros parâmetros que não a partir do princípio da propriedade individual passível de compra e venda. Diversos grupos – tais como seringueiros, sertanejos, quilombolas, povos indígenas, quebradeiras de coco, pescadores artesanais, caiçaras e geraizeiros, comunidades de terreiros, pantaneiros, ciganos, fundos de pasto e faxinais – têm reivindicações diversas. Em 7 de fevereiro de 2007, foi estabelecida, por decreto presidencial (Decreto nº 6.040), a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT), ligada ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) e Ministério do Meio Ambiente (MMA). Diversos instrumentos de acordos internacionais também reforçam esse direito como, por exemplo, a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (2001), a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), assinada em 1989, da qual o Brasil foi signatário em 2002. No art. 2º dessa Convenção é reconhecido como critério

Lilian Cristina Bernardo Gomes é bolsista de pós-doutorado do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

para citar alguns. No entanto, essas demandas por reconhecimento, redistribuição e representação (FRASER, 2007) enfrentam diversos entraves para sua efetivação (DAGNINO; 1994; SANTOS; AVRITZER, 2002), porque elas estão relacionadas às dimensões da justiça social – tema que ganhou maior centralidade e diferentes formulações a partir da década de 1970 (RAWLS, 1971; HONNETH, 2003; FRASER, 2003). Isso requer uma mudança no modo como o sistema capitalista está estruturado no País. Embora a Constituição de 1988 tenha ampliado o rol dos sujeitos de direitos (ALVAREZ, DAGNINO; ESCOBAR, 2000, p. 23), ainda são muitos os limites para a sua efetivação.

Um dos grupos que impõe ao Estado brasileiro o desafio de reconhecimento, redistribuição e representação política e jurídica³ é o dos quilombolas, tratado no presente artigo. O direito desses grupos está ligado às lutas dos negros⁴ contra o racismo no Brasil (NASCIMENTO,

fundamental os elementos da autoidentificação dos povos. Esses e outros acordos internacionais são importantes marcos legais no processo de construção desse direito na cena pública nacional.

³ O marco teórico de Nancy Fraser (2003, 2007) da tripla dimensão de justiça (reconhecimento, redistribuição e representação) é central neste artigo e dois aspectos devem ser ressaltados. O primeiro é que, no caso do direito quilombola, parece-nos importante acrescentar a dimensão da representação jurídica, pois a temática quilombola que liga terra e raça leva à necessidade de trato com os embates que ocorrem no âmbito do sistema de justiça. O segundo aspecto é que, embora a teorização de Nancy Fraser (2003, 2007) seja central neste artigo para pensar as questões do direito quilombola, parece-nos importante, no uso de tal teoria, manter os devidos distanciamentos, pois essa concepção foi elaborada no contexto do Norte global, sendo necessário, portanto, estar atento para as especificidades da realidade brasileira.

⁴ A luta dos negros, que adquiriu maior visibilidade no cenário político nacional, após a promulgação da Constituição de 1988, foi a luta pelas cotas raciais nas universidades, a qual teve importantes vitórias em 2012 nos processos que tramitavam no Supremo Tribunal Federal (STF). A luta pelas cotas raciais nas universidades faz parte de um rol maior de reivindicações dos movimentos sociais negros, que denunciam o déficit de reconhecimento, redistribuição e representação política voltados para as demandas dos negros no Brasil.

1980; HANCHARD, 1994; CARDOSO, 2002) e pela implementação de políticas públicas que reconheçam que as desigualdades no Brasil têm um cunho racial (HENRIQUES, 2001; JACCOUD; BEGHIN 2002). A luta e a resistência dos quilombolas iniciaram-se muito antes da década de 1980 (LEITE, 2008, p. 102). Contudo, é apenas com a garantia do direito desses grupos na Constituição de 1988 que a demanda quilombola pelo território ganha visibilidade na arena pública nacional. O reconhecimento público do direito de tais segmentos sociais, expresso na Constituição⁵, é um marco no processo de luta local desses grupos, já que, desde a abolição da escravidão (1888), a questão dos quilombos ficou invisibilizada, fazendo parecer que estava superada e extinta, juntamente com a escravidão (ALMEIDA, 1996, p. 15). No entanto, diversos relatórios antropológicos (GUSMÃO, 1996, 1998; ALMEIDA, 2006; LIMA, 2007; MOTA, 2003) apontam que esses grupos construiriam formas diversas de ocupação do território em momentos históricos diferentes, constituindo-se em patrimônio histórico e cultural de toda a população brasileira (SARMENTO, 2007, p. 83). Assim, as comunidades quilombolas são realidades específicas, estabelecidas por sua própria trajetória, referidas a situações históricas e a contextos completamente diferentes. Esses grupos têm suas especificidades ligadas à concepção das terras tradicionalmente ocupadas que “expressam uma diversidade de formas de existência coletiva de diferentes povos e grupos sociais em suas relações com os recursos da natureza” (ALMEIDA, 2008, p. 25).

Existe uma diversidade de denominações e territorialidades específicas, tais como: terras de

⁵ O art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina que: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

preto, terras de santo, terras de índios, terras de irmandade, terras de parentes, terras de ausente, terras de herança (e/ou terras de herdeiros) e patrimônio (ALMEIDA, 2006, p. 113), terras de mulheres (GUSMÃO, 1996, p. 77), dentre outras. Assim, essas situações sociais devem ser compreendidas a partir dessa pluralidade de construções territoriais que, além do art. 68 do ADCT, estão protegidas pelos art. 215 e 216 da Constituição Federal, que identifica indígenas e negros como patrimônio cultural brasileiro e aponta-os como partícipes do processo civilizatório nacional (BRASIL, 1988b, art. 215, § 1º). Deve-se demarcar que esse direito visa a responder a uma demanda presente na atualidade. Devido a essas especificidades, o desafio para o Estado brasileiro é o de garantir o direito ao território a esses grupos, de modo a respeitar seus elementos étnico-raciais e a efetivar, assim, uma justiça de reconhecimento e redistribuição. Ademais, ao garantir o direito desses grupos, o Estado estará assegurando a todo o povo brasileiro o direito à demodiversidade, na medida em que a pluralidade das formas de criar, fazer e viver dessas comunidades estará protegida como patrimônio histórico e cultural do povo brasileiro.

O presente artigo pretende apresentar algumas características do direito desses grupos, o modo como essa questão entrou no espaço público brasileiro no processo constituinte (1987-1988), mas, sobretudo, tem como objetivo perpassar toda a legislação proposta no âmbito do Legislativo federal (1995-2012), buscando compreender em que medida essas ações estão ou não ligadas à preservação desse patrimônio, o que contribui para o aprofundamento democrático no Brasil.

Para apresentar esses elementos, o artigo divide-se em três partes. Na primeira, é feita uma contextualização sobre o modo como a questão quilombola passou por diversos mo-

mentos na história do País: no período colonial e imperial eram consideradas pelo Estado como formas de subversão à ordem; posteriormente, com a abolição da escravatura em 1888, ficaram invisibilizados, permanecendo assim até a garantia desse direito pela Constituição de 1988. A segunda parte trata dos projetos de leis e outras proposições do Legislativo federal ligadas à titulação quilombola, indicando ações que se voltam para o reconhecimento do direito desses grupos assim como outras ações que buscam a restrição desse direito. Finalmente, na terceira parte, passa-se às considerações finais.

2. Da invisibilidade quilombola (1888-1970) à visibilidade no processo constituinte (1987-1988)

Antes da apresentação das principais ações do Legislativo federal ligadas aos quilombolas, indica-se, a seguir, o modo como essa questão foi tematizada no espaço público nacional. Se até a abolição da escravatura a existência de quilombos era considerada uma grave subversão à ordem, no período posterior a ela⁶ até o processo constituinte (1987-1988), essas realidades ficaram inviabilizadas, fazendo parecer que essa era uma questão extinta juntamente com a escravidão (ALMEIDA, 1996, p. 15). No entanto,

⁶ No período de escravidão no Brasil, os quilombos eram tratados como uma forma de subversão à ordem. Em resposta, datada em 2 de dezembro de 1740, a uma consulta feita ao rei de Portugal pelo Conselho Ultramarino, a Metrópole assim define quilombo ou mocambo: “toda habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados nem se achem pilões neles” (MOURA, 1983, p. 16). Em alvará, datado em 3 de março de 1741, é definido que se “[...] marcasse com ferro quente um F, e na reincidência se lhes cortasse uma orelha. [...] Foram criados os chamados capitães do mato, espécie de esbirros que os iam buscar onde se achassem ocultos, e aos quais se deu Regimento em 1724; sem que pudessem sofrer pena pelas mortes que fizessem no exercício de sua tarefa, exceto se claramente constasse que o tinham feito de propósito e sem justa necessidade de defesa” (MALHEIRO, 1976, p. 35).

a partir da década de 1970, as articulações dos movimentos negros do Norte e Nordeste com os movimentos do Sudeste fizeram com que a questão quilombola ganhasse progressivamente maior visibilidade no espaço público nacional (ALBERTI; PEREIRA, 2007). A atuação dos movimentos sociais negros foi fundamental para a visibilização dessa luta e para a denúncia de que a questão quilombola está vinculada a dois grandes desafios ao processo de aprofundamento democrático no Brasil: a superação do racismo e o modo como as terras foram distribuídas no País, gerando grandes desigualdades no modo de acesso a elas. Isso nos remete à necessidade de compreensão de como raça e terra estão articuladas ao modo de estruturação do Brasil, o que causou um déficit de extensão da cidadania ao conjunto da população brasileira e ao desenvolvimento de formas perversas de racismo (FERNANDES, 2007, p. 203).

Dados os limites deste trabalho, não será possível aprofundar essa questão, mas parece relevante o modo como o autor Anthony Marx (1998) interpreta essa imbricada relação entre terra e raça. O autor indica que a compreensão das relações raciais no Brasil está ligada às especificidades do colonialismo português no País.⁷ Na análise sobre esses processos nos Estados Unidos, África e Brasil, o autor argumenta que os estados-nação fazem uma escolha sobre o modo de exclusão dos negros e estabelece alianças com as elites brancas (MARX, 1998, p.

XIII). Sem pormenorizar os desdobramentos do uso desse argumento, quero ressaltar que essa aliança é perceptível no Brasil. A distribuição de terras desde o período colonial é matéria complexa, pois as terras foram concedidas aos ricos e poderosos (DEAN, 1996, p. 163). Esse modo de dominar o sistema de distribuição de terras, utilizado pelos grandes proprietários rurais, adentra o século XVIII, tornando difícil o acesso às terras para outros grupos. Tal sistema consolida-se com a Lei de Terras de 1850 – que afirma os fundamentos jurídicos e de mercado –, elaborada no momento em que o Brasil buscava modernizar-se como nação e alinhar-se entre os países mais desenvolvidos. Ou seja, a opção por ligar a terra ao mercado – o que significaria aprofundamento das desigualdades socioeconômicas – é parte da própria concepção de modernização adotada no Brasil (HOLSTON, 2008, p. 8). O que se quer enfatizar é que as elites tinham tanto os recursos econômicos, para terem acesso às terras, como os meios para se manterem na legalidade. Por outro lado, grupos que ocupavam efetivamente as terras, mas não tinham a documentação escrita, colocavam-se do outro lado da lei, como era o caso de muitas das comunidades quilombolas.

Essa situação fazia com que as comunidades de quilombos tivessem que lutar para permanecer em suas terras. Pode-se citar o exemplo das lutas em Goiás (BAIOCCHI, 1983), no Pará (ANDRADE, 1995), na Bahia (CARVALHO; DORIA; OLIVEIRA, 1996) e no Sul do Brasil (LEITE, 1995). E essa demanda apenas alcançou o espaço público nacional com a articulação dos movimentos negros do Norte e Nordeste com os movimentos negros, sobretudo do Rio de Janeiro. Desde a década de 1980, o Centro de Cultura Negra do Maranhão (CCN), com o Projeto Vida de Negro (CCN/MA/PVN), e o Centro de Estudos e Defesa do Negro do Pará (Cedenpa), empenharam-se, nos encontros

⁷ Anthony Marx (1998) desenvolve estudo no qual perpassa o modo como a escravidão foi adotada nos Estados Unidos, África do Sul e Brasil. O argumento central do autor é que os Estados-nação produzem a raça e que por meio de barganhas as elites implantam a autoridade do Estado e unificam um núcleo constituído por brancos dentro do Estado-nação mediante a exclusão dos negros. O autor indica que a forma de estabelecimento dessa exclusão pode ocorrer de modos diferentes e exemplifica com seus estudos de caso: Estados Unidos, África do Sul e Brasil. Anthony Marx (1998) afirma que as elites estatais têm como objetivo a estabilidade e efetivamente usam a dominação racial para esse fim (MARX, 1998, p. XIII).

dos movimentos sociais negros, na defesa da proposta ligada aos direitos das comunidades negras rurais. Durante o processo constituinte (1987-1988), configura-se uma arena de embates em torno do direito quilombola que opõe deputados constituintes ligados aos movimentos sociais negros, que trabalhavam para a constitucionalização desse direito (LEITE, 2008), aos deputados que se apresentavam contrários à introdução dessa questão na Carta Magna do País (SILVA, 1997).

Diversas entidades negras iniciaram o debate sobre a necessidade de uma norma a ser introduzida na Constituição que garantisse um leque de direitos aos negros no Brasil – entre eles, o direito das comunidades negras rurais do Brasil às suas territorialidades. Tal debate teve lugar na Convenção Nacional do Negro e a Constituinte⁸ ocorrido em Brasília nos dias 26 e 27 de agosto de 1986. No registro dos Anais da Câmara indica-se que em 7 de abril de 1987, na fase preliminar do processo constituinte, foram apresentadas, pelo então diretor do Centro de Estudos Afro-Brasileiros, Carlos Alves Moura, as demandas tiradas na “Convenção Nacional do Negro e a Constituinte”. A demanda que se refere às comunidades negras de quilombos recebeu a seguinte redação: “será garantido o título de propriedade da terra às comunidades negras remanescentes de quilombos, quer no meio urbano ou rural” (BRASIL, 1987, p. 531).

Os registros da entrada dessa demanda no processo constituinte indicam que, ainda na fase B, a então deputada constituinte Abigail Feitosa (PMDB/BA) apresentou, em 18 de maio de 1987, a primeira proposta de introdução

⁸ A coordenadora da Convenção foi Maria Luiza Junior e esse evento contou com a participação de 63 entidades de 16 estados do Brasil. No suplemento do Diário da Assembleia Constituinte, datado de maio de 1987, indica-se que entre essas entidades estavam o movimento negro, grupos sociais, partidos políticos e cidadãos interessados na causa (BRASIL, 1987).

desse direito na nova Carta Magna. Contudo, tal proposta foi rejeitada, e após várias tentativas de outros deputados apenas em 20 de agosto de 1987, na fase M, o então deputado Carlos Alberto Caó (PDT/RJ) reapresentou essa questão do direito quilombola.⁹ Foi dado, então, o Parecer de que essa questão deveria ser considerada nas Disposições Transitórias.

Dados os limites deste trabalho, não é possível entrar nos detalhes desse processo, mas o estudo dos anais do processo constituinte permite afirmar que a entrada desse direito nos projetos da Constituição não recebeu inicialmente muita atenção dos constituintes, sobretudo daqueles que posteriormente se mostraram contrários à introdução desse direito na nova Carta Magna. Isso pode ser atestado por duas evidências. A primeira é que o direito das “comunidades negras remanescentes de quilombos” estava presente nos projetos discutidos na Comissão de Sistematização, sobretudo no segundo semestre de 1987, sem que sofresse nenhuma alteração substancial da emenda proposta por Carlos Alberto Caó (PDT/RJ). A segunda evidência está relacionada a um novo redirecionamento no trato dessa questão, o que aconteceu com a organização do “Centrão”. Durante o processo constituinte (1987-1988) a União Democrática Ruralista (UDR)¹⁰ desempenhou papel fundamental no debate sobre a temática

⁹ O artigo recebeu a seguinte redação nessa proposta: “Fica declarada a propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes de Quilombos, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Ficam tombadas essas terras bem como documentos referentes à história dos Quilombos no Brasil”.

¹⁰ A União Democrática Ruralista (UDR) foi fundada em 1985 como forma de pressão dos proprietários rurais sobre o governo diante das invasões de terra no Pontal do Paranapanema. “Dois grupos formavam a frente ruralista. Um grupo tradicionalista, preocupado com a reforma agrária, e outro grupo de agroempresários modernos, desejosos de controlar o processo de redistribuição de terras no país, bem como modernizar a política agrícola nacional” (RODRIGUES, 2000, p. 10). A UDR, hoje, é menos influente do

agrária, ganhando maior força após a organização do “Centrão”, bloco suprapartidário composto por 152 parlamentares, organizado a partir de outubro de 1987, e que obteve importante vitória com a aprovação em janeiro de 1988 do novo Regimento Interno (BRASIL, 1988⁸). Isso permitiu uma maior centralização do processo constituinte. Uma das mudanças procedimentais trazidas pelo novo Regimento Interno, por exemplo, era uma diminuição do poder da Comissão de Sistematização e um maior poder de decisão para a Plenária. Gomes (2006) indica que essa era uma estratégia importante para o “Centrão” devido ao fato de que este compreendia que a esquerda estava excessivamente representada na Comissão de Sistematização (GOMES, S., 2006, p. 210). No entanto, mesmo depois da organização do Centrão, o direito das comunidades negras foi aprovado nas chamadas “Emendas do Centrão”, de 12/1/1988, no Ato de Disposições Gerais e Transitórias (art. 25)¹¹. A entrada desse direito e de outros nas “Emendas do Centrão” foram chamadas, no editorial da Folha de S.Paulo de 13 de janeiro de 1988, de “absurdos do Centrão”.

No entanto, essa relativa displicência do “Centrão”, sobretudo dos representantes das elites agrárias, ao apresentar o direito das “comunidades negras” de quilombos na Constituição foi substituída, nos meses subsequentes, por uma demonstração de preocupação do “Centrão”, por meio dos Constituintes da UDR. O jornal *O Globo* de 10 de junho de 1988, indicava que o “Centrão” votaria “contra a proposta do Deputado Carlos Alberto Caó (PDT/RJ), que garante aos remanescentes dos quilombos a propriedade das terras ocupadas pelos antigos escravos” (O GLOBO, 1988).

Dois aspectos devem ser observados. O primeiro é que, a partir de maio de 1988, passa a existir uma posição clara da UDR contrária à introdução desse direito na Constituição. O segundo aspecto é que, a partir desse momento, passa a circular nos jornais o termo “remanescente dos quilombos”, tendo o termo “comunidades negras” desaparecido da proposta e das declarações dos constituintes. Essa supressão já se apresentava no Projeto A,¹² pois, na aprovação do direito desses grupos étnicos no

que à época da Constituinte, mas ela deixou um legado concreto no Congresso Nacional com a bancada ruralista (RODRIGUES, 2000, p. 12).

¹¹ Nas “Emendas do Centrão”, o texto recebeu a seguinte redação no art. 25 do ADCT: “Às comunidades negras remanescentes dos quilombos é reconhecida a propriedade definitiva das terras que ocupam, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Ficam tombadas após concluída a desapropriação e a indenização, na forma da lei, essas terras, bem como todos os documentos referentes à história dos quilombos no Brasil” (O ESTADO DE SÃO PAULO, 1988).

¹² O documento “Panorama do Funcionamento da ANC” esclarece que, à medida que iam recebendo novas redações, os projetos mudavam de letra, conforme se esclarece a seguir: “Depois do longo período consumido pela Comissão de Sistematização para, dos anteprojetos de comissões, chegar a aprovar o que ficou conhecido como Projeto A, ocorreu o 1º turno, cujas fases transcorreram entre 24 de novembro de 1987 e 30 de junho de 1988, igualmente longo (em torno de 7 meses), com intensa participação dos constituintes. Ainda

referido documento, de 21 de junho de 1988, o texto aprovado apresentava a seguinte redação: “fica reconhecida a propriedade definitiva aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras” (CORREIO BRAZILIENSE, 1988).

Deixando de lado os detalhes do processo de tramitação desse direito, pode-se afirmar que, ao final do processo Constituinte, a UDR teve uma derrota e uma vitória. A derrota foi a inclusão do direito quilombola na Constituição, aprovada em 22 de setembro de 1988. A vitória da UDR foi a supressão do termo “comunidades negras”, anterior ao termo “remanescentes”, o que tem permitido confrontos entre aqueles que defendem uma leitura passadista e histórico-arqueológica das comunidades de quilombo e aqueles que defendem a leitura a partir de uma reparação histórica do termo e sua aplicação para as situações atuais.

Sem nos alongarmos nas tramas que levaram à escolha pelo termo que vigorou na Constituição de 1988 – “remanescentes das comunidades dos quilombos” – o que deve ser assinalado é que ele tem causado inúmeros embates, os quais gera disputas em torno do alcance desse direito. Assim, se tivesse vigorado o termo “comunidades negras” tal qual estabelecido, por exemplo, nas Constituições da Colômbia (1991) e do Equador (2008), não existiria motivo para tais embates, pois ficaria claro que o marco constitucional se

destina a garantir o direito dos grupos tal qual eles se apresentam hoje, mesmo que isso signifique um mosaico de experiências diferentes de territorialização. Contudo, parece importante compreender, assim como afirma Silva (1997, p. 26), que o “artigo 68 está distante de ser a melhor resultante produzida pela conjugação de forças dos assessores-teóricos, dos trabalhos práticos e da pujança e combatividade do Movimento Negro. No entanto, é com isso que podemos contar”.

Além do art. 68 do ADCT, os artigos 215 e 216 da Constituição de 1988 também amparam o direito quilombola na medida em que garantem o pleno exercício dos direitos culturais e sociais e consideram como patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, os quais se ligam à preservação dos modos de criar, fazer e viver (BRASIL, 1988b, art. 216, II). O Decreto nº 4.887/2003,¹³ assinado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), é considerado um marco normativo central para a garantia do direito quilombola pois, além de vários outros fatores, reconhece no art. 2º comunidades de quilombos como: “os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida” (BRASIL, 2003, 4.887/2003, art. 2º)¹⁴. As Convenções internacionais cum-

durante o transcurso do 1º turno, a Comissão de Redação, formada por 19 membros, veio a ser instalada no dia 21 de abril. Já o 2º turno teve duração inferior a 2 meses, tendo como data inicial o 5 de julho – o da entrega do Projeto ‘B’, pelo Relator ao Presidente da ANC – e data final o 2 de setembro, quando terminou a votação do Projeto ‘B’, transformado agora em Projeto ‘C’. Vencida a quinta etapa, o Projeto ‘C’ foi à Comissão de Redação, que gastou 19 dias para apresentar a redação final do Projeto ‘D’, o qual foi submetido à deliberação do Plenário da Assembléia Nacional Constituinte em 22 de setembro, ocasião em que foi aprovada em turno único, a redação final da nova Constituição, restando, tão-somente, sua promulgação festiva, pelo Presidente da Assembléia em 5 de outubro de 1988 [...]” (OLIVEIRA, 1993).

¹³ Antes desse Decreto, o Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) já havia assinado em 10 de setembro de 2001 o Decreto nº 3.912. Para uma análise desse Decreto ver DUPRAT, 2007.

¹⁴ Este Decreto está sendo questionado no Supremo Tribunal Federal (STF) através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.239/2004 proposta pelo PFL (atual DEM), junto ao Supremo Tribunal Federal (STF). Essa ADI questiona a constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003 sob a alegação de que este, ao regulamentar o art. 68 do ADCT, invade a esfera da lei incorrendo, portanto, em “autonomia ilegítima”. O argumento é que, ao dispensar a mediação de instrumento legislativo e dispor *ex novo*, o ato normativo editado pelo Presidente da República invade a esfera reservada à lei, incorrendo em manifesta inconstitucionalidade.

prem também importante papel no processo de reconhecimento desses direitos podendo-se citar a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1989, ratificada pelo Brasil em junho de 2002. No art. 2º dessa Convenção são reconhecidos como critério fundamental os elementos da autoidentificação dos povos. A constitucionalização do direito quilombola e o seu reconhecimento pela comunidade internacional significou uma conquista no processo de publicização dessa questão no cenário nacional.

Finalmente, deve-se ressaltar que a regulamentação do direito quilombola tem ocorrido de forma conflituosa no espaço público nacional. Ela põe de um lado aqueles que defendem o direito quilombola, tal como a Coordenação Nacional de Articulação das Comunidades Negras de Quilombos (Conaq), e, de outro lado, aqueles que apresentam entraves para sua efetivação – representados, sobretudo, pela bancada ruralista. A capacidade de mobilização desses grupos em torno do direito à propriedade individual vem desde o período colonial, e ela se ampliou a partir da década de 1930, quando as esquerdas incluíram na pauta de reivindicações a questão da reforma agrária. A pressão desses grupos se radicalizou-se nas décadas de 1950 e 1960. A Sociedade Rural Brasileira (SRB)¹⁵ e a Sociedade Brasileira de Defesa da Tradição, Família e Propriedade (TFP) são entidades contrárias à reforma agrária (MOTTA, 2006, p. 245) e aos direitos coletivos, conforme se vê nos projetos de lei e outras proposições apresentados no Congresso Nacional. A seguir, indicam-se algumas das principais ações que tiveram lugar no Legislativo federal.

3. A publicização do direito quilombola ao território na arena do Legislativo federal

Nesta seção, o objetivo é indicar de que modo a atividade legislativa federal tem atuado ou não na efetivação do direito quilombola que, conforme já se indicou, está ligada ao aprofundamento da democracia no Brasil. O foco recairá na análise das proposições identificando se elas reconhecem o direito territorial étnico-racial desses grupos, de viés coletivo, o que é determinante para que esses grupos desenvolvam suas formas de criar, fazer e viver (BRASIL, 1988b, art. 216).

Inicialmente serão analisadas as proposições do Senado Federal e, posteriormente, as proposições da Câmara dos Deputados.

¹⁵ Motta (2006, p. 242) indica que a Sociedade Rural Brasileira (SRB) foi fundada em 1919 e surge na defesa da grande propriedade por iniciativa de setores ligados à grande lavoura paulista. Barcelos e Berriel (2009, p. 22) indicam que, atualmente, a SRB é vinculada à Confederação Nacional de Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA) – órgão máximo de representação do patronato rural.

Quadro 1: Proposições relacionadas à titulação quilombola no Senado Federal

PROPONENTE	PARTIDO /UF	PROPOSIÇÃO (Nº/ANO)	EMENTA	SITUAÇÃO EM MAIO/2012
Benedita da Silva	PT/RJ	PLS129/1995	Regulamenta o procedimento de titulação da propriedade dos remanescentes das comunidades de quilombos. Confere ao INCRA papel central no processo de titulação.	Recebeu substitutivo na Câmara dos Deputados PL nº 3207/97
Abdias Nascimento	PDT/RJ	PEC 38/1997	Prevê a extensão aos remanescentes das comunidades de quilombos os mesmos direitos garantidos aos índios.	Arquivado
Lúcio Alcântara	PSDB/CE	PEC 190/2000	Exclui o art. 68 e inclui o direito quilombola no Capítulo VIII sob o título “dos Índios e das Comunidades Remanescentes de Quilombos”. No entanto, no corpo do art. 232-A exclui-se o termo “comunidades” presente no art. 68 do ADCT e propõe-se a redação: “remanescentes dos quilombos”.	Em 31/01/2011 foi encerrada a Comissão Especial que examinaria a matéria em razão do término da Legislatura.
Paulo Paim	PT/RS	PLS 213/2003	Conhecido como o Estatuto da Igualdade Racial contendo Capítulo intitulado: “Do Direito dos Remanescentes das Comunidades dos Quilombos às suas Terras”.	Apresentado na Câmara como substitutivo PL 6445/2005 e após várias modificações do texto original do Senado, foi aprovado na Câmara dos Deputados em 2009 e sancionado como Lei nº 12.888, pelo Presidente da República em 20 de julho de 2010, sem o Capítulo destinado aos quilombolas (PLS 213/2003), que aparecem no art. 34 do Cap. IV “Do Acesso à Terra e a Moradia Adequada”
Paulo Paim	PT/RS	PLS 418/2012	Altera a Lei nº 12.288/2010 que institui o Estatuto da Igualdade Racial, para inserir capítulo sobre o direito à propriedade definitiva das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos.	Apresentado em 20/11/2012

Fonte: Site Senado Federal Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/>> Acesso em: 28/11/2012.

Embora tenham sido poucas as matérias sobre a questão da titulação quilombola que tramitaram no Senado Federal, destacam-se pelo menos três aspectos. O primeiro é que as proposições estão ligadas a senadores negros e históricos militantes da causa racial no Brasil, destacando-se Benedita da Silva (PT/RJ), Abdias do Nascimento (PDT/RJ) e Paulo Paim (PT/RS).

O segundo aspecto refere-se à possibilidade de observação de que há uma tendência de atuação voltada para o reconhecimento do direito para a titulação quilombola até o ano 2000 ocorrendo, posteriormente, uma quase invisibilização dessa questão exatamente no momento em que há uma atuação na Câmara dos Deputados, conforme se verá a seguir, no sentido de restringir o direito quilombola ao território¹⁶.

O terceiro aspecto refere-se à importância, para a titulação dos territórios quilombolas, da proposta do senador Paulo Paim do Estatuto da Igualdade Racial. A tramitação dessa proposição, que se transformou na Lei nº 12.288 em 2010, tem início na Câmara dos Deputados (2000), quando Paim era deputado federal. Posteriormente, como senador, ele incorporou diversos apensamentos feitos na proposta inicial na Câmara (PL 3.198/2000) e reapresentou-a como Projeto de Lei do Senado, PLS 213/2003. Quando saiu do Senado Federal, essa PLS tinha o Capítulo VI intitulado: “Do direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos às suas terras”. Trazia a seguinte determinação no art. 39:

“O direito à propriedade definitiva das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, assegurado pelo art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, se exerce de acordo com o disposto nesta Lei.

§ 1º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins desta lei, os grupos etnicorraciais, segundo critérios de autodefinição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida” (PLS 213/2003).

Após tramitação na Câmara (PL 6.264), o substitutivo recebeu várias restrições no uso da categoria raça bem como a mudança do Capítulo VI da PLS 213/2003. Assim, no processo de tramitação do substitutivo (PL 6.264), o capítulo da PLS sobre a questão quilombola foi alterado e o destinado a essa questão, o Capítulo IV, passou a ser intitulado “Do acesso à terra e à moradia adequada”. A leitura atenta desse novo capítulo permite perceber que há uma supressão do direito quilombola como direito de

¹⁶ Antes do fechamento do presente estudo, o senador Paulo Paim apresentou a PLS 418/2012, que será analisada posteriormente.

viés étnico-racial, coletivo e de autoatribuição e em seu lugar aparece o direito de modo genérico e valorizando-se o viés individual do direito à terra. Assim, predomina na formulação do novo capítulo aprovado como PL 6.264/2009 (Lei nº 12.288/2010), uma leitura de viés liberal conservador. Portanto, a questão quilombola aparece como uma repetição desnecessária do art. 68, tal como se apresenta na Constituição Federal de 1988, fazendo com que efetivamente o Estatuto nada acrescente ao processo de criação de mecanismos que garantam o direito desses grupos ao território. Conforme afirmam Santos, S., Santos, J., e Bertúlio (2010): “De tão inócua e desnecessária, chega a ser questionável a cópia em lei do referido dispositivo constitucional. Chega a soar como piada, pois a lei diz fazer algo, quando na verdade não faz nada” (SANTOS, S.; SANTOS, J.; BERTÚLIO, 2011, p. 56). Além de nada acrescentar, ele ainda suprime o que havia de avanços para a garantia desse direito que estava presente na PLS 213/2003.

O ano de 2012 conhece uma importante retomada dessa discussão no Senado Federal, e com possibilidades de impacto no processo de ações no Legislativo Federal voltado para essa questão, com a apresentação da PLS 418/2012 pelo senador Paulo Paim, que é uma retomada do conteúdo da PLS 213/2003 cujo capítulo sobre a questão quilombola, conforme se disse, foi alterado. Ou seja, a PLS 418/2012 busca retomar o direito quilombola nos termos de direito coletivo, de autoatribuição e de reconhecimento dos modos de criar, fazer e viver desses grupos. Isso vem ao encontro do que temos afirmado neste artigo: a democracia apenas se aprofundará no País no momento em que ela refletir o que de fato se passa na sociedade e fizer as reparações que a história impõe àqueles que estão à frente dos Poderes constituídos.

No que se refere às proposições que tramitam na Câmara, é possível identificar alguns

elementos no modo como essa questão tem tramitado naquela Casa Legislativa. A análise do Quadro 2, a seguir, permite afirmar que das 11 proposições que já tramitaram ou tramitam na Câmara, 6 são restritivas ao direito quilombola ao território em seus elementos de direito coletivo, autoidentificação e em suas formas atuais de criar fazer e viver.

O acompanhamento das proposições encaminhadas pelos deputados federais entre 1995 e 2012 ligadas à questão do direito quilombola ao território e, mais especificamente, sobre a questão da regulamentação do art. 68 leva à constatação de que predominam duas tendências na Câmara Federal.

Uma primeira tendência, que vai até por volta do ano 2001, de propostas que visavam a regulamentar o artigo 68 do ADCT voltadas para o reconhecimento do direito quilombola. Contudo, a partir principalmente de 2007, passou a predominar uma segunda tendência ligada às tentativas de restrição do direito dos quilombolas. O acompanhamento das proposições de 2007 a 2012 indicam uma tentativa de dirimir os efeitos dos decretos assinados pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 2003, conforme se indicará a seguir.

O Projeto de Decreto Legislativo (PDC) 44/2007, de autoria do deputado federal Valdir Colatto (PMDB/SC), susta o Decreto nº 4.887/2003, que “regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. Assim como a PDC 326/2007, de autoria do mesmo deputado, que susta os efeitos do Decreto nº 4.883/2003, o qual transferiu a competência de titulação do Ministério da Cultura, por meio da Fundação Cultural Palmares (FCP), para o Ministério do Desenvolvimento Agrário, mediante o Instituto

Quadro 2: Proposições relacionadas à questão quilombola na Câmara dos Deputados

PROPONENTE	PARTIDO/ UF	PROPOSIÇÃO (Nº/ANO)	EMENTA	SITUAÇÃO EM NOVEMBRO/2012
Alcides Modesto e outros	PT/BA	PL nº 627/95	Indica que as terras ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos se constituem em patrimônio cultural brasileiro. Regulamenta o procedimento de titulação da propriedade aos remanescentes de quilombos e dá outras providências.	Anexado ao PL 3.207/97
Luis Alberto	PT/BA	PL nº 3.207/97	Projeto de Lei propõe um substitutivo juntando as propostas de Lei PL nº 129/95 e PL nº 627/95 em um único projeto de lei.	Aprovado pelo Congresso Nacional (18/4/2002). Contudo, foi integralmente vetado pelo Presidente da República (13/5/2002). Veto mantido pelo Congresso Nacional (27/5/2004). Arquivado (28/6/2004).
Almir Sá	PL/RR	PEC 215/2000	Inclui dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional a aprovação da demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e com o posterior apensamento da PEC 161/2007 recebe, também a competência de interferir nos processos de demarcações territoriais ligadas às questões ambientais, indígenas e quilombolas.	Aprovado na CCJ o parecer do deputado Osmar Serraglio (PMDB-PR), favorável à admissibilidade da proposta de emenda à Constituição (PEC) aprovado em 21/3/2012
Paulo Paim	PT/RS	PL nº 3.198/2000	Institui o Estatuto da Igualdade Racial, em defesa dos que sofrem preconceito ou discriminação em função de sua etnia, raça e/ou cor, e dá outras providências.	Em 3/12/2002 o Deputado Reginaldo Germano (PFL/BA) cria substitutivo que apensa esta e outras proposições à PL 6.912/2002. Em 2005 após tramitar no Senado (PLS 213/2003) tramitou na Câmara dos Deputados (PL 6.264/2005). Aprovado na Câmara em setembro de 2009. Em 2010 Lei nº 12.228.
Jairo Carneiro	PFL/BA	PL nº 5.447/2001	No art. 3º previa o desmembramento das propriedades particulares incidentes em territórios quilombolas para serem registrados em favor das comunidades.	Arquivado

Quadro 2: Proposições relacionadas à questão quilombola na Câmara dos Deputados (cont.)

PROponente	Partido/ UF	Proposição (Nº/ANO)	EMENTA	SITUAÇÃO EM NOVEMBRO/2012
Celso Maldner	PMDB/SC	PEC 161/2007	Prevê que o Congresso Nacional receba a competência de interferir nos processos de demarcações territoriais ligadas às questões ambientais, indígenas e quilombolas.	Anexado à PEC 215/2000.
Valdir Colatto	PMDB/SC	PDC nº 44/2007	Susta a aplicação do Decreto nº 4.887/2003 que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.	Última movimentação (18/4/2012). Tramitando na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania.
Valdir Colatto	PMDB/SC	PDC nº 326/2007	Susta os efeitos do Decreto nº 4.883, de 20 de novembro de 2003, que transfere a competência conferida ao Ministério da Cultura pelo art. 27, inciso VI, alínea "C", da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, para o Ministério do Desenvolvimento Agrário.	Em 14/3/2011 desarquivado nos termos do Artigo 105 do RICD, em conformidade com o despacho exarado no REQ-637/2011.
Valdir Colatto	PMDB/SC	PL nº 3.654/2008	Regulamenta o art. 68 do ADCT. Viés do indivíduo e não coletividade. Pelo art. 4º, § 1, inciso I, o remanescente das comunidades de quilombos deve comprovar "suas referências culturais que possam caracterizá-lo como remanescente de comunidade quilombola".	Arquivado
Valdir Colatto	PMDB/SC	PL nº 1.836/2011	Regulamenta o art. 68 do ADCT. Viés do indivíduo e não coletividade. Pelo art. 4º, § 1, inciso I o remanescente das comunidades de quilombos deve comprovar "suas referências culturais que possam caracterizá-lo como remanescente de comunidade quilombola".	Reapresentado em 12/7/2011 o mesmo conteúdo da PL nº 3.654/2008
Vicentinho	PT/SP	PL nº 3.452/2012	Regulamenta o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, que dispõe sobre o reconhecimento e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.	18/4/2012 Tramitando na Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural (CAPADR)

Fonte: Site Câmara dos Deputados. Disponível em: < <http://www.camara.leg.br/sileg/default.asp>. > Acesso em: 28/11/2012.

Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). É importante observar que há nas entrelinhas desse PDC a compreensão de que a questão quilombola não está relacionada à questão da regularização fundiária e sim como a temática cultural. Deve-se demarcar ainda que a FCP não tem tradição alguma em regularização fundiária.

Esses dois projetos, observados em conjunto com a PEC 161/2007, que foi anexada à PEC 215/2000, permitem notar uma tendência nos últimos projetos propostos na Câmara para diminuir o papel do Executivo na titulação dessas áreas, conferindo uma centralidade ao papel do Congresso Nacional nesse processo. Uma hipótese plausível para explicar essa busca de centralidade do Congresso Nacional nos processos de titulação pelos deputados é que nessa Casa Legislativa a bancada ruralista tem força para que o processo de titulação dessas áreas transcorra segundo uma concepção restritiva e de marco individual – e não coletivo – desse direito. Dois elementos permitem fazer essa afirmação. Em primeiro lugar, de 2007 a 2012 há uma franca tendência na apresentação de proposições voltadas para a questão quilombola, pelos deputados da bancada ruralista, com vistas a restringir esse direito, conforme é possível observar no Quadro 2. O segundo elemento, ligado a esse primeiro, é que se tomarmos a PL nº 3.654/2008 e, após arquivado, a apresentação do mesmo texto com a PL nº 1.836/2011, observa-se que no lugar da defesa do direito coletivo, tal qual estabelecido no Decreto nº 4.887/2003, ambos os projetos do deputado federal Valdir Colatto, tratam a questão quilombola a partir de um marco de propriedade individual “o beneficiário”. Na PLC 1.836/2011, o art. 4º aparece com a seguinte indicação ligada à questão quilombola: “a emissão do título de propriedade, a que se refere o art. 3º, far-se-á por processo administrativo, instaurado pelo órgão público competente, *a pedido da parte interessada (...)*” e prossegue no inciso 1º: “o título de propriedade definitiva será concedido *ao remanescente* das comunidades de quilombos, observando os seguintes requisitos: I – que *o beneficiário* comprove suas referências culturais que possam caracterizá-lo como remanescente de comunidade quilombola” (PL 1.836/2011, grifo nosso). Desse modo, essa PL propõe a mudança da matriz coletiva étnico-racial para o viés do indivíduo.

Embora tais projetos não sejam explicitamente contrários aos direitos dos quilombolas, e transmitam a ideia de que pretendem efetivar e regulamentar o direito quilombola ao território, é possível perceber – quando avaliados em suas entrelinhas – que buscam restringir tais direitos, retirando-os de uma matriz coletiva etnorracial para o viés do indivíduo.

Ademais, para exemplificar a força que a bancada ruralista tem adquirido nas últimas legislaturas em relação à restrição de direitos de grupos coletivos e questões ambientais, em março de 2012 foi aprovada na Co-

missão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), a PEC 215/2000. Essa PEC pretende retirar a autonomia da União na demarcação de terras indígenas, na criação de unidades de conservação e no reconhecimento de áreas remanescentes de quilombolas. Essa proposta estabelece como competência exclusiva do Congresso Nacional a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e quilombolas e a ratificação das demarcações já homologadas, estabelecendo que os critérios e procedimentos de demarcação serão determinados pelo Congresso. Esta atribuição é atualmente do Poder Executivo federal. Está fora dos limites deste artigo indicar todas as consequências dessas ações, mas é fato que a ausência de uma representação eleitoral no Congresso Nacional, que defenda os direitos dos grupos, tais como os quilombolas, provoca um déficit democrático. É possível observar que o Congresso Nacional não representa, em condições de igualdade, todas as demandas presentes na sociedade brasileira.

4. Considerações finais

O processo de construção de uma democracia de alto impacto no interior de cada Estado-nação somente é possível na medida em que este for capaz de reconhecer e efetivar a representação da pluralidade presente na sociedade. A democracia brasileira ainda tem amplos desafios nessa área e, conforme indicado neste artigo, o reconhecimento do direito quilombola ao território foi um dos passos centrais dados na Constituição Federal de 1988 no sentido de aprofundamento democrático no Brasil por pelo menos dois aspectos. O primeiro é que o reconhecimento da existência de quilombos hoje – pois o direito está voltado para a atualidade dessas experiências e não para um passado histórico remoto – é um modo de justiça reparativa, visto que o Estado brasileiro reconhece o papel que os negros desempenharam na construção do País e que a efetivação de seus territórios é um modo de reparação das iniquidades e do racismo sofridos por esses grupos. Em segundo lugar porque contribui para a preservação do patrimônio histórico e cultural brasileiro de que essas comunidades são portadoras; é a preservação de um patrimônio histórico e cultural de todo o povo brasileiro. Portanto, o trato com direitos, tais como os dos indígenas e os dos quilombolas, não está relacionado apenas as questões da justiça social, mas refere-se também à preservação de um patrimônio que é de todo o povo brasileiro.

Assim, o Congresso Nacional tem diante de si o desafio de definir qual é o legado que deixará ao povo brasileiro. De um lado, nos moldes das outras nações ocidentais, tem a opção de contribuir para a destruição da demodiversidade e levar à construção de sociedades homogêneas

que não expressam diferentes formas de criar, fazer e viver – em nome dos ambiciosos projetos de marcha para o desenvolvimento. De outro lado, ao contrário, o Legislativo federal poderá trabalhar no sentido de efetivação do direito quilombola ao território, contribuindo para que possamos construir uma sociedade plural, antirracista e que mostre ao restante do mundo que é possível conciliar progresso, desenvolvimento, pluralidade e preservação ambiental.

Referências

- ALBERTI, Verena; PEREIRA, Amílcar Araújo. *Histórias do movimento negro no Brasil: depoimentos ao CPDOC*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Terras de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livres”, “castanhais do povo”, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas*. 2. ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008.
- _____. *Os quilombolas e a base de lançamentos de foguetes de Alcântara: laudo antropológico*. Brasília: MMA, 2006. 2 v.
- _____. Quilombos: sematologia face a novas identidades. In: SMDDH; CCN (Org.). *Frechal terra de preto: quilombo reconhecido como reserva extrativista*. São Luís: MDDH/CCN-PVN, 1996.
- ANDRADE, Lúcia M. M. de. Os quilombos da bacia do rio Trombetas: breve histórico. *Revista de Antropologia*, São Paulo, v. 38, n. 1, p. 79-99, 1995.
- ALVAREZ, Sônia; DAGNINO, Evelina; ESCOBAR, Arturo (Org.). *Cultura e política nos movimentos sociais latino-americanos*. Belo Horizonte: UFMG, 2000.
- ARAUJO, Clara. Ações afirmativas como estratégias políticas feministas. In: BRUSCHINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra G. (Org.). *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 2002.
- AVRITZER, Leonardo. *Participatory institutions in democratic Brazil*. Baltimore: John Hopkins University, 2009.
- BAIOCCHI, Maria de Nasaré. *Negros do Cedro: (estudo de um bairro rural de negros em Goiás)*. São Paulo: Ática, 1983.
- BARCELOS, Eduardo Álvares da Silva; BERRIEL, Maycon Cardoso. Práticas institucionais e grupos de interesse: a geograficidade da Bancada Ruralista e as estratégias hegemônicas no parlamento brasileiro. In: ENCONTRO NACIONAL DE GEOGRAFIA AGRÁRIA, 19, 2009. *Anais...* São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.geografia.fflch.usp.br/inferior/laboratorios/agraria/Anais%20XIXENGA/artigos/Barcelos_EAS.pdf>. Acesso em: 30 out. 2009.
- BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1987. CD-ROM.
- _____. _____. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-3-1987>. Acesso em: 16 dez. 2012.
- _____. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1998b.

_____. Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, *Diário Oficial da União*, 21 nov. 2003.

CARDOSO, Marcos Antônio. *O movimento negro em Belo Horizonte: 1978-1998*. Belo Horizonte: Mazza, 2002.

CARNEIRO, Sueli. Gênero e raça. In: BRUSCHINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra G. (Org.). *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 2002.

CARVALHO, José Jorge de; DORIA, Siglia Zambrotti; OLIVEIRA JÚNIOR, Adolfo Neves de. *O quilombo do Rio das Rãs: histórias, traduções, lutas*. Salvador: CEAO, 1996.

CORREIO BRAZILIENSE. *Dispositivos passam de vez em superfusão*. 22 jun. 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/121579>>. Acesso em: 6 jun. 2009.

DAGNINO, Evelina. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In: _____. *Os anos 90: política e sociedade no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

DEAN, Warren. *A ferro e fogo: a história e a devastação da Mata Atlântica brasileira*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DUPRAT, Deborah. Breves considerações sobre o Decreto 3.912/2001. In: _____. *Pareceres jurídicos: direitos dos povos e comunidades tradicionais*. Manaus: UEA, 2007.

FERNANDES, Florestan. *O negro no mundo dos brancos*. São Paulo: Global, 2007.

FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In: _____. HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. Londres: Verso, 2003.

_____. Identity, exclusion, and critique: a response to four Critics. *European Journal of Political Theory*, London, v. 6, n. 3, p. 205-338, 2007.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Os absurdos do Centrão*, 13 jan. 1988, A-2, Opinião. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/125754>>. Acesso em: 10 jun. 2009.

GOMES, Lilian Cristina Bernardo. *Justiça seja feita: direito quilombola ao território*. 2009. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, 2009.

GOMES, Sandra. O impacto das regras de organização do processo legislativo no comportamento dos parlamentares: um estudo de caso da Assembléia Nacional Constituinte. *Dados - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 1, p. 193-224, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v49n1/a08v49n1.pdf>> Acesso em: 18 jul. 2012.

GUSMÃO, Neusa Maria Mendes de. *Terra de pretos: terra de mulheres*. Brasília: Biblioteca Palmares, 1996.

HANCHARD, Michael George. *Orpheus and power: the movimento negro of Rio de Janeiro and São Paulo, Brazil, 1945-1988*. Princeton: Princeton University, 1994.

HENRIQUES, Ricardo. *Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90*. Brasília: IPEA, 2001. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=406>. Acesso em: 22 jul. 2006.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: 34, 2003.

HOLSTON, James. *Insurgent citizenship: disjunctions of democracy and modernity in Brazil*. Princeton: Princeton University, 2008.

JACCOUD, Luciana, BEGHIN, Nathalie. *Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental*. Brasília: IPEA, 2002.

LEITE, Ilka Boaventura. Classificações étnicas e as terras de negros no sul do Brasil. In: O'DWYER, Eliane Cantarino (Org.). *Terra de quilombos*. Rio de Janeiro: ABA, 1995.

_____. Humanidades insurgentes: conflitos e criminalização dos quilombos. In: RIFIOTIS, Theophilos; RODRIGUES, Tiago Hyra (Org.). *Educação em direitos humanos: discursos críticos e temas contemporâneos*. Florianópolis: UFSC, 2008.

LIMA, Deborah (Coord.). *Relatório antropológico de caracterização histórica, econômica e sócio-cultural: o quilombo de Mumbuca*. Belo Horizonte: UFMG, 2007. 1 CD-ROM.

MALHEIRO, Perdigão. *A escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico, social*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1976.

MARX, Anthony W. *Making race and nation: a comparison of South Africa, the United States, and Brazil*. Cambridge: Cambridge University, 1998.

MOTA, Fábio Reis. *Nem muito mar, nem muita terra. Nem tanto negro, nem tanto branco: uma discussão sobre o processo de construção da identidade da Comunidade Remanescente de Quilombo na Ilha de Marambaia*. 2003. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Departamento de Antropologia Universidade, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2003.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. Do outro lado da cerca. In: PAULA, Delsy Gonçalves de; STARLING, Heloisa Maria Murgel; GUIMARÃES, Juez Rocha (Org.). *Sentimento de reforma agrária, sentimento de república*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

MOURA, Clóvis. *Brasil: raízes do protesto negro*. São Paulo: Global, 1983.

NASCIMENTO, Abdias do. *O quilombismo: documentos de uma militância pan-africanista*. Petrópolis: Vozes, 1980.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *As emendas do Centrão*. 12 jan. 1988. Caderno Cidades e Serviço. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/134144>>. Acesso em: 10 maio 2009.

O GLOBO. *Centrão define emendas para mudar Transitórias*. 10 jun. 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/122147>>. Acesso em: 2 jul. 2009.

OLIVEIRA, Mauro Márcio. *Fontes de informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987: quais são, onde buscá-las e como usá-las*. Brasília: Senado Federal, 1993.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University, 1971.

RODRIGUES, Ricardo José Pereira. *Desenvolvimento nas ações políticas da sociedade civil dentro e fora do Congresso Nacional*. Brasília: Consultoria Legislativa, 2000. Disponível em: <<http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/publicacoes/estnottec/pdf/006223.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Sales Augusto dos; SANTOS, João Vitor Moreno dos; BERTÚLIO, Dora Lúcia. *O processo de aprovação do estatuto da igualdade racial, Lei no 12.288, de 20 de julho de 2010*. Brasília: INESC, 2011. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/noticias/biblioteca/textos/livros/estatuto-da-igualdade-racial/>> Acesso em: 4 nov. 2012.

SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. In: DUPRAT, Deborah (Org.). *Pareceres jurídicos: direitos dos povos e comunidades tradicionais*. Manaus: UEA, 2007.

SILVA, Dimas Salustiano da. Apontamentos para compreender a origem e propostas de regulamentação do Artigo 68 do ato de disposições constitucionais transitórias de 1988. *Boletim Informativo NUER*, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 11-27, 1997.

Promoção da relação saúde–saneamento–cidade por meio da Virologia Ambiental

CARLOS JOSÉ SALDANHA MACHADO

MARIZE PEREIRA MIAGOSTOVICH

JOSÉ PAULO GAGLIARDI LEITE

RODRIGO MACHADO VILANI

Sumário

1. Introdução. 2. Constituição Federal, direito à saúde e visão holística da cidade. 3. Características da metodologia da Virologia Ambiental. 4. Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257/2001. 5. Política Nacional de Meio Ambiente – Lei nº 6.938/81. 6. Política Nacional de Recursos Hídricos – Lei nº 9.433/97. 7. Política Federal de Saneamento Básico – Lei nº 11.445/2007. 8. Síntese das relações entre as políticas públicas analisadas e a Virologia Ambiental. 9. Reflexões, conclusões e recomendações.

1. Introdução

Carlos José Saldanha Machado, Marize Pereira Miagostovich e José Paulo Gagliardi Leite são Pesquisadores em Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz / Ministério da Saúde.

Rodrigo Machado Vilani é professor do Mestrado em Planejamento Regional e Gestão de Cidades da UCAM-Campos.

A realidade urbana nacional é caracterizada por históricos processos de crescimento desordenado ou com planejamento inadequado (MACHADO, C., 2012). Por consequência direta, abastecimento de água e esgotamento sanitário tornaram-se problemas centrais diante do crescimento populacional, das ocupações irregulares que, em conjunto, aumentam exponencialmente os riscos de infecções virais nas populações urbana por veiculação hídrica e consumo de alimentos.

Diante das diversas possibilidades de análise quanto à relação entre saúde, saneamento e urbanização, optou-se, pela natureza da pesquisa proposta, realizar, de maneira geral, a discussão em torno do valor instrumental de saúde e saneamento, ou seja, como meios para se alcançar um ambiente urbano sustentável. Heller (1998) destaca que da aproximação conceitual entre saúde e saneamento podem ser alcançados efeitos positivos para a

prática das duas áreas, inclusive por meio da identificação e superação das lacunas existentes, de maneira geral, e, ao que importa para nossa discussão, particularmente em relação às “intervenções de saneamento e seus efeitos específicos sobre distintos agravos à saúde” (HELLER, 1998, p. 84).

Como primeiro desafio, a própria delimitação desses conceitos requer esforços para a sua superação. Em virtude do espaço, segue-se, com base em Souza (2007) e Czeresnia (1999), o entendimento de saúde e saneamento sob o duplo enfoque da promoção para analisarmos a relação saneamento–saúde dentro do ambiente urbano. Isso porque, além de objeções à definição da Organização Mundial da Saúde (OMS) (SEGRE; FERRAZ, 1997) e da diferenciação nas perspectivas de prevenção e promoção de saneamento e saúde¹ (SOUZA, 2007; CZERESNIA, 1999), importa, neste trabalho, a concepção de que as “ações próprias dos sistemas de saúde precisam estar articuladas, sem dúvida, a outros setores disciplinares e de políticas governamentais responsáveis pelos espaços físico, social e simbólico” (CZERESNIA, 1999, p. 705). Da mesma forma, sob a ótica de Souza (2007, p. 129), “o saneamento promocional percebe o ambiente como dinâmico e multidimensional, cujos desequilíbrios geram doenças e agravos à saúde dos indivíduos” e, nesse sentido, complementa-se ao conceito de saúde que “fundamenta o saneamento como promoção”.

Souza, Freitas e Moraes (2007, p. 379) analisando as divergências conceituais de saneamento, saúde e ambiente apontam que:

“Se há ambigüidades e omissões nos discursos conceituais, isto pode significar que práticas, também indefinidas e descontraídas, estão sendo propostas pela legislação [...] sobre tal base conceitual, o que pode sinalizar para uma grande falta de clareza no diálogo entre os setores envolvidos, para o conflito de diferentes visões que buscam se tornar hegemônicas, ou mesmo para ambos.”

Constata-se essa dificuldade intersetorial diante de levantamento que confirma uma “distância entre a política setorial e sua implementação, visto que apenas 34% dos estados brasileiros afirmaram fazer a coordenação entre o planejamento geral e os setoriais” (ABRUCIO, 2005 apud GALVÃO JUNIOR et al., 2009, p. 222).

A partir desse recorte, propõe-se sistematizar aspectos práticos de saúde-saneamento e saúde-ambiente sob a ótica da Virologia Ambiental e

¹ A literatura científica revela diversos discursos a respeito dessa relação [saneamento–saúde–ambiente]. Entre eles destacam-se dois grupos: um associado às ideias de prevenção de doenças, segundo o qual cabe ao saneamento higienizar o ambiente e com isso evitar as doenças; outro que se aproxima dos pressupostos da promoção da saúde, de acordo com o qual o saneamento assume ações para a melhoria da qualidade ambiental e para a erradicação das doenças (SOUZA, 2007, p. 126).

da legislação afim para uma reflexão específica, que não se pretende inovadora, cuja finalidade é inserir esse novo elemento no debate sobre a relação saúde–saneamento–cidade sustentável. O eixo central dessa discussão, *i. e.*, a “relação entre o ambiente e o padrão de saúde de uma população define um campo de conhecimento referido como ‘Saúde Ambiental’ ou ‘Saúde e Ambiente’” (TAMBELLINI; CÂMARA, 1998, p. 48). Também em relação a este, volta-se para o aspecto da promoção e, assim sendo, compreende-se a saúde ambiental em suas múltiplas questões sociais, ambientais, políticas, institucionais e econômicas que são determinantes para a saúde e acompanham uma evolução de paradigmas que culmina atualmente, conforme constatam Fernando Carneiro et al. (2012, p. 1420), em uma “complexa trama de contextos de riscos associados ao modelo de desenvolvimento capitalista globalizado”.

A complexidade dessa relação evidencia-se diante dos diversos componentes da vida humana e de uma sociedade que aponta de forma inequívoca para a interdependência entre questões ambientais, sociais, econômicas, políticas e científicas associadas diretamente à qualidade do meio ambiente e da saúde de sua população (HELLER, 1998; CZERESNIA, 1999). Perspectiva que conduz à interpretação da Virologia Ambiental não apenas como disciplina científica ou instrumento metodológico, mas como meio que – aplicado ao saneamento, por exemplo – poderá fortalecer a “percepção da importância de que saúde e ambiente se aproximem, enquanto conceito e prática” (HELLER, 1998, p. 74).

O terceiro elemento dessa relação, o ambiente urbano, por seu turno, reúne, além dos aspectos naturais (paisagem, relevo, fauna e flora, entre outros), fatores socioeconômicos como distribuição de renda, condições gerais de saneamento, de trabalho e moradia que têm

exercido influência direta no processo saúde–doença (GIOVANELLA, 2008; VICTORA, 2011; LUSTIG; SCHMIDT; BRINDIS, 2012). O grau de complexidade desse quadro aumenta diante da emergência, quase que cotidiana, de novas doenças facilitadas pela intensificação e rapidez do fluxo de pessoas, mercadorias e comércio entre os países (MACHADO, C.; OLIVEIRA, 2009; MACHADO, C. et al., 2009), tais como a síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS), a febre hemorrágica pelo vírus ebola, hantavirose, febre do Nilo ocidental, síndrome respiratória aguda grave e influenza aviária, somadas a outras mais antigas, como cólera, febre amarela, dengue, malária e as doenças relacionados à *veiculação hídrica e alimentar* (MACHADO, C., 2013).

Diante da natureza complexa e multidimensional das inter-relações entre o meio ambiente e a saúde, mediadas pelos padrões de produção e consumo praticados na cidade, agir em prol da saúde pública exige um trabalho entre mulheres e homens de ciências sob um novo regime, o da colaboração no processo de produção de conhecimentos voltados para a busca de soluções dos problemas que comprometem a sustentabilidade da vida nas cidades (MACHADO, C., 2012), espaços urbanos que concentram mais de 85% da população de quase 200 milhões de habitantes, segundo dados de 2012 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Dessa forma, a discussão multidisciplinar proposta visa a sistematizar e apresentar o resultado de uma experiência acadêmica de colaboração entre os autores desse texto em uma instituição pública de pesquisa em saúde pública do Ministério da Saúde, a Fundação Oswaldo Cruz que, historicamente, é regido pelo regime disciplinar do trabalho científico. Essa experiência teve início em fevereiro de 2011 no campus de Manguinhos, na Cidade do Rio de Janeiro, em um dos 72 laboratórios do centenário Insti-

tuto Oswaldo Cruz – o Laboratório de Virologia Comparada e Ambiental (LVCA). São três pesquisadores seniores – dois virologistas que atuam na área da virologia clínica e ambiental, e um cientista social que atua na área de políticas públicas de meio ambiente e saúde – e um recém-doutor em ciências do meio ambiente com a dupla formação em Biologia e em Direito. O LVCA desenvolve pesquisas na área de vigilância epidemiológica dos principais vírus responsáveis pela etiologia da gastroenterite aguda com importância na saúde humana e animal, incluindo a pesquisa de vírus emergentes e a padronização de metodologias de concentração destes vírus em diferentes matrizes aquáticas e alimentos. A colaboração está voltada para a aproximação da Virologia Ambiental de quatro políticas públicas nacionais: i) duas gerais – urbana e ambiental; ii) duas específicas – recursos hídricos e saneamento; todas relevantes para o lento processo histórico de construção de uma sociedade nacional sustentável, porque seus objetivos, conceitos e instrumentos estão relacionados, direta e indiretamente, à busca de soluções para os problemas de saúde pública em um país federativo e de dimensões continentais. A proposta, assim construída, faz-se necessária em face da inviabilidade de “qualquer abordagem linear e cartesiana” para a análise dos problemas relacionados à saúde pública, cujas raízes são “sistêmicas e interdependentes” (RATTNER, 2009, p. 1970). Com essa colaboração científica, estamos participando do processo de aperfeiçoamento das ações do Estado no campo das políticas sociais, privilegiando como via de acesso o arcabouço legal na prevenção e controle de doenças virais de veiculação hídrica e alimentar.

O presente trabalho divide-se em oito seções. Inicialmente será discutido, no âmbito da Constituição Federal, o direito à saúde e a visão holística da cidade como elementos

estruturantes do trabalho. Em seguida, serão apresentadas as principais características da metodologia da Virologia Ambiental em relação às quatro políticas públicas propostas para análise. A terceira seção abre a aplicação da Virologia Ambiental no escopo do Estatuto da Cidade, relacionando-a a seus instrumentos e objetivos e destacando as lacunas potenciais a serem supridas. Sob a mesma abordagem, seguem-se a Política Nacional de Meio Ambiente, a Política Nacional de Recursos Hídricos e a Política Federal de Saneamento Básico. Dessa análise, propõe-se uma síntese esquemática da aplicação da Virologia Ambiental às quatro políticas públicas discutidas. Por fim, serão tecidas considerações gerais e específicas no intuito de fortalecer a visão integradora das políticas públicas, sobretudo a partir da adoção das metodologias de Virologia Ambiental na melhoria da qualidade do ambiente urbano, de forma a contribuir para a construção de uma sociedade brasileira sustentável.

2. Constituição Federal, direito à saúde e visão holística da cidade

A Constituição Federal (CF-88) elenca a saúde entre os direitos sociais (art. 6º, *caput*) e impõe ao município a prestação de serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, VII). A ação de aproximação da Virologia Ambiental das quatro políticas públicas vai ao encontro da realização de uma das finalidades constitucionais estabelecidas no art. 196, *caput*, especificamente no que toca à redução do risco de doença, contribuindo com as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, com a formulação de políticas de saneamento básico e com o desenvolvimento científico e tecnológico, incluídas entre as responsabilidades do Sistema Único de Saúde (art. 200, II, IV e V, CF-88; e art. 6º, I, *a* e *b*, II e X, Lei nº 8.080/90).

A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, reforça o direito à saúde como direito fundamental da pessoa humana (art. 2º, *caput*) e determina a cooperação entre Estado, sociedade e empresa na redução dos riscos de doenças, especificamente e, de maneira geral, na garantia da saúde (art. 2º, § 1º c/c § 2º).

Porém, como propor medidas eficazes para assegurar o direito à saúde nas cidades brasileiras, particularmente as que compõem as Regiões Metropolitanas? O ponto de partida é a necessidade de uma visão holística da cidade, especificamente pelo estabelecimento de relações de causa e efeito entre saúde e meio ambiente (natural e urbano), realizadas sob a perspectiva do planejamento urbano e do desenvolvimento sustentável.

A Organização Pan-Americana da Saúde (OPS, 2000) relaciona o processo acelerado de urbanização, marcado pela periferização de moradias informais, entre os fatores complicadores para a melhoria dos serviços de saneamento (OPS, 2000, p. 53). Como consequência, temos a contaminação de lagos e rios pelo lançamento de efluentes sanitários, sem tratamento, nos corpos hídricos (OPS, 2000, p. 59). Fecha-se o ciclo a partir da identificação da água como uma das principais vias de risco para a saúde (OPS, 2000, p. 91), tanto pelo consumo direto, recreacional quanto pela contaminação dos alimentos durante o cultivo e a preparação (OPS, 2000, p. 115, 118).

Assim, identificam-se diferentes ameaças ambientais no meio urbano, que podem ser divididas esquematicamente como segue (Tabela 1).

Tabela 1 – Fator ambiental e perigo associado

Fator ambiental	Perigos tradicionais	Perigos modernos
Água	Falta de acesso a água potável e saneamento insuficiente	Contaminação da água por efluentes domésticos, industriais e agrícolas
Solo	Contaminação por destinação inadequada de resíduos sólidos	Acumulação de resíduos sólidos e perigosos
Ar	Contaminação por queima de combustíveis fósseis (veículos)	Contaminação por queima de combustíveis fósseis (veículos, centrais energéticas e indústrias)
Elaborado a partir de OPS (2000, p. 7-8).		

Como forma de fortalecer o objetivo constitucional de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (art. 182, *caput*, CF-88), as diversas áreas de atuação da

Virologia Ambiental, ligadas ao ambiente urbano (ecossistemas aquáticos, tratamento de água e esgoto, entre outras), serão analisadas segundo as seguintes políticas públicas: i) Política Nacional de Meio Ambiente – Lei nº 6.938/81; ii) Política Urbana – Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade); iii) Política Nacional de Recursos Hídricos – Lei nº 9.433/97; iv) Política Nacional de Saneamento Básico – Lei nº 11.445/2007.

Antes, porém, apresentam-se, por limitação de espaço, características essenciais da metodologia da Virologia Ambiental, uma vez que ela será referida ao longo da aproximação dessa disciplina científica com as políticas públicas nacionais enumeradas.

3. Características da metodologia da Virologia Ambiental

Em todo o mundo, centenas de vírus entéricos são lançados no ambiente pelo despejo de esgotos, sem tratamento prévio, contaminando corpos d'água e mananciais (GERBA; GRAMOS; NWACHUKU, 2002; BOSCH, 1998) sendo, atualmente, notável o papel dos vírus relacionados à *veiculação hídrica e alimentar*.

Mais de cem tipos de vírus classificados em diferentes famílias virais são encontrados nos dejetos humanos, sendo potencialmente transmitidos pela água e pelos alimentos. Vírus pertencentes às famílias *Adenoviridae* (adenovírus humanos), *Picornaviridae* (enterovírus e HAV), *Reoviridae* (rotavírus A), *Caliviridae* (norovírus e sapovírus), *Hepeviridae* (HEV) e *Poliomaviridae* (poliomavírus JC) têm sido descritos como presentes em ecossistemas aquáticos. Esses vírus são causadores de diversas infecções como gastroenterites, conjuntivites, infecções do trato respiratório, hepatites e outras infecções como meningites, miocardites, encefalites e paralisias (BOSCH, 1998; SINCLAIR; JONES; GERBA, 2009). Existem várias vias de infecção descritas; entretanto, os vírus de disseminação entérica podem ser adquiridos após o consumo de água e/ou alimentos contaminados por esgoto. Nas águas de recreação, os vírus podem ser transmitidos após contato direto (por meio da pele) ou por ingestão acidental (BOSCH, 1998; WYN-JONES; SELLWOOD, 2001). Pacientes com gastroenterites ou hepatites virais podem excretar 10^5 a 10^{13} partículas de vírus por grama de fezes e, portanto, tais vírus estão presentes em altas concentrações nas águas residuárias ou em águas superficiais poluídas (CARTER, 2005; FONG; LIPP, 2005; BOSCH et al., 2008; GIRONES et al., 2010). Uma vez presentes no ambiente, os vírus são altamente resistentes, persistindo por meses ou anos, mesmo em condições adversas, podendo ser detectados em águas, mesmo após os processos de desinfecção e tratamento (BOSCH, 1998; GERBA; GRAMOS; NWACHUKU, 2002). Baixas doses infecciosas são necessárias para causar uma infecção viral, sendo o

risco de infecção 10 a 10.000 vezes maior para os vírus do que para bactérias quando esses microrganismos estão presentes no ambiente aquático (FONG; LIPP, 2005).

Em todo o mundo, investigações epidemiológicas de surtos de veiculação hídrica e alimentar são dificultadas pela ausência de metodologias apropriadas para a detecção viral, evidenciando uma subnotificação do número de casos relacionados a essa via de transmissão. O aumento da importância epidemiológica dos vírus, principalmente dos norovírus, em surtos de origem hídrica e alimentar tem sido demonstrado pelo estabelecimento de redes laboratoriais de vigilância em países industrializados. Com o objetivo de se determinar a distribuição geográfica e temporal desses vírus e a disseminação de novas variantes, o Instituto Nacional de Saúde Pública e Meio Ambiente da Holanda, criou uma rede onde cientistas de instituições de saúde e universidades podem partilhar informações epidemiológicas e moleculares sobre os norovírus, a *Noronet*, que funciona como um sistema de vigilância eletrônica interligada a redes de diferentes países, tais como a *Calicinet* nos Estados Unidos, a rede de vigilância da Austrália e Nova Zelândia e a rede de transmissão de vírus por alimentos da Europa (FBE).

A grande maioria dos países da América Latina não tem um sistema de vigilância para monitorar infecções virais transmitidas por matrizes ambientais como a água, principalmente devido à indisponibilidade de métodos de recuperação e de detecção a partir dessas matrizes. No Brasil, a Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS) estabeleceu o Monitoramento das Doenças de Transmissão Hídrica e Alimentar. Entretanto, apesar dos esforços, ainda há a necessidade de aprimoramentos para que os serviços de Vigilância Epidemiológica dos Estados e municípios trabalhem de maneira

coordenada e eficaz com os Laboratórios Centrais de Saúde Pública e a SVS.

A detecção de vírus em amostras ambientais representa um desafio, principalmente, devido a grande variedade e complexidade de amostras, a distribuição heterogênea de um pequeno número de vírus e a presença de substâncias biológicas e químicas que podem interferir ou inibir as metodologias moleculares de detecção. Para essa análise, é necessária uma etapa inicial de concentração desses vírus para posterior realização dos testes de detecção, sendo a concentração dos vírus uma etapa crítica, pois resulta na concentração de diferentes substâncias presentes na água, que podem inibir a atividade das enzimas utilizadas nas metodologias moleculares de detecção, gerando resultados falsos negativos (IJZERMAN; DAHILLING; FOUT, 1997).

Apesar da otimização de métodos para a detecção de vírus ser recomendada como base laboratorial para a vigilância epidemiológica destas infecções, não há atualmente um único método internacionalmente validado que seja adequado para qualquer tipo de água. A grande complexidade na estrutura dessas matrizes e dos vírus e a interação entre eles refletem as dificuldades encontradas em se estabelecerem metodologias padronizadas para a recuperação de vírus a partir dessas matrizes (RODRÍGUEZ-LÁZARO et al., 2011).

Diferentes metodologias de concentração baseadas nas propriedades biológicas e físico-químicas dos vírus – tais como adsorção/eluição (carga iônica da partícula viral), ultrafiltração (tamanho da partícula) e ultracentrifugação (densidade e coeficiente de sedimentação) – têm sido utilizadas em associação com metodologias de detecção viral, que incluem isolamento em cultura de células ou metodologias moleculares (WYN-JONES; SELLWOOD, 2001; GIRONES et al., 2010). Entretanto, nenhum método atende aos critérios exigidos para a padronização – tais

como simplicidade e rapidez de execução, reprodutibilidade, baixo custo e recuperação de uma grande variedade de vírus –, de modo que é relevante a escolha do método de concentração de acordo com a amostra ambiental utilizada (água do mar, consumo, residuária), assim como uma adequada associação do método de concentração dos vírus com as metodologias de detecção utilizadas (BOSCH, 1998; BOSCH et al., 2008; WYN-JONES; SELLWOOD, 2001).

Recentemente, metodologias moleculares de detecção e quantificação, em especial os de amplificação genômica pela reação em cadeia pela polimerase (RT-PCR), têm sido aplicadas a diferentes amostras de águas de esgotos, rios e lagoas, aumentando a sensibilidade de detecção viral e ampliando a análise para uma diversidade de grupos virais. Embora não permita diferenciar entre partículas infecciosas e não infecciosas, a detecção do genoma viral é considerada por muitos investigadores uma boa técnica para monitoramento, principalmente por permitir a detecção de vírus fastidiosos ou para grupos de vírus para os quais ainda não existem métodos de cultura celular adaptados para a replicação viral (GIRONES et al., 2010).

O estabelecimento de um bom indicador da contaminação viral humana no ambiente é também uma questão relevante, principalmente quando análises frequentes devem ser realizadas. Atualmente, os métodos de monitoramento de qualidade da água de recreação e de consumo utilizados são baseados em marcadores bacterianos. Entretanto, os vírus entéricos são mais resistentes à degradação do que os indicadores bacterianos fecais, podendo estar presentes em águas onde os níveis bacterianos se encontram dentro dos padrões de qualidade (SHUVAL, 1970; GRIFFIN et al., 1999; NOBLE; FUHRMAN, 2001). A ausência de correlação entre esses dois parâmetros microbiológicos representam um risco potencial para a saúde

humana, uma vez que águas dentro dos padrões bacterianos de qualidade podem estar relacionadas com o aparecimento de surtos de doenças de etiologia viral (BOSCH, 1998; HOT et al., 2003; PUSCH et al., 2005).

A Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos (USEPA) indica o grupo dos vírus entéricos como o mais seguro e confiável para o monitoramento ambiental, já que são mais resistentes às variações de temperatura e a outras substâncias presentes na água (Karaganis et al., 1983, Rzezutka; Cook, 2004). Atualmente, os adenovírus têm sido sugeridos para serem utilizados como índice molecular de contaminação viral (bio marcador viral) por serem frequentemente detectados em águas residuárias (BOFFIL-MAS et al., 2006).

Os primeiros estudos em Virologia Ambiental tiveram início na década de 1940 com a tentativa de se detectar poliovírus pela inoculação de águas de esgoto em macacos. Esse estudo demonstrou que, quando casos de paralisia eram prevalentes na comunidade, os poliovírus estavam presentes no esgoto (MELNICK, 1947). Na década seguinte, iniciou-se a pesquisa de vírus na água após a ocorrência de um surto de hepatite em Nova Délhi (Índia), ocasionado pela contaminação do sistema de tratamento da água por esgoto (BOSCH, 1998).

A partir da década de 1970, discussões em torno da importância de se desenvolverem métodos para a detecção de baixas concentrações virais em ambientes aquáticos, assim como a manutenção dos vírus em águas com adequado parâmetro bacteriológico, a dose infectante e a persistência viral em águas para reúso estabelecendo a importância de um padrão viral de qualidade alavancaram estudos visando ao estabelecimento de técnicas de concentração viral, eficiência de remoção e monitoramento de vírus entéricos em diferentes matrizes aquáticas, contribuindo para o desenvolvimento da

Virologia Ambiental a partir da década de 1980 (METCALF; MELNICK; ESTES, 1995).

Embora a pesquisa de vírus em amostras ambientais se tenha iniciado no Brasil na década de 1970, somente nos últimos anos essa linha de pesquisa tem-se intensificado com o desenvolvimento de estudos relatando a presença de vírus entéricos em água, esgotos e águas superficiais poluídas (DE PAULA et al., 2007; VILLAR et al., 2006, 2007; MIAGOSTOVICH et al., 2008; FERREIRA et al., 2009; VICTORIA et al., 2010a, 2010b; FUMIAN et al., 2010, 2011; PRADO et al., 2011, 2012; RIGOTTO et al., 2010; VIEIRA et al., 2012).

Visto que, na década de 1950, a contaminação da água por “patógenos virais provenientes do esgoto” deu início às pesquisas que, posteriormente, dariam origem ao ramo específico de Virologia Ambiental, é necessário ampliar os esforços técnicos, institucionais, metodológicos e científicos dessa disciplina. Isso porque sua aplicação apresenta relação direta com a saúde pública, em virtude do estreito vínculo entre a presença de patógenos virais em águas e alimentos contaminados por resíduos fecais (TAVARES; CARDOSO; BRITO, 2005, p. 85); ou seja, devido, entre outros, à inexistência ou à ineficácia do sistema de coleta e tratamento de esgoto, e ao crescimento desordenado das metrópoles no Brasil. Em razão dessa realidade urbana, passamos à contribuição da Virologia Ambiental para a melhoria da qualidade de vida nos municípios brasileiros e, em última análise, da sua análise como ferramenta para a construção de cidades sustentáveis.

4. Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257/2001

Diante do contexto da Virologia Ambiental apresentado, seguindo a proposta da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) de desen-

volvimento de “cidades sustentáveis”, é adotada como pano de fundo a eficácia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e da garantia de existência digna aos cidadãos.

O Estatuto da Cidade (EC) compreende o direito a cidades sustentáveis “como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as gerações presentes e futuras” (art. 2º, I).

Ainda que fuja do escopo do presente trabalho, é preciso pontuar que, apesar das dificuldades da aplicação do conceito de desenvolvimento sustentável (FRANZA, 2007), pelo seu caráter teórico, vago e amplo (FARZIN, 2002; LENZI, 2006; FRANZA 2007; VEIGA, 2006; CARNEIRO, E., 2005), compreende-se, que os esforços para a construção de uma sociedade sustentável não devem ser considerados meramente utópicos, ingênuos ou insuficientes para superar as relações capitalistas, efetivamente incompatíveis com o ideal de sustentabilidade (FOLADORI, 2001; SACHS, 2002). Apesar dos desafios inerentes à transição do imediatismo capitalista para a perspectiva de longo prazo, imposta pela preocupação com as gerações futuras, é aqui defendida a viabilidade de estabelecer um modelo, ainda que teórico, para superar o “silêncio conceitual” (CARNEIRO, E., 2005, p. 32) em favor de uma sociedade brasileira sustentável.

Assinaladas tais lacunas, o desenvolvimento sustentável ora aplicado é entendido como aquele que supera a natureza exclusivamente econômica para se pautar na “exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futuras” (SILVA, 1994, p. 7). Essa visão coaduna-se com aquela extraída de uma análise sistêmica da CF-88, por meio da qual entendemos ter sido

adotado como modelo para o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, CF-88) aquele qualificado doutrinariamente como “sustentável”, fundado nos seguintes pilares: i) redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3º, III c/c art. 170, VII, CF-88); ii) ordem econômica com vistas a assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social em consonância com a preservação ambiental (art. 170, *caput* e VI, CF-88); iii) meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*, CF-88); iv) responsabilidade intergeracional (art. 225, *caput*).

Assim entendido, o objetivo de assegurar qualidade da água, em termos de segurança virológica e não somente bacteriológica (TAVARES; CARDOSO; BRITO, 2005, p. 100), reforça a relevância da Virologia Ambiental como um dos elementos fundamentais para a harmonização da relação entre as necessidades da sociedade (v. g., moradia dotada de água própria para o consumo) e as possibilidades da natureza (em razão de sua capacidade de suporte) em sintonia com o modelo de desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, cumpre alertar para a importância de implantação de ações e instrumentos de natureza participativa e de longo prazo para a proteção ambiental:

“Convém, mais do que nunca, sob pena de o homem, com suas atividades de degradação do meio ambiente, destruir o próprio homem, que se preserve, melhore e recupere a qualidade ambiental propícia à vida. Para isto, será preciso manter o equilíbrio ecológico, racionalizar o uso do solo, do subsolo, da água e do ar, planejar e fiscalizar o uso dos recursos ambientais [...], controlar o zoneamento de atividades potencial ou efetivamente poluidoras [...] e promover a educação ambiental, objetivando capacitar a comunidade para participação ativa na defesa do meio ambiente” (AGUIAR, 1996, p. 216).

O ecossistema urbano é fruto de uma simbiose necessária entre homem e meio ambiente.

A discussão resume-se às possibilidades de o meio ambiente atender às reais necessidades de uma existência digna. A título de exemplo, tomando por base a questão da contaminação dos recursos hídricos, é “cada vez maior a consciência sobre a necessidade de haver um planejamento integral que abarque certos setores, como a agricultura, a indústria, os recursos naturais e a saúde, para lograr o funcionamento adequado dos ecossistemas aquáticos” (OPS, 2000, p. 62).

Sob tal ótica, essa relação deve ser abordada segundo uma perspectiva holística:

“É necessário, enfim, gerar-se uma visão de totalidade, onde haja consciência da ‘interdependência orgânica de tudo com tudo’ e da interconexão dos vários estratos que compõem a visão ambiental sistêmica: o estrato do meio ambiente, o demográfico-econômico e o da tecnologia, assim como os estratos coletivo e individual, que representam o sistema de mecanismos institucionais e de processos sociais do ser humano como ser coletivo, decorrentes de sua natureza bio-psicológica” (CAMINO, 1998, p. 246).

A partir de uma visão integrada dos diversos matizes que compõem a realidade urbana, a contribuição vai ao encontro de um processo sustentável de ordenação do espaço urbano, em respeito à qualidade de vida da população presente e futura. E, por outro lado, evita que o planejamento urbano recaia sobre improvisações e pressões locais (MACHADO, P., 2001, p. 384).

O Plano Diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana (art. 40, *caput*, EC) e deve estar voltado para o estabelecimento da função socioambiental da propriedade como forma de construção das *cidades sustentáveis*. Finalidade que pressupõe a visão de longo prazo além do reconhecimento de que

“A cidade não é uma criação meramente material, de cimento, ferro e asfalto, mas uma expressão da civilização que abarca desde os aspectos do êxodo rural aos da mais requintada sofisticação cultural que os centros adensados e de recursos concentrados podem propiciar” (MOREIRA NETO, 1977, p. 50).

O início do ideal de construção de cidades sustentáveis passa por uma leitura mais ampla do contexto urbano, englobando a complexidade das relações espaciais entre habitação e cidade, que não podem estar dissociadas da “emergência de questões de ordem política, ecológica, estética, étnica, enfim, manifestações culturalmente diversificadas, com lógicas próprias e novas expressões espaciais” (GORDILHO-SOUZA, 2000, p. 34).

Para um ordenamento racional do espaço urbano, o EC define uma série de instrumentos políticos, jurídicos e tributários. Merecem, pela correspondência com o tema aqui tratado, aqueles elencados no art. 4º, VI, EC: os estudos prévios de impacto ambiental (EIA) e de impacto de vizinhança (EIV). O EC estabelece uma distinção geral entre os objetos do EIA e do EIV ao afirmar que este não substitui aquele, a ser elaborado conforme as exigências da legislação ambiental.

Assim, o EIV trata especificamente da questão urbana e, portanto, deve ser entendido com um instrumento urbanístico que permite “a tomada de medidas preventivas pelo ente estatal a fim de evitar o desequilíbrio no crescimento urbano e garantir condições mínimas de ocupação dos espaços habitáveis” (SOARES, 2003, p. 293).

A Virologia Ambiental, nesse contexto, pode diagnosticar as condições na área de influência do empreendimento, definir parâmetros específicos para essa localidade e, assim, corroborar os resultados do EIV, conforme exige a Lei nº 10.257/2001, no sentido de “contemplar os efei-

tos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades” (art. 37, *caput*, EC).

Para tanto, é necessário congregiar no planejamento urbano os elementos que compõem a qualidade de vida, como a proteção à saúde da população e ao meio ambiente. Dessa incorporação emergem as necessidades de integrar a saúde aos procedimentos de avaliação de impacto ambiental, de criar sistemas de informação sobre saúde ambiental que sejam efetivos e eficientes e de ampliar os conhecimentos sobre os vínculos entre saúde e meio ambiente (OPAS, 2000, p. 205).

Por desdobramento, o próximo item trata especificamente da sua aplicação para a melhoria da saúde da população de grandes conglomerados urbanos em três instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81): Avaliação de impactos ambientais (art. 9º, III, Lei nº 6.938/81), Licenciamento ambiental (art. 9º, IV, Lei nº 6.938/81) e Sistema de informações ambientais (art. 4º, V, e art. 9º, VII, Lei nº 6.938/81).

5. Política Nacional de Meio Ambiente – Lei nº 6.938/81

A CF-88 em seu art. 23, VI, estabelece a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios na proteção do meio ambiente e no combate à poluição. Assegura, ainda, privativamente ao Município legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, CF-88) e ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade (art. 182, *caput*, CF/88). Nesse sentido, o texto constitucional não limita a competência municipal em matéria ambiental em comparação aos demais entes da federação. Pelo contrário, determina a colaboração e a ação conjunta na proteção da qualidade ambiental.

A Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA), instituída pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabelece os princípios, objetivos, instrumentos e mecanismos a serem aplicados na garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental da pessoa humana, assegurado no art. 225, *caput*, da CF-88.

Entre os instrumentos estabelecidos no art. 9º, da PNMA, destacamos quatro: i) o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental; ii) a avaliação de impactos ambientais; iii) o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras; iv) o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente.

O estabelecimento de padrões de qualidade ambiental tem por objetivo controlar o lançamento e a presença, no meio ambiente, de substâncias potencialmente prejudiciais à saúde humana, como microrganismos patogênicos, substâncias tóxicas e radioativas, resíduos perigosos, entre outros. Consiste, em última análise, em uma ferramenta do princípio do limite, que se traduz pela fixação de parâmetros ambientais a serem seguidos pelos diversos segmentos industriais, comerciais e de serviços, atividades privadas e públicas e a coletividade em geral (emissões líquidas e gasosas, resíduos sólidos, ruídos etc.). Materializa-se, por exemplo, com os parâmetros e diretrizes ambientais de enquadramento dos corpos d'água definidos pela Resolução Conama nº 357/2005.

Em relação à Avaliação de Impactos Ambientais (AIA), adotamos como conceito legal a descrição dada pela Conama nº 1/86 para uma das diretrizes gerais do Estudo de Impacto Ambiental (EIA). Assim, AIA é o instrumento capaz de “identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade” (art. 5º, II, Conama nº 1/86). Item obrigatório do EIA, a “Análise dos impactos ambientais” se dá “através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), [...] temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade [...]” (art. 6º, II, Res. Conama nº 1/86). Seguindo esta estrutura, a AIA passa a figurar como requisito constitutivo do EIA e, portanto, Sánchez (2008, p. 67) afirma que “o processo de avaliação de impacto ambiental é vinculado ao licenciamento ambiental”.

Munn (1975 apud SÁNCHEZ, 2008, p. 39) define a AIA como a “atividade que visa a identificar, prever, interpretar e comunicar informações sobre as conseqüências de uma determinada ação sobre a saúde e o bem-estar humanos”. Assim, a AIA tem como características principais: i) englobar conjunto estruturado de procedimentos; ii) obedecer a diretrizes legais (Conama nº 1/86 – art. 5º, II, e 6º, II); iii) avaliar a viabilidade ambiental de um empreendimento; iv) contribuir para a promoção do de-

envolvimento sustentável. Pelo exposto, e a partir da leitura das resoluções Conama nºs 1/86 e 237/97, no ordenamento jurídico brasileiro a AIA deve ser considerada uma das etapas do procedimento de licenciamento ambiental. Procedimento que, segundo Milaré (2000), constitui importante instrumento de gestão do ambiente pois, por meio dele, a Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do ambiente.

Com esse propósito, o licenciamento ambiental configura uma medida de eficácia do cumprimento do princípio do poluidor-pagador ou usuário-pagador que, respectivamente, “obriga o poluidor a pagar a poluição que pode ser causada ou que já foi causada” ou o utilizador de recurso a “suportar o conjunto dos custos destinados a tornar possível a utilização do recurso e os custos advindos de sua própria utilização” (MACHADO, P., 2001, p. 47). Importante, ainda, é destacar que esse instrumento “faz parte da tutela administrativa preventiva, ou seja, visa à preservação do meio ambiente, prevenindo a ocorrência de impactos negativos ou minorando-os ao máximo” (FINK; ALONSO JUNIOR; DAWALIBI, 2004, p. 3).

Sob essa perspectiva e, a partir do entendimento de que a metodologia da Virologia Ambiental deva passar a figurar entre aquelas específicas do processo de AIA, como forma de dar maior abrangência e elementos de convencimento ao órgão ambiental quando da decisão quanto à viabilidade ambiental de um empreendimento, tem-se uma relação direta entre esses três institutos.

Nessa ótica, a metodologia da Virologia Ambiental deve ser aplicada conjuntamente às demais utilizadas no processo de AIA, consolidando um “instrumento de política e gestão

ambiental”, na precisa colocação de Philippi Junior e Maglio (2005, p. 219), que atentam ainda para seu caráter prévio ao empreendimento, ou seja, a serem desenvolvidas “quando se realizam os estudos de viabilidade técnica e econômica, inserindo-se nestes uma nova variável, o estudo das questões ambientais envolvidas, com o objetivo de analisar a viabilidade ambiental”.

Esse diagnóstico prévio alcança ainda a necessidade de levantamento de informações relativas à concentração de vírus em ambientes naturais e, conseqüentemente, para o entendimento acerca dos riscos de infecção humana e a eficácia dos controles adotados para limitar a exposição da população (GERBA; GRABOW, 2007, p. 106). Agrega, portanto, dados não apenas aplicáveis à realidade da saúde pública, mas também ao aprimoramento da disciplina Virologia Ambiental. Constata-se que essa inclusão da metodologia de diagnóstico virológico no ambiente como princípio para auxiliar na qualidade ambiental pode, ainda, contribuir com a descoberta e a caracterização de vírus e de exposição humana e estudo de riscos, duas áreas de interesse da Virologia Ambiental, conforme destacam Wong, Xagorarakis e Rose (2007, p. 277).

Portanto, caminha-se no sentido não apenas da possibilidade, mas da necessidade de se discutirem os critérios para a inserção da Virologia Ambiental entre as metodologias de AIA como forma de se fazer cumprir seu objetivo de “preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana” (art. 2º, *caput*, PNMA).

Por fim, pode-se representar esquematicamente (Tabela 2) o papel a ser desempenhado pela Virologia Ambiental no fortalecimento de cada um desses instrumentos como mecanis-

mos de contribuir para a garantia do direito a uma existência digna em um ambiente ecologicamente equilibrado.

Tabela 2 – Relação da Virologia Ambiental com Instrumentos da PNMA

Instrumentos (art. 9º, Lei nº 6.938/81)	Virologia Ambiental
Estabelecimento de padrões	Resultados de pesquisas podem fornecer elementos para a definição de parâmetros de concentração viral para a qualidade ambiental
Avaliação de impactos ambientais	Metodologia deve ser incorporada nas fases de identificação e avaliação dos impactos ambientais
Licenciamento ambiental	Resultados subsidiarão as conclusões acerca da viabilidade ambiental de empreendimentos/atividades
Sistema de informações ambientais	Acompanhamento e cruzamento dos dados com parâmetros ambientais poderão contribuir para o acompanhamento da qualidade sanitária-epidemiológica-ambiental do município e para a revisão de critérios e padrões de qualidade ambiental

Apresentadas anteriormente as duas políticas públicas gerais, a urbana e a ambiental, as próximas seções das políticas tratam de temáticas específicas: recursos hídricos e saneamento.

6. Política Nacional de Recursos Hídricos – Lei nº 9.433/97

A Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, institui a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SNGRH) e tem como principal fundamento a água como sendo um bem de domínio público (art. 1º, I).

Esse fundamento desconstitui o argumento de que a propriedade da água é da União, dos Estados ou do Distrito Federal, pois, interpretado em consonância com o art. 225, da CF-88, a água, elemento integrante do ambiente natural, é um bem de uso comum de todos. Isso implica que aqueles entes públicos são, na verdade, gestores dos recursos hídricos sob sua titularidade.

Outro princípio basilar relaciona-se ao reconhecimento da água enquanto recurso natural limitado e dotado de valor econômico (art. 1º, II, PNRH), consideração que vai ao encontro do princípio da prevenção. Portanto, de igual modo que os instrumentos da PNMA, procura-se, por

meio da PNRH, evitar ou minimizar a geração de impactos negativos sobre o ambiente e a saúde humana.

Para maior eficácia de seus objetivos, a PNRH define com unidade territorial para a gestão dos recursos hídricos a bacia hidrográfica, definida como o conjunto de terras drenadas por um rio principal e seus afluentes (MACHADO; MIRANDA; PINHEIRO, 2004). Prepondera, por essa definição, a visão integrada de meio ambiente, ampliando a perspectiva estritamente local para a tomada de decisão. Dessa forma, procura-se materializar a “gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade” (art. 3º, I, PNRH). Quanto a esses dois aspectos, a Virologia Ambiental pode fortalecer os instrumentos de “enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água” (art. 4º, II, PNRH) a partir do desenvolvimento e estabelecimento das metodologias de análise e definição de parâmetros de concentração viral para a qualidade da água – estabelecendo, portanto, parâmetros bacteriológicos e virológicos para a qualidade da água. Assim, fornecerá dados para a elaboração de “diagnóstico da situação atual dos recursos hídricos” (art. 7º, I, PNRH), elemento que poderá trazer subsídios para o planejamento urbano de longo prazo que leve em conta a integração dos diversos componentes da malha urbana (recursos hídricos, efluentes sanitários e industriais, emissões atmosféricas, desmatamento, cobertura vegetal, impermeabilização do solo etc.). Essas ações em última análise estão voltadas para o combate à poluição das águas, i. e., “a adição de substâncias ou de formas de energia que, direta ou indiretamente, *alterem* a natureza do corpo d’água de uma maneira tal que *prejudique* os legítimos usos [p. ex.: abastecimento, irrigação, aquicultura, recreação e lazer] que dele são feitos” (VON SPERLING, 2005, p. 47).

Nesse contexto, defende-se que a definição de parâmetros de concentração viral contribuirá diretamente para a gestão da qualidade da água, otimizando os três benefícios apontados por Grabow (2007, p. 17), relacionados à rotina de monitoramento, detecção de falhas dos pontos de controle e na qualidade da água a ser distribuída para a população. Essa contribuição tem por alcance, ainda, somar esforços para o entendimento acerca da magnitude dos riscos que os vírus representam para a saúde pública, consoante advertência de Schwab e Grabow (2007, p. 34).

Em suma, como forma de se fortalecer o debate acerca dos objetivos da PNRH as metodologias de Virologia Ambiental devem ser encaradas como instrumentos preventivos aplicados ao enquadramento dos corpos de água e à prevenção e controle da poluição hídrica, de forma a “assegurar às águas qualidade compatível com os usos mais exigentes a que forem destinadas” (art. 9º, I, PNRH).

No cenário brasileiro, diante dos “ambientes insalubres e [de] exclusão social” gerados pelo crescimento vertiginoso das “cidades [...] sem o devido acompanhamento de infraestrutura básica” (MOISÉS et al., 2010, p. 2582) a discussão de recursos hídricos, como já destacado, remete-nos necessariamente à precariedade da rede nacional de saneamento básico, próximo item a ser abordado.

7. Política Federal de Saneamento Básico – Lei nº 11.445/2007

Entre as diretrizes nacionais estabelecidas pela Política Federal de Saneamento Básico (PFBSB), instituída pela Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, destacamos que abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos deverão ser realizados de forma adequada à saúde pública e à

proteção do meio ambiente (art. 2º, III, PFSB). Em sua concepção legal, saneamento básico é o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais urbanas (art. 3º, I, PFSB).

No Brasil, conforme estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), que engloba o período de 1992 a 2006, existe um déficit superior a 50% no acesso a rede de esgoto. No período analisado, a rede de esgoto ampliou de 36% para 46% o atendimento da população. Na região metropolitana do Rio de Janeiro, as taxas encontradas passaram de 52% para 62% no mesmo período. Resultado inferior ao encontrado nas regiões metropolitanas de Minas Gerais, São Paulo, Bahia e do Distrito Federal que, em 2006, atenderam, respectivamente, a 83%, 78%, 78% e 79% da população com rede de esgoto². Apesar de estar acima da média nacional, o Rio de Janeiro ainda carece de maiores investimentos no setor, sobretudo, em razão dos eventos esportivos que irá sediar em 2014 (Copa do Mundo) e em 2016 (Olimpíadas) que demandam melhorias nos equipamentos públicos da cidade, como de mobilidade, além do próprio saneamento³. Esses dados confirmam o grande problema estrutural brasileiro de marginalização de parcelas expressivas da população no que toca ao saneamento:

“Essa situação é visível tanto quando se comparam as regiões do país ou quando se comparam áreas da maioria das grandes cidades, e está na base dos grandes diferenciais inter e intra-regionais, intra-urbanos e urbano-rural observado nas condições de vida e de saúde. Não por acaso, políticas de saneamento vêm sendo identificadas como prioridades que poderiam reduzir esses imensos diferenciais, constituindo-se em um importante fator de equidade” (BRASIL, 2004, p. 20).

Associada aos benefícios ambientais e de saúde pública, o saneamento figura entre as medidas protecionistas do ambiente que têm repercussões positivas do ponto de vista econômico e social, como a geração de renda e emprego e as melhorias nas condições de vida (YOUNG, 2004; OECD,

² Os dados foram obtidos mediante simulador disponibilizado no site da FGV (FGV, [20--]).

³ Em agosto de 2011 o governo do Estado do Rio de Janeiro assinou um novo acordo com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) de R\$ 1 bilhão para programas de despoluição do espelho d'água, de tratamento de esgoto no entorno e de conclusão de estações de recolhimento e beneficiamento de águas servidas, o Programa de Saneamento dos Municípios do Entorno da Baía de Guanabara (PSAM). O horizonte imediato dessa nova leva de intervenções é o ano de 2016, por conta dos compromissos assumidos pelo Rio para sediar os Jogos Olímpicos, dos quais o resgate ambiental da baía é um dos pontos mais ambiciosos. Espera-se que o programa de obras dê conta permanentemente dos desafios que a despoluição da baía tem deixado registrados na agenda dos grandes compromissos de resgate ambiental não só do Rio, mas de todo o País.

2011) e, também, para diferentes setores da economia, como agricultura e turismo (OECD, 2011).

O relevo da questão deve-se aos impactos sobre a saúde humana provenientes da baixa qualidade da água disponível para consumo, basicamente causada, em grandes centros urbanos, pelo despejo sem tratamento, ou com tratamento inadequado, de efluentes industriais e domésticos, com grande carga de matéria orgânica. Nesse sentido, Cerqueira (2006, p. 40) aponta o crescimento das dificuldades relacionadas à qualidade dos recursos hídricos locais, como menor controle da poluição e problemas de abastecimento, na medida em que se aumenta o processo de impermeabilização e ocupação antrópica das áreas urbanas. Eventos que, segundo o autor, se gravam nas situações das favelas cariocas, “implantadas sem que haja nenhum investimento público em redes de infra-estrutura urbana” (CERQUEIRA, 2006, p. 46) o que acaba por gerar “lançamentos a céu aberto, conexões clandestinas na rede de águas pluviais e despejo direto nos rios e canais” (CERQUEIRA, 2006, p. 48).

Von Sperling (2005, p. 102) nos traz a dimensão das inter-relações entre os elementos que compõem a cidade e o saneamento ao elencar cinco fatores que influenciam a quantidade de patógenos presentes no esgoto: “(a) condições sócio-econômicas da população, (b) condições sanitárias, (c) região geográfica, (d) presença de indústrias agro-alimentares e (e) tipo de tratamento a que o esgoto e o lodo foram submetidos (no caso de esgotos tratados)”. Assim,

“[...] na ótica da promoção, o saneamento como ação positiva para a saúde deve assumir a responsabilidade de buscar erradicar determinadas doenças em parceria com o setor de saúde e com os demais setores ligados aos determinantes da saúde. As doenças, sinalizadoras do caminho para a saúde, seriam aquelas ligadas à falta de abastecimento de água de boa qualidade e em quantidade suficiente; de coleta e tratamento de águas residuárias; de limpeza pública e manejo de resíduos sólidos com disposição final sanitária e ambientalmente adequada; de drenagem de águas pluviais, por exemplo, dentre outras relacionadas a outros componentes do saneamento, como o controle de vetores e da poluição do ar e sonora. O saneamento como promoção de saúde abrange a implantação de uma estrutura física composta de sistemas de água, esgoto, resíduos sólidos e drenagem” (SOUZA, 2007, p. 129).

Galvão Junior et al. (2009) identificaram, em análise dos marcos regulatórios de 26 estados brasileiros, a existência de apenas cinco políticas estaduais de saneamento, em Minas Gerais, Rio Grande do Norte, Goiás, Rio Grande do Sul e São Paulo. Desse levantamento é possível constatar o longo percurso à sistematização e à superação, por parte das três esferas da

Administração Pública, dos desafios interentes ao esgotamento sanitário no País. Ademais, diante da “ausência de metas nas políticas públicas analisadas” (GALVÃO JUNIOR et al., 2009, p. 223), à exceção do Rio Grande do Norte, demonstra-se a falta de preocupação com padrões de controle da qualidade dos serviços.

Por isso, procura-se ressaltar a existência de vasto campo de atuação para a Virologia Ambiental na promoção da saúde e do saneamento. Em particular, defende-se sua contribuição direta com uma das diretrizes da política de saneamento (art. 48, IX, PFSB) na definição de critérios objetivos, isto é, isentos da natureza dos interesses econômicos e político-partidários que predominam no uso dos recursos públicos dessas políticas⁴, de elegibilidade e prioridade nas políticas de saneamento, segundo os riscos sanitários, epidemiológicos e ambientais identificados em cada município ou região metropolitana. Dessa forma, o diagnóstico de áreas prioritárias, consideradas aquelas com maiores riscos para a saúde da população, pode ser utilizado no estabelecimento das prioridades para a “alocação dos fundos federais no setor de saneamento”, consoante necessidade indicada por Margulis et al. (2002, p. 22). Além dessa, a Virologia Ambiental pode contribuir para a definição de metas para o “acompanhamento do estado da qualidade ambiental”, conforme objetivo previsto na PNMA (art. 2º, VII).

A Virologia Ambiental pode, também, fornecer subsídios técnicos para a canalização de investimentos em saneamento básico segundo a necessidade da população e, assim, “assegurar que a aplicação dos recursos financeiros administrados pelo poder público dê-se segundo critérios de promoção da salubridade ambiental, de maximização da relação benefício-custo e de maior retorno social” (art. 49, V, PFSB), ou seja, sem que haja uma relação direta com o valor da área urbana beneficiada por sua implantação.

8. Síntese das relações entre as políticas públicas analisadas e a Virologia Ambiental

Após a discussão das áreas de atuação da Virologia Ambiental ligadas ao ambiente urbano, objeto de regulação do Estado através das quatro políticas públicas analisadas, as principais relações entre cada política e

⁴ Um, entre tantos exemplos que poderíamos recorrer para ilustrar nosso argumento, é o Programa de Despoluição da Baía de Guanabara (PDBG), lançado em 1993, que consumiu quase US\$ 1 bilhão, fazendo desaparecer mais verbas que poluição, segundo o jornal *O GLOBO*, em seu editorial intitulado “Recuperação da Baía nas águas de 2012”, de 21 de agosto de 2011.

a respectiva contribuição da Virologia Ambiental podem ser sintetizadas como segue na Tabela 3.

Tabela 3 – Relações entre as Políticas Públicas e a Virologia Ambiental

Política	Objeto	Virologia Ambiental
Urbana	ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana	fortalecer os instrumentos de avaliação de impactos ambientais no meio urbano
Meio Ambiente	preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental	contribuir para a integração do planejamento urbano – visão holística do meio ambiente (natural e urbano)
Recursos Hídricos	assegurar a disponibilidade e o uso racional dos recursos hídricos	definir parâmetros virológicos de qualidade da água (abastecimento, recreacional...) no meio urbano
Saneamento Básico	assegurar o abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana e a drenagem e manejo das águas pluviais urbanas	contribuir com metodologias e parâmetros para acompanhamento da qualidade ambiental dos municípios

Na legislação analisada (art. 9º, VII, PNMA; art. 5º, VI, PNRH), o papel da informação é destacado e, desse modo, com critérios técnico-científicos, somos da opinião de que um subsistema “Virologia Ambiental” ou “Parâmetros de concentração viral” deveria ser incorporado ao Sistema Nacional de Informações, da Política Nacional de Meio Ambiente, como forma de consolidar os levantamentos e diagnósticos conduzidos no País, a fim de se criar uma base de dados dotada de robustez e atualidade para o desenvolvimento e o aprimoramento das pesquisas de Virologia Ambiental e sua consequente aplicação na gestão e gerenciamento do objeto de cada setor envolvido. Entre outras aplicações, por exemplo, a Virologia Ambiental operaria como elemento de ligação entre os setores de recursos hídricos, saneamento e vigilância sanitária na prevenção de infecções virais de veiculação hídrica e alimentar.

Pelo exposto, revela-se amplo alcance à aplicação da metodologia da Virologia Ambiental no processo de identificação e avaliação de impactos ambientais e de vizinhança, na gestão e planejamento urbano e de recursos hídricos (urbanos e costeiros) e seus desdobramentos sobre saúde, saneamento e segurança alimentar. Dessa verificação emerge a possibilidade de integrar-se o debate teórico-metodológico-técnico-científico aos

instrumentos legais existentes para o controle e a melhoria da qualidade ambiental, tomando o ambiente em seu todo. Essa perspectiva holística permite conciliar a visão de que a “poluição resultante das atividades humanas, em suas diversas formas (física, química, físico-química, biológica e radioativa), se interliga e requer que o controle e o tratamento sejam feitos em conjunto, de modo integrado, com enfoque interdisciplinar” (MACHADO; MIRANDA; PINHEIRO, 2004, p. 10).

Em face desse contexto complexo, a contribuição e a integração da Virologia Ambiental com as diversas áreas do conhecimento envolvidas no estabelecimento das políticas públicas fortalece os princípios e instrumentos jurídico-políticos-técnico-científico para a melhoria das ações voltadas para a promoção do direito à saúde em conjunto com aquelas de regulação urbanística e ambiental.

9. Reflexões, conclusões e recomendações

Política pública existe para resolver problemas que afetam as pessoas em sociedade. Fazer política pública significa decidir o que é o que não é um problema, escolhendo quais problemas resolver e decidir, de forma ética e com critérios técnico-científicos, sobre as soluções a serem adotadas (MACHADO, C., 2012).

Nesse sentido, não se pretendeu transparecer simplicidade aos inúmeros desafios a que se propõe uma revisão das premissas para uma gestão integrada de políticas públicas que englobe aspectos ambientais, sociais, de saúde e saneamento, entre outros. Ao contrário, foram buscados elementos para avançar no caminho de estruturação de uma efetiva gestão pública sustentável, conforme os preceitos da ordem econômica nacional, para assegurar existência digna a gerações presentes e futuras.

Ao longo desse trabalho, destacaram-se a relação de influência da qualidade ambiental sobre a saúde humana e como obstáculos ao desenvolvimento sustentável a má gestão dos recursos naturais, a produção excessiva de rejeitos e as condições ambientais que afetam saúde. A análise convoca para a discussão acerca de novos princípios, instrumentos e métodos para a gestão das grandes cidades, baseados sobre a integração dos diferentes setores e a cooperação entre Poder Público e os demais atores da dinâmica territorial de cada espaço geográfico regional.

As considerações aqui defendidas quanto à integração entre políticas setores e atores diversos vão ao encontro da avaliação de Barreto et al. (2011, p. 47) de que

“o controle de vetores de doenças em áreas de rápida urbanização e de habitações de baixa qualidade não pode ser alcançado somente com ações de saúde. Esses esforços devem ser plenamente integrados a políticas amplas que incorporem a mobilização da sociedade, educação ambiental e da saúde, melhorias em habitação e saneamento e esforços para evitar mais desmatamento.”

Entretanto, é preciso reforçar a leitura da realidade que integre o econômico, o social, o político e o ambiental voltadas para um projeto de sociedade justa e solidária a fim de instruir ações que visem a assegurar às presentes e futuras gerações direitos de acesso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao saneamento básico, a alimentos saudáveis, recreação e lazer seguros, entre outros, e, por consequência, o direito à existência digna nas cidades brasileiras.

Finalmente, para que o resultado da colaboração científica entre profissionais das ciências sociais e biológicas, e do Direito, objeto deste artigo, possa ser útil, eficaz e eficiente no processo de implementação das políticas públicas

nacionais – contribuindo para a redução das iniquidades brasileira como condição para uma sociedade sustentável –, algumas ações de ordem jurídica e administrativa precisam ser empreendidas e instituídas em relação a um dos atores-chave desse processo. Para tanto, destaca-se um novo elemento na discussão e são dispostos esforços para que a Virologia Ambiental, vinte anos depois, contribua para o cumprimento um dos objetivos da Agenda 21 (Capítulo 6 – Proteção e promoção das condições da saúde humana⁵) assumidos pelo Brasil, qual seja, a satisfação das necessidades sanitárias básicas, como uma das principais fontes dos problemas de saúde pública, particularmente, em áreas urbanas.

Referências

- AGUIAR, Joaquim Castro. *Direito da cidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. *Informe de conjuntura dos recursos hídricos do Brasil*. Brasília: ANA, 2011.
- BARRETO, Maurício et al. Sucessos e fracassos no controle de doenças infecciosas no Brasil: o contexto social e ambiental, políticas, intervenções e necessidades de pesquisa. *The Lancet*, London, p. 47-60, maio 2011. Disponível em: <<http://download.thelancet.com/flatcontentassets/pdfs/brazil/brazilpor3.pdf>>. Acesso em: 7 maio 2011.
- BOFILL-MAS, Silvia et al. Quantification and stability of human adenoviruses and polyomavirus JCPyV in wastewater matrices. *Applied Environmental Microbiol*, Washington, v. 72, n. 12, p. 7894-7896, 2006.
- BOSCH, Albert. Human enteric viruses in the water environment: a minireview. *Internat Microbiol*, Barcelona, v. 1, n. 3, p. 191-196, 1998.
- _____ et al. New tools for the study and direct surveillance of viral pathogens in water. *Current Opinion in Biotechnology*, Barcelona, v. 19, n. 3, p. 295-301, 2008.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Avaliação de impacto na saúde das ações de saneamento: marco conceitual e estratégia metodológica*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

⁵ Destacamos as proposições encontradas nas quatro linhas de ação apontadas no documento para áreas urbanas (item 6.34): “(a) *Desenvolver e implementar planos de saúde municipais e locais*: (i) Estabelecer ou fortalecer comitês intersetoriais nos planos político e técnico, inclusive com uma participação ativa baseada em vínculos com as instituições científicas, culturais, religiosas, médicas, empresariais, sociais e outras instituições municipais, e utilizando uma estrutura ‘de rede’; (ii) Adotar ou fortalecer, no plano municipal ou local, ‘estratégias capacitadoras’ que enfatizem o ‘fazer com’, mais que o ‘fazer para’, e criar ambientes de apoio à saúde; (iii) Garantir que escolas, locais de trabalho, meios de comunicação de massa, etc., ofereçam, ou reforcem, o ensino relativo a saúde pública; (iv) Estimular as comunidades a desenvolver aptidões pessoais e consciência no que diz respeito a atendimento primário da saúde; (v) Promover e fortalecer atividades de reabilitação baseadas na comunidade para os deficientes e para os idosos urbanos e de periferias urbanas; (b) *Estudar, quando necessário, a situação vigente nas cidades no que diz respeito à saúde, sociedade e meio ambiente, inclusive com documentação sobre as diferenças intra-urbanas*; (c) *Reforçar as atividades de saúde ambiental*; (i) Adotar procedimentos de avaliação de impacto sanitário e ambiental; (ii) Oferecer treinamento básico e no emprego para o pessoal novo e o pessoal já existente; (d) *Estabelecer e manter redes urbanas de colaboração e intercâmbio de modelos de boa prática.*”

CAMINO, Maria Ester. Jurisgaia: a ética jurídico-ambiental. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Org.). *Temas de direito ambiental e urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998. CARNEIRO, Eder Jurandir. Política ambiental e a ideologia do desenvolvimento sustentável. In: ZHOURI, Andréa; LASCHEFSKI, Klemens; PEREIRA, Doralice Barros (Org.). *A insustentável leveza da política ambiental: desenvolvimento e conflitos socioambientais*. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

CARNEIRO, Fernando Ferreira et al. Saúde ambiental e desigualdades: construindo indicadores para o desenvolvimento sustentável. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 6, p. 1419-1425, jun. 2012.

CARTER, M. J. Enterically infecting viruses: pathogenicity, transmission and significance for food and waterborne infection. *Journal of Applied Microbiology*, Oxford, v. 98, n. 6, p. 1354-1380, 2005.

CERQUEIRA, Luiz Fernando Flores. *Os Impactos dos assentamentos informais de baixa renda nos recursos hídricos e na saúde coletiva: o caso da Bacia de Jacarepaguá*. 2006. 171f. Dissertação (Mestrado em Engenharia Ambiental) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

CZERESNIA, Dina. The concept of health and the difference between promotion and prevention. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 4, p. 701-710, 1999.

DE PAULA, Vanessa Salete et al. Hepatitis A virus in environmental water samples from the Amazon Basin. *Water Research*, London, v. 41, n. 6, p. 1169-1176, 2007.

FARZIN, Yeganeh Hossein. Can an exhaustible resource economy be sustainable? *Social Science Research Network*, Rochester, n. 47, 2002.

FERREIRA, F. F. et al. Environmental dissemination of group A rotavirus: P-type, G-type and subgroup characterization. *Water Science and Technology*, Oxford, v. 60, n. 3, p. 633-642, 2009.

FINK, Daniel Roberto; ALONSO JUNIOR, Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FOLADORI, Guillermo. *Limites do desenvolvimento sustentável*. Campinas: UNICAMP, 2001.

FONG, Theng-Theng; LIPP, Erin K. Enteric viruses of humans and animals in aquatic environments: health risks, detection, and potential water quality assessment tools. *Microbiology and Molecular Biology Reviews*, Washington, v. 69, n. 2, p. 357-371, 2005.

FRANZA, Jorge Atilio. *Tratado de derecho ambiental*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas, 2007.

FUMIAN, Tulio Machado et al. Molecular detection, quantification and characterization of human polyomavirus JC from waste water in Rio de Janeiro, Brazil. *Journal of Water and Health*, London, v. 8, n. 3, p. 438-450, 2010.

_____ et al. One year environmental surveillance of rotavirus specie A (RVA) genotypes in circulation after the introduction of the Rotarix® vaccine in Rio de Janeiro, Brazil. *Water Research*, London, v. 45, n. 17, p.5755-5763, 2011.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Trata Brasil: saneamento é saúde*. São Paulo: Centro de Políticas Sociais, [20--]. Disponível em: <http://www3.fgv.br/ibrecps/CPS_infra/index_teste.htm>. Acesso em: 8 fev. 2012.

GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro et al. Marcos regulatórios estaduais em saneamento básico no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 1, p. 207-227, 2009.

GERBA, Charles P.; GRAMOS, Dawn M.; NWACHUKU, Nena. Comparative inactivation of enteroviruses and adenovirus 2 by UV light. *Applied and Environmental Microbiology*, Washington, v. 68, n. 10, p. 5167-5169, 2002.

_____ ; GRABOW, W. O. K. Virus occurrence and survival on the environmental waters. In: BOSCH, Albert. (Ed.). *Human viruses in water*. Amsterdam: Elsevier, 2007.

- GIOVANELLA, Lúgia (Org.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.
- GIRONES, Rosina et al. Molecular detection of pathogens in water: the pros and cons of molecular techniques. *Water Research*, London, v. 44, p. 4325-4339, 2010.
- GORDILHO-SOUZA, Angela. *Limites do habitar: segregação e exclusão na configuração urbana contemporânea de Salvador e perspectivas no final do século XX*. Salvador: EDUFBA, 2000.
- GRABOW, W. O. K. Overview of health-related water virology. In: BOSCH, Albert (Ed.). *Human viruses in water*. Amsterdam: Elsevier, 2007.
- GRIFFIN, D. W. et al. Detection of viral pathogens by reverse transcriptase PCR and of microbial indicators by standard methods in the canals of the Florida Keys. *Applied and Environmental Microbiology*, v. 65, n. 9, p. 4118-4125, 1999.
- HELLER, Leo. Relação entre saúde e saneamento na perspectiva do desenvolvimento. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 73-84, 1998.
- HOT, D. et al. Detection of somatic phages, infectious enteroviruses and enterovirus genomes as indicators of human enteric viral pollution in surface water. *Water Research*, v. 37, n. 19: 4703-4710, 2003.
- IJZERMAN, M. Marian; DAHILLING, Daniel R.; FOUT, G. Shay. A method to remove environmental inhibitors prior to the detection of waterborne enteric viruses by reverse transcription-polymerase chain reaction. *Journal of Virological Methods*, Amsterdam, v. 63, n. 1-2, p. 145-153, 1997.
- KARAGANIS, Joseph et al. *Research priorities for monitoring viruses in the environment*. Ohio: U.S. Environmental Protection Agency, Office of Research and Development, Environmental Monitoring and Support Laboratory, 1983.
- LENZI, Cristiano Luis. *Sociologia ambiental: risco e sustentabilidade na modernidade*. Bauru: EDUSC, 2006.
- LUSTIG, Robert H.; SCHMIDT, Laura A.; BRINDIS, Claire D. The toxic truth about sugar. *Nature*, London, v. 482, p. 27-29, 2012.
- MACHADO, Carlos José Saldanha. Animais na dinâmica global da ecologia das doenças infecciosas. In: _____. *Animais na sociedade brasileira: práticas, relações e interdependências*. Rio de Janeiro: E-Papers, 2013.
- _____. Introdução: inter-relações e tensões entre o global e o local. In: _____. (Org.). *Ciências, políticas públicas e sociedade sustentável*. Rio de Janeiro: E-Papers, 2012.
- _____; MIRANDA, N.; PINHEIRO, A. A. S. A nova aliança entre estado e sociedade na administração da coisa pública: descentralização e participação na política nacional de recursos hídricos. In: _____. *Gestão de águas doces*. Rio de Janeiro: Interciência, 2004.
- _____. et al. Recomendações para elaboração e consolidação de uma estratégia nacional de prevenção e controle das espécies exóticas no Brasil. *Ciência e Cultura*, Campinas, v. 61, n. 1, p. 42-45, 2009.
- _____; OLIVEIRA, Anderson Eduardo Silva de. Espécies exóticas invasoras: problema nacional ainda pouco conhecido. *Ciência e Cultura*, Campinas, v. 61, n. 1, p. 22-23, 2009.
- _____. Água e saúde no estado do Rio de Janeiro: uma leitura crítica do arcabouço institucional-legal. *Revista de Gestão de Água da América Latina*, Santiago, v. 1, n. 1, p. 51-63, jul./dez. 2004.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MARGULIS, Sergio et al. *Brasil: a gestão da qualidade da água*. Brasil: Banco Mundial, 2002.
- MELNICK, Joseph. Poliomyelitis virus in urban sewage in epidemic and in non-epidemic times. *American journal of hygiene*, Baltimore, v. 45, p. 240-253, 1947.

- METCALF, T. G.; MELNICK, J. L.; ESTES, M. K. Environmental virology: from detection of virus in sewage and water by isolation to identification by molecular biology: a trip of over 50 years. *Annual Review of Microbiology*, California, v. 49, n. 1, p. 461-487, 1995.
- MIAGOSTOVICH, Marize P. et al. Molecular detection and characterization of gastroenteritis viruses occurring naturally in the stream waters of Manaus, Central Amazonia, Brazil. *Applied and Environmental Microbiology*, Washington, v. 74, n. 2, p. 375-382, 2008.
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MOISÉS, Márcia et al. A política federal de saneamento básico e as iniciativas de participação, mobilização, controle social, educação em saúde e ambiental nos programas governamentais de saneamento. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 5, p. 2581-2591, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico: instrumentos jurídicos para um futuro melhor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- NOBLE, Rachel; FUHRMAN, Jed. Enteroviruses detected by reverse transcriptase polymerase chain reaction from the coastal waters of Santa Monica Bay, California: low correlation to bacterial indicator levels. *Hydrobiologia*, Berlin, v. 460, n. 1/3, p. 175-184, Sept. 2001.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Macroeconomía y salud: invertir en salud em prol del desarrollo económico*. Ginebra: OMS, 2002.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Benefits of investing in water and sanitation: an OECD perspective*. Paris: OECD: 2011. Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/environment/benefits-of-investing-in-water-and-sanitation_9789264100817-en>. Acesso em: 20 maio 2011.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *La salud y el ambiente en el desarrollo sostenible*. Washington: OPS, 2000.
- PHILIPPI JUNIOR, Arlindo; MAGLIO, Ivan Carlos. Avaliação de impacto ambiental. In: _____; ALVES, Alaôr Caffé (Ed.). *Curso interdisciplinar de direito ambiental*. Barueri: Manole, 2005.
- PRADO, Tatiana et al. Quantification and molecular characterization of enteric viruses detected in effluents from two hospital wastewater treatment plants. *Water Research*, London, v. 45, n. 3, p. 1287-1297, 2011.
- PUSCH, D. et al. Detection of enteric viruses and bacterial indicators in German environmental waters. *Archives of Virology*, v. 150, n. 5, p. 929-947, 2005.
- RATTNER, Henrique. Meio ambiente, saúde e desenvolvimento sustentável. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 6, p. 1965-1971, 2009.
- RIGOTTO, Caroline et al. Assessment of adenovirus, hepatitis A virus and rotavirus presence in environmental samples in Florianópolis, South Brazil. *Journal of Applied Microbiology*, Oxford, v. 109, n. 6, p. 1979-1987, 2010.
- RODRÍGUEZ-LÁZARO, David et al. Virus hazards from food, water and other contaminated environments. *FEMS Microbiology Reviews*, New York, v. 36, n. 4, p. 786-814, Jul. 2011.
- RZEZUTKA, Artur; COOK, Nigel. Survival of human enteric viruses in the environmental and food. *FEMS Microbiol Reviews*, New York, v. 28, n. 4, p. 441-453, 2004.
- SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
- SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos*. São Paulo: Oficina de Textos, 2008.
- SCHWAB, Kellog; GRABOW, Wilhelm O. K. Waterborne gastroenteritis viruses. In: BOSCH, Albert (Ed.). *Human viruses in water*. Amsterdam: Elsevier, 2007.
- SEGRE, Marco; FERRAZ, Flavio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 31, n. 5, p. 538-542, 1997.

- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SINCLAIR, R. S.; JONES, E. L.; GERBA, C. P. Viruses in recreational water-borne disease outbreaks: a review. *Journal of Applied Microbiology*, Oxford, v. 107, n. 6, p. 1769-1780, 2009.
- SOARES, Lucélia Martins. Estudo de impacto de vizinhança. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (Coord.). *Estatuto da cidade: comentários à Lei 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SHUVAL, Hillel. *Developments in water quality research: proceedings of the Jerusalem International Conference on Water Quality and Pollution Research*. Ann Arbor: Ann Arbor Science, 1970.
- SOUZA, Cezarina Maria Nobre. Relação saneamento-saúde-ambiente: os discursos preventivista e da promoção da saúde. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 125-137, 2007.
- _____; FREITAS, Carlos Machado de; MORAES, Luiz Roberto Santos. Discursos sobre a relação saneamento-saúde-ambiente na legislação: uma análise de conceitos e diretrizes. *Engenharia Sanitária e Ambiental*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 4, p. 371-379, 2007.
- TAMBELLINI, Anamaria Testa; CÂMARA, Volney de Magalhães. A temática saúde e ambiente no processo de desenvolvimento do campo da saúde coletiva: aspectos históricos, conceituais e metodológicos. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 47-59, 1998.
- TAVARES, Talissa de Moraes; CARDOSO, Divina das Dores de Paula; BRITO, Wilia Marta Elsner D. Virus entéricos veiculados por água: aspectos microbiológicos e de controle de qualidade da água. *Revista de Patologia Tropical*, Goiânia, v. 34, n. 2, p. 85-104, 2005.
- VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI*. 2. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.
- VICTORA, Cesar Gomes et al (Org.). *Saúde no Brasil: a série The Lancet*, 2011. Rio de Janeiro: FRIOCRUZ, 2011. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/revista_the_lancet.pdf>. Acesso em: 10 maio 2012.
- VICTORIA, Matías et al. One year monitoring of norovirus in a sewage treatment plant in Rio de Janeiro, Brazil. *Journal of Water and Health*, London, v. 8, n. 1, p. 158-165, 2010a.
- _____. et al. Assessment of norovirus contamination in environmental samples from Florianópolis City, Southern Brazil. *Journal of Applied Microbiology*, Oxford, v. 109, n. 1, p. 231-238, 2010b.
- VIEIRA, Carmen Baur et al. Detection of enteric viruses in recreational waters of an urban lagoon in the city of Rio de Janeiro, Brazil. *Memórias do Instituto Oswaldo Cruz*, Rio de Janeiro, v. 107, n. 6, p. 778-84, 2012.
- VILLAR, Livia Melo et al. Evaluation of methods used to concentrate and detect hepatitis A virus in water samples. *Journal of Virological Methods*, Amsterdam, v. 137, n. 2, p. 169-176, 2006.
- _____. et al. Molecular detection of hepatitis A virus in urban sewage in Rio de Janeiro, Brazil. *Letters in Applied Microbiology*, Oxford, v. 45, n. 2, p. 168-173, 2007.
- VON SPERLING, Marcos. *Introdução à qualidade das águas e ao tratamento de esgotos*. Belo Horizonte: UFMG, 2005.
- WONG, Mark; XAGORARAKI, Irene; ROSE, Joan B. Recent advances and future needs in environmental virology. In: BOSCH, Albert (Ed.). *Human viruses in water*. Amsterdam: Elsevier, 2007.
- WYN-JONES, A. P.; SELLWOOD, J. Enteric viruses in the aquatic environment. *Journal of Applied Microbiology*, Oxford, v. 91, n. 6, p. 945-962, 2001.
- YOUNG, Carlos Eduardo Frickmann. Desenvolvimento e meio ambiente: uma falsa incompatibilidade. *Ciência Hoje*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 211, p. 30-34, 2004.

**Resenha Legislativa da
Consultoria Legislativa do
Senado Federal**

Restrições ao exercício de empresa por estrangeiro

LEONARDO GARCIA BARBOSA

Sumário

1. Introdução. 2. Investimento nacional e investimento estrangeiro. 2.1. Critérios distintivos. 2.2. Papel do investimento estrangeiro. 2.2.1. Efeitos econômicos. 2.2.2. Efeitos sociais. 2.2.3. Efeitos políticos. 3. Empresário individual estrangeiro. 3.1. Empresário individual mercosulino. 4. Restrições à sociedade empresária. 4.1. Participação de estrangeiro em sociedade empresária. 4.2. Autorização para funcionamento no País. 4.2.1. Delegação de competência. 4.3. Nacionalização voluntária. 5. Restrições à sociedade anônima. 5.1. Diretor residente no país. 5.2. Participação de estrangeiro em sociedade anônima. 5.3. Nacionalidade brasileira na subsidiária integral. 5.4. Nacionalidade brasileira em grupo societário. 6. Restrições setoriais. 6.1. Restrições constitucionais. 6.2. Restrições infraconstitucionais. 7. Considerações finais.

1. Introdução

A remoção de barreiras regulatórias ao investimento estrangeiro é um dos principais assuntos que podem beneficiar o Brasil na sua política externa empresarial. Ela exige negociações extremamente especializadas, quase sempre envolvendo grupos de interesse. A atração do capital estrangeiro para o País e de empresários talentosos esbarra na complexidade e na desatualização da legislação, além de em outros fatores relacionados à língua e em problemas de segurança. O assunto envolve ainda a habilidade necessária para harmonizar regras e conceitos que são distintos em diversos países.

É importante destacar que o desenvolvimento econômico se relaciona ao grau de abertura do país ao mundo. A integração econômica com a

Leonardo Garcia
Barbosa é Consultor
Legislativo do Senado
Federal.

comunidade internacional permite um maior influxo de capitais estrangeiros, fundamentais para o crescimento econômico sustentado. O aporte de capitais estrangeiros depende da percepção do risco pelos investidores do cenário nacional e da redução das barreiras à entrada e à saída dos investimentos.

Estima-se que a taxa de investimento na economia poderia ser elevada com uma maior participação do País no comércio internacional, representada pelo aumento da participação das exportações e importações no Produto Interno Bruto. A estratégia de inserção do Brasil nos fluxos econômicos internacionais passa pela redução do protecionismo, dos requisitos de nacionalidade brasileira e dos entraves burocráticos impostos ao capital estrangeiro.

No item 2, examinamos os critérios utilizados para diferenciar investimento nacional e investimento estrangeiro, bem como os efeitos deste último nos aspectos econômicos, sociais e políticos. No item 3, apresentamos os requisitos para o estrangeiro se registrar como empresário individual, bem como as facilidades surgidas no âmbito mercosulino. No item 4, estudamos as restrições à sociedade empresária que deseja empreender no País. No item 5, é a vez das restrições específicas previstas na legislação que trata da sociedade anônima. No item 6, são relacionadas algumas restrições setoriais e impedimentos à participação estrangeira na atividade empresarial. No item 7, são expostas as considerações finais.

2. Investimento nacional e investimento estrangeiro

A nacionalidade é uma ligação jurídica da pessoa ao Estado a que pertence, gerando direitos e obrigações e fazendo dela um membro do povo que integra o Estado do qual é nacional. A ligação jurídica dá-se tanto em relação à pessoa

natural quanto em relação à pessoa jurídica, aplicando-se restrições aos estrangeiros não extensíveis aos nacionais¹.

2.1. Critérios distintivos

As pessoas naturais adquirem a nacionalidade pelo nascimento, de acordo com os critérios do local de nascimento ou do vínculo familiar, pela naturalização ou pela modificação da delimitação dos Estados nacionais. Assim como a própria nacionalidade, a residência ou domicílio da pessoa natural é um dos critérios relevantes de distinção da nacionalidade para fins de proteção ao investimento estrangeiro, bem como para se exigir a constituição de representante no País.

As pessoas jurídicas estão sujeitas a determinado Estado, contando com o atributo da nacionalidade². Entre os critérios de distinção da nacionalidade da sociedade empresária, destacamos três principais (TIBURCIO, 2011, p. 187): a) critério da incorporação – a sociedade tem a nacionalidade do país onde é constituída; b) critério da sede – a nacionalidade da sociedade é definida pelo local da sua sede social; e c) critério do controle – a sociedade tem a mesma nacionalidade da pessoa que exerce o seu controle, isto é, da pessoa que detém o poder de decisão para nomear a maior parte dos administradores.

O investimento do capital estrangeiro ocupa espaço na forma de empresas transnacionais, de bancos e seguradoras e de fundos de pensão, compreendendo questões relativas à tecnologia

¹ Quanto às compras governamentais, por exemplo, a Lei de Licitações prevê critério de desempate a favor da empresa brasileira (art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

² Podem ser listados sete critérios de atribuição de nacionalidade da pessoa jurídica: constituição; sede; autonomia da vontade; local de exploração; controle; investidor nacional e centro de decisão (REGNIER, 2003, p. 76 et seq.).

e ao emprego, à soberania e à subordinação e implicando a adoção pelo Estado brasileiro de políticas que permitam à sociedade usufruir dos aspectos positivos do investimento estrangeiro, diminuindo seus eventuais efeitos adversos (GUIMARÃES, 2000, p. 144). Para tanto, é importante investigar o papel do investimento estrangeiro no País.

2.2. Papel do investimento estrangeiro

O investimento estrangeiro gera efeitos sobre a economia e a sociedade, acarretando consequências sobre o desenvolvimento do País e a posição brasileira no âmbito internacional. A importância do capital estrangeiro reflete-se no aumento da poupança disponível para investimento, na transferência de tecnologia, no aprendizado de diferentes métodos empresariais, no aumento da concorrência e na ampliação do acesso dos consumidores a produtos de origem estrangeira e ao mercado internacional. O capital estrangeiro acelera o desenvolvimento nacional com menor esforço da população em geral, sendo importante estar atento às suas implicações sociais e políticas.

2.2.1. Efeitos econômicos

O investimento na atividade produtiva provém da remuneração do capital, inclusive do capital estrangeiro. Desse modo, é o lucro que propicia o investimento em uma nova unidade produtiva. Tanto a massa salarial quanto o investimento estatal são insuficientes para alavancar os investimentos necessários ao desenvolvimento econômico. A poupança disponível para realizar investimento pela massa de salários é baixa, dada a grande parcela da massa destinada ao consumo, apesar de uma parcela importante da poupança disponível dos trabalhadores ser direcionada para a previdência e alocada nos fundos de pensão. O investimento por parte do Estado é dificultado pelo aspecto inflacionário, ocasionado pela utilização da tributação como forma de alavancar investimentos estatais.

A mitigação das regras impeditivas do investimento estrangeiro contribui fortemente para a diminuição do impacto das crises econômicas, intensificando os períodos de maior crescimento e de desenvolvimento no longo prazo e colaborando para o amadurecimento da economia brasileira. Além disso, o investimento estrangeiro é um meio importante de transferência de tecnologia. A empresa estrangeira incorpora ao sistema econômico nacional o conhecimento científico e tecnológico que domina. As unidades de pesquisa encontram-se concentradas nos países de origem, mas cada vez mais expandem-se para os países em desenvolvimento, colaborando para aumentar a quantidade de patentes

registradas no País. A escassez de investimentos em pesquisa no Brasil é constatada pelo reduzido número de patentes registradas como resultado de pesquisas realizadas no País (GUIMARÃES, 2000, p. 149).

O investimento estrangeiro contribui para aumentar a dimensão do mercado brasileiro de produtos. A divisão e a especialização do trabalho, o aumento da produtividade e a acumulação de capital são fatores que permitem a manutenção dos preços em patamares razoáveis, ampliam a competição a maior número de empresas e incrementam o poder de compra do consumidor, que passa a ter mais opções e a adquirir produtos mais baratos e de melhor qualidade.

O ingresso de empresas estrangeiras no Brasil diminui as barreiras à entrada de novos competidores no mercado, ao criar condições de acesso aos fornecedores brasileiros, que passam a ofertar seus produtos e serviços a essas empresas. Eventuais efeitos deletérios na concorrência, pela excessiva concentração estrutural de mercado no País em virtude do ingresso de empresas estrangeiras, são coibidos pelas autoridades brasileiras de defesa da concorrência, a quem compete preservar as estruturas concorrenciais de mercado.

A empresa estrangeira pode contribuir para a expansão do mercado internacional para os produtos nacionais, mediante a incorporação no processo produtivo de produtos fabricados no País e exportados por ela. Eventuais problemas verificados nos preços declarados no comércio entre matriz no exterior e filial no Brasil podem ser corrigidos pelas autoridades aduaneiras, não implicando efeitos negativos para a balança comercial o ingresso da empresa estrangeira no Brasil.

Além disso, a liberdade de comércio e de prestação de serviços não influencia negativamente o desenvolvimento econômico desde que se atente para o equilíbrio da balança de pagamentos, compensando-se um determinado setor deficitário com outro que seja superavitário. A existência de comércio exterior desenvolvido gera os benefícios da exportação de produtos que excedam a demanda interna e da importação de outros que falem no País (SMITH, 1999, p. 372).

O investimento estrangeiro também gera benefícios sociais ao país receptor dos recursos financeiros.

2.2.2. Efeitos sociais

A capacidade produtiva da sociedade depende da quantidade e da qualidade do estoque de capital e da disponibilidade da mão de obra e de recursos naturais. O processo de desenvolvimento econômico e social depende, assim, do investimento em capital físico instalado, inclusive estrangeiro, aumentando-se a capacidade de produção pelo aumento

de postos de trabalho e pela participação dos salários no resultado da produção. Além disso, sugere-se não haver diferenças significativas nos fluxos de emprego nas empresas nacionais e estrangeiras (ESTEVEES, 2010, p. 149), não acarretando custos de bem-estar aos países que recebam investimentos externos.

O investimento estrangeiro colabora para expandir a oferta nacional de trabalho, habilitando e qualificando mão de obra nacional em tecnologias modernas e possibilitando uma melhoria remuneratória para os trabalhadores. O uso de tecnologia mais intensiva em capital constitui processo irreversível de desenvolvimento da economia capitalista, gerando postos de trabalho em novas ocupações. Além disso, o preenchimento dos cargos de direção da empresa estrangeira por executivos estrangeiros contribui para modernizar a gestão empresarial brasileira, que se torna mais competitiva e eficiente em razão do contato dos administradores brasileiros com formas diferentes de administração.

A atração do investimento estrangeiro que gera benefícios sociais depende da estabilidade política e da manutenção das regras.

2.2.3. Efeitos políticos

As incertezas políticas, sociais e econômicas dos países em desenvolvimento preocupam os investidores estrangeiros, que passam a buscar maior percentual de lucro no curto prazo, remetendo-o de volta ao país de origem no menor tempo possível.

Assim, a discriminação do capital estrangeiro prejudica a atração de investimentos em países de maior risco, como é o caso do Brasil. Em países subdesenvolvidos, os detentores de capital procuram investimentos mais seguros e com retorno mais rápido. Durante a crise econômica de 2008, a bolsa brasileira caiu cerca

de 60% do seu valor em pontos (de 73.516,81, em vinte de maio, para 29.435,11, em 27 de outubro), enquanto o índice *Dow Jones* caiu aproximadamente 35% (de 14 mil para 9 mil pontos) (CATEB; PIMENTA, 2012, p. 243).

A política brasileira no campo da imigração é responsável ainda pelo estabelecimento das regras aplicáveis ao estrangeiro que pretenda exercer atividade econômica no País.

3. Empresário individual estrangeiro

Ao estrangeiro titular de visto temporário e ao que se encontre no Brasil na condição de estrangeiro natural de país limítrofe³, é vedado estabelecer-se como empresário ou exercer cargo ou função de administrador, gerente ou diretor de sociedade empresária, ressalvados os casos previstos nos acordos internacionais em vigor no País⁴. Em regra, o exercício de atividade econômica empresarial pelo estrangeiro depende da obtenção de um visto permanente.

O visto permanente é concedido ao estrangeiro que pretenda se fixar definitivamente no Brasil, visando a propiciar mão de obra especializada ao País e a colaborar para o aumento da produtividade e para a obtenção de tecnologia e de recursos para setores específicos⁵. A obtenção de visto permanente pelo estrangeiro depende do cumprimento das exigências previstas nas regras de seleção de imigrantes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Imigração⁶. Após sua entrada no País, o estrangeiro admitido de forma permanente deve-se registrar no

³ É permitido o fornecimento de documento especial ao estrangeiro natural de país limítrofe que exerça atividade remunerada em município fronteiriço brasileiro, conforme o art. 21, § 1º, da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro).

⁴ Art. 99 do Estatuto do Estrangeiro.

⁵ Art. 16 do Estatuto do Estrangeiro.

⁶ Art. 17 do Estatuto do Estrangeiro.

Ministério da Justiça, fornecendo-se a ele um documento de identidade⁷. Algumas medidas desburocratizadoras foram adotadas no âmbito da integração brasileira à América do Sul.

3.1. Empresário individual mercosulino

A formação dos blocos econômicos ganhou importância acentuada a partir da década de 90. Diversos países têm buscado o fortalecimento de seus interesses econômicos comuns. A intensidade da integração econômica, decorrente dos objetivos a serem alcançados, varia desde a implantação de uma área de livre comércio (eliminação ou restrição de barreiras alfandegárias e não alfandegárias ao comércio) até a federação ou confederação (governo único), passando progressivamente pela união aduaneira (uma tarifa externa comum), pelo mercado comum ou interior (livre circulação de bens, pessoas, capitais e serviços), pela união política (políticas externas e de defesa comuns) e pela união monetária (políticas monetárias comuns). (AGUILLAR, 2012, p. 451).

O principal bloco econômico regional do qual o Brasil participa é o Mercado Comum do Sul (Mercosul), estruturado com o Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991. O objetivo é criar um mercado comum, passando pelas etapas da área de livre comércio e da união aduaneira. A intenção de criar uma área de livre comércio esbarra no problema da lista de exceções para produtos considerados “sensíveis”.

Alguns problemas de integração são verificados no âmbito do Mercosul. As decisões são sempre por consenso e não têm aplicação direta nos Estados-membros. O sistema de tomada de decisões é intergovernamental, não havendo espaço para a supranacionalidade. O ingresso da Venezuela no bloco composto por Argentina,

⁷ Art. 33 do Estatuto do Estrangeiro.

Brasil, Paraguai e Uruguai é polêmico, pois seu regime democrático é questionado pelas correntes de pensamento ligadas à liberal-democracia. Uma oportunidade de integração do Brasil à América Latina pelo lado da liberal-democracia dá-se com a criação da Área de Integração Profunda do Pacífico, aliança entre Chile, Colômbia, México e Peru, conforme a Declaração de Lima, de 28 de abril de 2011.

No âmbito do Mercosul, importante decisão⁸ permite aos cidadãos dos Estados-partes do Mercosul (República Argentina, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai) e dos Estados Associados (República Plurinacional da Bolívia e República do Chile) que obtiverem a residência temporária de dois anos exercer a atividade de empresário e de titular, sócio ou administrador de sociedade empresária⁹.

A concessão da residência temporária de dois anos é obtida mediante a apresentação de documento que comprove a identidade e a nacionalidade do requerente, de certidão negativa de antecedentes judiciais, penais ou policiais no país de origem, de declaração de ausência de antecedentes, nacionais ou internacionais, penais ou policiais, e de comprovante do pagamento das taxas legais.

O estrangeiro, inclusive o mercosulino, encontra ainda algumas restrições ao exercício de atividade empresária, caso queira exercê-la por meio de uma sociedade.

4. Restrições à sociedade empresária

As restrições previstas na legislação à sociedade empresária quanto ao critério da nacionalidade estão relacionadas à participação

⁸ Decisão do Conselho do Mercado Comum nº 28, de 2002.

⁹ Instrução Normativa nº 111, de 1º de fevereiro de 2010, do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC).

de estrangeiro na sociedade, à autorização para funcionamento no País, à transferência da sede para o Brasil caso queira se nacionalizar e à obrigatoriedade de constituição de representante no País se o sócio ou administrador for residente no exterior.

4.1. Participação de estrangeiro em sociedade empresária

O arquivamento na junta comercial de atos de sociedade empresária da qual participem estrangeiros residentes no País é tratado por norma editada na década de 30 e considerada ainda em vigor pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio¹⁰. A junta comercial que registrar sociedade empresária da qual participe estrangeiro deve enviar ao Ministério da Justiça os dados de identificação do estrangeiro e do documento de identidade emitido no Brasil¹¹. É considerado participante da sociedade empresária o estrangeiro que figure como sócio ou administrador ou como representante de sociedade empresária estrangeira. Não é necessária a prova do visto permanente no caso de sócio estrangeiro minoritário, bastando o visto temporário¹².

O acionista residente ou domiciliado no exterior deve constituir representante com poderes para receber citação¹³, assim como o conselheiro que esteja na mesma situação.

É bastante comum o exercício da atividade empresarial de maior porte por estrangeiro mediante sua participação em sociedade em-

presária brasileira, driblando-se a exigência de autorização para funcionamento no País.

4.2. Autorização para funcionamento no País

O funcionamento de sociedade limitada estrangeira no País depende de autorização do Poder Executivo, qualquer que seja o seu objeto¹⁴. Quanto às sociedades anônimas, o capítulo que trata da sociedade anônima estrangeira da antiga Lei da Sociedade por Ações¹⁵ foi mantido em vigor pela lei atual¹⁶, também exigindo a autorização do Poder Executivo. É importante destacar que a sociedade anônima é regida por lei especial, aplicando-se a ela as disposições do Código Civil somente nos casos omissos¹⁷. Assim, o funcionamento da sociedade limitada estrangeira é tratado no Código Civil e o funcionamento da sociedade anônima estrangeira, em lei especial.

É permitido à sociedade estrangeira ser acionista de sociedade anônima brasileira¹⁸. Na verdade, é correto o entendimento de que não é vedado à sociedade estrangeira participar do capital de sociedade brasileira, independentemente da forma societária desta (GREBLER, E., GREBLER, G., 2004, p. 410). Essa possibilidade torna de pouca utilidade o procedimento de autorização do Poder Executivo para funcionamento da sociedade estrangeira no País, haja vista que as sociedades estrangeiras preferem fundar sociedades brasileiras nas quais detenham quase a totalidade do capital a elas pertencente (BUITONI, 1986, p. 27). O exercício do poder de controle de sociedade brasileira por

¹⁰ Decreto-Lei nº 341, de 17 de março de 1938, que regula a apresentação de documentos, por estrangeiros, ao Registro do Comércio, e dá outras providências.

¹¹ *Caput* do art. 45 do Estatuto do Estrangeiro.

¹² Art. 1º, § 1º, da Instrução Normativa nº 76, de 28 de dezembro de 1998, do DNRC.

¹³ Art. 119 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades por Ações).

¹⁴ Art. 1.134 e segs. da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

¹⁵ Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940.

¹⁶ Art. 300 da Lei nº 6.404, de 1976.

¹⁷ Art. 1.089 do Código Civil.

¹⁸ Parte final do art. 1.134 do Código Civil.

sociedade estrangeira não caracteriza o funcionamento desta no Brasil, de modo a ensejar a autorização do Poder Executivo.

Ainda não se verifica no direito empresarial internacional o livre exercício da atividade empresarial por sociedades estrangeiras sem maiores formalidades, mas a abertura econômica posta em prática a partir dos anos 90 do século XX reclama uma regulamentação menos burocrática da presença da sociedade estrangeira no País.

A delegação de competência para a autorização, em um primeiro momento, do Presidente da República ao Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e, posteriormente, ao Secretário de Comércio e Serviços do mesmo Ministério mostra uma tendência de maior flexibilidade da legislação quanto ao ingresso de sociedades empresárias estrangeiras no País.

4.2.1. Delegação de competência

No Governo Collor, foi delegada competência ao Ministro da Justiça para aprovar as alterações estatutárias ou contratuais das sociedades estrangeiras em funcionamento no Brasil, permanecendo a competência do Presidente da República para aprovar os atos referentes à autorização inicial, à nacionalização e à cassação da autorização¹⁹. No Governo Itamar Franco, a competência foi transferida ao Ministro da Indústria, do Comércio e do Turismo²⁰. No Governo Fernando Henrique Cardoso, a competência para decidir sobre todos os atos passou para o Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, sendo vedada a subdelegação²¹. No Governo Lula, permitiu-se a subdelegação de competência²². Essa competência é atualmente do Secretário de Comércio e Serviços do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior²³.

Desse modo, a sociedade estrangeira que quiser constituir filial, sucursal, agência ou estabelecimento no Brasil deve pedir autorização do Poder Executivo Federal para instalação e funcionamento, mediante requerimento endereçado ao Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, protocolizado em Brasília, no Departamento Nacional do Registro do Comércio²⁴.

¹⁹ Decreto nº 99.436, de 2 de agosto de 1990.

²⁰ Decreto nº 796, de 13 de abril de 1993.

²¹ Decreto nº 3.444, de 28 de abril de 2000.

²² Decreto nº 5.664, de 10 de janeiro de 2006.

²³ Portaria nº 16, de 2 de fevereiro de 2006.

²⁴ Art. 1º da Instrução Normativa nº 81, de 5 de janeiro de 1999, do DNRC.

O procedimento de autorização para funcionamento da sociedade estrangeira no País poderia ser simplificado, caso fosse prevista a competência da junta comercial da unidade federativa em que se localizasse o estabelecimento para diretamente deliberar sobre a solicitação de funcionamento e sua conformidade com a legislação.

4.3. Nacionalização voluntária

A nacionalização da sociedade estrangeira autorizada a funcionar no País dá-se mediante a transferência de sua sede para o Brasil, após a expedição de autorização pelo Poder Executivo Federal. A sociedade estrangeira necessita ainda adequar seus atos constitutivos para atender os requisitos das leis brasileiras²⁵. A redação original do art. 171 da Constituição trazia a definição de empresa brasileira, mas esse dispositivo foi revogado²⁶. A redação dizia que era empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tivesse sua sede e administração no País. A nosso ver, a nacionalidade da pessoa jurídica é assunto materialmente constitucional, ficando uma lacuna sobre o tema na Carta com a revogação do texto do artigo.

5. Restrições à sociedade anônima

As restrições à sociedade anônima referem-se à exigência de o diretor ser residente no País, à participação de estrangeiro como administrador ou acionista controlador, à obrigatoriedade de nacionalidade brasileira da sociedade controladora da subsidiária integral e ao requisito de nacionalidade brasileira da sociedade controladora em grupo societário.

5.1. Diretor residente no País

Os diretores da sociedade anônima devem ser residentes no País²⁷. A exigência de residência no País dos conselheiros de administração, prevista na redação original da Lei das Sociedades por Ações, foi revogada²⁸. Exige-se dos diretores a residência no País porque eles estão diretamente envolvidos nos assuntos do dia a dia da companhia.

²⁵ Art. 1.126 do Código Civil.

²⁶ Emenda à Constituição nº 6, de 15 de agosto de 1995.

²⁷ Art. 146 da Lei nº 6.404, de 1976.

²⁸ Art. 2º da Lei nº 10.194, de 14 de fevereiro de 2001.

5.2. Participação de estrangeiro em sociedade anônima

A junta comercial que registrar sociedade anônima da qual participe estrangeiro que exerça a função de administrador, diretor ou acionista controlador deve enviar ao Ministério da Justiça os dados de identificação do estrangeiro e do documento de identidade emitido no Brasil²⁹.

5.3. Nacionalidade brasileira na subsidiária integral

A sociedade subsidiária integral é a sociedade anônima formada por um único sócio, sendo, portanto, forma de sociedade unipessoal³⁰. Ela é importante instrumento de organização empresarial, pois é considerada sujeito de direitos e obrigações próprias, respondendo perante credores com o seu patrimônio. Assim, os bens da sociedade anônima controladora não são atingidos por obrigações da sociedade subsidiária integral, a não ser que seja decretada judicialmente a desconsideração da personalidade jurídica.

Pode ser mais vantajoso, para uma sociedade anônima, em termos de custos de transação, constituir uma sociedade subsidiária integral, muitas vezes em razão do elevado risco do empreendimento, em vez de criar uma filial que não tenha o atributo da separação patrimonial. Uma sociedade anônima sediada no exterior, por exemplo, poderia optar por constituir uma subsidiária integral no País, para exploração de determinado empreendimento, caso o custo de transação fosse menor que a instalação de uma filial. Caso optasse pela constituição de uma filial, a sociedade exerceria, em seu próprio nome, conta e risco, a nova atividade empresarial e responderia com todo o seu patrimônio pelas obrigações decorrentes do empreendimento.

Outra vantagem da constituição de uma sociedade subsidiária integral decorre da diminuição dos custos de agência. A ausência de minoria societária na sociedade subsidiária integral reduz a zero os custos de transação da administração dos conflitos com grupos minoritários de sócios (PIMENTA, 2012, p. 352).

A legislação exige que a sociedade controladora da sociedade subsidiária integral seja brasileira³¹. Não há motivos de ordem econômica para vedar a constituição de sociedade subsidiária integral por sociedade estrangeira, haja vista que os investimentos estrangeiros geram benefícios

²⁹ Parágrafo único do art. 45 do Estatuto do Estrangeiro.

³⁰ A sociedade subsidiária integral está prevista nos arts. 251 a 253 da Lei nº 6.404, de 1976.

³¹ Art. 251 da Lei nº 6.404, de 1976.

econômicos e sociais, conforme anteriormente destacado.

5.4. Nacionalidade brasileira em grupo societário

O grupo de sociedade é constituído pela sociedade controladora e suas controladas, mediante convenção na qual se obriga a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns³².

A lei exige que a sociedade controladora ou de comando de grupo seja brasileira. Considera-se brasileira a sociedade de comando sob o controle de pessoas naturais residentes ou domiciliadas no Brasil, de pessoas jurídicas de direito público interno ou de sociedade ou sociedades brasileiras que, direta ou indiretamente, estejam sob o controle das pessoas citadas³³. Essa redação é semelhante à que estava prevista na Constituição para a definição de empresa brasileira de capital nacional e que se encontra atualmente revogada³⁴.

Assim como em relação à exigência de nacionalidade brasileira da sociedade subsidiária integral, não há motivos de ordem econômica para vedar a constituição de grupo de sociedade por sociedade controladora estrangeira, haja vista que os investimentos estrangeiros geram benefícios econômicos e sociais, conforme anteriormente destacado.

6. Restrições setoriais

A legislação em vigor prevê algumas restrições e impedimentos à participação estrangeira

na atividade empresarial. São previstas restrições na assistência à saúde, na navegação de cabotagem, na exploração de recursos minerais, na segurança privada, no jornalismo, no transporte rodoviário de carga, no transporte aéreo e na faixa de fronteira.

Essas restrições setoriais à empresa estrangeira conferem o monopólio do mercado interno à empresa nacional, restringindo os recursos empregados nas atividades assim como a quantidade de mão de obra. O tomador do serviço é levado a pagar mais caro por aquilo que poderia ser ofertado mais barato pelo estrangeiro. O prestador de serviço nacional é o maior beneficiário das restrições setoriais.

A diminuição das restrições setoriais à empresa estrangeira depende muitas vezes da observância das regras de reciprocidade entre os países. Assim, eventual flexibilização das regras brasileiras pode servir como contraponto à abertura do mercado estrangeiro. A ausência de reciprocidade justifica a imposição de restrições setoriais à empresa estrangeira como forma de pressionar a diminuição das restrições impostas pelos parceiros externos.

Algumas restrições são previstas de forma detalhada na Constituição, demandando, para a sua eventual flexibilização, uma alteração constitucional.

6.1. Restrições constitucionais

A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão de sons ou de sons e imagens é reservada a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou a pessoa jurídica constituída sob a lei brasileira e com sede no País³⁵. A participação de estrangeiros ou de brasileiros naturalizados há menos de dez anos

³² *Caput* do art. 265 da Lei nº 6.404, de 1976.

³³ Art. 265, § 1º, e art. 269, VII e parágrafo único, da Lei nº 6.404, de 1976.

³⁴ Emenda à Constituição nº 6, de 1995.

³⁵ Art. 222 da Constituição, conforme a Emenda à Constituição nº 36, de 2002.

no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão não poderá exceder a trinta por cento do capital total e do capital votante³⁶. As empresas jornalísticas devem apresentar às juntas comerciais, até o último dia útil de cada ano, declaração com a composição de seu capital social, incluindo a nomeação dos brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos titulares, direta ou indiretamente, de pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante.

A restrição prevista na Constituição aplica-se somente ao rádio e à televisão aberta, não abrangendo, entre outros veículos, a rede. A facilidade de disseminação da informação pela rede e a sua crescente utilização pela população, até mesmo substituindo a televisão, simplifica a atuação em território nacional de empresas jornalísticas estrangeiras. A restrição, portanto, encontra-se defasada. Ainda que se quisesse dificultar a veiculação de notícias produzidas por fontes estrangeiras, não se conseguiria fazê-lo no mundo atual, pois a informação rompe as barreiras que se opõem a ela caso haja uma demanda efetiva do consumidor.

A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica somente podem ser realizados, mediante autorização ou concessão da União, por brasileiro ou empresa constituída sob a lei brasileira e que tenha sua sede e administração no País³⁷. A restrição a empresa estrangeira no setor pode retardar a exploração de substâncias minerais que correm o risco de perder o valor no futuro, em razão da substituição de matérias-primas tradicionais por outras, como decorrência do avanço tecnológico.

Algumas restrições à participação estrangeira não estão previstas de forma explícita e deta-

lhada na Constituição ou estão previstas somente em lei infraconstitucional. Não há impedimento constitucional quanto à concessão por lei de tratamento diferenciado às empresas nacionais em relação às empresas estrangeiras (BERCOVICI, 2011, p. 95), uma vez que a revogação do art. 171 da Constituição não produz isonomia jurídica entre capital estrangeiro e capital nacional.

6.2. Restrições infraconstitucionais

É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou de capitais estrangeiros na assistência à saúde³⁸, salvo nos casos previstos em lei³⁹. Essa restrição é criticada quanto à sua conveniência, visto que o setor de saúde é um setor carente de investimentos. A Constituição, contudo, permite que a restrição seja afastada por lei ordinária, flexibilizando-se o ingresso no setor de empresas estrangeiras. Admite-se ainda a participação minoritária e sem controle efetivo de estrangeiros no capital de empresas brasileiras que atuam no setor de assistência à saúde (SUNDFELD; CÂMARA, 2008, p. 47).

A Constituição dá liberdade à lei ordinária para estabelecer as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem poderá ser realizado por embarcação estrangeira⁴⁰. A administração da empresa de navegação de cabotagem deve ser constituída por maioria de brasileiros natos, ou a brasileiros natos devem ser delegados todos os poderes de gerência⁴¹. Além disso, são considerados nacionais os navios que pertençam a sociedades constituídas no Brasil, desde que mais da metade do capital pertença a brasileiros natos.

³⁸ § 3º do art. 199 da Constituição.

³⁹ Art. 23 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

⁴⁰ Art. 178, parágrafo único, da Constituição.

⁴¹ Art. 2º do Decreto-Lei nº 2.784, de 20 de novembro de 1940.

³⁶ Art. 2º da Lei nº 10.610, de 20 de dezembro de 2002.

³⁷ § 1º do art. 176 da Constituição, alterado pela Emenda à Constituição nº 6, de 1995.

A navegação de cabotagem é o transporte efetuado entre portos de um mesmo país. Na maioria dos países, vigora um tratamento favorecido aos nacionais nesse tipo de navegação. De acordo com o sindicato das empresas de navegação marítima, uma pesquisa mostra que 40 de 56 países estudados restringem a cabotagem a navios nacionais (GÓES, 2013). Defende-se a imposição de restrição à atividade estrangeira para estimular a nacional quando se trata de uma atividade necessária à defesa do país (SMITH, 1999, p. 384 et seq.). Assim, a lei sobre o transporte marítimo procura assegurar aos nacionais o monopólio da participação no comércio de cabotagem.

A propriedade e a administração das sociedades empresárias cujo objeto seja a prestação de serviços de segurança privada a pessoas e a bens e valores são vedadas a estrangeiros⁴². A Constituição não cuida expressamente dos serviços de segurança privada, referindo-se tão somente aos órgãos públicos responsáveis pela segurança pública: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares. Os níveis elevados de segurança pública têm exigido a colaboração de instituições privadas para complementar a defesa da sociedade e de seu patrimônio (MARTINS, 2001, p. 237). A possibilidade de ingresso de empresas estrangeiras no setor poderia aumentar os investimentos em segurança e colaborar para uma maior inserção brasileira na busca por novos mercados e parceiros.

A empresa de transporte rodoviário de carga deve ter sede no Brasil⁴³. A lei anterior sobre transporte rodoviário de carga, editada na década de 80, exigia que quatro quintos do capital social da sociedade empresária que explorasse a atividade deveriam pertencer a brasileiros. A associação das empresas de transporte rodoviário de carga, por ocasião da tramitação do projeto que resultou na lei, defendia a restrição à participação do capital estrangeiro no setor, sendo rebatida em seus argumentos por grupo empresarial australiano (CASTRO, 1980).

A concessão da exploração de serviços aéreos públicos só é possível à pessoa jurídica brasileira que tiver sede no Brasil e pelo menos quatro quintos do capital com direito a voto pertencentes a brasileiros (prevalecendo essa limitação nos eventuais aumentos do capital social), e cuja direção esteja confiada exclusivamente a brasileiros⁴⁴.

O limite de participação do capital estrangeiro poderia ser aumentado, em um primeiro momento, de 20% para até 49%. Nessa direção, há um projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados, após

⁴² Art. 11 da Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983.

⁴³ Inciso I do § 2º do art. 2º da Lei nº 11.442, de 5 de janeiro de 2007.

⁴⁴ Art. 181 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986.

aprovação no Senado Federal, que tem por finalidade flexibilizar o limite, permitindo uma maior capitalização das empresas nacionais e facilitando a entrada de novas empresas de transporte aéreo⁴⁵. Argumenta-se contrariamente à ideia, alegando-se que o aumento do limite favoreceria a concentração de mercado das empresas atualmente em atividade (RITTNER, 2013).

Há ainda restrição à participação de capital estrangeiro nas empresas situadas na faixa de fronteira⁴⁶. Esta compreende a faixa de até cento e oitenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres. Ela é considerada de fundamental importância para a defesa do território nacional⁴⁷, mas o investimento e o estabelecimento de empresas estrangeiras na faixa de fronteira deveriam ser enfocados sob o ponto de vista das contrapartidas que essas empresas pudessem oferecer à sociedade brasileira (MIRANDA, 2009, p. 71).

A concessão para o serviço de televisão a cabo será dada exclusivamente à pessoa jurídica de direito privado que tenha como atividade principal a prestação desse serviço e que tenha sede no Brasil e pelo menos cinquenta e um por cento do capital social, com direito a voto, pertencentes a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos ou a sociedade sediada no País e cujo controle pertença a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos⁴⁸. Defende-se o enquadramento dos serviços de televisão a cabo entre os serviços de telecomunicações e não entre os serviços de radiodifusão de sons e imagens, razão pela qual a restrição ao investimento estrangeiro nesse caso não está fundamentada no art. 222, § 1º, da Constituição (XAVIER, 2008, p. 52).

7. Considerações finais

As sociedades empresárias contam com o atributo da nacionalidade, geralmente definido de acordo com os critérios da incorporação, da localização da sede e do controle.

O investimento estrangeiro proporcionado por sociedades empresárias tem efeitos econômicos, sociais e políticos. Entre os efeitos econômicos, podemos citar o aumento do investimento em pesquisa, a ampliação do poder de compra do consumidor, o incremento no acesso do fornecedor nacional a clientes estrangeiros e a expansão do mercado internacional para os produtos feitos no País.

⁴⁵ Projeto de Lei nº 184, de 2004.

⁴⁶ Incisos I e III do art. 3º da Lei nº 6.634, de 2 de maio de 1979.

⁴⁷ Art. 20, § 2º, da Constituição.

⁴⁸ Art. 7º da Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995.

O exercício da atividade econômica empresarial pelo estrangeiro depende da obtenção de um visto permanente, mas essa exigência foi flexibilizada no âmbito sul-americano pela possibilidade de aquisição de residência temporária por cidadãos mercosulinos.

O funcionamento de sociedade empresária estrangeira no País depende da autorização do Poder Executivo. O procedimento é pouco utilizado porque as sociedades estrangeiras preferem adquirir sociedades brasileiras nas quais detenham quase a totalidade do capital a elas pertencente.

Entre as restrições aplicáveis à sociedade anônima, está prevista na legislação a obrigatoriedade de nacionalidade brasileira da sociedade controladora da sociedade subsidiária integral e de comando de grupo societário. Não há motivos de ordem econômica no contexto atual para fundamentar essas restrições.

Algumas restrições à participação estrangeira na atividade empresarial estão previstas na legislação constitucional e na infraconstitucional; entre elas, as restrições na assistência à saúde, na navegação de cabotagem, na exploração de recursos minerais, na segurança privada, no jornalismo, no transporte rodoviário de carga, no transporte aéreo e na faixa de fronteira. A flexibilização dessas restrições depende da avaliação econômica de cada setor específico, bem como de eventual reciprocidade dos parceiros internacionais.

Referências

AGULLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao supranacional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. Soberania econômica e regime jurídico do capital estrangeiro no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 17, p. 95-110, jan./mar. 2011.

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

BM&FBOVESPA. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/home.aspx?idioma=pt-br>>. Acesso em: 25 abr. 2013.

BUITONI, Ademir. Participação acionária e funcionamento da sociedade estrangeira no Brasil. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 25, n. 62, p. 25-31, abr./jun. 1986.

CASTRO, O. D. *A verdade sobre o capital estrangeiro no transporte rodoviário de carga*. São Paulo: Associação Nacional das Empresas de Transporte Rodoviário de Carga, 1980.

CATEB, Alexandre Bueno; PIMENTA, Eduardo Goulart. Análise econômica do direito societário. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

ESTEVES, Luiz A.; MARTINS, Pedro S. Nacionalidade das empresas e fluxo de empregos: evidências da indústria brasileira de transformação. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 40, n. 1, p. 133-152, jan./mar. 2010.

GÓES, Francisco. Cabotagem tentará derrubar emenda. *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 26 fev. 2013.

GREBLER, Eduardo; GREBLER, Gustavo. O funcionamento da sociedade estrangeira no Brasil em face do novo Código Civil. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). *Direito de empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Capital nacional e capital estrangeiro. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 143-160, maio/ago. 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Proibição legal para que empresas privadas especializadas em segurança, serviços de vigilância e de transporte de valores sejam constituídas por estrangeiros: constitucionalidade da vedação. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 231-242, jan./mar. 2001.

MIRANDA, Danilo Ribeiro. Estrangeiros na faixa de fronteira: a vivificação como estratégia de defesa nacional. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 21, n. 3, p. 68-71, mar. 2009.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Sociedade subsidiária integral. In: BOTREL, Sérgio (Coord.). *Direito societário: análise crítica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

REGNIER, Leonardo Medeiros. *Nacionalidade das sociedades comerciais*. Curitiba: Juruá, 2003.

RITNER, Daniel. Governo rejeita impor teto a tarifa aérea. *Valor Econômico*, Brasília, 8 fev. 2013.

SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Participação do capital estrangeiro no setor de saúde. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 6, n. 24, p. 39-57, out./dez. 2008.

TIBÚRCIO, Carmen. Disciplina legal da pessoa jurídica à luz do direito internacional brasileiro. In: RIBEIRO, José Horacio Halfeld Rezende (Coord.). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 185-209, jul./set. 2011.

XAVIER, Helena de Araújo Lopes. Caducidade *ipso jure* por efeito da entrada em vigor da emenda constitucional nº 6/95, das restrições ao capital estrangeiro constantes do inciso II do art. 7º da Lei da Televisão a Cabo. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 51-84, jul./dez. 2008.