

Organizadores:

Jorge Renato do Reis

Rogério Gesta Leal

Marli Marlene Moraes da Costa

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO
CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO
TOMO 2**



**AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO – TOMO 2**



Reitor
Vilmar Thomé
Vice-Reitor
Eltor Breunig
Pró-Reitora de Graduação
Carmen Lúcia de Lima Helfer
Pró-Reitor de Pesquisa
e Pós-Graduação
Rogério Leandro Lima da Silveira
Pró-Reitor de Administração
Jaime Laufer
Pró-Reitor de Planejamento
e Desenvolvimento Institucional
João Pedro Schmidt
Pró-Reitora de Extensão
e Relações Comunitárias
Ana Luiza Texeira de Menezes

EDITORA DA UNISC

Editora
Helga Haas

COMISSÃO EDITORIAL

Helga Haas - Presidente
Rogério Leandro Lima da Silveira
Ademir Muller
Cristina Luisa Eick
Eunice Terezinha Piazza Gai
Mônica Elisa Dias Pons
Sérgio Schaefer
Valter de Almeida Freitas



Avenida Independência, 2293
Fones: (51) 3717-7461 e 3717-7462 - Fax: (051) 3717-7402
96815-900 - Santa Cruz do Sul - RS
E-mail: editora@unisc.br - www.unisc.br/edunisc

Organizadores:

Jorge Renato dos Reis
Rogério Gesta Leal
Marli Marlene Moraes da Costa

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO – TOMO 2**

Santa Cruz do Sul
EDUNISC
2010

© Copyright: Dos autores
1ª edição 2009

Direitos reservados desta edição:
Universidade de Santa Cruz do Sul

Capa: EDUNISC
Editoração: Clarice Agnes, Julio Mello
Revisão do Espanhol: Autores.

P769 As políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo
[recurso eletrônico]: tomo 2 / organizadores: Jorge Renato dos
Reis, Rogério Gesta Leal, Marli Marlene Moraes da Costa. - Santa Cruz
do Sul : EDUNISC, 2010.

Dados eletrônicos.

Texto eletrônico.

Modo de acesso: www.unisc.br/edunisc

ISBN: 978-85-7578-292-7

1. Direito constitucional. 2. Políticas públicas. I. Reis, Jorge Renato
dos. II. Leal, Rogério Gesta. III. Costa, Marli Marlene Moraes da.

CDDdir: 341.2

Bibliotecária: Muriel Esperança Thürmer CRB10/1558

SUMÁRIO

CONDIÇÕES E POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR EM ÁGUAS SUBTERRÂNEAS TRANSFRONTEIRIÇAS: ANÁLISE DO TRATAMENTO JURÍDICO DISPENSADO AO AQUÍFERO GUARANI-SERRA GERAL <i>Amanda Bassi Blaas, Luciana Turatti</i>	232
A MEDIAÇÃO COMO FORMA AUTÔNOMA E CONSENSUADA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS <i>Ana Carolina Ghisleni, Fabiana Marion Spengler</i>	248
O INSTITUTO JURÍDICO DA APRENDIZAGEM NO BRASIL <i>André Viana Custódio, Daiane Albano Dalzoto</i>	262
O CONTRATO DE MANDATO COMO PROCESSO NA VERTENTE CIVIL-CONSTITUCIONAL ENSAIO SOBRE O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUA APLICAÇÃO NO CONTRATO DE MANDATO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 <i>Bruno Hermes Leal</i>	272
A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE LIVROS E PERIÓDICOS: AÇÃO PÚBLICA PARA O ACESSO CULTURAL E PARA A CONCRETIZAÇÃO DAS BASES EDUCACIONAIS <i>Candisse Schirmer, Salete Oro Boff</i>	296
A FUNÇÃO E A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: UM ATIVISMO NECESSÁRIO? <i>Caroline Muller Bitencourt, Mônia Clarissa Hennig Lea</i>	309
A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA: UM OLHAR REFLEXIVO SOBRE A NECESSIDADE DE PREVENÇÃO À VIOLÊNCIA COMO POLÍTICA PÚBLICA <i>Daniela Richter, Daniele Karnop, Rosane B. Mariano da Rocha Barcellos Terra</i>	325
PARTICIPAÇÃO SOCIAL E GESTÃO DEMOCRÁTICA NA EDUCAÇÃO: O NOVO CONCEITO DE CIDADANIA (ATIVA) E AS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988 <i>Eliane Fontana, Suzéte da Silva Reis</i>	340
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E PROPORCIONALIDADE: UMA ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS <i>Felipe da Veiga Dias, Jorge Renato dos Reis</i>	355

AMBIENTE E ECONOMIA ENQUANTO QUESTÕES ELEMENTARES DE UM MODELO: O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E OS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO <i>Larissa Nunes Cavalheiro, Franciele da Silva Câmara, Luiz Aristeu dos Santos Filho</i>	367
RELAÇÕES DE GÊNERO E EDUCAÇÃO: EM BUSCA DA PROMOÇÃO DA CIDADANIA <i>Marli Marlene Moraes da Costa, Rosane T. C. Porto, Quelen Brondani de Aquino</i>	380
O AMICUS CURIAE: ALGUNS ASPECTOS SOBRE A INTERVENÇÃO DO INSTITUTO NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO <i>Mônia Clarissa Hennig Leal, Rosana Helena Maas</i>	394
O PAPEL DA CASA DA CIDADANIA COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA NAS AÇÕES QUE VERSAM SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE <i>Reginaldo de Souza Vieira , Felipe Ghedin da Silva</i>	407
AS FRAGILIDADES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO DIGITAL: O CASO DA PUBLICIDADE INFANTOJUVENIL ON LINE <i>Rosane Leal da Silva, Noemi de Freitas Santos</i>	420

CONDIÇÕES E POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO POLUIDOR- PAGADOR EM ÁGUAS SUBTERRÂNEAS TRANSFRONTEIRIÇAS: ANÁLISE DO TRATAMENTO JURÍDICO DISPENSADO AO AQUÍFERO GUARANI-SERRA GERAL

*Amanda Bassi Blaas¹
Luciana Turatti²*

1 INTRODUÇÃO

As águas subterrâneas são fundamentais, por serem um bem indispensável para a sobrevivência humana. Problemas como a escassez demonstram a sua importância. Alguns países tem o privilégio de não sofrerem tanto com a falta da água, pois possuem este recurso em abundância. É o caso dos países situados sobre o Aquífero Guarani.

O Aquífero Guarani é considerado o maior manancial de águas subterrâneas do planeta. Encontra-se no subsolo de quatro países: Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, que inclusive já utilizam suas águas. A preocupação com a manutenção desse manancial é que levou à elaboração da presente pesquisa, que obteve o apoio da FAPERGS e do Centro Universitário UNIVATES. O objetivo da pesquisa é o de analisar as condições e possibilidades de aplicação do princípio do poluidor-pagador no tratamento das águas do Aquífero Guarani, com vistas à criação de um marco legal regulatório unificado.

Para tanto, num primeiro momento, faz-se necessário tecer considerações preliminares sobre a tutela jurídica das águas subterrâneas e seus fundamentos constitucionais, relacionando-os com a esfera do Direito Ambiental das Águas e o Aquífero Guarani.

Uma vez analisada a tutela jurídica das águas, é possível identificar questões relacionadas às águas subterrâneas e aos danos que podem ocorrer no Aquífero Guarani, pois constituem inquietantes problemas da realidade atual e configuram grave perigo ao meio ambiente. Portanto, como fora mencionado, o objetivo é unicamente estabelecer um marco jurídico entre os países envolvidos, analisando os ordenamentos com a harmonização da tutela jurídica das águas transfronteiriças.

As águas transfronteiriças são todas as águas que estão nos limites territoriais entre dois ou mais países, assim determinadas pela Convenção de Helsinki,

1 Bolsista de Iniciação Científica pela FAPERGS. Acadêmica de Direito pelo Centro Universitário UNIVATES.

2 Professora Pesquisadora do Centro Universitário UNIVATES. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Doutoranda em Direito pela UNISC.

assinada em 17 de março de 1992, sobre a proteção e utilização dos cursos de água transfronteiriços e dos lagos internacionais. Dispõe a convenção: “águas transfronteiriças são quaisquer águas superficiais ou subterrâneas que demarquem, atravessem ou estejam localizados na fronteira entre dois ou mais estados”. Segundo a Carta Europeia da Água de 1968, as águas não teriam fronteiras, pois são um recurso comum que necessita de uma cooperação internacional.

Assim, a conservação, a proteção e a gestão dos recursos hídricos devem acontecer de forma conjunta entre os países, que pode ser concretizada por acordos, como no caso do Mercosul que englobam em sua composição os países localizados sobre o Aquífero Guarani. Por possuírem um tratado em comum - Mercosul -, na reunião especializada em meio ambiente, estabeleceu-se o Acordo Quadro para harmonizar as legislações entre os países membros.

Confirmando tal situação, acentua Pes³:

O Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do Mercosul, no seu art. 6º, prevê a cooperação em matéria ambiental, definindo que os Estados Partes aprofundarão a análise dos problemas ambientais e implementarão ações que objetivem incrementar o intercâmbio de informações sobre leis, regulamentos, procedimentos, políticas e práticas ambientais e, fundamentalmente, ações que visem à harmonização das legislações ambientais, levando em consideração as diferentes realidades ambientais, sociais e econômicas dos países do Mercosul.

Há uma mobilização dos países para a conservação, proteção e preservação dos recursos naturais, mas ainda há uma ausência de regulamentação regional para a gestão compartilhada dos recursos hídricos subterrâneos, que poderia ser suprimida por meio de acordos e resoluções entre os membros. O tratado do Mercosul seria um instrumento adequado para isso.

2 A IMPORTÂNCIA DAS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS E DO AQUÍFERO GUARANI

A água tem grande importância para a sobrevivência da humanidade, mas passou a ser realmente percebida quando esse recurso ambiental já estava escasso e não era encontrado com tanta abundância. Atualmente, segundo dados da ONU, estima-se que mais de 1 bilhão de pessoas não dispõem de água suficiente para o consumo e que, em 25 anos, cerca de 5, 5 bilhões estarão vivendo em locais com falta de água. Em 2050, faltará água para 40% da população mundial⁴.

3 PES, João Hélio Ferreira. *O Mercosul e as águas: a harmonização, via Mercosul, das normas de proteção às águas transfronteiriças do Brasil e Argentina*. 1. ed. Santa Maria: Ed. UFSM, 2005, p. 87.

4 PNUD. Programa Nações Unidas Desenvolvimento. Relatório das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Humano de 2006: <www.pnud.org.br/rdh/>. Acesso em: 27 nov. 2009.

Água é vida, já que participa de todos os processos naturais no planeta. Como o direito à vida é um direito fundamental de 1ª geração, o direito à água também o é, e, pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, é preciso que se garanta o acesso à água potável, de qualidade.

Em um país como o Brasil, com abundância de águas superficiais, a água subterrânea sempre ficou em segundo plano, já que era desconhecida pela maior parte da população e dos governantes, que só verificaram sua importância, quando as águas superficiais se tornaram insuficientes. Segundo Guimarães, “a água subterrânea é toda a água que se encontra abaixo da superfície da terra, preenchendo os poros vazios intergranulares, ou fraturas e falhas e fissuras das rochas compactas e é submetida a duas forças (de adesão e de gravidade) e desempenha um papel essencial na manutenção da umidade do solo, do fluxo dos rios, lagos e brejos”.⁵

Assim, a água subterrânea é sempre de melhor qualidade, pois passa por um processo de purificação maior até chegar à zona onde é armazenada, cujo percurso de infiltração, até atingir o lençol freático, depende de muitos fatores, como a porosidade do solo, a inclinação do terreno e a cobertura vegetal.

Guimarães⁶ relata em sua obra que em países da Europa, como Alemanha, Áustria, Bélgica e França as águas subterrâneas abastecem cerca de 70% a 90% da população. Nos EUA perfuram-se cerca de 400 mil poços por ano, sendo que 100 milhões existem somente nos EUA. Portanto, a escassez de água é tão grande que as águas superficiais não conseguem mais suprir as necessidades há muito tempo. Por isso, muitos estudos estão sendo realizados com o objetivo de encontrar maiores fontes de água para suprir os anseios da população.

Através de conferências da ONU, esse tema ficou muito em voga. Cita-se a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro; a Convenção de Nova Iorque, de 2001, sobre o direito de utilização dos cursos d'água distintos da navegação; e a Convenção sobre a Proteção e Utilização de Cursos d'Água Transfronteiriços e Lagos Internacionais, assinada em Helsinque, no dia 17/03/1992, que introduziu o conceito de águas transfronteiriças no Direito Ambiental Internacional.⁷ A Agenda 21, originada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, realizada no Rio de Janeiro, trouxe um capítulo exclusivo sobre a importância da preservação dos recursos hídricos para as futuras gerações.

Considerando a importância do tema, surgiu também o Projeto Sistema Aquífero Guarani, partindo da ideia de uma regulamentação para utilização desse recurso entre os quatro países membros, como uma proposta de integração que, segundo

5 GUIMARÃES, Luiz Ricardo. *Desafios jurídicos na proteção do Sistema Aquífero Guarani*. São Paulo: LTr, 2007, p. 34.

6 GUIMARÃES, Luiz Ricardo. *Idem*, p. 34

7 SILVA, Solange Teles da. *Proteção Internacional das Águas Continentais: a caminho de uma gestão solidária das águas*. Disponível em: <http://www.compedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/solange_teles_da_silva.pdf>. Acesso em : 27 out. 2009.

dados da Agência Nacional das Águas⁸, foi acolhida pela OEA (Organização dos Estados Americanos), com apoio do Fundo Mundial para Meio Ambiente – GEF (Global Environment Facility).

Segundo Guimarães, “o Aquífero Guarani é uma das maiores reservas transfronteiriças de água doce subterrânea do mundo; é uma formação geológica de rochas permeáveis, seja pela porosidade granular ou pela porosidade fissural, capaz de transmitir quantidades significativas de água, podendo ser de tamanhos variados com extensão de poucos a milhares de quilômetros quadrados, ou, também, podem apresentar espessuras de poucos a centenas e metros”.⁹

De acordo com a Empresa Brasileira de Pesquisa Ambiental e Agropecuária (Embrapa), a água ali contida é de excelente qualidade e suficiente para abastecer a atual população brasileira por 2.500 anos. Sua área se estende por 1,15 milhão de quilômetros quadrados, sendo a maior parte (71%) localizada sob o território brasileiro. Em seguida vem a Argentina, com 19%. Paraguai tem 6% das águas do manancial e Uruguai, 4%. No Brasil, ele atinge os estados de São Paulo, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraná, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Minas Gerais e Goiás. Ainda de acordo com a Embrapa, o Aquífero tem recarga de 140 bilhões de metros cúbicos por ano, mas apenas 40 bilhões de metros cúbicos poderiam ser utilizados, para que a sustentabilidade do lençol freático fosse mantida.¹⁰

Ocorre que, no território brasileiro, desde 1930, São Paulo é abastecida por essas águas, pois, segundo os dados da Secretaria de Meio Ambiente do governo de São Paulo, as águas do Aquífero são fontes prioritárias, mesmo que o Estado possua 13 bacias hidrográficas. A extração de água, no Brasil, já é muito intensificada, segundo dados da Sabesp-Companhia de Saneamento Básico do Governo de São Paulo¹¹, por isso aumenta muito o risco de poluição. A extração de água de um aquífero deve ser feita de forma sustentável, para garantir a sua preservação, a quantidade e a qualidade do recurso às atuais e futuras gerações. É nesse sentido que o volume de água que pode ser extraído deve ser menor ao recarregamento, assim mantendo os lagos, os rios e outras fontes de água que possuem relação com as águas subterrâneas.

Tal situação não é exclusivamente brasileira. Tem-se notícias de que nos demais países do Aquífero também já acontece extração de água. Isso denota a importância da identificação das possíveis fontes poluidoras para aplicação preventiva do Princípio do Poluidor-Pagador, como se sustentará posteriormente no presente artigo.

8 PROJETO AQUÍFERO GUARANI. Brasil. Agência Nacional das Águas. Disponível em: <http://www.ana.gov.br/guarani/gestao/gest_sinforma.htm> . Acesso em: 28 out. 2009.

9 GUIMARÃES, 2007, p. 26.

10 EMBRAPA, Brasil. *Aquífero Guarani*. Microbacia do córrego Espreado – Ribeirão Preto. Disponível em: < <http://www.cnpma.embrapa.br/projetos/index.php3?sec=guara::44> > . Acesso em : 20 out. 2009.

11 SÃO PAULO, Governo. Brasil. Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo. Disponível em : < <http://www.sabesp.com.br>> . Acesso em: 13 set. 2009.

É importante que todas as entidades envolvidas e a comunidade ajam de forma a preservar esse recurso, pois, em havendo poluição das águas subterrâneas, é mais difícil a reparação, devido ao local de difícil acesso no qual o Aquífero se encontra.

3 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E AS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, consagrou o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como fator essencial para garantia da qualidade de vida desta e das futuras gerações, sendo dever da comunidade e do Poder Público protegê-lo. Silva¹² destaca a proteção aos recursos naturais, como sendo um direito fundamental:

O objeto de tutela jurídica não é tanto o meio ambiente considerado nos seus elementos constitutivos. O que o direito visa proteger é a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida. Pode se dizer que há dois objetos de tutela, no caso: um imediato, que é a qualidade do meio ambiente; e outro mediato, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, que se vem sintetizando na expressão "qualidade de vida".

O meio ambiente, assim, é um direito constitucional, de todos os cidadãos, pois é um bem de uso comum do povo e como tal deve ser garantido pelos entes públicos. A competência legislativa e administrativa dos entes federados encontra-se estabelecida na Carta Magna. Nessas se abordam os recursos hídricos e outros temas correlatos à questão ambiental.¹³

Conforme o disposto no artigo 22, IV, compete privativamente à União legislar sobre águas e energia. Há também a competência concorrente, prevista no artigo 24, onde se estabelece que compete concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre matérias como conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

A Constituição também refere as regras de dominialidade, mencionando que a União é titular dos lagos, rios e outras correntes de águas de seu domínio ou que banhem mais de um Estado ou atravessem os limites de outros países, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais (art. 20).

Os Estados, por sua vez, possuem o domínio sobre as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes ou emergentes ou em depósito, ressalvadas aquelas decorrentes de obras da União. Isso significa dizer que, quando se tratar de bens de domínio dos Estados, as águas subterrâneas que estiverem no seu território, serão objeto de regulamentos administrativos estaduais, o que também não exclui a aplicação das normas gerais da União.

12 SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 81.

13 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Outorga de direito de uso da água: aspectos legais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 07, n. 26, p. 154, abr.-jun. 2002,

Portanto, as outorgas e concessões de uso dessas águas serão concedidas pelos órgãos estaduais, com normatizações estaduais, que certamente cumprirão as normas federais e resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA e do Conselho Nacional de Recursos Hídricos - CNRH, como a Resolução 396, e a Lei Federal 9.433/1997 que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos¹⁴.

A partir da Política Nacional dos Recursos Hídricos, Lei 9.433/1997, a visão geral das águas no Brasil passou por um processo de transformação, no qual as águas passaram a ter um caráter público e não mais privado como era no Código das Águas, de 1934. A Política Nacional de Recursos Hídricos criou um Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, que deve receber informações de todas as bacias hidrográficas brasileiras.

Solange Teles da Silva¹⁵ reforça a importância do Sistema Nacional dos Recursos Hídricos, posicionando-se da seguinte forma:

A necessidade de uma gestão integrada das águas superficiais e subterrâneas é afirmada pela Resolução CNRH 15, de 11/01/2001, ao estabelecer que deverá ser considerada a interdependência das águas superficiais, subterrâneas e meteóricas na formulação de diretrizes para a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos (art. 2º). Assim, nas outorgas de direito de uso de águas subterrâneas deverão ser considerados critérios, que assegurem a gestão integrada das águas, visando evitar o comprometimento, qualitativo e quantitativo dos aquíferos, e dos corpos de água superficiais a eles interligados.

Enfim, não cabe aqui citar todos os regramentos existentes no contexto brasileiro acerca da temática, pois são muitos. Dentre esses foram destacados apenas dois: a Constituição Federal de 1988 e a Lei Federal 9.433 de 1997. E assim se fez, posto que esses dois instrumentos representaram o maior avanço no tratamento das águas brasileiras ao atribuir o conceito de bem público às águas.

4 TRATAMENTO LEGAL DISPENSADO ÀS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS PELOS DEMAIS PAÍSES: ARGENTINA, PARAGUAI E URUGUAI

Para um melhor entendimento do tratamento legal dispensado ao Aquífero Guarani, num contexto em que inexistem tratados específicos acerca do mesmo, foram analisadas as normas jurídicas dos países sobre o Aquífero.

Os ordenamentos jurídicos dos países membros ainda são muito restritos, haja vista que abordam de forma geral os recursos hídricos; são esparsos; e contemplam

14 BRASIL, Lei n. 9433, de 08 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/civil_03/LEIS/L9433.htm> Acesso em 26/10/2009.

15 SILVA, Solange Teles da. Aspectos jurídicos da proteção das águas subterrâneas. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 04, n. 32, p. 216, abr.-jun. 2004.

poucos mecanismos destinados à coerção e à efetiva proteção das águas transfronteiriças do Aquífero Guarani. Daí a importância deste trabalho, no sentido de se estabelecer um mecanismo legal entre os países que venha a desempenhar tal função.

4.1 Legislação da República Oriental do Uruguai

A Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967 prevê que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos. Já sua preservação é, também, dever de todos. Assim, fica assegurado a todos o direito fundamental à água potável de qualidade. A Política Nacional das Águas no Uruguai (Lei 13.667)¹⁶ prevê em seu art. 1º que é interesse nacional promover, proteger e regular o bom uso e a conservação dos solos e das águas, tanto superficiais como subterrâneos. Ainda coloca que os cidadãos deverão colaborar com o Estado na conservação e no manejo do solo e da água, ficando o Ministério da Agricultura responsável por isso. Já o Ministério de Transporte e Obras Públicas fica responsável pela supervisão, coordenação e direção das autorizações de utilização, pois, segundo a lei maior do país, a água é um bem público.

O Código das Águas desse país, Decreto Lei nº 14.859, também regulamenta a matéria e coloca que o proprietário de um prédio também é proprietário das águas subterrâneas ali existentes. Nos casos dos poços e perfurações, é necessária uma autorização ou outorga de uso, emitida pelo Ministério correspondente, para as águas subterrâneas, segundo o art. 165 do referido código. Tais obras não podem contaminar o Aquífero e deverão se ajustar às normas sanitárias vigentes, em conformidade com os arts. 47 e 50 do código¹⁷. O Decreto nº 86/04 ainda define as normas técnicas de construção desses poços, e os requisitos que devem ser respeitados. Os poços devem seguir as normas técnicas e ser feitos por uma empresa especializada.

Cabe destacar ainda o Decreto nº 214/00 que regulamenta especificamente o Aquífero Guarani, dispondo sobre o Plano de Gestão do Aquífero Intrabasáltico, sendo imprescindível a outorga de permissão de extração e uso para poços que excederem a 150 m³p/h de águas subterrâneas¹⁸.

4.2 Legislação da Argentina

Na Argentina, a Constituição da República¹⁹ assegura aos Estados ou províncias autonomia quanto às regulamentações. Segundo o artigo 124, cada Estado ou

16 URUGUAI. Poder Legislativo. Lei nº 13.667, de 13 de junho de 1968. Conservacion del suelo y agua. Disponível em : < <http://www.parlamento.gub.uy>>. Acesso em: 13 set. 2009.

17 URUGUAI. Sistema Ibero-americano de informações sobre água. Disponível em: <<http://www.dnh.gub.uy/siagua/legislacion.htm>>. Acesso em: 24 out. 2009.

18 TELES, Solange; DA SILVA, Ana Maria Pena Rodrigues Coelho. Aspectos Internacionais do Aquífero Guarani. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/>>. Acesso em: 04 nov. 2009.

19 ARGENTINA Sistema Argentino de Informática Jurídica, Constituição da República. Disponível em: < <http://www.saij.jus.gov.ar/>>. Acesso em: 04 nov. de 2009.

província possui a sua Constituição e dispõe sobre os recursos naturais de seu domínio.

Em 27 de março de 2003, os representantes dos estados subscreveram a Ata Constitutiva do Conselho Hídrico Nacional. Em 17 de setembro de 2003 foi realizado um Acordo Federal, Lei Marco da Política Hídrica, entre Buenos Aires e os demais estados, que estabeleceu que cada um ficaria responsável pelos recursos hídricos de seu domínio e que a água deveria ser considerada de domínio público. Esse acordo também trouxe princípios fundamentais como a vulnerabilidade da água, evitando a degradação de ecossistemas e dos aquíferos quando da extração.

O direito de uso das águas públicas é feito através da outorga, respeitando os princípios internacionais quanto à gestão de recursos transnacionais.

O Aquífero Guarani está localizado em alguns estados argentinos: Corrientes, Entre Rios e Misiones. Em Corrientes há o Código das Águas (Lei 191/2001) e o Decreto Lei 212/2001 que disciplinam a matéria. Os recursos hídricos compreendem a água, os leitos e os aquíferos. As águas subterrâneas são regidas pelo art. 42 do Código das Águas, da Província de Corrientes. A exploração é feita mediante a extração por poços tubulares que devem seguir os requisitos e procedimentos das normas de regulamentação para esses empreendimentos, expedidos pelo Instituto Correntino de Águas e Ambiente²⁰.

No Estado de Entre Rios, há a Lei 9172²¹ que regulamenta a questão das águas no estado. Segundo tal disposição legal, existem águas públicas e águas particulares. Os prédios que possuem mananciais de águas subterrâneas podem utilizar livremente sem a necessidade de outorga, como em outros estados. As águas subterrâneas, que serão utilizadas para uso doméstico, não serão objeto de outorga.

Já no Estado de Misiones, a Lei 1838/1983²² rege essa matéria no que tange à conservação e à preservação das águas subterrâneas. Tal lei determina que a autoridade deve manter um cadastro das concessões e permissões que já foram outorgadas. A concessão é um direito subjetivo para o uso especial de águas, obras e álveos públicos, sendo prioridade o uso doméstico de abastecimento das populações. A permissão no caso do estudo da execução de futuras obras, incluindo assim a perfuração das águas subterrâneas, exclui a responsabilidade do agente se a autoridade competente não aplicar medidas de prevenção.

4.3 Legislação da República do Paraguai

Na República do Paraguai, a Constituição do país dispõe no art. 7º que todos têm

20 ARGENTINA, Governo. Departamento de Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://www.obraspublicas.gov.ar>> . Acesso em: 27 out. 2009.

21 ARGENTINA, Governo de la Província Entre Ríos. Disponível em: <<http://www.entrerios.gov.ar>> . Acesso em: 28 out. 2009.

22 ARGENTINA, Câmara de Deputados de la Província de Misiones. Disponível em: <<http://www.diputadosmisiones.gov.ar>> . Acesso em: 03 nov. 2009.

direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, sendo dever de todos a sua proteção. A Secretaria do Meio Ambiente é a autoridade responsável pela fiscalização e pelo controle do meio ambiente, inclusive pela fiscalização das atividades de exploração dos recursos hídricos, que somente deve subordinação ao governo do país.

A Lei 1561/00²³, que institui o Sistema Nacional de Meio Ambiente, prevê organismos para a gestão da política de meio ambiente, como a Secretaria e o Conselho Nacional de Meio Ambiente. Segundo o capítulo V do Código Rural, as águas subterrâneas são públicas e em alguns usos, como a exploração por empresas, necessitam de autorização. A Resolução 50/2006, elaborada pela Direção Geral de Proteção e Conservação dos Recursos Hídricos, também dispõe que atividades industriais, agropecuárias e outras, necessitam de uma licença de operação, para exploração e utilização das águas subterrâneas, quando retirados mais de 1.000 litros por dia.

Enfim, ainda há muito que se implementar e realizar entre os países para que efetivamente as águas subterrâneas sejam preservadas adequadamente.

5 O PRINCÍPIO DO POLUIDOR PAGADOR E AS ÁGUAS SUBTERRÂNEAS

As informações sobre as possibilidades de uso do Aquífero guarani, dentre as quais o abastecimento da população, por si só, justificam pesquisas sobre o seu contexto.

Mas, mesmo sendo um recurso encontrado em abundância – até então –, já existem alertas sobre o uso da água desse Aquífero.

Ao fazer comentários sobre o Aquífero Guarani, Christian G. Caubet dispõe que “o aproveitamento do Aquífero será realizado em condições de respeito à manutenção da qualidade do estoque total, **exigência não cumprida no momento**. Com efeito, apesar da abundância de água na superfície do solo brasileiro, já são fortes as pressões para a utilização das águas subterrâneas”. (grifo nosso) ²⁴

Segue o mesmo autor referindo que:

Atualmente, nos quatro países onde se encontra a reserva do Aquífero Guarani – Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai – cerca de quatrocentas cidades usam suas águas para abastecer a população. A Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental (CETESB) informa que 72% dos 645 municípios do Estado abastecem suas populações urbanas, total ou parcialmente, com água subterrânea, e que 47% dos municípios são total-

23 PARAGUAI, Governo. Secretaria do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.seam.gov.py/legislaciones.php>> Acesso em: 21 out. 2009.

24 CAUBET, Christian G. *A Água Doce nas relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2006, p. 51.

mente abastecidos pelas águas do Aquífero.²⁵

Desse contexto, pode-se extrair a principal justificativa para o presente estudo, posto que os usos que já comprometem o Aquífero, e a possibilidade de incremento desses usos, devem servir de mola propulsora para pesquisas com o objetivo de contribuir para um maior conhecimento acerca da realidade do Aquífero.

Nesse meio também se estabelece a necessidade de conhecimento dos tratamentos legais utilizados pelos países de abrangência do Aquífero acerca da aplicação do princípio do poluidor-pagador.

Os regramentos domésticos desses quatro países podem afetar diretamente o Aquífero e, por sua vez, atingir os interesses dos demais países. Para exemplificar, pode-se citar uma situação, envolvendo a aplicação do princípio do poluidor-pagador, segundo a qual o país A estabelece penalidades mais brandas e não trabalha o princípio de forma preventiva, e o país B tem uma realidade totalmente diversa. A posição do país poderá afetar o tratamento do Aquífero, prejudicando as políticas estabelecidas por B.

Considerando essas possibilidades, torna-se imprescindível a criação de um marco legal internacional para promoção de um tratamento unificado do Aquífero, tema que embasa a presente pesquisa.

Assim, a partir da investigação das formas de incorporação do princípio do poluidor-pagador nas normas federais dos países do Aquífero, pretende-se vislumbrar as condições e as possibilidades de aplicação do princípio de forma a evitar possíveis responsabilizações decorrentes de danos provocados aos recursos hídricos, ou seja, aplicando-o de forma preventiva.

Segundo Morato Leite, “o Princípio do Poluidor Pagador é aquele que, com maior rapidez e eficácia ecológica, com maior economia e maior equidade social, consegue realizar os objetivos da política de proteção do ambiente. Os fins que o Princípio do Poluidor-Pagador - PPP visa realizar são a precaução, a prevenção e a equidade na redistribuição dos custos das medidas públicas”.²⁶

Para Canotilho:

Em seu aspecto econômico, o princípio poluidor-pagador tem ligações subjacentes ou funciona como auxiliar do instituto da responsabilidade, pois é um princípio multifuncional, na medida em que visa à precaução e à prevenção de atentados ambientais ou como instrumento de redistribuição dos custos da poluição. Multifuncional, no sentido dado por Canotilho, significa: “(l) (...) uma diretiva da política de prevenção, evitando que as exter-

25 (ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria do Meio Ambiente: disponível em <http://www.ambiente.sp.gov.br/aquifero/principal_aquifero.htm>, acessado em 10/04/2003.) In: CAUBET, Christian G., idem, p. 52.

26 LEITE, José Rubens Morato. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: RT, 2007, p. 48.

nalidades sejam cobertas por subsídios do Estado; 2) (...) um princípio de tributação; 3) (...) um princípio tendencialmente conformador do instituto da responsabilidade. (...) O princípio do poluidor-pagador visa, sinteticamente, à internalização dos custos externos de deterioração ambiental. Tal situação resultaria em uma maior prevenção e precaução, em virtude do conseqüente maior cuidado com situações de potencial poluição.²⁷

Contudo, mesmo que os autores apontem no sentido de se aplicar o PPP de forma preventiva, a legislação brasileira ao incorporar esse princípio ao seu contexto o fez no sentido de estabelecer a necessidade de responsabilização daquele que causa alguma degradação ao meio ambiente (Lei Federal 6.938/81).

Esse tratamento inspira a investigação acerca das formas de aplicação preventiva do princípio.

Assim, sendo a água um bem de uso comum do povo, é o poder público o principal responsável pela manutenção dos recursos hídricos, devendo, para tanto, garantir sua abundância e qualidade para as futuras gerações em condições no mínimo semelhantes às atuais. E para efetivar tal competência, torna-se fundamental a aplicação do princípio do poluidor pagador, não somente de forma preventiva, mas também com o objetivo de responsabilizar os possíveis poluidores.

Para corroborar com essa preocupação, cita-se novamente o professor Caubet que afirma que as condições de aproveitamento da água do Aquífero não sendo, atualmente, as melhores possíveis. Os controles públicos necessários não são efetuados, fazem surgir um amplo passivo ambiental, antes mesmo que sejam conhecidas todas as características das reservas subterrâneas.²⁸

Sendo o recurso hídrico o mesmo, como é o caso do Aquífero Guarani, não se pode conceber a possibilidade de tratamentos diversos para aqueles que podem causar algum tipo de impacto, daí a necessidade de instituição de um marco legal unificado. Marco que na atualidade inexistente.

O que se percebe, ao contrário, é o tratamento diversificado do infrator ambiental e a não utilização do princípio de forma preventiva, com o uso de incentivos, de subsídios ou, de forma resumida, da extrafiscalidade.

No Uruguai, a Lei 17283/2000²⁹, de proteção do meio ambiente, coloca bem claramente que é dever das pessoas jurídicas ou privadas se abster de atos que causem depredação, destruição ou contaminação do meio ambiente (art. 3º).

Da mesma forma, a Lei 18.564, de 27 de agosto de 2009, sobre a conservação, o

27 LEITE, José Rubens Morato. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit., p. 181.

28 CAUBET, Christian G. *A Água Doce nas relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2006, p. 52

29 URUGUAI. Parlamento. Poder Legislativo. Política Nacional de Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/palacio3/index1024.asp?e=1&w=1024>>. Acesso em: 09 nov. 2009.

uso e o manejo adequado das águas, dispõe que todas as pessoas têm a obrigação de colaborar com o Estado, no uso e no manejo sustentável das águas e solos. Caso contrário, os proprietários de terras ou de prédios poderão ser punidos pelo Departamento de Assuntos Jurídicos do Ministério da Agricultura, com multas de até 10 mil UR, ou poderão ter suspensa a sua autorização ou outorga de uso no caso de descumprimentos das normas que regulam o uso e a ocupação do solo e das águas (artigo 2º da referida Lei).

Sob esse aspecto, reafirmando a responsabilidade de recuperar os danos ambientais, a Lei 18.610³⁰, de 2 de outubro de 2009, que estabelece a Política Nacional das Águas do Uruguai, também coloca que as sanções são instrumentos da gestão ambiental das águas, disciplinadas pelo Poder Executivo para promover o uso sustentável desse recurso.

Ainda é importante destacar, com referência a esse mesmo país, a Lei 16.466, de 19 de janeiro de 1994, sobre o Meio Ambiente e o Impacto Ambiental, que refere em seu texto o princípio do poluidor-pagador, como se vê no art. 4º: “Sem prejuízo das sanções administrativas e penais previstas pela lei, quem faz depredação, destruição ou contaminação do ambiente, em violação do disposto nos artigos desta Lei, será responsável por quaisquer danos sofridos, e deve assumir, além disso, se materialmente possível, as ações conducentes à sua reorganização”.

No Paraguai as águas subterrâneas são de domínio público e sua outorga depende da Direção Geral de Proteção e Conservação dos Recursos Hídricos dentro da Secretaria de Meio Ambiente Nacional, criada pela Lei 1561/2000, estabelecida pelo Decreto nº17201/2002³¹. Tal Secretaria regulamenta, coordena e fiscaliza as atividades ligadas ao meio ambiente e aos recursos hídricos.

Ainda a lei 716, de 02 de maio de 1996, Lei dos crimes ambientais no Paraguai, coloca algumas atividades que estão sujeitas a estudo de impacto ambiental, envolvendo as águas. Os autores de atividades que não observarem os pressupostos dessa lei serão punidos, até mesmo com pena de prisão.

Por fim, no que se refere à Argentina, cabe salientar que o país possui um Sistema Jurídico diferenciado, pois atribui competência aos estados para regulamentar essa matéria.

Assim, cada província, no caso do aquífero: Corrientes, Entre Rios e Misiones regulamentaram a matéria.

Há na Argentina a Lei 25.675/2002 ³², que regulamenta a política nacional de

30 URUGUAI. Parlamento. Poder Legislativo. Política Nacional das Águas. Disponível em: <http://www.parlamento.gub.uy> . Acesso em : 09 nov. 2009.

31 PARAGUAI. Secretaria Nacional de Ambiente. Lei de criação. Disponível em: <http://www.seam.gov.py/legislaciones.php> . Acesso em: 5 nov. 2009.

32 ARGENTINA. Sistema Argentino de Informática Jurídica. Disponível em: <http://www.saij.jus.gov.ar/>. Acesso em: 16 set. 2009.

proteção ao meio ambiente, tras um capítulo específico sobre dano ambiental e, em seu artigo 28, refere que aquele que causar um dano ambiental será objetivamente responsável a reparar o dano. O art. 29 dessa mesma Lei ainda coloca que a responsabilidade administrativa é presumida e independente da penal e civil.

Enfim, apesar de os países abrangidos pelo Aquífero pertencerem ao MERCOSUL, como fora dito anteriormente, não existem instrumentos que contemplem regras de proteção específica para esse importante recurso hídrico.

6 CONCLUSÕES PRELIMINARES

Tendo em vista que o projeto que embasa o presente artigo se encerrará somente no ano de 2011, não se pode ainda falar em conclusões. Assim, as considerações que seguem são apenas preliminares.

As águas transfronteiriças atravessam mais de um Estado, pertencem a ambos ao mesmo tempo, e por isso são de suma importância. São recursos que pela sua natureza não podem ser limitados por questões restritas de cada estado, e sim por tratados internacionais que, de alguma forma, disciplinarão a matéria e terão validade para todos os envolvidos. As legislações de cada país também são referenciais, e unicamente limitadoras do direito no estado que regulamentam.

Nas últimas décadas, o direito fundamental à água passou a ser a grande questão dos congressos mundiais, pois vislumbra-se uma crise muito grande, devido à escassez desse recurso tão consumido no planeta. Cada vez mais são utilizadas fontes diversas, como as águas subterrâneas, e certamente a legislação deve acompanhar as necessidades da sociedade, no sentido de preservar este recurso tão fundamental para as atuais e futuras gerações.

Assim há alguns países que possuem mais privilégios que outros por alguns mananciais, como o Aquífero Guarani, se encontrarem nos seus solos. O Aquífero Guarani é o maior manancial de água subterrânea do mundo. Possui uma vasta extensão, com quantidade suficiente para abastecer milhões de pessoas frente a uma provável grande crise. Nesse sentido, ele já está sendo utilizado dentro dos padrões legais nos países abrangidos. No Brasil, há cidades inteiras que se abastecem dele sem nenhum custo a mais do que a água normal e superficial. Isso demonstra um perfeito descaso das autoridades por não acharem outras formas de abastecimento urbano e de preservação dos recursos já existentes. São raras as políticas de saneamento e tratamento dos recursos hídricos já disponíveis e grande é a facilidade de concessão de outorgas para abertura de poços.

Até o presente momento a pesquisa buscou identificar mecanismos de proteção das águas subterrâneas, como as outorgas, nos países abrangidos. Verificou-se que todos possuem legislação nacional ou estadual que disciplinam a matéria e concedem autorizações locais depois de analisadas todas as informações de uso. Também foi verificada a aplicação do Princípio do Poluidor-Pagador pelos países envolvidos. Contudo, não de forma preventiva. Notou-se que todos possuem uma política de

meio ambiente, que condena aqueles que causarem dano ao meio ambiente e que estabelece para esses a obrigatoriedade de repará-lo, sujeitando-se, do contrário, a sanções. Mas não há especificamente, nas legislações, sanções cabíveis, por exemplo, para a extração irregular de águas subterrâneas, afora a suspensão das outorgas por irregularidades na sua concessão e na utilização das águas. Daí se depreende que, no caso de abertura de poços ou de extração de águas subterrâneas sem outorga, essas práticas somente poderão ser objeto de fiscalização e, no caso de irregularidade, serem suspensas.

A degradação e a utilização desenfreada dos recursos naturais se mostra muito presente nas atividades humanas, sendo indispensável que os órgãos responsáveis façam a sua parte, não concedendo outorgas no caso de essas serem contrárias ao interesse público ou de haver indícios de uso irregular. O Aquífero Guarani, como se conclui, pode ser utilizado para extrações de água, desde que em conformidade com as normas legais, sem prejuízo de quem quer que seja, pois trata-se de um recurso fronteiro à disposição de todos.

Ao término deste trabalho, de forma deveras humilde, pretende-se contribuir para criação de um marco legal unificado que vise principalmente à preservação deste importante recurso, o Aquífero Guarani, preservando suas fontes, de modo que a demanda não seja maior do que a recarga, e que aquele que ocasionar um dano seja devidamente punido. Afora esses indicativos, também pretende-se demonstrar a aplicação preventiva do princípio do poluidor-pagador, para evitar possíveis danos ou impactos negativos ao meio ambiente.

A questão ambiental, como qualquer questão de interesse coletivo, deve ser compreendida sob uma forma conjunta das partes envolvidas e assim evitar atividades potencialmente ofensivas e lesivas ao meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARGENTINA. Sistema Argentino de Informática Jurídica. Constituição da República. Disponível em: < <http://www.saij.jus.gov.ar/>>. Acesso em: 04 nov. de 2009.

ARGENTINA, Governo. Departamento de Recursos Hídricos. Disponível em: <<http://www.obraspublicas.gov.ar/>>. Acesso em: 27 out. 2009.

ARGENTINA. Governo de la Provincia Entre Ríos. Disponível em: <<http://www.entrerios.gov.ar/>>. Acesso em: 28 out. 2009.

ARGENTINA. Câmara de deputados de la Provincia de Misiones. Disponível em: <<http://www.diputadosmisiones.gov.ar/>>. Acesso em: 03 nov. 2009.

ARGENTINA. Sistema Argentino de Informática Jurídica. Disponível em: <<http://www.saij.jus.gov.ar/>>. Acesso em: 16 set. 2009.

ARGENTINA, Governo. Secretaria de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável

Nacional. Política Nacional das Águas. Disponível em: <<http://www.ambiente.gov.ar/aplicacion=normativa&IdNorma=91&IdSeccion=0>> . Acesso em: 04 nov. 2009.

BRASIL, *Lei n. 9433*, de 08 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/LEIS/L9433.htm> Acesso em 26/10/2009.

BRASIL. *Lei n. 9605*, de 12 de fevereiro de 1998. Lei dos crimes ambientais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 05 nov. 2009.

CAUBET, Christian Guy. *A Água Doce nas relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2006.

EMBRAPA, Brasil. *Aquífero Guarani*. Microbacia do córrego Espreado – Ribeirão Preto. Disponível em: <<http://www.cnpma.embrapa.br/projetos/index.php3?sec=guara::44>>. Acesso em : 20 out. 2009.

GRAZIERA, Maria Luiza Machado. Outorga de direito de uso da água: aspectos legais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 07, n. 26, abr.-jun. 2002.

GUIMARÃES, Luiz Ricardo. *Desafios jurídicos na proteção do Sistema Aquífero Guarani*. São Paulo: LTr, 2007.

LEITE, José Rubens Morato. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: RT, 2007.

MACHADO, Paulo Afonso L. *Direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

PARAGUAI, Governo. Secretaria Nacional de Ambiente. Lei de criação. Disponível em: <<http://www.seam.gov.py/legislaciones.php>> . Acesso em: 5 nov. 2009.

PES, João Hélio Ferreira. *O Mercosul e as águas: a harmonização, via Mercosul, das normas de proteção às águas transfronteiriças do Brasil e Argentina*. 1. ed. Santa Maria: Ed. UFSM, 2005.

PNUD. Programa Nações Unidas Desenvolvimento. Relatório das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Humano de 2006. Disponível em: <www.pnud.org.br/rdh/>. Acesso em: 27 nov. 2009.

PROJETO AQUÍFERO GUARANI. Brasil. Agência Nacional das Águas. Disponível em: <http://www.ana.gov.br/guarani/gestao/gest_sinforma.htm> Acesso em: 28 out. 2009.

REBOUÇAS, Aldo da Cunha; AMORE, Luís. O Sistema Aquífero Guarani. *Revista de Aguas Subterrâneas*. Associação Brasileira de Águas Subterrâneas. São Paulo, ano 02, n. 16.

SÃO PAULO, Governo. Brasil. Companhia de Saneamento Básico. Disponível em: <www.sabesp.com.br>. Acesso e : 06 de out. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.

SILVA, Solange Teles da. Aspectos jurídicos da proteção das águas subterrâneas. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 04, n. 32, p. 216, abr.-jun. 2004.

SILVA, Solange Teles da. *Proteção Internacional das Águas Continentais: a caminho de uma gestão solidária das águas*. Disponível em: <http://www.compedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/solange_teles_da_silva.pdf>. Acesso em : 27 out. 2009.

TELES, Solange; DA SILVA, Ana Maria Pena Rodrigues Coelho. Aspectos Internacionais do Aquífero Guarani. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/>>. Acesso em: 04 nov. 2009.

URUGUAI. Poder Legislativo. *Lei nº 13.667*, de 13 de junho de 1968. Conservacion del suelos y agua. Disponível em: < <http://www.parlamento.gub.uy>>. Acesso em: 13 set. 2009.

URUGUAI. Sistema Ibero-americano de informações sobre água. Disponível em: <<http://www.dnh.gub.uy/siagua/legislacion.htm>>. Acesso em: 24 out. 2009.

A MEDIAÇÃO COMO FORMA AUTÔNOMA E CONSENSUADA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS¹

Ana Carolina Ghisleni²
Fabiana Marion Spengler³

1 INTRODUÇÃO

O presente debate se fundamenta na mediação como meio alternativo na resolução de conflitos sociais, baseada no Direito Fraternal, em razão da necessidade de se apresentar uma nova opção para solucioná-los, desvinculando-se das decisões impostas pelo Estado, já que este não consegue mais tratá-los de forma adequada em face das crises que enfrenta.

Através da análise da jurisdição estatal atual, suas crises que resultam na insuficiência e ineficiência de seus instrumentos para uma resolução eficaz às controvérsias, apresentam-se as consequências positivas da mediação no tratamento de litígios, apontando as vantagens trazidas a partir da solução pacífica e harmônica das lides.

As formas alternativas de resolução de conflitos, especialmente a mediação, pressupõem uma convivência baseada na cidadania, nos direitos humanos, na jurisdição mínima, no consenso e no direito compartilhado. Trata-se na verdade de um modelo democrático e não violento que aposta no bem comum. O aumento na utilização de tais métodos se justifica pela necessidade cada vez maior de buscar

- 1 O presente texto foi elaborado a partir de pesquisa realizada junto ao projeto intitulado “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz” financiado pelo CNPq (Edital Universal 2009 – processo 470795/2009-3) e pela FAPERGS (Edital Recém-Doutor 03/2009, processo 0901814) coordenado pela segunda autora.
- 2 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, bolsista CAPES, integrante do Grupo de Pesquisas “Políticas Públicas no tratamento dos conflitos”, do projeto de pesquisa “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz” financiado pelo CNPq (Edital Universal 2009 – processo 470795/2009-3) e pela FAPERGS (Edital Recém-Doutor 03/2009, processo 0901814), mediadora judicial junto ao projeto de extensão “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos” sendo todos os três projetos coordenados pela segunda autora. Endereço eletrônico: anacghisleni@hotmail.com
- 3 Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político-Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e de Pós-Graduação *lato* e *stricto sensu* da última instituição, Coordenadora do Grupo de Estudos “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq, Coordenadora do projeto de pesquisa “Mediação de conflitos para uma justiça rápida e eficaz” financiado pelo CNPq (Edital Universal 2009 – processo 470795/2009-3) e pela FAPERGS (Edital Recém-Doutor 03/2009, processo 0901814), coordenadora e mediadora judicial junto ao projeto de extensão “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos”, advogada. Endereço eletrônico: fabiana@unisc.br

formas mais céleres e eficientes para resolver conflitos, ao contrário do processo judicial que é lento e custoso.

Os fundamentos principais da mediação e da sociedade fraterna, como a amizade e a solidariedade, auxiliam as partes a decidirem em consenso as próprias controvérsias. Abandona-se, nesse caso, a ideia do vencedor ou perdedor (procedência ou improcedência, se pensarmos no processo), a qual é substituída por uma decisão conjunta e harmoniosa entre elas, através da abertura de novos caminhos e da reinvenção quotidiana. Não se trata de negação da figura do Estado, até mesmo porque não se exclui a opção da via jurisdicional.

Desse modo, o presente estudo tem por objetivo analisar a mediação como meio autônomo e consensuado na resolução de conflitos sociais, baseada na consolidação de uma sociedade fraterna, bem ainda suas consequências positivas na sociedade.

Ao lado do objetivo principal estão os objetivos específicos que compreendem o debate sobre as crises do Poder Judiciário e sua incapacidade de tratamento dos litígios; a rápida discussão sobre a base sociológica do conflito e sua importância na sociedade, bem como a análise do Direito Fraterno e das regras de convivência mútua como base teórica da mediação.

Para tanto, a metodologia utilizada foi a hermenêutica e histórico-crítica através da coleta de informações a partir de uma pesquisa feita com os ensinamentos de doutrinadores jurídicos e aplicadores do direito, por meio de seus posicionamentos e divergências. O estudo foi feito através de leituras e sínteses de bibliografia relativa ao tema. Por fim, os autores de base utilizados foram Eligio Resta, Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

2 UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA SOBRE A LEGITIMIDADE ESTATAL E O ATUAL MODELO DE JURISDIÇÃO

O modelo contratualista⁴ aponta para a visão positiva acerca da criação do Estado e possui três principais autores: Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. Para eles o contrato social é a ponte entre o Estado de Natureza e o Estado Civil.

Para Hobbes⁵, o estado de natureza é um ambiente de disputas e domínio dos mais fortes sobre os mais fracos, onde há insegurança e desejo de poder. Isto é,

4 Conforme BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 272, o contratualismo é definido por meio das “teorias políticas que veem a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, *potestas, imperium*, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político.” Num sentido mais restrito, por tal termo se entende uma escola que floresceu na Europa entre os começos do século XVII e os fins do século XVIII.

5 HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000.

nessa fase os homens são comparados a animais; o homem é o lobo do próprio homem. Portanto, para impedir a destruição de uns aos outros, surge a necessidade de estabelecerem um acordo, que seria o contrato social. Esse pacto constituiria um Estado que Hobbes considera absoluto, capaz de impedir a disputa de todos contra todos. Dessa forma, o contrato passa a permitir a vida em sociedade.

Nessa linha, segundo Montesquieu⁶, “no estado de natureza, os homens nascem realmente na igualdade, mas não poderiam nela permanecer. A sociedade faz com que a percam, e eles só voltam a ser iguais graças às leis.” Já para Rousseau⁷, a passagem do estado de natureza para o civil causa transformações no homem. A principal delas é a utilização da razão em lugar do simples atendimento de seus desejos e vontades, pois “a passagem do estado de natureza para o estado civil determina no homem uma mudança muito notável, substituindo na sua conduta o instinto pela justiça e dando às suas ações a moralidade que antes lhe faltava”.

O Estado, por sua vez, é definido como um relacionamento em que alguns comandam e governam, e outros obedecem e são governados⁸. A soberania ou poder soberano emanado do Estado, desse modo, é inalienável e indivisível, visto que a força estatal nada mais é do que a vontade geral do povo. Esse poder soberano do Estado de governar, legislar e decidir, além de reger as relações sociais, é instituído mediante o consentimento dos súditos. Esses, por sua vez, não podem renunciar ao pacto estabelecido e conseqüentemente ao soberano, muito menos sem sua licença, pois cada um é considerado autor de tudo o que o soberano fizer. Cada súdito transferiu seu poder a apenas um soberano, e, se aquele o depuser, estará desconstituindo a si próprio⁹.

Com a criação do Estado, os súditos se submetem ao domínio do soberano, transferindo sua liberdade e obedecendo aos preceitos desse; a finalidade da obrigação é, pois, a proteção¹⁰. O poder soberano, assim, é dotado de força, a qual “é mais coercitiva e imediata do que o poder. Fala-se, enfatizando-a, em força física. O poder, em seus estágios mais profundos e animais, é antes força”¹¹. O Estado é uma organização política por ser uma ordem que regula o uso da força, porque ela monopoliza o uso da força; é também uma sociedade politicamente organizada por ser constituída pela ordem coercitiva, que é o Direito¹².

Logo, a legitimidade estatal de decidir os conflitos nasce do contrato social no qual os homens outorgaram a um terceiro o direito de fazer a guerra em busca da paz. Para tanto, o Estado, enquanto detentor do monopólio da força legítima, utiliza-

6 MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 123.

7 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2005, p. 77.

8 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 269.

9 HOBBS, op. cit.

10 HOBBS, op. cit.

11 CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 281.

12 KELSEN, op. cit.

se do Poder Judiciário para tratar os conflitos nascidos na sociedade¹³.

A jurisdição, portanto, é uma função estatal que, em consequência de transformações históricas, passou a ser monopolizada pelo Estado. Isso ocorre porque há uma terceira pessoa dotada de neutralidade e de imparcialidade que deve decidir o conflito, impondo o Direito positivado com o intuito de assegurar a convivência e harmonia social. Por isso, essa forma de decidir conflitos não é considerada democrática, visto que emana exclusivamente da soberania estatal¹⁴.

Nessa mesma esteira, Eligio Resta¹⁵ vai além ao afirmar que quando se recorre ao Juiz se perde a face, pois a tarefa do Juiz “é a de assumir decisões com base em decisões e de permitir decisões com base nas mesmas decisões”. Ao juiz “pede-se que ‘decida’, que diga a última palavra na base da lei e não que desenvolva a tarefa de cimento social que compete a outros mais preparados fazer.” Porém, sabe-se que o “resultado é paradoxal: incorpora-se no interior das competências judiciárias cada gênero de linguagem ‘funcional’, embocando, obviamente, uma estrada errada”¹⁶.

Tais fatos se dão porque o magistrado apenas “regula os conflitos graças à monopolização legítima da força. O principal problema da magistratura é que ela decide litígios que lhe são alheios, sem sentir os outros do conflito, encaixando-o num modelo normativo, sem ouvir/sentir as partes”¹⁷.

Ocorre que o Estado vem passando por diversas crises¹⁸, oriundas de um deliberado processo de enfraquecimento estatal, transferindo-se para todas as instituições e refletindo-se também na jurisdição: “sua gradativa perda de soberania, sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais, e tomar as rédeas de seu destino, sua fragilidade nas esferas Legislativa, Executiva e Judiciária, enfim, sua quase total perda na exclusividade de dizer e aplicar o direito”¹⁹.

Por esse motivo, muitas vezes se tenta solucionar um conflito sem atacar sua verdadeira causa, incidindo a lógica dos remédios²⁰. Ou seja, “os conflitos aumentam progressivamente e se atribui tudo isso à ineficiência decorrente da falta de recursos;

13 SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César. *Conflito, jurisdição e direitos humanos (des)apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuiz: Editora Unijuí, 2008.

14 BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

15 RESTA, Eligio. *O Direito Fraternal*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial – Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 116.

16 Ibidem, p. 100.

17 BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, op. cit., p. 74.

18 As crises do Estado não serão enumeradas nem debatidas em função da limitação de espaço e de tempo. Sobre o assunto é importante a leitura de BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César. *Conflito, jurisdição e direitos humanos (des)apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuiz: Editora Unijuí, 2008; SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Os (des)caminhos da jurisdição*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

19 BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, op. cit., p. 77.

20 RESTA, op. cit., p. 104.

pedem-se, assim, aumentos consistentes de recursos, pensando que assim os conflitos podem ser diminuídos.” Tudo isso nos leva a uma “lógica remedial que contribui, por si só, não somente a não resolver, mas inclusive a inflacionar o saldo de procura e oferta”.

Nesse sentido, ocorre o problema do sistema que investe no remédio sem incidir nas causas: aumentam os recursos do aparato judiciário, mas continua somente a ilusão de que isso faça diminuir os conflitos. O remédio reage sobre o remédio, mas não tem nenhuma direta incidência sobre as causas, dimensões, efeitos da litigiosidade que determinam os conflitos²¹. O fato de o Poder Judiciário ter como função fundamental a decisão dos conflitos não significa que consiga eliminá-los – suas decisões não suprimem relações sociais. Nesse ponto, o Direito parece capaz de tratar os sintomas, e não as causas de um mal-estar²².

Não se pode olvidar que os conflitos²³ estão definitivamente presentes em todos os relacionamentos humanos e em todas as sociedades, de modo que fazem parte do processo de integração social do indivíduo, ocasionando mudanças e transformações na sociedade²⁴. Porém, seu caráter nocivo, aliado aos seus prejuízos econômicos e emocionais, resulta em uma busca por novas formas de solucioná-los, objetivando menor sofrimento às partes e maior eficiência na satisfação de seus interesses.

É evidente, por outro lado, que essas mudanças sociais estão diretamente ligadas às modificações do direito e à sua aplicação na sociedade. Contudo, “um sistema jurídico muito desenvolvido é decisivo para uma comunidade societária estável”; apesar disso, “a ‘burocracia’ tornou-se um proeminente símbolo negativo, pois supõe um controle centralizado e severo através de autoridade e regras rígidas”²⁵.

O Estado é a única instância social que possui dispositivos de violência fortes e legais para impor sua política e exercer o monopólio da violência legal: “os aparelhos do Estado atuam, em geral, com base nas normas jurídicas que lhes oferecem a possibilidade (competência) de atuar, estabelecendo as finalidades e os limites desta atuação”²⁶.

Nesse sentido, indubitavelmente não existe mais equilíbrio entre o sistema jurídico e a situação social, pois vive-se um momento de desacomodação interna: há um aumento extenso e intenso de reivindicações de acesso à Justiça, quantitativa e

21 Ibidem, p. 105.

22 SPENGLER; LUCAS, op. cit.

23 BOBBIO, 1999, op. cit., o conflito é apenas uma das possíveis formas de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades. Uma outra possível forma de interação é a cooperação. Qualquer grupo social ou qualquer sociedade histórica pode ser definida em qualquer momento de acordo com as formas de conflito e de cooperação entre os diversos atores que nela surgem. O assunto não será amplamente debatido em razão da limitação de tempo e espaço.

24 MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 19.

25 PARSONS, op. cit., p. 115.

26 SABADELL, op. cit., p. 96.

qualitativamente falando, em contraposição a instrumentos jurisdicionais notoriamente insuficientes e ineficientes para atender e satisfazer subjetiva e objetivamente ao conjunto de demandas que lhe são propostas. É necessária, portanto, uma forma diversa para tratar os conflitos, “redefinindo, de forma radical, o modelo de terceiro e a forma de decisão, reconhecendo, ainda que de forma indireta, o papel não exclusivo da jurisdição, que atualmente está em crise frente à complexidade social”²⁷.

Desse modo, é preciso repensar o atual modelo de jurisdição objetivando garantir novas formas de solucionar as contendas e procurando sua resolução de forma consensual, solidária, fraterna. A partir de novas alternativas que visam à aproximação das partes, como a mediação, com a confrontação de vontades e interesses entre ambas, facilitando sua comunicação, sem procedimentos adstritos às regras estatais, será possível chegar a uma decisão de forma pacífica e satisfatória.

A contrapartida que surge para a solução de contendas é a utilização de instrumentos consensuais²⁸ e extrajudiciários. A estrutura de tais mecanismos permite a diferenciação do modelo tradicional de jurisdição, no qual um terceiro alheio à disputa impõe uma decisão a partir da função do Estado de dizer o Direito.

As formas alternativas de resolução de conflitos beneficiam tanto as partes, quanto o próprio Estado: aquelas se incorporam ao procedimento, harmonizadas e equilibradas, fazendo com que a solução se torne flexível e descentralizada, enquanto que este, o Estado, fica desincumbido da resolução, restando-lhe uma função simbólica e referencial para homologações e apelos²⁹. Dentre essas formas, existem a mediação, a arbitragem, a negociação³⁰, entre outras, as quais possibilitam a participação das partes na solução de suas contendas. Entretanto, será aqui analisada de forma ampla a mediação como a principal proposta de restabelecimento de paz e de justiça entre as relações humanas.

27 BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, op. cit., p. 76.

28 O termo consenso denota a existência de um acordo entre os membros de uma determinada unidade social em relação a princípios, valores, normas, bem como quanto aos objetivos almejados pela comunidade e aos meios para alcançá-los. Se expressa, assim, nas crenças que são mais ou menos partilhadas pelos membros de uma sociedade. Para Bobbio, 1998, op. cit., a variedade de fenômenos em relação aos quais pode ou não haver acordo leva a crer que o termo consenso deve ser entendido através de graus, que se modificam de uma sociedade para outra e de uma época para outra. Nesse sentido, importante analisar o grau de homogeneidade da sociedade sob o aspecto sociocultural, a sucessão de regimes políticos diversos e relativos ao funcionamento do sistema, mudanças econômico-sociais, transformações estruturais e inovações tecnológicas.

29 BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, op. cit.

30 SILVA, op. cit., p. 18, ao contrário da mediação, na qual o terceiro – mediador – não busca interesse algum na contenda e não decide o conflito (conforme será demonstrado adiante), na negociação o negociador apenas defende os interesses de seu cliente durante todo o processo, de modo que o cliente sairá satisfeito se o negociador fizer um bom trabalho. Já na arbitragem o procedimento é bastante semelhante à mediação, com exceção do terceiro estranho que possui competência para decidir quem está com a razão, sendo que sua decisão tem força resolutive. “Verifica-se então que a mediação é o único mecanismo em que as partes decidem por sua própria consciência e vontade e isto se dá graças à figura do mediador”. As outras formas de resolução de conflitos, que não a mediação, não serão aprofundadas em razão da abrangência do assunto e a limitação de espaço.

Nesses termos, a mediação vem tratada por Bolzan de Moraes e Spengler³¹ como uma possibilidade de direito compartilhado, a “jurisconstrução”, pois a nomenclatura “permite supor uma distinção fundamental entre os dois grandes métodos. De um lado, o dizer o Direito próprio do Estado, que caracteriza a jurisdição como poder/função estatal e, de outro, o elaborar/concertar/pactar/construir a resposta para o conflito em que reúne as partes.”

3 A CONCRETIZAÇÃO DE UMA SOCIEDADE FRATERNA ATRAVÉS DA UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS SOCIAIS

A mediação é uma técnica privada de solução de conflitos que vem demonstrando no mundo sua grande eficiência nos conflitos interpessoais, especialmente por ser baseada no Direito Fraternal e na convivência solidária. Mais que isso, ela é um método “não adversarial”, já que não há “imposições de sentenças ou laudos”, permitindo às partes a busca de seus verdadeiros interesses e sua preservação através de um acordo³².

Nesses termos, pode-se verificar a importância da mediação como espécie do gênero justiça consensual, justificando a intervenção do mediador através da falta de persuasão e conhecimento das partes que não conseguiram chegar a uma solução. Dessa forma, elas acabam se apropriando do poder de gerir seus próprios conflitos, ao contrário da jurisdição estatal. Assim, “busca-se solucionar conflitos mediante a atuação de um terceiro desinteressado e neutro. Esse terceiro denomina-se mediador e exerce uma função como que de conselheiro, pois pode aconselhar e sugerir; porém, cabe às partes constituir suas respostas.” De outro lado, os propósitos da mediação dizem respeito ao restabelecimento da comunicação, como também à prevenção e ao tratamento dos conflitos, ao mesmo tempo em que é uma forma de “inclusão social objetivando promover a paz social”³³.

O embasamento teórico da mediação, portanto, é a proposta fraterna, pois essa insere uma cota de complexidade no primado do justo sobre o bom, procurando “alimentar de paixões quentes o clima rígido das relações”. Sem esquecer que a ela está necessariamente atrelada a ideia de amizade, na medida em que prevê a “comunhão de destinos derivada do nascimento e independente das diferenças”³⁴.

Porém, a fraternidade possui um sentido vagamente anacrônico, pois se comparada aos outros ideais presentes no cenário da revolução iluminista pode ser considerada como a parente pobre, “prima do interior”, porquanto permaneceu inédita e irresolvida em relação aos outros temas da igualdade e da liberdade e retorna hoje com “prepotência, quanto mais o presente impõe, com as suas acelerações jacobinas, a questão do global, da dependência de tudo e de todos”. A fraternidade

31 BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, op. cit., p. 121-122.

32 SILVA, op. cit., p. 13.

33 BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, op. cit., p. 139.

34 RESTA, op. cit., p. 11.

indicava apenas um dispositivo de vaga solidariedade entre as nações; tinha mais a ver com os “princípios de um direito internacional nascente, que deixava intacta, bem como pressupunha uma comunidade política fundada nos princípios dos Estados nacionais”, mas sua solidificação inaugura uma nova oportunidade no tratamento de conflitos³⁵.

Por isso a importância de repropor aquelas condições que já se haviam apresentado no passado, interrompendo a linearidade ditada pelo tempo. Vive-se hoje uma época em que se desgasta a forma estatal das pertencas fechadas, governadas por um mecanismo ambíguo que inclui alguns cidadãos, excluindo todos os outros; identifica-se uma singular ‘contemporaneidade não contemporânea’ de ideias, símbolos e eventos; recoloca-se em questão a comunhão de pactos entre sujeitos concretos com as suas histórias e as suas diferenças. Há necessidade de se apostar no código da fraternidade que, por sua vez, compreende um espaço mais ou menos artificial onde se deve tentar dar corpo a um modelo de vida compartilhada³⁶.

Portanto, a mediação se sustenta também na amizade, pois essa pressupõe igualdade e semelhança em excelência moral, fugindo de tudo que é imposto³⁷; a mediação é definida como a interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão não autoritário, que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa. Além disso, por tratar de questões fundamentais, “pode também estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes ou encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e os danos psicológicos³⁸.”

Como a mediação possibilita uma comunicação entre as partes – já que transforma o conflito potencial em comunicação – permitindo-lhes apresentar propostas entre si para um possível acordo, torna o mediador uma figura fundamental e essencial. Nesse sentido, este é qualificado como um tradutor que deve ficar no meio das linguagens diversas, devendo conhecer duas línguas e servir de trâmite, de meio, entre uma e outra³⁹.

Justamente por isso o mediador pode ser indicado pelas próprias partes, de acordo com a vontade delas. Em razão da seriedade do instituto, ele deve ser “alguém preparado para exercer tais funções e que possua o conhecimento jurídico e

35 Ibidem, p. 9-12.

36 Ibidem, p. 16, o Direito Fraternal compreende um modelo de direito que abandona a fronteira fechada da cidadania e olha em direção à nova forma de cosmopolitismo que não é representada pelos mercados, mas pela necessidade universalista de respeito aos direitos humanos que vai se impondo ao egoísmo dos “lobos artificiais” ou dos poderes informais que à sua sombra governam e decidem. Fala-se, portanto, de uma proposta frágil, infundada, que aposta sem impor, que arrisca cada desilusão, mas que vale a pena cultivar: vive de expectativas cognitivas e não de arrogâncias normativas.

37 ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 162.

38 MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 28.

39 RESTA, op. cit., p. 131.

técnico necessário para o bom desenvolvimento do processo”. Assim, “profissionais preparados para exercer a função de mediador utilizam-se de técnicas de manejo comportamental previamente programadas a fim de estimular as partes a participar efetiva e proveitosamente das atividades do processo objetivando obter uma decisão que realmente pacifique a discordância”⁴⁰.

Por conseguinte, talvez a melhor forma de conceituar um mediador é dizendo o que ele não é: “não é um juiz, pois não impõe um veredicto, mas como um juiz, deve ter o respeito das partes conquistado com sua atuação e imparcialidade. Não é um negociador que toma parte na negociação, com interesse direto nos resultados.” Do mesmo modo, “não é um árbitro que emite um laudo ou decisão. O mediador, ainda que seja um experto no tema tratado, não pode dar assessoramento sobre o assunto em discussão.” Deve conseguir descobrir, através da sessão de mediação, os verdadeiros interesses de cada uma das partes: “o mediador é um terceiro neutral. Conduz sem decidir. É neutral em tudo o que seja esperado dele como intervenção na decisão; nessa condição deve fazer com que as partes participem ativamente na busca de melhores soluções”⁴¹.

Além disso, “a virtude do mediador é aquela do estar no meio, de compartilhar, e até mesmo do ‘sujar as mãos’”. O mediador, ao assumir tal tarefa, adota uma “posição estranha, super partes, incapaz de assumir o litígio como o elemento comum das partes, que é também o meio simbólico a ser transformado e reutilizado, para reativar a capacidade comunicativa.” Não pode se preocupar em satisfazer aos interesses de uma ou de outra parte, pois promoveria a falência da mediação e a perda de sua identidade, transformando-se em advogado ou juiz demasiadamente parcial, senão corrompido; mas para isso já existem os juízes e os advogados com os seus vícios e suas tantas virtudes. “A mediação é outra; é um ficar entre as partes e inserido entre elas, não encontrar um espaço neutro e equidistante, no qual resida a grande utopia do moderno que é ter a qualidade de terceiro”⁴².

Desse modo, resta claro que a mediação é a busca pela consolidação de uma sociedade fraterna⁴³ pois é uma aposta na própria humanidade, cujas relações devem ser baseadas na amizade e na igualdade entre os indivíduos, trazendo benefícios às partes: “cada uma delas deseja da outra o mesmo bem que lhe concede, ou permuta uma coisa por outra”⁴⁴. É nesse contexto que o Direito Fraternal adquire uma dimensão cosmopolita, trazendo uma proposta de compartilhamento não violenta entre irmãos,

40 BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, op. cit., p. 160.

41 SILVA, op. cit., p. 109.

42 RESTA, op. cit., p. 126.

43 Ibidem, p. 50, o amigo da humanidade é aquele indivíduo moral e racional que, conscientemente, conhece os riscos, mas, gandhianamente, aposta na existência de um bem comum, que é o bem da humanidade em si mesmo. Ao mesmo tempo em que ele compartilha o sentido de humanidade e se sente parte dela, assume a “existência do inimigo; não o demoniza, nem o descarta, jogando-o em ‘outro’ mundo, mas assume inteiramente o seu problema. Isso significa dizer que esta rivalidade reside, portanto, em nós mesmos, dentro da própria humanidade: assim, o amigo da humanidade não é simplesmente o oposto do inimigo, mas é algo diverso que, graças a sua diversidade, é capaz de superar o caráter paranoico da oposição.

44 ARISTÓTESLES, op. cit., p. 160.

sem olhar a diferença entre amigo e inimigo. Essa minimização da violência leva a uma conseqüente ideia de jurisdição mínima e de reconsideração ecológica da relação entre justiça e sociedade, levando em conta o problema dentro da sociedade, onde se criam juntos os problemas e os remédios; a competência monopolista do Estado não pode permanecer incorporada no sistema da jurisdição⁴⁵.

Por isso, na sessão de mediação em si o mediador deve se valer de várias estratégias e movimentos capazes de ajudar os negociantes a iniciarem a troca de informações de forma harmônica e equilibrada e a grande parte desses movimentos ocorrem perto do início do primeiro encontro conjunto ocorrido na presença do mediador⁴⁶. O indivíduo que participa do conflito “está sempre angustiado, de modo que é fundamental que o mediador o ajude a acalmar-se”. É preciso muita atenção e cuidado, pois quando essa angústia se transforma em medo pode ocorrer a “escalada da violência fazendo com que se confundam as pessoas com o problema”⁴⁷.

Outra vantagem da mediação é que se trata de um processo rápido, no qual ocorre “a composição de interesses e não a definição de direitos”, e é composto de oito estágios, quais sejam: iniciação (quando as partes optam pela mediação e escolhem o mediador), preparação (informação às partes sobre as características da disputa e resultados que almejam), introdução (esclarecimento do procedimento e aceitação das partes), declaração do problema (discussão aberta das controvérsias), esclarecimento do problema (especificação do problema pelo mediador), geração e avaliação de alternativa(s) (o mediador estimula as partes a se questionarem, conduzindo-as à produção de alternativas), seleção de alternativa(s) (o mediador aponta as soluções inviáveis e praticáveis) e acordo (esclarecimento dos termos do acordo e a confirmação da aceitação das partes). Pode haver a necessidade de retornar a alguma etapa anterior para maiores esclarecimentos, que deve ser percebida e efetivada pelo mediador⁴⁸.

A finalização do procedimento de mediação compreende a formalização do acordo⁴⁹. Essa fase necessita a concretização de duas etapas: a “implementação dos procedimentos de indução ao compromisso que vão melhorar a probabilidade de cumprimento”, bem como “alguma forma de atividade simbólica de encerramento do conflito”. O acordo celebrado entre os litigantes deve ser o mais realista possível para conseguir satisfazê-los ao máximo, prevenindo complicações futuras e possibilitando maior durabilidade. É importante que o acordo seja elaborado em uma linguagem fácil e compreensível, contendo todas as especificações decididas pelas partes⁵⁰.

As conseqüências da mediação encontram-se no fato de colocar em crise o caráter abstrato do juiz e sua qualidade de terceiro, bem como valorizar a experiência

45 Ibidem, p. 135.

46 Ibidem.

47 SILVA, op. cit., p. 107.

48 Ibidem, p. 80.

49 MOORE, op. cit., p. 268.

50 SILVA, op. cit.

cognitiva do conflito e não normativa na pessoa do mediador⁵¹. O maior benefício da mediação é o fato de resolver a lide em curto espaço de tempo, com baixos custos e a manutenção de um relacionamento entre as partes através da construção da solução mais benéfica⁵².

A legalidade moderna atribui ao Juiz a tarefa de resolver os conflitos, não somente aqueles que são previstos por uma deliberação legal específica. Não se está negando o valor do judiciário, apenas o “‘monopólio estatal da jurisdição’ e a racionalidade da competência generalizada do juiz sobre cada gênero de conflito”, pois hoje o sistema judiciário não é mais capaz de autorregular-se e de regular a própria função de decisão⁵³.

Assim, a relação entre democracia e jurisdição é colocada em jogo no momento de um litígio. Não se pode pensar apenas em encontrar uma solução linear às demandas, mas sim atacar sua verdadeira causa, caso contrário, o número de conflitos não diminuirá. A qualidade e a quantidade das lides sofrem interferências endógenas como a “formalização de novos direitos, normatizações nem sempre universalistas, categorias profissionais excessivas”, entre outras, e exógenas, que seriam “economias expansivas e conflituosas, ausência de culturas solidárias”, etc⁵⁴.

Ainda, além de fenômeno externo, a litigiosidade apresenta-se como jogo de comunicação, pois a forma como ocorre em um processo e a utilização da palavra são determinantes para o desenvolvimento e resultado, tornando-se fator muito importante e relevante na resolução de conflitos⁵⁵. A palavra reina soberana no mundo da contabilidade jurídica; é sua expressão e seu veículo, porém é muito rebuscada, formal e solene, de forma que impõe e não impõe, prescrevendo aquilo que veta e vetando aquilo que prescreve. Apesar disso, é ela que possibilita uma tentativa de aproximação entre as partes, a fim de permitir a resolução da lide, especialmente na mediação⁵⁶.

Nesse sentido, a mediação é um procedimento capaz de resolver problemas, porém é também, potencialmente, uma oportunidade para estabelecer, definir, edificar ou terminar relacionamentos. Tanto os aspectos da mediação referentes à resolução de problemas quanto à definição de relacionamentos ocorrem no contexto da discussão de questões e interesses que podem ser de natureza essencial, processual ou psicológica⁵⁷.

51 RESTA, op. cit.

52 SILVA, op. cit.

53 Ibidem, p. 117.

54 Ibidem, p. 100.

55 SILVA, op. cit., p. 95, a regra básica da comunicação e conseqüentemente da mediação é escutar com atenção. O problema é que “as pessoas estão acostumadas a dar por entendida qualquer mensagem antes de ter sido emitida totalmente”, na errada ideia de já saberem o que será dito. Desse modo, deve-se “escutar atentamente, inquirir para saber mais, e fazer um resumo do compreendido”.

56 RESTA, op. cit., p. 94-96.

57 MOORE, op. cit., p. 188.

É importante mencionar que as formas alternativas de resolução de conflitos (dentre elas e principalmente a mediação) também recebem críticas, tais como: desequilíbrio de poder entre os litigantes, já que na maioria dos casos o conflito envolve pessoas com posições econômicas diferentes, fazendo com que as de menor poder acordem por falta de recursos; o problema da representação, já que as partes estarão agindo por si mesmas; a falta de fundamento para atuação judicial posterior, na medida em que a decisão tomada pelas partes limitará sua possível modificação pelo Juiz; e a ideia de que a justiça deve prevalecer antes que a paz, com o intuito de não reduzir a função social da decisão jurisdicional, pois um acordo não se equivale a uma sentença judicial⁵⁸.

Por isso tudo que os mecanismos alternativos de solução de conflitos, embora diversamente ligados ao processo e não estranhos ao sistema jurídico, realizam variações em relação à rigidez do rito judiciário, especialmente na forma procedimental e resolutiva. Porém, desse modo surge a ideia da autorregulamentação dos conflitos por parte do sistema social contrariando o modelo de terceiro, já referido, celebrado pelo judiciário e “que hoje se revela inadequado a respeito da notável diversificação dos conflitos sociais”⁵⁹.

Portanto, a mediação é forma de humanização, tendo em vista seu caráter harmônico e defensor da dignidade da pessoa humana, pois retoma à antiga sabedoria da hermenêutica, já que “torna comunicáveis mundos e linguagens diversas; representa contextos, interpreta textos e traduz, tornando acessíveis significados que, de outro modo, seriam incompreensíveis”. Por isso sua importância para a criação e solidificação de uma sociedade fraterna: “o direito fraterno coloca, pois, em evidência toda a determinação histórica do direito fechado na angústia dos confins estatais”⁶⁰.

Importante mencionar, para concluir, que as formas alternativas de resolução de conflitos não são renúncias ao sistema jurídico, mas sim uma redefinição de seus confins. Porém, é desviante pensar que tais mecanismos são remédios exclusivos à crise quantitativa da justiça, o que equivale dizer que as disputas alternativas poderiam ser vistas de forma subalterna em relação aos mecanismos judiciários. A opção pela resolução extrajudicial não exclui a possibilidade da via jurisdicional, pois as partes podem recorrer ao Estado se não houver acordo ou se este for descumprido⁶¹.

A partir dessas considerações, a concretização de uma sociedade fraterna através da utilização da mediação não deve ser vista como uma utopia, mas sim, como uma real possibilidade de mudança na resolução de conflitos frente à atual ineficiência do Poder Judiciário.

58 BOLZAN DE MORAIS; SPENGLER, op. cit.

59 Ibidem, p. 118.

60 RESTA, op. cit., p. 100.

61 SILVA, op. cit.

4 CONCLUSÃO

A sociedade atual está cada vez mais complexa e violenta, gerando um aumento desmedido dos conflitos. O poder de jurisdição do Estado, de outro lado, já não consegue mais dar conta de todos os litígios que a ele recorrem e é necessário encontrar alguma forma de resolvê-los ultrapassando a barreira do positivismo jurídico. As crises que atingem o Estado, e conseqüentemente sua jurisdição, prejudicam o desempenho de suas atribuições e impossibilitam uma postura humana e cidadã na decisão das lides.

Nesse sentido, é imprescindível buscar uma solução eficaz e satisfatória aos litígios, permitindo uma convivência mais harmônica e pacífica entre as partes. Por isso que as formas alternativas de resolução de conflitos, em especial a mediação, se tornam tão importantes: não há imposição de uma decisão, são os próprios litigantes que chegam a um denominador comum e decidem juntos o conflito, através do consenso e da vontade de ambos. Esse caráter cidadão e humano da mediação decorre de sua base teórica, que é o Direito Fraternal, cuja aplicação busca a solução real dos litígios, combatendo uma solução linear.

A participação total das partes, inclusive na decisão final, faz com que a mediação se sobreponha às demais formas extrajudiciais de resolução de conflitos. Tal procedimento, além da celeridade e eficiência, traz satisfação e sucesso, visto que atua na verdadeira causa do problema e proporciona mudanças e transformações sociais na vida dos demandantes.

Deve-se, portanto, apostar em uma convivência fraterna e vivê-la para assegurar a humanização e cidadania não apenas na solução de conflitos sociais, mas para a transformação cultural de toda a sociedade, evitando controvérsias. Com a preservação dos princípios de solidariedade, igualdade, dignidade e liberdade é possível a vivência fraterna entre as pessoas, gerando uma sociedade menos conflituosa.

REFERÊNCIAS

ALBERONI, Francesco. *A amizade*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

BERGER, Peter I.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Ed. Unb, 1998.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

2008.

_____. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. (Org.). *O estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CANETTI, Elias. *Massa e poder*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. São Paulo: Boitempo, 1998.

MILL, John Stuart. *A lógica das ciências morais*. São Paulo: Editora Iluminura Ltda, 1999.

_____. *Capítulos sobre o socialismo*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998.

RESTA, Elígio. *O Direito Fraternal*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial – Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2005.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, João Roberto da. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

_____. *Questões fundamentais da sociologia: indivíduo e sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César. *Conflito, jurisdição e direitos humanos (des)apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

O INSTITUTO JURÍDICO DA APRENDIZAGEM NO BRASIL

*André Viana Custódio¹
Daiane Albano Dalzoto²*

1 INTRODUÇÃO

O instituto jurídico da aprendizagem está intimamente relacionado à exploração de mão de obra infantil no Brasil. Para a compreensão dos motivos que conduzem a essa relação é necessário um estudo sobre as origens históricas da aprendizagem, sua regulamentação e as mudanças ao longo do tempo.

O percurso histórico pela legislação imperial relativa à aprendizagem permite uma visão mais ampla do tema. O período tratado no presente artigo enfatiza a análise da legislação da aprendizagem entre os anos de 1808 e 1889, dos quais são analisados Cartas de Leis, Alvarás, Cartas Régias, Decisões do Governo, Atos do Poder Executivo e Legislativo. Analisar os anos de 1808 a 1889 é de suma importância para compreensão das transformações da legislação até o alcance da concepção de proteção integral à criança e ao adolescente.

Por isso, estuda-se o tema da aprendizagem contemporânea com enfoque nos limites de idade mínima para o trabalho, segundo o Decreto n. 5.452, de 01 de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho; a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988; a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, e a Lei n. 10.097, de 19 de dezembro de 2000.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA APRENDIZAGEM NO BRASIL IMPERIAL

Os primeiros registros legais sobre aprendizagem iniciaram na legislação imperial, que previa a submissão de crianças pobres no trabalho, como contrapartida ao “aprendizado das primeiras letras”, conforme previa a Decisão do Império n. 365,

1 André Viana Custódio, Orientador, Doutor em Direito (CPGD/UFSC), Mestre em Direito (CPGD/UFSC), Graduado em Direito (UFSC), Professor no Curso de Graduação em Direito na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Professor nos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC), Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPEP/UNESC), Fellow da Ashoka Empreendedores Sociais. Endereço eletrônico: andreviana.sc@gmail.com.

2 Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Bolsista de Iniciação Científica da FAPESC/UNESC. Endereço Eletrônico: dadconsultoria@gmail.com

de 1834.³ Ignorando o sofrimento causado pelas péssimas condições de trabalho, a legislação imperial impunha, mediante a categoria jurídica relativa aos “menores aprendizes”, práticas punitivas como forma de controle e disciplinamento, tais como a redução da alimentação e castigos corporais.⁴

No período imperial brasileiro, manteve-se o modelo medieval das Corporações de Ofício, nas quais os “menores”⁵ aprendizes eram ensinados por mestre, a fim de preservar esse conhecimento tradicional ao longo das gerações. O trabalho de crianças nas Corporações foi cruelmente explorado, inexistindo durante um longo período limites de idade mínimos para aprendizagem.

Diante da insuficiência de acesso à educação primária para as crianças pobres, a alternativa oferecida era o Arsenal da Marinha, onde os meninos trabalhavam nos depósitos do Arsenal de Guerra, aprendendo as primeiras letras e as práticas de navegação. A prática predominante, em relação aos aprendizes, era da mais absoluta exploração com a imposição de castigos e sanções severas e a submissão à dura vida junto aos Arsenais. Havia prioridade para os meninos mais fortes, robustos, com aparência sadia, pois a vida no mar exigia capacidade para enfrentar trabalhos pesados. Aos considerados órfãos era praticamente uma das únicas alternativas de vida. Conduzidos às embarcações, ofereciam uma mão de obra de baixo custo, disciplinada e dependente. Por exemplo, a Circular n. 730, de 1833, determinava que os pobres e miseráveis fossem recebidos nos Arsenais, para que recebessem educação para a função de grumete, ou seja, a praça mais inferior na estrutura hierárquica da Marinha, que tem por atribuições fazer a limpeza das embarcações e ajudar os marinheiros nos trabalhos a bordo. Nesse período não havia limite de idade mínima para a aprendizagem.⁶

Foi com a edição do Decreto n. 265, de 1834, que se estabeleceu a idade mínima para a aprendizagem, determinando que os aprendizes deveriam ter entre onze e quinze anos de idade, uma vez que nesta idade estariam com aptidão física mais adequada para o exercício das atividades.⁷ Expressamente o referido Decreto preocupava-se com as questões de saúde, mas também com a utilidade dos trabalhadores a bordo, como se pode notar:

Todos os marinheiros e grumetes, pertencentes à guarnição dos navios da armada, que, ou por meio de inspecção de saúde, ou pelo seu

3 BRASIL. Decisão n. 365 de 27 de outubro 1834. Dando providencias acerca dos meninos brasileiros orphãos, e desvalidos, que abordo dos navios de guerra aprendem as primeiras letras, e toda obra de marinheiro.

4 BRASIL. Decreto n. 53 de 22 de março de 1838. GUERRA. Estatuto para o Estabelecimento dos Aprendizes Menores do Arsenal de Guerra.

5 O termo menor é utilizado com intuito de aproximar a linguagem da época.

6 BRASIL. Circular n. 730, de 03 dezembro de 1833 - MARINHA. Determina que os orphãos pobres e miseráveis sejam recebidos no arsenal da marinha, e remetidos para bordo dos navios, com praça de Grumetes.

7 BRASIL. Decreto n. 265, de 04 de agosto de 1834. - MARINHA. Determina que sejam desembarcados todos os marinheiros ou Grumetes impossibilitados que continuam no serviço. E os que, tendo completado o tempo de seus engajamentos, não quiserem continuar a servir.

estado visivelmente morboso se conheçam impossibilitados de continuar no serviço, sejam imediatamente desembarcados, visto não convir que a bordo dos ditos navios se conserve gente inútil.⁸

Contudo, a preocupação com a idade não foi frequente na legislação imperial sobre a matéria. Por exemplo, a Circular n. 366, de 1837, determinava que no Rio de Janeiro todos os meninos órfãos e desamparados fossem levados à Marinha com o objetivo de ensinar um ofício a eles, mas não estabelecia qualquer previsão relativa aos limites de idade mínima.⁹

A preocupação principal estava centralizada nas questões relativas à higiene e à saúde, como demonstra a Circular n. 410, de 1837, que determinou a vistoria aos depósitos dos navios com a finalidade de identificar os “menores” que não pudessem prestar algum serviço, e para estes oferecer algum tipo de instrução.¹⁰ Nesse mesmo ano, foi aprovado o Estatuto para o Estabelecimento de Menores no Arsenal de Guerra com algumas exigências tal como o auxílio de um pedagogo, um guarda e dois serventes para cada grupo de cinquenta aprendizes visando garantir a aprendizagem e manter a disciplina.

As práticas disciplinares envolviam o dever de estar acordado ao amanhecer, rezar, dirigir-se ao lavatório, estar vestido e em forma em trinta minutos e, posteriormente conduzir-se às oficinas. A transgressão às normas disciplinares recebia punições severas. Também havia previsão para a separação nos dormitórios dos meninos entre os maiores e menores de 14 anos.¹¹

Já o Decreto n. 42, de 1840, determinou que para serem recebidos no Colégio Militar do Imperador os meninos deveriam ter a idade mínima de seis anos e máximo quinze anos para serem matriculados.¹² Uma nova organização às Companhias de Aprendizes Menores nos Arsenais de Guerra foi dada pelo Regulamento n. 113, de 1842, que em seu art. 2º determinou a elevação dos limites de idade mínima passando para os oito anos de idade e a idade máxima para ingresso ficou estabelecida em 12

8 BRASIL. Decreto n. 265, de 04 de agosto de 1834. MARINHA. Determina que sejam desembarcados todos os marinheiros ou Grumetes impossibilitados que continuam no serviço. E os que, tendo completado o tempo de seus engagements, não quiserem continuar a servir.

9 BRASIL. Circular n. 366, de 27 de julho de 1837. MARINHA. Autorizando o Presidente da província do Rio de Janeiro a mandar para o Arsenal da Marinha da corte todos os meninos orphãos e desamparados que houver na dita província para nele aprenderem os officios e artes a que suas inclinações o chamarem.

10 BRASIL. Circular n. 410, de 18 de agosto de 1837. Mandando inspeccionar o depósito dos menores, separando se das companhias, os que pela sua pequena idade não puderem prestar serviço útil, os quaes deverão ser applicados a outros estudos, vencendo a soldada correspondente a dos antigos pagens que embarcavam nos navios da armada: ficando em regra fazer-se a classificação logo que recebam os recrutas, ou indivíduos para marinhagem.

11 BRASIL. Circular n. 410, de 18 de agosto de 1837. Mandando inspeccionar o depósito dos menores, separando se das companhias, os que pela sua pequena idade não puderem prestar serviço útil, os quaes deverão ser applicados a outros estudos, vencendo a soldada correspondente a dos antigos pagens que embarcavam nos navios da armada: ficando em regra fazer-se a classificação logo que recebam os recrutas, ou indivíduos para marinhagem.

12 BRASIL. Decreto n. 42, de 11 de março 1840. Estabelecendo no Arsenal de Guerra da Corte um Collegio para os filhos necessitados dos Capitães e Officiaes do Exército.

anos.¹³

Para ser aceito na Companhia era necessário estar na condição de órfão, indigente, abandonado ou ainda àqueles em que o pai não tivesse condição de prover a alimentação e educação. Nestes casos, o governo imperial oferecia aos “menores” aprendizes moradia, sustento, vestuário, tratamento de enfermidades e educação. O aprendizado visava o ensino das quatro operações básicas da matemática, ler e escrever como requisitos obrigatórios. O controle sobre os meninos era absoluta, com a proibição do desembarque sem licença escrita do diretor e somente por motivos considerados plausíveis. Ao completar 18 anos de idade, o aprendiz ficava obrigado a servir no Arsenal por mais oito anos.¹⁴

Os meninos aprendizes marinheiros, quando internados nos Arsenais, viviam sob condições mínimas de sobrevivência. Essa condição é evidenciada na Circular n. 55, de 1844, que determinava que fosse providenciada alguma roupa, consistindo em calça e camisa, aos aprendizes, a fim de evitar-lhes o estado de nudez.¹⁵

Entre os anos de 1845 e 1889, foram instituídos os Arsenais e/ou Colônias Militares nas Províncias do Pará, Bahia, Mato Grosso, Santa Catarina e Pernambuco, Espírito Santo, Ceará e Paraná, São Paulo, Sergipe. Nesse período ainda uma série de avisos eram emitidos às províncias com o intuito de manter certa ordem e controle econômico sobre os arsenais.¹⁶

O que fica evidenciado nesse período é que, embora os órfãos, abandonados e miseráveis ficassem internados nos Arsenais, as condições de vida nas quais viviam eram mínimas. Identifica-se que, por trás do discurso de aprendizagem, havia exploração de mão de obra das crianças e dos adolescentes, abuso moral e acima

13 BRASIL. Regulamento n. 113, de 03 janeiro de 1842 dando nova organização das companhias de Aprendizes Menores dos Arsenais de Guerra, em conformidade com a Lei n. 243 de 30 de novembro de 1841. Collecção das leis do Império do Brasil, 1842.

14 BRASIL. Regulamento n. 113, de 03 janeiro de 1842, dando nova organização das companhias de Aprendizes Menores dos Arsenais de Guerra, em conformidade com a Lei n. 243 de 30 de novembro de 1841. Collecção das leis do Império do Brasil, 1842

15 BRASIL. Circular n. 55, de 27 de julho de 1844. Aos Presidentes das Províncias, menos aos da de Sergipe, Goyaz, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, e Mato Grosso, autorizando-os a mandar fornecer aos recruta alguma roupa. Consistindo em calça e camisa, somente para evitar o estado de nudez, quando assim se torne necessário.

16 Sobre o tema ver: BRASIL. Decreto n. 1543, de 27 de janeiro de 1855; Cria uma Companhia de Aprendizes Marinheiros na Província da Bahia. Índice da Coleção de Leis – Parte I 1855; BRASIL. Decreto n. 1987, de 07 de outubro de 1857; Cria uma Companhia de Aprendizes Marinheiros na Província de Mato Grosso. Índice da Coleção de Leis – Parte I, 1857; BRASIL. Decreto n. 2003, de 24 de outubro de 1857; Cria duas Companhias de Aprendizes Marinheiros na Província de Santa Catarina e outra na de Pernambuco. Coleção das Leis – Parte I, 1857; BRASIL. Decreto n. 2890, de 08 de fevereiro de 1862. Cria uma Companhia de Aprendizes BRASIL. Marinheiros na Província do Espírito Santo. Índice da Coleção de Leis – Parte II, 1862; BRASIL. Decreto n. 3347, de 26 de novembro de 1864; Cria duas Companhias de Aprendizes Marinheiros na Província do Ceará e outra no Paraná. Índice da Coleção de Leis – Parte II 1864; BRASIL. Decreto n. 4112, de 29 de fevereiro de 1868. Cria uma Companhia de Aprendizes Marinheiros na Província de São Paulo. Índice da Coleção de Leis – Parte II 1868 ; BRASIL. Decreto n. 4141, de 05 de abril de 1868. Cria uma Companhia de Aprendizes Marinheiros em Sergipe. Índice da Coleção de Leis – Parte II 1868

disso, um profundo desinteresse pela pessoa em condições mínimas de dignidade humana.

3 ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE A APRENDIZAGEM NO BRASIL REPUBLICANO

A instalação da república trouxe novas preocupações relativas à “menoridade”, e, em especial, à aviltante condição de trabalho de crianças no final do século XIX. Nesse contexto foi editado o Decreto n. 1313, de 1891, que estabeleceu a proibição do trabalho aos menores de doze anos, com exceção da aprendizagem que poderia se realizar a partir dos 08 anos de idade.¹⁷

O surgimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919 proporcionou o estabelecimento de garantias mínimas contra a exploração do trabalho de crianças em todo mundo. A Convenção n. 05, da OIT¹⁸, que entrou em vigor no plano internacional em 13 de junho de 1921, foi ratificada pelo Brasil apenas em 26 de abril de 1934 e fixava a idade mínima para o trabalho em 14 anos. No entanto, a própria convenção excetuava o trabalho realizado pelas escolas técnicas.

Ao analisar as regras a respeito da idade mínima para o trabalho nas Constituições brasileiras, foi possível identificar que Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, elevou a idade mínima para o trabalho em 14 anos¹⁹, que até então era de 12 anos conforme estabelecia o Decreto n. 17.934-A, de 12 de outubro de 1927 - Código de Menores.²⁰

Somente em 1973, com a edição da Convenção n. 138, sobre limite de idade mínima para o trabalho²¹, que a Organização Internacional do Trabalho resolveu incorporar em um único instrumento limites gerais de proibição ao trabalho infantil, independentemente do setor de atividade econômica no qual o trabalho era realizado. No entanto, no Brasil essa convenção seria ratificada apenas em 28 de junho de 2001.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, manteve a idade mínima em 14 anos²², porém um profundo retrocesso ocorreu no período militar com a Constituição do Brasil, de 1967, reduzindo a idade mínima para o trabalho para 12 anos²³.

17 BRASIL. Decreto n. 1313, de 17 de janeiro 1891; *Estabelece providências para regularizar o trabalho dos menores empregados nas fábricas da capital federal*. 1891.

18 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Idade Mínima de Admissão nos Trabalhos Industriais. Convenção n.05. Aprovada na 1ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Washington — 1919), entrou em vigor no plano internacional em 13.jun. 1921.

19 BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial [da] União*, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, p. 1. c. 1, 16 jul. 1934.

20 BRASIL. Decreto n. 17.934-A, de 12 de outubro de 1927. *Coleção de Leis do Brasil*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, v. 2, p. 476, c. 1, 31 dez. 1927.

21 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Idade Mínima para Admissão em Emprego. Convenção n. 138. Aprovada na 58ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1973), entrou em vigor no plano internacional em 19 jun. 1976.

22 BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial [da] União*, Poder Legislativo, 19 set. 1946.

23 BRASIL. Constituição (1967). Constituição do Brasil. *Diário Oficial [da] União*, Poder Legislativo, p.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988²⁴, manteve o limite de idade mínima para o trabalho na condição de aprendiz a partir dos 12 anos; mas a aprovação da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, alterou os limites permitindo a aprendizagem somente a partir dos 14 anos²⁵.

Com base na incorporação da teoria da proteção integral, através do art. 227 da Constituição Federal, foi aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990²⁶. Fundamentado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas; Estatuto estabeleceu uma série de garantias, inclusive, contra a exploração no trabalho.

É, portanto, a doutrina da proteção integral a base configuradora de todo um novo conjunto de princípios e normas jurídicas, voltado à efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, que traz em sua essência a proteção e a garantia do pleno desenvolvimento humano, reconhecendo a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento e a articulação das responsabilidades entre a família, a sociedade e o Estado como fundamentos para a sua realização por meio de políticas sociais públicas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, na sua versão original, manteve a idade mínima para a aprendizagem em 12 anos; mas por força da Emenda Constitucional n. 20 foi alterado, reconhecendo a idade mínima para a aprendizagem em 14 anos.

No âmbito da legislação trabalhista, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)²⁷ trata da condição de aprendizagem nos arts. 402 e seguintes, que foram modificados pela Lei n. 10.097, de 19 de dezembro de 2000²⁸. É possível afirmar, após consultas realizadas, que a CLT segue o disposto na Constituição Federal acerca do tema.

Com a introdução da Lei 10.097/00, houve alteração dos artigos 402, 403, 428, 429, 430, 431, 432 e 433 da CLT. Com esta lei, as empresas, que mantêm sob regime celetista os empregados, estão obrigadas a contratar um percentual de aprendizes que vária entre 5% e 15% do número de empregados com funções técnico-profissionais. A exceção à regra são as micro e pequenas empresas regulamentadas pela Lei 9.841, de 05 de outubro de 1999, que no art. 11 dispensa a aplicabilidade do art 429 da CLT.

1, c. 1, 24 de jan. 1967.

24 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] União*, Poder Legislativo, Brasília, n. 191-A, 05 de out. 1988.

25 BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de Previdência Social, estabelece normas de transição e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Poder Legislativo, Brasília, p. 1, c. 1, 16 dez. 1998.

26 BRASIL. 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*, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

27 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

28 BRASIL. Lei n. 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Os contratos de aprendizagem são exclusivamente regidos pela lei em análise, e devem receber um tratamento diferenciado dos demais contratos de trabalho, conforme define o art. 428 *caput* da CLT:

Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 e menor de 18 anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação.

O tempo máximo para o contrato de aprendizagem é de dois anos²⁹, e somente poderá ser extinto se o aprendiz apresentar aproveitamento insuficiente ou inadaptado, falta disciplinar grave ou por pedido do mesmo. E, para que haja validade, de verá ser anotado na carteira profissional de trabalho e previdência social.

Além das referidas anotações, fica estabelecido que o limite máximo para o trabalho o de oito horas diárias para os que já concluíram ensino fundamental, sendo garantido o salário mínimo-hora. Com isso é possível afirmar que para algumas empresas torna-se interessante a contratação de aprendizes que são capazes de executar tarefas menos complexas com disciplina e por salários mais baixos.

A Lei 10.097/2009 revogou o art. 80 da CLT que garantia, na primeira parte do contrato de aprendizagem, o valor nunca menor que meio salário mínimo regional, e na segunda metade pelo menos 2/3 do salário mínimo regional. Revogou também o § 1º do art. 405, o art. 406 e o art. 407.

Na Lei nº 8036/1990³⁰ foi acrescentado o § 7º, ao art. 15, que trata da alíquota do FGTS, reduzindo para dois por cento nos contratos de aprendizagem.

Embora a Lei 10.097/2000 trate de uma proteção ao jovem submetido à aprendizagem, existe lacunas acerca da proteção do melhor interesse da criança e do adolescente, no que tange ao ensinamento eficaz, a saúde e à inclusão social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pode ser observado através da análise legislativa do Brasil (Império-República), a aprendizagem de ofício é tão antiga quanto a exploração da mão de obra infantil. Nos decretos, cartas e regulamentos analisados, foi possível identificar que as crianças eram objetos sociais à disposição dos arsenais de Guerra e da Marinha para exercer atividades de ofício em troca de ensinamentos das primeiras letras, de mínimo de vestimentas e de alimentação.

29 BRASIL. Lei n. 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

30 BRASIL. Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. *Diário oficial [da] União*, Brasília, 14. Maio. 1990 p.01.

Foi possível evidenciar inclusive que as preocupações predominantes não eram a proteção ou o zelo para com a criança e com o adolescente, denominados menores, mas, sim, com a busca de solução para o problema social, ao retirar os abandonados e os miseráveis das ruas e das praças. O objetivo era, de certo modo, manter o controle da sociedade, sem o mínimo de atenção para o desenvolvimento moral, físico, social ou econômico da criança.

Ao analisar o período contemporâneo, pode-se observar que o menor passa de objeto social para criança e/ou adolescente, sujeito de direitos e de proteção. Há ainda, no entanto, lacunas na legislação que devem ser observadas com o intuito de proteger o melhor interesse da criança e do adolescente.

Enfim, é importante dizer que no período império-república, a exploração de mão de obra infantil estava fortemente legitimada pelo discurso falacioso de aprendizagem nos arsenais de Guerra e da Marinha do Brasil, e heranças dos mitos como “trabalhar engrandece” e “melhor trabalhar que estar pelas ruas” estão fortemente relacionadas a esse período de exploração.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial [da] União*, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, p. 1. c. 1, 16 jul. 1934.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial [da] União*, Poder Legislativo, 19 set. 1946.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição do Brasil. *Diário Oficial [da] União*, Poder Legislativo, p. 1, c. 1, 24 de jan. 1967.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial [da] União*, Poder Legislativo, Brasília, n. 191-A, 05 de out. 1988.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de Previdência Social, estabelece normas de transição e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Poder Legislativo, Brasília, p. 1, c. 1, 16 dez. 1998.

BRASIL. Circular n. 730, de 03 dezembro de 1833 - MARINHA. Determina que os órfãos pobres e miseráveis sejam recebidos no arsenal da marinha, e remetidos para bordo dos navios, com praça de Grumetes. *Collecção de Leis do Império do Brasil*, Parte I. 1833.

BRASIL. Decreto n. 265, de 04 de agosto de 1834. - MARINHA. Determina que sejam desembarcados todos os marinheiros ou Grumetes impossibilitados que continuam no serviço. E os que, tendo completado o tempo de seus engagements, não quiserem continuar a servir. *Collecção de Leis do Império do Brasil*, Parte I. 1834. p. 35.

BRASIL. Decisão n. 365, de 27 de outubro 1834. Dando providências acerca dos meninos brasileiros órfãos, e desvalidos, que a bordo dos navios de guerra aprendem

as primeiras letras, e toda obra de marinheiro. Collecção de Leis do Império do Brasil, Parte I. 1834. p. 209.

BRASIL. Decreto n. 53, de 22 de março de 1838. GUERRA. Estatuto para o Estabelecimento dos Aprendizes Menores do Arsenal de Guerra. Collecção de Leis do Império do Brasil, Parte I. 1838.

BRASIL. Circular n. 366, de 27 de julho de 1837. MARINHA. Autorizando o Presidente da província do Rio de Janeiro a mandar para o Arsenal da Marinha da corte todos os meninos orphãos e desamparados que houver na dita província para nello aprenderem os officios e artes a que suas inclinações o chamarem. Collecção de Leis do Império do Brasil, Parte I. 1837.

BRASIL. Circular n. 410, de De 18 de agosto de 1837. Mandando inspeccionar o deposito dos menores, separando se das companhias, os que pela sua pequena idade não puderem prestar serviço útil, os quaes deverão ser applicados a outros estudos, vencendo a soldada correspondente a dos antigos pagens que embarcavam nos navios da armada: ficando em regra fazer –se a classificação logo que recebam os recrutas, ou indivíduos para marinhagem. Collecção de Leis do Império do Brasil, Parte I. 1837.

BRASIL. Decreto n. 2003, de 24 de outubro de 1857; Cria duas Companhias de Aprendizes Marinheiros na Província de Santa Catarina e outra na de Pernambuco. Anais da Câmara de Deputados. 1857

BRASIL. Decreto n. 2890, de 08 de fevereiro de 1862. Cria uma Companhia de Aprendizes BRASIL. Marinheiro na Província do Espirito Santo. Annaes Congresso Nacional. Senado Federal - 1862

BRASIL. Decreto n. 3347, de 26 de novembro de 1864; Cria duas Companhias de Aprendizes Marinheiro na Província do Ceará e outra no Paraná. Revista do Instituto do Ceará, Volume 79

BRASIL. Decreto n. 4112, de 29 de fevereiro de 1868. Cria uma Companhia de Aprendizes Marinheiro na Província de São Paulo. Coleção das leis, Volume 28, Parte I.

BRASIL. Decreto n. 4141, de 05 de abril de 1868. Cria uma Companhia de Aprendizes Marinheiro em Sergipe. Coleção das leis, Volume 28, Parte I.

BRASIL. Decreto n. 1313, de 17 de janeiro 1891; Estabelece providências para regularizar o trabalho dos menores empregados nas fábricas da capital federal. Coleção das leis Volume I. 1907.

BRASIL. Decreto n. 17.934-A, de 12 de outubro de 1927. *Coleção de Leis do Brasil*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, v. 2, p. 476, c. 1, 31 dez. 1927.

BRASIL. Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providência. *Diário oficial [da] União*, Brasília, 14. maio. 1990, p.01.

BRASIL. 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*, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. Lei n. 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

CUSTÓDIO, André Viana. *Direito da Criança e do Adolescente*. Criciúma: Unesc, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças esquecidas: a exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil*. Curitiba: Multidéia, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Trabalho infantil: a negação do ser criança e adolescente no Brasil*. Florianópolis: OAB/SC, 2007.

FREITAS, Marcos Cezar de (Org.). *História Social da Infância no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Cortez/USF, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Brasília: Senado Federal, 1995.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Boas práticas de combate ao trabalho infantil: trabalho infantil doméstico*. Brasília: OIT, 2001.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Idade Mínima de Admissão nos Trabalhos Industriais. Convenção n.05. Aprovada na 1ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Washington — 1919), entrou em vigor no plano internacional em 13.jun. 1921.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Idade Mínima para Admissão em Emprego. Convenção n. 138. Aprovada na 58ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1973), entrou em vigor no plano internacional em 19 jun. 1976.

PRIORE, Mary Del (Org.). *História das Crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1999.

RIZZINI, Irene. *A criança e a lei no Brasil: revisitando a história (1882-2000)*. Brasília: UNICEF; Rio de Janeiro: USU, 2000.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito da Criança e do Adolescente*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

O CONTRATO DE MANDATO COMO PROCESSO NA VERTENTE CIVIL-CONSTITUCIONAL ENSAIO SOBRE O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUA APLICAÇÃO NO CONTRATO DE MANDATO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Bruno Hermes Leal¹

1 INTRODUÇÃO

O título do trabalho não deixa margem de dúvida quanto à sua inspiração: a obra do professor Clóvis do Couto e Silva² – bem como todo seu legado jurídico – é um caminho a ser trilhado na abordagem de um entendimento sério derredor as relações obrigacionais. A partir da senda traçada pelo referido professor, pretende-se fazer breve análise sobre a possível influência do princípio da boa-fé objetiva sobre o contrato de mandato, instituto jurídico que revela com rara agudeza, dentre os demais contratos do Código Civil, a possibilidade eficaz desse mesmo princípio.

A história da sociedade ocidental – fortemente influenciada pela filosofia kantiana – encontra-se ligada ao conceito do alheamento, é dizer, a perspectiva humana do mundo como realidade ontológica distinta do seu ser individual. Não se está aqui a questionar que, durante o seu desenvolvimento histórico, as populações humanas enxergaram a si próprias como parte do meio que habitavam; pretende-se, por outro lado, frisar o status de *homo faber*, o ser humano que modifica o mundo, intervém no âmbito geográfico que o circunda visando à sua transformação do modo que melhor lhe apraza³.

Deveras, as relações do homem com o seu meio remontam às próprias – ou a umas das teorias que tentam explicá-las – origens da Humanidade: descreve o Gênesis⁴ que a origem da ira de Caim por Abel, a qual motivaria seu ciúme e ulterior

1 Graduando do 9^a semestre da Faculdade de Direito da UFRGS. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq “Direitos Fundamentais e Novos Direitos” sob a orientação do prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Jr. Contato através de brunoleal88@hotmail.com.

2 Refiro-me aqui ao clássico “A Obrigação como Processo”, o qual será citado no desenvolvimento do texto.

3 O conjunto dos desdobramentos filosóficos da noção de homo faber é muito rico; por demais extenso, contudo, para ser desenvolvido aqui. Cultos comentários podem ser encontrados no texto de ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, especialmente as páginas 20 ss. e 44 ss.

4 Gênesis 4:3: “E conheceu Adão a Eva, sua mulher, e ela concebeu e deu à luz a Caim, e disse: Alcancei do Senhor um homem. 2 E deu à luz mais a seu irmão Abel; e Abel foi pastor de ovelhas, e Caim foi lavrador da terra. 3 E aconteceu ao cabo de dias que Caim trouxe do fruto da terra uma oferta ao Senhor. 4 E Abel também trouxe dos primogênitos das suas ovelhas, e da sua gordura; e atentou o Senhor para Abel e para a sua oferta. 5 Mas para Caim e para a sua oferta não atentou. E irou-se Caim fortemente, e descaiu-lhe o semblante”.

fratricídio, restaria justamente no desagrado mostrado pelo Senhor frente aos frutos do seu trabalho. A forma com que o homem se relaciona com o seu meio, pois, teria sido o evento culminante do primeiro homicídio da História.

Certo é que as condições das populações humanas muito se alteraram do contexto bíblico para os dias hodiernos; nada obstante, continua vigente o princípio de que o homem busca não só a sua adaptação ao meio geográfico-natural em que vive, senão ao meio social, em recíproca relação com os seus semelhantes.

Nem mesmo o asceta Ricardo Reis, quando escreveu *“Nunca a alheia vontade, inda que grata / Cumpras por própria. Manda no que fazes / Nem de ti mesmo servo / Ninguém te dá quem és. Nada te mude / Teu íntimo destino involuntário / Cumpre alto. Sê teu filho”*⁵, tentando fazer a apologia da ausência de interação, conseguiu o intento de alçar o autodomínio a tal nível que não sentisse necessidade de entregar-se a Lídia, Cloe ou Neera.

Os estudos sociológicos, nesse sentido, são muito prolíficos para esclarecer a continuidade social, a prorrogação dessa tentativa de adaptação até os dias de hoje. A sociedade, contínua que é, permanece buscando – tal como os primitivos coletores/pastores do Neolítico – a sua adaptação em uma dupla faceta: adaptação ao meio, aos seus semelhantes e, o mais difícil, harmonizar ambos na sua concomitância. Nessa árdua tarefa, o ser humano socialmente situado acaba por deparar-se, em recíproca implicação, com alguns processos sociais de adaptação bastante específicos

Disse-o, como poucos, Pontes de Miranda ao escrever que **“Direito, moral, religião, economia, esthetica, etc., são funções sociaes. [...] São os instrumentos ou processos de adaptação, são as diferentes adaptações, cujo estudo compete à Sociologia”**⁶.

Do quadro desenhado por Pontes de Miranda podemos extrair algumas conclusões frutíferas à nossa investigação: o Direito é uma das formas sociais de adaptação do homem. Frise-se: uma, dentre várias, a qual não possui exclusividade, prestando-se, antes, ao contínuo aperfeiçoamento, em relação dialógica com as outras instâncias adaptativas, com outros processos que nunca cessam de, tal como o Direito, contribuir para a pacificação social, sendo certo que *“Cada processo adaptativo deixa margem para os outros. Onde pára a sciencia, sempre há lugar para a construcção philosophica e, pois, no que se liga ao phenomeno social da religião, para o idealismo que serve de incentivo ao homem e traduz a sua intima necessidade de máxima paz, de mais requintados movimentos de harmonia e de solução”*⁷.

Neste ponto há que se insistir: a norma jurídica, apesar de não se confundir com

5 Vide, na íntegra, PESSOA, Fernando. *Poesia Completa de Ricardo Reis*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 96. Ode n.º 116.

6 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Introdução à Sociologia Geral*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1926. p. 185-190 *passim*.

7 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Introdução à Sociologia Geral*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1926. p. 219.

ela, não exclui uma apreciação moral da situação fática, visando, antes, à exortação das relações – jurídicas ou não – que primem pela urbanidade, eticidade e cooperação social.

Com a habitual precisão que lhe é ínsita, assevera Ripert:

Sans doute un droit positif ne saurait être conservé immuable, alors que tant de facteurs divers contribuent à son évolution, et on ne doit jamais justifier les institutions par le seul fait de leur existence. Mais, dans la lutte incessante pour la réalisation du droit, il arrive nécessairement un moment où la règle morale se trouve engagée⁸.

É na senda desse raciocínio que o mandato exsurge, dentre os contratos, como uma das figuras contratuais típicas a evidenciar de forma cristalina o seu conteúdo com fulcro na confiança entre as partes. Mais do que isso, o princípio da boa-fé objetiva sobrepõe sob o influxo de uma renovada perspectiva do Direito Privado, quando converge a uma análise da Constituição de 1988 enquanto diploma legal reitor de todas as relações jurídicas, haja vista que *“não apenas a ordem econômica e social não é concebida como consequência automática da discricionária atuação privada, mas expressamente se exclui o carácter neutro dos instrumentos econômicos atribuídos aos sujeitos privados”*⁹.

Partindo-se de uma pré-compreensão (*Vorverständnis*) da Constituição como substitutivo do Código Civil no papel de centro do ordenamento jurídico¹⁰, há que se considerar o contrato não só como um meio para realização de interesses individuais, senão como instrumento para realizar funções de transcendência supraindividual, respondendo, minimamente, a preceitos de ordem ética e social¹¹.

Para fins metodológicos, convém que se comece, (1) na primeira parte da exposição, desenvolvendo os fundamentos históricos do princípio da boa-fé objetiva, (1.1) abordando a sua origem medieval tricotômica, bem como explorando (1.2) um esboço de definição de seu conteúdo normativo. A seguir, (2) na segunda parte, expor os fundamentos do contrato de mandato e relacioná-lo com o princípio da boa-fé objetiva, (2.1) seja através da legislação civil de 2002, (2.2) seja na aplicação jurisprudencial de seus dispositivos.

2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS

À guisa de introdução ao conceito de boa-fé, é oportuno traçar breve panorama do desenvolvimento histórico do conceito: a doutrina costuma analisar uma tripartição

8 RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4.ed. Paris: [S.ed.], 1949. Préface. p. VII.

9 PRATA, Ana. *Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 216.

10 FLOREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991. p. 36.

11 ROBLES, Michel J. Godreau. Lealtad y Buena Fe Contractual. In: *Revista Jurídica*. Puerto Rico: EDPR, 1989. p. 401.

das vertentes da boa-fé, quais sejam, o direito romano, o direito canônico e o direito germânico¹².

2.1 Origens históricas do princípio da boa-fé objetiva

Primeiramente, quanto às origens romanas, há que se destacar uma tríplice acepção da *fides*: a) *fides sacra*, que introduz o conceito, constando na Lei das XII Tábuas, como portadora de um significado religioso, oriundo do culto da deusa Fides; b) *fides facta*, sendo esta despida de conteúdo religioso, representava a garantia em determinados negócios jurídicos; c) *fides ética*, assemelhando-se ao conceito atual, quando a garantia passa a incidir sobre uma pessoa, tratando-se de uma ideia de dever, ainda não recepcionada pelo Direito¹³.

As obrigações, ao tempo de Roma, obedeciam a uma dupla classificação: as obrigações de boa-fé e as obrigações de direito estrito, sendo apanágio das primeiras (a despeito de sua inferioridade numérica) o maior poder conferido ao juiz para que julgasse conforme os ditados da boa-fé. Os *bonae fidei iudiciae*, ao contrário das ações de direito estrito, admitiam as exceções baseadas na boa-fé, tais como a *exceptio doli generalis*. Em síntese: «*les obligations de bonne foi sont celle où l'on suit les principes de l'équité; les obligations de droit strict sont celles où l'on suit les principes rigoureux du droit*»¹⁴.

Com efeito, o juiz de uma *actio* de *bonae fidei* podia ter em conta muitas das exceções não reconhecíveis normalmente, sendo que a expressão “*ex fide bone*” conferiam-lhe certa maleabilidade, contrastando com a rigidez das ações de direito estrito, nas quais o juiz “*ne pouvait prendre en consideration que les exceptions dont la formule lui donnait spécialement le pouvoir de s'occuper, sinon il était lié par la conception absolue de la formule*”¹⁵.

O ponto nevrálgico nos é apontado por Savigny: havia dois tipos de ação - uma que impingia restrição à letra das leis; outra que atribuía liberdade -, sendo que a única justificativa para a liberdade na ação do juiz era a importância reputada à confiança no convívio social. Tratava-se do apreço pela conduta das “*gentes honestas*”, indo além da mera nobreza de alma, generosidade ou altruísmo: «*l'intérêt entendu suffit pour nous dicter cette conduite, sans laquelle on n'obtiendrait pas la confiance des autres, presque indispensable dans la vie sociale. Cette fidélité aux engagements pris, les Romains l'appellent bonne foi, bona fides*»¹⁶.

12 A respeito da história do conceito, vide CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984, Volume I, bem como MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

13 CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 66. Volume I.

14 VAN WETTER, P. *Les Obligations en Droit Romain*. Paris: Gand, 1883. p. 253. Tome I.

15 VAN WETTER, P. *Les Obligations en Droit Romain*. Paris: Gand, 1883. p. 257. Tome I.

16 SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Traité de droit romain*. 2ème.éd. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, 1855. p. 105. Tome II.

Tamanha era a importância dessa concepção romana, que a possibilidade de obter acesso a uma decisão baseada não na *lex*, mas na *aequitas*, buscando uma “solução material, descendo à substância das questões”¹⁷, abrangia não só os *cives*, mas também *peregrini*, isto é, os que não eram cidadãos romanos¹⁸.

O formalismo romano conseguiu construir um campo excepcional, em que era possível, a partir da inclusão de uma cláusula específica (*ex fide bona*) a alguns contratos, que se considerasse inadimplente o contratante que utilizasse de artifícios, a fim de enganar o outro, considerando-se aquilo se poderia exigir entre as “gentes de boa consciência”¹⁹. Destarte, se o vendedor ludibriasse, por qualquer meio, o comprador, ocultando ou enganando, o juiz estaria autorizado a “*donner tort au vendeur*”, concluindo-se com Villey que «*le droit romain classique finit par posséder in riche arsenal de moyens variés, bien adaptés aux circonstances, pour protéger conformément aux exigences précises de l'équité les victimes du dol ou de la violence contractuelles*»²⁰.

Com a expansão do Império e o advento de vários outros institutos a serem regulados de forma similar aos *bonae fidei iudicia*, seguiu-se a chamada vulgarização do Direito Romano que, de sua forma clássica, até o período justiniano, sofreu inúmeras alterações, de maneira que “*as solenidades e as formalidades não puderam sobreviver com todo o seu rigor às guerras púnicas; pois, as relações entre cives e peregrini se tornam mais frequentes, impondo novas normas e princípios*”²¹.

A boa-fé entra nesse processo, sofrendo o que Menezes Cordeiro denomina de difusão horizontal – quando passou a denominar outros institutos jurídicos, tais como a *bona fides possessorium*, na usucapião – e difusão vertical – quando passou a denominar princípios aos quais se relacionava²².

No que tange à colocação da *bona fides* no Direito Canônico há que se frisar uma mudança de perspectiva em relação ao Direito Romano, sendo caracterizado não pela técnica jurídica, senão pelos auspícios da mentalidade teológica cristã na formulação de um conceito que, esvaziado de seu conteúdo eminentemente

17 CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 89. Volume I.

18 “*Vielmehr wird der Ursprung des Mandats bei einzelnen Geschäften liegen, deren Übernahme dem römischen Bürger von seinem ‘officium’ gegenüber den Mitbürgern vorgeschrieben wird, also dem umfassenden Kreis sittlicher Pflichten zugehört, der die römische Gesellschaftsordnung beherrscht. Von dorthin wird es sich auch erklären, dass man die Verpflichtungen aus dem Auftrag auf die fides gründet; da die fides aber nicht auf die römischen Bürger beschränkt ist, macht sie auch das mit Peregrinen vereinbarte Mandat rechtverbindlich*”. Cf. KASER, Max. *Das Römische Privatrecht*. München: C.H. Beck, 1954. p. 481.

19 SOHM, Rodolfo. *Historia e Instituciones del derecho privado romano*. 7.ed. Traducción por P. Dorado. Madrid: La España Moderna, 1975. p. 459.

20 VILLEY, Michel. *Le Droit Romain*. Paris: PUF, 1949. p. 112.

21 CORREIA, Alexandre. SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano e Textos em Correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1957. p. 274. Volume I.

22 CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 128. Volume I.

pragmático-jurídico, passa a representar a ausência de pecado²³.

Já da tradição germânica, tem-se a fórmula par “*Treu und Glauben*”²⁴ relacionada à boa-fé, traduzindo conotações diversas daquelas que a marcaram no direito romano: não referia uma ideia de fidelidade ao pactuado, senão a qualidades ou estados humanos objetivados, partícipes da mitologia cavaleiresca medieval²⁵.

1.2 Reflexões sobre o conteúdo do princípio da boa-fé objetiva

Assente algumas premissas históricas sobre o princípio em discussão, a conclusão a que podemos chegar, no cotejo das três origens históricas, é que todas se orientam no sentido de atribuir, cada uma a sua forma e com suas variantes, mais importância ao comportamento probo e leal das partes entre si, o que resulta na compreensão hodierna do princípio.

Fazendo a justa homenagem ao professor Clóvis do Couto e Silva, é a partir da perspectiva enfatizada até agora que pretendemos visualizar o contrato de mandato como verdadeiro processo, todo orgânico, um vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem. Isso porque ao mesmo tempo em que o Código Civil dispõe, nos arts. 667 a 681, quais são as obrigações do mandatário e mandante de forma específica, não se pode excluir o potencial regulador do artigo 422, do qual poderão advir demais obrigações de ambos os contratantes de acordo com as características do contrato de mandato em jogo, como passamos a demonstrar.

Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam posições completamente antagônicas, dialéticas e polêmicas. Sob o ângulo da totalidade, o vínculo passa a ter sentido próprio, diverso do que assumiria se se tratasse de pura soma de suas partes, de um compósito de direitos, deveres e pretensões, obrigações, ações e exceções. Se o conjunto não fosse algo de orgânico, diverso dos elementos ou das partes que o formam, o desaparecimento de um desses direitos ou deveres, embora pudesse não modificar o sentido do vínculo, de algum modo alteraria a sua estrutura²⁶.

Outro aspecto digno de realce a respeito do princípio da boa-fé objetiva é o seu aspecto, simultaneamente, mutável – no sentido de não ser definível, aprioristicamente, todos os deveres que promanam de seu núcleo – e fixo – resta indelével a mesma concepção de que ambas as partes devem, conforme as necessidades do caso

23 CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 161. Volume I.

24 Refere Menezes Cordeiro que a fórmula par foi utilizada para reforçar o sentido de ambas, complementando-se, traduzindo *Treu* por lealdade (qualidade); *Glauben* por crença (estado). Cf. CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 167. Volume I.

25 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999. p. 125.

26 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 9.

concreto, obrar conforme parâmetros sociais mais ou menos razoáveis na proteção de seus interesses recíprocos²⁷.

Estes parâmetros são aferíveis e observáveis em cada caso, independentemente de norma que disponha exatamente em que consista, *a priori*, o seu conteúdo, haja vista que o conteúdo normativo do princípio da boa-fé objetiva consubstancia “*un concetto ed un criterio valutativo che non è foggiato dal diritto, ma che il diritto assume e riceve dalla coscienza sociale, dalla coscienza etica della società, per la quale esso è destinato a valere*”. Trata-se de “*fenomeno, questo, non isolato, perchè anche rispetto ad altri concetti il diritto fa capo a categorie che vengono elaborate dalla coscienza sociale e praticate nella vita di relazione*”²⁸.

No vigente Código Civil, encontra-se positivado o princípio da boa-fé objetiva no artigo 422²⁹, na forma de cláusula geral, cuja importância é enorme, à medida que representa o assumir da inviabilidade de qualquer pretensão exaustiva do Código, residindo o verdadeiro significado das cláusulas gerais no domínio da técnica legislativa³⁰. Contrapondo-se a uma enumeração casuística de todas as possibilidades fáticas, a cláusula geral é a omissão legislativa planejada, para que seja delegada ao juiz, no caso concreto e tendo em vista as circunstâncias particulares, o seu preenchimento com valorações³¹.

É sob a configuração de cláusula geral que o princípio da boa-fé objetiva vai operar sua função de adaptação tópica, de flexibilização do rigor formal em prol de uma maior liberdade do magistrado face às circunstâncias do caso concreto, a partir das quais poderá ele determinar as implicações concretas do conceito de boa-fé. Assumindo função de verdadeiro fanal do Direito das Obrigações, o princípio da boa-fé objetiva espargue seus efeitos através de distintas funções apontadas por autores

27 Disse-o, com propriedade, o prof. Clóvis do Couto e Silva: “*A aplicação do princípio da boa-fé tem, porém, função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo de ciência do Direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no ‘hortus conclusus’ do sistema do positivismo jurídico, ‘janelas para o ético’.* [...] *A boa-fé dá o critério para a valorização judicial, não a solução prévia. Num sistema jurídico sem lacunas, a função do juiz resume-se em elaborar mecanicamente as soluções, esvaziando-se o direito de conteúdo vital. Num sistema jurídico concebido, não como uma ‘Geschlossenheit’, como um mundo fechado, mas sim, como algo com aberturas por onde penetram os princípios gerais que o vivificam, não se poderá chegar a uma solução concreta apenas por processo dedutivo ou lógico matemático. Com a aplicação do princípio da boa-fé, outros princípios havidos como absolutos serão relativados, flexibilizados, ao contato com a regra ética*”. Cf. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 42.

28 BETTI, Emilio. *Teoria Generale delle Obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 66. Volume I.

29 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

30 ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Traduzido por João Baptista Machado. 8.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 233.

31 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Traduzido por Antonio Menezes Cordeiro 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 142.

germânicos³², recepcionadas pela doutrina brasileira³³, configurando, em conjunto, **função otimizadora** exercida pela boa-fé, a nortear o bom desenvolvimento das relações obrigacionais³⁴.

Na primeira função, consagrada no art. 113 do CC/2002, alude-se à boa-fé como critério hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade entre as partes. Proíbe-se a interpretação que dê a uma disposição contratual um sentido malicioso ou de qualquer forma dirigido a iludir ou prejudicar uma das partes, em benefício da outra³⁵, podendo desdobrar-se em dois aspectos:

- a) os contratos devem ser interpretados de acordo com o seu sentido objetivo, aparente, salvo quando o destinatário da declaração conheça a vontade real do declarante, ou quando devesse conhecê-la, se agisse com razoável diligência³⁶; ou
- b) quando o próprio sentido objetivo suscite dúvidas, dever-se-á preferir o significado que a boa-fé aponte como mais razoável, uma vez que, em meio da “*interpretação da vontade, é possível integrar o conteúdo do negócio jurídico com outros deveres que não emergem diretamente da declaração*”³⁷.

A segunda função possível é a *função corrigendi*, isto é, a limitação do exercício dos direitos subjetivos ou de direitos formativos, dentro do que se encaixam conceitos como:

- a) adimplemento substancial (*substancial performance*) em que o adimplemento é tão próximo do resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão somente o pedido de indenização³⁸;
- b) “*Supressio*”, que afirma que, ainda que o direito subjetivo exista, segundo as regras legais, o seu exercício é vedado, paralisado, pois valer-se da norma legal quando se agiu torpe ou deslealmente, importa em atentar contra a boa-fé e lesar a confiança no tráfico jurídico, hipótese do art. 330 do CC/2002, “*tratando-*

32 WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Traducción de Jose Luis de los Mozos. Madrid: Civitas, 1976. Cap. IV.

33 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999. p. 338 ss.; NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 155 ss.

34 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999. p. 358.

35 COSTANZA, Maria. *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*. Milano: Giuffrè, 1989. p. 139.

36 “*Nesse sentido, caberá ao intérprete não apenas guiar-se pela vontade das partes, adaptando-lhe o teor do contrato, mas também, na medida em que a boa-fé estabelece um modelo de comportamento, ordenando-lhes que procedam de forma leal e honesta, dirigindo a sua compreensão, também, pela ideia de conduta escorreita dos contratantes*”. Vide BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 52

37 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 33.

38 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O Princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do; et al. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil*. São Paulo: RT, 1980. p. 45.

*se de caso em que a boa-fé exerce função limitadora da autonomia privada: a cláusula contratual que dispuser diferentemente terá sua eficácia cortada*³⁹;

c) *“Tu quoque”*, que estipula que aquele que descumpriu norma legal ou contratual, atingindo com isso determinada posição jurídica, não pode exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio já descumpriu. Destarte, quem já está em mora, não pode pretender a revisão ou a resolução judicial⁴⁰.

A terceira função é aquela que diz respeito com a **criação (“integração” à obrigação) de deveres anexos, laterais ou instrumentais**⁴¹ à obrigação principal, não previstos expressamente, que guardam íntima relação com a concepção de *obrigação complexa*, no sentido que lhe empresta o professor Couto e Silva, segundo o qual a concepção unitária da obrigação – que remete a Roma, em que Caio, credor, tem um direito subjetivo à prestação em relação a Tício, devedor – *“trata-se de uma ficção, tal qual realidade descarnada, que deixa passar, por si, a realidade tal como uma malha deixa passar o rio”*⁴².

Assim, partindo-se da premissa de que *“la buona fede non può concretizzarsi se non avendo riguardo alle fattispecie contrattuali in se, ovvero al suo contenuto voluntaristico”*⁴³, deve-se considerar cada caso em particular para averiguar quais são os deveres que, a despeito de não pactuados, são juridicamente exigíveis.

O debate norte-americano, de vincadas características pragmáticas, concernindo, mormente, ao movimento teórico que se convencionou chamar *“Law and Economics”*, traz interessante aporte à discussão na medida em que ventila o conceito de *“contrato incompleto”*, cujo conteúdo é abordado não sob a perspectiva jurídica, imbuída de preconceito dogmático - a partir do que a incompletude seria um mal, *“a insuficiente especificação das obrigações emergentes do contrato, com tendência a repercutir em níveis socialmente indesejáveis de litigiosidade e de litigância”* -, mas com vistas aos benefícios econômicos daí decorrentes⁴⁴.

39 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999. p. 322.

40 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 249.

41 *“Os deveres instrumentais adquirem diversa terminologia. Ditos Nebenpflichten, na terminologia alemã, e por vezes mesmo chamados de anexos, ou laterais, ou acessórios, têm como particularidade o seu escopo, que diz com o exato processamento da relação obrigacional considerada como uma totalidade unificada finalisticamente e considerados os legítimos interesses do alter. Nesta medida, são deveres marcados pela instrumentalidade, razão pela qual denominei-os de deveres instrumentais, por parecer-me mais significativa do que a de deveres anexos ou deveres laterais, já que enfatiza o caráter instrumental dos deveres, e também mais abrangente, pois sinaliza a possibilidade de sua existência mesmo quando não há, ainda, obrigação principal a que possam estar anexos ou lateralmente colocados, como ocorre na fase pré-contratual e na fase pós-contratual”*. Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999. p. 438.

42 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 94.

43 UDA, Giovanni Maria. *Buona Fede Oggettiva ed Economia Contrattuale*. In: *Rivista di Diritto Civile*. Anno XXXVI. 1995. p. 370.

44 Esta última perspectiva, economicamente engajada, engendra o conceito de *“inacabamento estrutural”*, ou seja, aquela margem inerradicável de incerteza que sempre acompanha as relações contratuais não instantâneas, e que seria fisicamente impossível ou economicamente

Considera-se possível que caibam, dentro dos deveres gerais de boa fé, as condutas em que uma parte num contrato, a baixo custo para ela própria, consegue evitar ou minimizar riscos muito elevados para a outra – uma ideia que, numa das suas vertentes, amolda-se no conceito genérico de “*mitigation*”, mais precisamente no “*duty to mitigate*”, quando se faz recair parcialmente danos para uma parte que os não suportaria, em contrapartida da omissão de auxílio da prevenção e diminuição da amplitude dos danos que recaem principalmente sobre a contraparte⁴⁵.

O “*flerte epistemológico*”⁴⁶, se é que se pode chamar assim a convergência científica entre a teoria mais tradicional dos contratos e a vertente econômica consequencialista, contudo, não para aí, encontrando alto grau de ilustração no caso da boa-fé objetiva. A uma, porque o modelo de cláusula geral, sem a definição apropriada das condutas requeridas, afina-se com a necessidade de resposta à limitação natural nas dimensões de *contractability* - restando impossível que todas as externalidades sejam previstas *ex ante*⁴⁷. A duas, porquanto o conteúdo fiduciário do princípio da boa-fé objetiva equacionar o que foi provocativamente denominado de “*eficiência da imoralidade*”⁴⁸, mero corolário de uma perspectiva econômica “*parettiana*”, segundo a qual “*se o devedor inadimplente ganhar com o incumprimento, e o credor originário não perder – porque foi perfeitamente indenizado pelo devedor–, então os requisitos da maximização do bem-estar de acordo com os padrões parettianos estarão literalmente preenchidos*”⁴⁹.

A despeito de ser dedicada a segunda parte do trabalho aos exemplos, cumpre assinalar que, em sede doutrinária, já se deu o exemplo de um contrato de compra e venda de um automóvel, no qual o comprador está legitimado a exigir, e que o vendedor tem o dever de fornecer, informações relativas ao próprio veículo na medida em que tais informações se relacionam à função econômica do contrato.

impraticável tentar resolver: “*aquilo que o próprio Direito acaba por reconhecer ao admitir para todos os contratos, independentemente do respectivo grau de acabamento, situações de alteração das circunstâncias e de impossibilidade superveniente*” Cf. SCOTT, Robert E. A Theory of Self-enforcing indefinite agreements. In: *Columbia Law Review*. nº 103. 2003. p. 1.601. Tradução livre.

45 ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 580.

46 Interessantes observações do professor português ARAÚJO, profundo estudioso da temática, merecem transcrição: “*Admitamos que havia boas razões para que a aludida indiferença da análise econômica pelo tema da boa-fé contratual não durasse muito, já que vários ‘aliados naturais’ da Law and Economics não apenas evidenciavam sensibilidade ao tema, como ainda eram activos protagonistas na evolução doutrinária nesses domínios. Pense-, por exemplo, que muita da ductibilidade da cláusula geral da boa fé contratual é tributária dos avanços anti-formalistas do realismo, e das reacções ao ‘leito de Procrusto’ da Pandectística consubstanciadas na jurisprudência dos interesses e na Escola do Direito Livre, reforçados pelo reconhecimento pragmatista-realista das margens de discricionariedade ou até de activismo judicial*”. Cf. ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 572.

47 BERNSTEIN, Lisa. Merchant Law in a Merchant Court: rethinking the Code’s Search for immanent business norms. In: *University of Pennsylvania Law Review*. n. 144. 1996. p. 1.711.

48 A noção pode ser bem apreendida por meio da contundente ironia de autor americano: “*A promise invokes trust in my future actions, not merely in my present sincerity*”, Cf. FRIED, Charles. *Contract as a Promise: a theory of contractual obligations*. Cambridge: Harvard University Press, 1981. p. 11.

49 ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 735.

Entretanto, não se pode admitir que o comprador alegue violação do dever de informação pelo vendedor que não relatou as suas preferências políticas ou sua crença religiosa, porque tais informações, ainda que possam ser do interesse do comprador – e para ele efetivamente relevantes, dependendo de suas convicções pessoais -, não correspondem a um interesse legítimo que resulta diretamente ou que esteja objetivamente contido na função econômica do contrato celebrado. É certo, assim, que os deveres anexos impostos pela boa-fé objetiva se aplicam às relações contratuais independentemente de previsão expressa no contrato, mas seu conteúdo está indissociavelmente vinculado e limitado pela função sócio-econômica do negócio celebrado⁵⁰.

Importa que se frise a inexistência de qualquer pretensão romântica à cooperação irrestrita entre contratantes, que apresentam interesses contrapostos por definição. Exigir-se, pois, do comprador que adote uma interpretação do contrato ou que colabore, de algum modo, para a adoção de um valor superior (que corresponde ao interesse individual e privado do locador) apresenta-se absolutamente irreal e desnecessário, visto que a persecução de interesses contrapostos não é empecilho para a construção de um ambiente contratual ético e compatível com a ordem jurídica.

A doutrina italiana, atenta para esse aspecto, explorando o conceito de “posições de vantagem”, já teve o ensejo de afirmar que *“all’esigenza di solidarietà, di cui è espressione l’obbligo di buona fede, si contrappone la necessità di lasciare una certa libertà di manovra agli interessi in lotta, libertà di procurarsi e mantenere posizioni di vantaggio”*⁵¹.

Aqui se pode entrever, com mais força ainda, a perspectiva marcada por um aporte do Direito Civil-Constitucional, no sentido que não se pode visualizar a intercomunicação entre o Direito Privado e o Direito Público como simples abnegação de interesses particulares em prol do outro, senão que se há de estabelecer balizas jurídico-objetivas para a funcionalização desses institutos conforme um princípio constitucional de solidariedade (inc. I do art. 3º da CRFB/1988)⁵².

Sustentar o contrário traduz puro romantismo, ao qual as relações patrimoniais e a prática contratual não podem se adaptar. A concorrência por posições prevalentes e um certo grau de disputa em prol de interesses contrapostos é inerente a qualquer negócio jurídico. E se é evidente que, em relações de consumo, o direito deve atuar de forma protetiva, em atenção à vulnerabilidade do consumidor, para reequilibrar a relação entre as partes, é igualmente evidente que, nas relações paritárias, o direito não vem proteger qualquer das partes, mas exigir de ambas uma atuação honesta e

50 SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 38.

51 PEDRAZZI, C. *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 206.

52 NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 222.

leal⁵³.

A boa-fé, seja por meio da imposição positiva de deveres anexos, seja por meio da proibição de exercer abusivamente (em contrariedade aos deveres anexos) os direitos contratuais, não implica renúncia a tais direitos ou às situações de preponderância que possam vir a ocorrer no curso da relação obrigacional. Em verdade, a introdução de requisitos de boa-fé no seio dos contratos coloca-nos, por fim, na senda de uma indagação teleológica, de uma ponderação de finalidades últimas que são prosseguidas pelos contratos – ainda que a conotação ética e subjetivista possa parecer inadequada para a contratação entre empresas, ao menos se desacompanhada de uma margem de ficção e de romantismo.

Essa indagação teleológica procura fazer justiça ao caráter puramente instrumental que os contratos assumem na vida econômica, e espelha a necessidade de consolidação do ambiente de confiança quando os contratos não são “pontuais”, antes propiciando uma colaboração encadeada, ou seja, em que as prestações de parte a parte, não sendo instantâneas nem simultâneas, vão gerando expectativas de contrapartidas e obrigações de reciprocidade, sempre com um escopo preciso, partilhado ou complementar entre as partes, e excluindo tudo o que, por falta ou vícios da vontade, não possa ser associado a esse escopo, a essa peculiar teleologia⁵⁴.

Estabelecidos esses subsídios a respeito do princípio da boa-fé objetiva, convém partir agora à análise da relação contratual de mandato e da forma como se relaciona com o princípio até aqui explorado.

3 O CONTRATO DE MANDATO

A análise de qualquer instituto de Direito Privado deve, sob pena de comprometer o rigor científico do trabalho, perpassar suas fontes romanas. Nesse sentido, o cenário romano atribuía ao contrato de mandato o signo da confiança, como expressa a própria etimologia da palavra que o designa, a revelar o ato das mãos dadas (*manus-dare*), conforme nos é explicado por Baudry-Lacantinerie e Wahl: “*le mot mandat vient de manus dare, parce qu’anciennement le mandataire donnait la main au mandant en témoignage de la fidélité qu’il lui promettait*”⁵⁵.

Tal constatação não é diminuída nem pela configuração romana do instituto do mandato, já que, conforme a boa doutrina, o elemento da “*representação*” – hodiernamente considerado como um dos elementos do contrato – era ignorado no Direito Romano: sua distinção frente a outros contratos semelhantes dava-se

53 SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.40.

54 GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Clarendon, 1991.p. 49.

55 BAUDRY-LACANTINERIE, G.; WAHL, Albert. *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.Larose, 1900. p. 161.

através da gratuidade⁵⁶, isso porque o Direito Romano admitia diversas formas de manipulação consentida do patrimônio alheio, mas nenhuma destas - por exemplo, o *procurator omnium rerum*, uma protorrelação de mandato - conferia direito, *a fortiori*, *actio* oponível, do mandatário frente ao mandante⁵⁷.

Tal situação levou um autor do porte de Giannetto Longo asseverar que “*Il procuratore è figura sociale più che giuridica, nel mondo romano; nessun rapporto giuridico intercedeva tra il dominus e il procuratore. La fides e la subordinazione del procuratore al dominus (il procuratore, stesso, è un liberto del dominus) bastava a regolare questi rapporti*”⁵⁸.

A inexistência de relação jurídica entre mandante e mandatário que, nada obstante, empenham-se na constituição e no exercício de atividades tipicamente jurídico-contratuais corrobora, a nosso sentir, a perspectiva de uma inclinação à preservação e à manutenção da confiança, mesmo em um contexto eminentemente individualista como o romano. A confiança no outro contratante, pois, exsurge como importante fator, principalmente se atentarmos ao fato de que o contrato de mandato, em sede de Direito Romano, encaixa-se na classificação a que chamamos a atenção no item primeiro, qual seja o “*oportet ex fide bona*”.

A hipótese consubstancia exemplo ilustrativo de uma situação em que a rigidez, o formalismo exacerbado do direito formulário romano, fosse relativizado em prol de uma situação excepcional de dever de equidade no caso, uma exigência oriunda da “*pureté supérieure attribuée à ces principes*”, sendo a boa-fé reafirmada como « *moyen de perfectionnement du droit qui vient après elle, en ce que ses prétensions à l'autorité sont fondées, non sur les prérogatives d'une personne quelconque ou d'un corps constitué, ni sur les pouvoirs du magistrat qui prononce, mais sur la nature de ces principes auxquels on affirme que tout droit doit se conformer* »⁵⁹.

Do Direito Romano para cá, modificou-se o instituto em algumas de suas matizes; manteve-se, contudo, a nosso sentir, seu núcleo fundamental: trata-se de contrato em que se entrega a gestão do sagrado patrimônio – a fonte material da existência do indivíduo – a um outro sujeito, conferindo ao mandatário poderes bastantes para vincular seu patrimônio, expô-lo aos riscos da ação do mandante⁶⁰.

Nesse sentido, observa um dos maiores tratadistas a respeito, que o instituto deriva-se do latim *mandatum*, formado, assim, de *manus dare* (mãos dadas), bem

56 BAUDRY-LACANTINERIE, G.; WAHL, Albert. *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.Larose, 1900. p. 162.

57 ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Il mandato in diritto romano*. Napoli: Jovene, 1949. p. 7-29 *passim*.

58 LONGO, Giannetto. *Diritto Romano – Diritto delle Obbligazioni*. Roma: Foro Italiano, 1954. p. 212. Volume II.

59 MAINE, Henry Sumner. *L'Ancien Droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*. Traduit sur la quatrième édition anglaise par Courcelle Seneuil. Paris: A. Durand et Pedone Lauriel, 1874. p. 28.

60 POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres de Pothier : annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle*. 3. ed. Paris: Marchal et Billard, 1890. p. 245.

exprime o contrato que designa duas vontades, uma dando à outra incumbência; outra recebendo-a e aceitando-a, para que realize ou execute o desejo da outra. A adoção do vocábulo para exprimir o encargo ou a autorização, que se revela no contrato, advém da circunstância primitiva de ser o mandato um ônus da amizade, fundado na lealdade e na fidelidade do amigo⁶¹.

Em definição mais dogmática, tem-se que o contrato de mandato dá-se, na dicção do artigo 653 do CC/2002, quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses em seu nome, denotando claramente o aspecto de representação de uma pessoa pela outra, sendo imprescindível, de acordo com a influência francesa, o elemento da representação⁶².

A doutrina parece ser razoavelmente uníssona em reputar ao mandato as seguintes características:

- A) Negócio Jurídico bilateral**, considerando-se, comparativamente, que enquanto o fato jurídico é um acontecimento produtor de uma modificação no mundo jurídico voluntário ou não, enquanto o ato jurídico é um ato voluntário, mas em que a vontade pode não executar uma função criadora ou modificativa ou extintiva de uma determinada situação jurídica, o negócio jurídico é sempre eminentemente manifestado de vontade produzindo efeitos jurídicos, isto é, destinada a produzir os efeitos jurídicos atribuídos pela ordem jurídica⁶³;
- B) Consensual**, no sentido que se perfectibiliza pelo só acordo de vontades, sendo ambos os contratantes seres livres e autodeterminados, como bem observado pela doutrina francesa:

Le contrat du mandat repose essentiellement sur le consentement réciproque des parties entre lesquelles il se forme. Celui qui charge un personne de faire quelque chose n'a sur cette personne ni droit, ni autorité, pour la contraindre à exécuter ses volontés: il ne peut y avoir ni lien, ni devoir, ni obligation, jusqu'à ce que la commission ait été volontairement acceptée par le mandataire. C'est dans cet instant seulement que le contrat prend une consistance et qu'il forme entre les deux contractants les engagements qui lui sont propres⁶⁴.

61 DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 883. Ou ainda, como quer Henri de Page: « le mandat est un contrat intuitu personae, dans le chef du mandataire. Il va de soi, en effet que je ne chargerai quelqu'un de me représenter dans un acte juridique, ou **dans une série d'actes juridiques, parce que je le sais conscientieux et capable, et que j'ai confiance en lui. Je l'ai choisi comme mandataire en considération de sa personne** » Cf. DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 2.ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1950. p. 354. Tome III. Grifei.

62 ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos Contratos nominados no direito civil brasileiro*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002. p.10.

63 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 7.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. p. 369. Volume I.

64 MARCADÉ, V.; PONT, Paul. *Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon*. Paris: Libraire du Conseil d'État, 1863. p. 428. Tome I.

C) **Gratuito** por natureza, embora não o seja essencialmente, assim tido quando não se estipula remuneração, salvo nos casos de ser o seu objeto daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa. Nesse sentido, o contrato pode ser oneroso; apenas presume-se que seja gratuito⁶⁵;

D) **Bilateral**, consoante a classificação do próprio Código, que declina as obrigações do mandatário e do mandante. Conforme ensina Orlando Gomes, contudo, o mandato, no momento em que se forma, gera obrigações apenas para o mandatário, assumindo o mandante a posição exclusiva de credor. O contrato, por conseguinte, seria unilateral, podendo vir a tornar-se bilateral caso nasça, para o mandatário, um direito de crédito contra o mandante⁶⁶. A controvérsia doutrinária é antiga, variando entre extremos⁶⁷. Importa que se chame a atenção para que o conceito de bilateralidade encontra ainda mais respaldo na perspectiva eficaz da cláusula geral de boa-fé, estampada no artigo 422, que expusemos no primeiro capítulo. É dizer: encontram-se, credor e devedor, não só vinculados a uma bilateralidade *ex vi lege* – o próprio Código define “*obrigações do mandatário*” e “*obrigações do mandante*” –, senão a uma “*potencial bilateralidade*”, a variar conforme o caso concreto e as exigências dos peculiares contratos de mandato que a autonomia da vontade der nascimento;

D) **Intuitu persona**, característica da maior importância, uma vez que é celebrado o contrato “*especialmente em consideração ao mandatário, e traduzindo, mais que qualquer outra figura jurídica, uma expressão fiduciária, já que o seu pressuposto fundamental é a confiança que o gera*”⁶⁸.

Elucidados alguns aspectos jurídico-dogmáticos a respeito da figura de nossa investigação, convém agora passar à análise de como ela se relaciona com o princípio da boa-fé objetiva. A análise dar-se-á de forma bipartida: primeiramente, a análise de alguns dispositivos que evidenciam de forma mais ou menos clara a referida influência; após, o exame de alguns acórdãos no mesmo sentido.

3.1 A legislação civil

O Código de 1916, com a “*data mental*” de um código oitocentista⁶⁹, e apesar de manter a quase integralidade de seus dispositivos pertinentes ao contrato de

65 GOMES, Orlando. *Contratos*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 389.

66 GOMES, Orlando. *Contratos*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 391.

67 Uma parte da doutrina fala em obrigação principal (a designar aquela que pesaria sobre o mandatário na execução de seu encargo) e uma eventual obrigação secundária (equivalendo à eventual, não frequente, responsabilidade existente do mandatário frente ao mandante), a configurar a “bilateralidade imperfeita”. Assim: “*Sarebbe stata perciò ravvisabile già nel diritto classico la contrapposizione tra un’obbligazione principale (tutelata da un’actio mandati principalis) ed un’obbligazione secondaria od eventuale (tutelata da un’actio mandati contraria), contrapposizione che è tipica dei cosiddetti contratti bilaterali imperfetti (deposito, comodato, etc.)*”. Cf. BAVETTA, Giuseppe. Mandato. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1975. Tomo XXV. p. 311.

68 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 352. Volume III.

69 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 84.

mandato, reaproveitados pelo legislador de 2002, não tinha por base nenhuma das atuais diretrizes teóricas que mudaram radicalmente o fanal ideológico do vigente diploma⁷⁰.

Tampouco contava o revogado Código com dispositivo expresso a consagrar a boa fé objetiva como princípio diretor dos contratos, ainda que isso não obstasse a sua presença implícita no sistema⁷¹. Situava-se, o Código Civil de 1916, em um panorama cultural que se coadunava com a codificação clássica, fortemente marcado pelo Direito Natural, tendo o indivíduo como centro de todo um sistema filosófico que, transposto para o plano jurídico, supina a liberdade ao *status* de marco fundamental de toda a ordem jurídica⁷².

A formação humanística e técnica dos “*legisladores*” de 1916 não poderia conduzir a diferentes caminhos: tanto Clóvis Beviláqua, herdeiro de uma já consolidada tradição de Teixeira de Freitas, estavam comprometidos com o ideal de desenvolver uma nação recém-nascida que muito deveria evoluir para garantir sua inserção na conjuntura da Segunda Revolução Industrial. Segundo Orlando Gomes, “*Beviláqua assumia, de modo nítido, uma posição categórica contra as inovações de fundo social que se infiltravam na legislação dos povos mais avançados*”⁷³.

O Código Civil de 2002 representa um marco, não só em razão do que é – modelo de sistema que conta com as “*portas*” das cláusulas gerais, como o art. 422, abertas ao mundo do ser -, mas, principalmente, pelo que deseja ser. Noutras palavras: filiado à corrente filosófica do culturalismo⁷⁴, atento às particularidades sociológicas do Brasil, o Código pretende ser pauta de conduta não só ao indivíduo

70 BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 178.

71 “No Direito brasileiro poder-se-ia afirmar que, se não existe dispositivo legislativo que o consagre, não vigora o princípio da boa-fé no Direito das Obrigações. Observe-se contudo ser aludido o princípio considerado fundamental, ou essencial, cuja presença independe de sua recepção legislativa. [...] Quando num código não se abre espaço para um princípio fundamental, como se fez com o da boa-fé, para que seja enunciado com a extensão que se pretende, ocorre ainda assim a sua aplicação por ser o resultado de necessidades éticas essenciais, que se impõem ainda quando falte disposição legislativa expressa” Cf. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O Princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do; et al. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil*. São Paulo: RT, 1980. p. 61.

72 SOLARI, Gioele. *Filosofia del Derecho Privado i la Idea Individual*. Buenos Aires: Depalma, 1946. p. 77-8.

73 ORLANDO, Gomes. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Salvador: UFBA, 1958. p. 48.

74 “o culturalismo é a filosofia que melhor traduz a alma brasileira. Esta vertente de pensamento, sem se arvorar numa das tantas filosofias de salvação que têm caracterizado a nossa imaturidade filosófica, é uma corrente de pensamento que, além de seus valores universais – enquanto mantém um constante diálogo com o que se pensa alhures, em termos de Epistemologia, Ética ou Metafísica -, tem a sua atenção também voltada para a circunstancialidade brasileira, meditando sobre o nosso destino histórico, a nossa identidade nacional e os planos de ação de nosso necessário desenvolvimento, desde o nível material ao espiritual”. Cf. RODRIGUEZ, Ricardo Velez. Miguel Reale e o Paradigma Culturalista aplicado à Sociologia Brasileira. In: LAFER, Celso; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, política, filosofia, poesia: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale no seu octagésimo aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 450.

abstrato, senão orientador das ações do “*malandro*” brasileiro⁷⁵.

Para assumir esse papel, o Código adotou algumas diretrizes teóricas que lhe servem de norte, dentre as quais há que se destacar, para o propósito desta investigação, uma em especial: a *eticidade*, à medida que tenta superar o apego do Código de 1916 pelo formalismo, privilegiando, ao invés, a “*indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico*”, traduz-se no emprego reiterado de normas genéricas e cláusulas gerais, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para a contínua atualização dos preceitos legais⁷⁶.

Nesse sentido, influenciado pelo potencial hermenêutico e de flexibilização conferido pela cláusula geral do artigo 422, todos os outros dispositivos legais referentes aos contratos – também, e principalmente, os relativos ao mandato – encontram-se em direta relação com a observância do princípio da boa-fé objetiva.

Vejamos alguns exemplos.

No caso do art. 661 do Código Civil⁷⁷, está clara a importância conferida, pelo ordenamento, à relação de confiança entre mandatário e mandante: devem, ambos, acordar relativamente ao que será objeto dos poderes de representação, isto é, a medida de poderes do mandatário.

Os poderes gerais são, via presunção *iuris tantum*, a medida normal da extensão dos poderes do mandatário. Só haverá permissão jurídica para a feitura de atos específicos, se assim houver definido no contrato de mandato, isto é, se assim ampla for a confiança de um depositada no outro.

Analisando o artigo 662 do mesmo diploma⁷⁸, cumpre reafirmar um dos pontos sensíveis ao intelecto de Pontes, muito confundido pela doutrina, que não observa o rigor dos três planos do fato jurídico. Ausência de poderes para agir em nome de outrem – o que consiste, verdadeiramente, no cerne jurídico do contrato de mandato – diz respeito ao plano da eficácia⁷⁹. Ora, o próprio conceito de representação

75 Descreveu-lhe a feição própria Sérgio Buarque de Holanda ao batizar a “ética da aventura”, o gosto pelas facilidades, pelas vitórias fáceis, os benefícios sem grandes esforços, o êxito pessoal a qualquer custo. Para estes e demais preciosos comentários, cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.41-2.

76 MARTINS-COSTA, Judith; REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005. p. 37.

77 Art. 661. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.

78 Art. 662. Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar. Parágrafo único. A ratificação há de ser expressa, ou resultar de ato inequívoco, e retroagirá à data do ato.

79 “As relações entre as pessoas, quando a direitos, pretensões, ações, exceções, em que são sujeitos ativos ou passivos, apenas se hão de considerar no plano da eficácia, quando se diz que algo ofende direitos de terceiros nada mais se faz do que de se aludir à inoponibilidade dos efeitos a eles, à não produção de efeitos contra eles”. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 72. Tomo V.

pressupõe que no suporte fático do ato jurídico, antes de jurisdicizar-se, há ato de B (representado), em lugar de A (representante), tornando a esse um dos figurantes, de jeito que a eficácia atinja àquele⁸⁰.

Inexistente o ato prévio de B – no caso, a celebração de contrato de mandato, ou a especificação, neste, de poderes que não abrangem a atuação fática de A -, qualquer ato do representante será ineficaz com relação ao representado, não vinculando a sua esfera jurídica⁸¹.

Na mesma esteira, encaixa-se a figura da ratificação, isto é, se o mandatário ratifica o negócio jurídico ou o ato jurídico *stricto sensu* (= dá poderes após o uso deles), o negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto sensu*, é eficaz quanto ao mandante, *ex tunc*. Se recusa a ratificação, continua ineficaz o negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto sensu*, no tocante ao mandante; posto que outro fato, o do enriquecimento, possa obrigá-lo ao ressarcimento⁸².

Quer dizer, sob a perspectiva do contrato de mandato como processo, sucessões de etapas visando ao bom adimplemento e à preservação da confiança entre as partes, é possível interpretar a ratificação - além do “*ratum*” + “*facere*”, da correção do cálculo - como corroborar de uma relação de confiança previamente estabelecida. O mandatário, ao ratificar, vincula-se juridicamente, faz eficaz, com relação à sua esfera jurídica, os atos praticados pelo mandante, em operação semelhante à de quem diz: “fulano operou porque assim eu lhe confiei”. É eficacização posterior, que volta para o passado (= retroeficacização)⁸³.

No artigo 668⁸⁴, o Código Civil dá mais uma prova de que prima pela cooperação e confiança entre as partes, haja vista que estabelece o dever de informação, estabelece que o “*mandatário tem o dever de comunicar ao mandante o que se está passando a respeito dos seus assuntos, quando lho peça, ou quando o exijam os interesses do mandante. Tem de comunicar ao mandante as circunstâncias supervenientes que possam determinar a alteração dos poderes, ou das instruções, ou a revogação do mandato. Não estaria a salvaguardar os interesses do mandante se lhe ocultasse o*

80 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 234. Tomo III.

81 “*se alguém atua como representante sem ter poder de representação, inclusive se recebe a manifestação de vontade, ou a comunicação de vontade, de conhecimento ou de sentimento de outrem, o ato entra no mundo jurídico, pendendo a sua eficácia. [...] Com o repelimento (=não ratificação) há somente o ato jurídico do representante sem poder, que pode gerar responsabilidade específica. Sem a ratificação, o ato jurídico não tem qualquer eficácia, porque não se pode invocar a inserção alternativa do representante no lugar do representado, nem, a fortiori, a inserção normal dos que querem para si os efeitos: o representante nada quis*” Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 207. Tomo III.

82 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. p. 70. Tomo XLIII.

83 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. p. 75. Tomo XLIII.

84 Art. 668. O mandatário é obrigado a dar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja.

*que ele conhece e o mandante ignora, ou é de supor-se que ignora*⁸⁵.

Vistos alguns casos da legislação civil, é conveniente que se passe agora à análise da jurisprudência selecionada visando à demonstração do tom de confiança característico, exposto até aqui.

3.2 A aplicação jurisprudencial do princípio da boa-fé objetiva

Tentar-se-á aqui verificar se, na jurisprudência elencada, se pode conferir o privilégio do valor da confiança como fulcro do contrato de mandato.

A apelação cível nº 71001451210, da Terceira Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, de relatório da lavra do juiz de direito convocado Afif Jorge Simões Neto, em 11.03.2008, vai na mesma senda⁸⁶. Privilegiou-se, como se depreende da leitura do trecho do acórdão, a inexistência de desídia na administração do imóvel, isto é, a não ruptura da relação de confiança que existe entre os contraentes e a consequente inoportunidade da condenação a qualquer título.

Em outro acórdão, o recurso cível nº 71001720432⁸⁷, julgado pela 1ª Turma Recursal Cível em 29.01.2009, a concessionária de veículos alienou veículo sem a devida realização da transferência documental junto ao Departamento de Trânsito (DETRAN), ensejando o registro de sete pontos na carteira da habilitação do antigo proprietário, em decorrência das infrações cometidas pelo novel adquirente. O relator do acórdão frisou que a concessionária, enquanto mandatária do antigo proprietário, faltou aos deveres inerentes à relação obrigacional oriunda do contrato de mandato.

No dizer de Emilio Betti, poder-se-ia observar que a concessionária fugiu ao *“criterio di condotta che si impernia sulla fedeltà al vincolo contrattuale e sull’impegno ad adempiere la legittima aspettativa della controparte; impegno a mettere tutte le proprie forze al servizio dell’interesse della controparte nella misura richiesta dal tipo*

85 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. p. 47. Tomo XLIII.

86 *“Verifica-se que a imobiliária cumpriu a obrigação de bem administrar a relação locatícia entabulada entre a autora e a locatária do seu imóvel, promovendo, por ocasião da desocupação, os reparos necessários ao imóvel e de responsabilidade da locatária (fotos de fls. 53/59). Não demonstrada a sua desídia na administração do imóvel e, atentando para o fato de que a reparação material buscada pela autora decorre exclusivamente dos problemas de infiltração apresentados pelo prédio, não há que se falar em indenização por prejuízo decorrente da má-execução do mandato”*.

87 Alienação de veículo a terceiro sem a realização de transferência junto ao Detran. Concessionária que age como mandatária ao realizar a revenda de veículo. Aplicação de penalidades de trânsito contra o autor. Caracterizada a responsabilidade da concessionária/ mandatária que não observou os deveres inerentes à boa execução do contrato de mandato firmado pelas partes. Recurso do autor restrito à concessão de danos morais. Acolhimento. Autor que teve lançado em sua carteira de habilitação 7 pontos (doc. de fl. 10) decorrentes de infrações de trânsito praticadas por terceiro. Evidente abalo à personalidade do demandante, capaz de ensejar a caracterização de danos morais. Quantum indenizatório que deve ser fixado em R\$ 4.150,00. Valor atenta para a condição econômica de ambas as partes, bem como para o caráter pedagógico/punitivo da medida. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Recurso Cível Nº 71001720432, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 29/01/2009)

di rapporto obbligatorio di cui si tratta”, que, ao celebrar o referido mandato com a concessionária, obrou na crença de poder confiar na empresa engajada neste tipo de atividade⁸⁸.

Na apelação cível n.º 70006628994⁸⁹, a 14ª câmara cível acompanhou o voto do relator, Des. Antonio Correa Palmeiro da Fontoura que decidiu pela manutenção da sentença da primeira instância, quando considerou justificada a recusa de pagamento das parcelas restantes tendo em vista a quebra de deveres laterais de lealdade da recorrente⁹⁰.

Constata-se, no caso, a aplicação cabal de uma reaproximação (expressamente prevista, principalmente, pelo art. 422 do CC/2002) entre os perfis jurídico e ético entre devedores e credores, ratificando as palavras imorredouras de que “a aplicação do princípio da boa fé tem, porém, função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo de ciência do Direito do século passado com a vida e com as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no ‘hortus conclusus’ do sistema do positivismo jurídico, ‘janelas para o ético’”⁹¹.

Ou ainda, retomando o cotejo que fizemos com uma perspectiva econômica, na senda dos ensinamentos do “Law and Economics”, tratar-se-ia da quebra de um dever negativo que, no caso, significa essencialmente a abstenção temporária de negociação com terceiros: o “lock-out agreement” ou a “não sabotagem”, demonstrando um grau de sensibilidade às expectativas e de solicitude perante os interesses alheios que conjuntamente compõem a boa-fé na fase pré-contratual e se espalha para além do adimplemento contratual⁹².

88 BETTI, Emilio. *Teoria Generale delle Obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 103. Volume I.

89 Apelação Cível. Posse e propriedade (bens móveis). Compra e venda de curso profissionalizante de massoterapia, instalações internas, telefone, uso do nome e de técnicas de massagens, quebra do dever de lealdade pela vendedora ao continuar a atividade transferida, o que justifica a recusa de pagamento das parcelas restantes pelos compradores. Mérito. A quebra dos deveres laterais do contrato, no caso, o dever de não concorrência, justifica a recusa de pagamento das parcelas pendentes e, em última análise, recompõe o equilíbrio contratual. Real intenção das partes quando da compra e venda devidamente analisada pelo magistrado sentenciante. Agravo retido não conhecido. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70006628994, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 17/03/2005)

90 Diz o voto do relator: “Com efeito, o magistrado “a quo” participou de toda instrução processual, teve contato direto com as partes e, assim, concluiu, de forma precisa, ter a apelante infringido os deveres laterais do contrato, atentando contra a boa-fé objetiva ao exercer atividade similar à negociada, descumprindo o dever de não concorrência. Inegável que a apelante continuou sua atividade após o negócio com a mesma denominação transferida aos apelados, descumprindo o dever de lealdade que lhe cabia observar. Assim agindo, deu azo à recusa dos apelados ao pagamento das parcelas restantes. Dentre os deveres laterais, constato a infringência, pela autora do dever de lealdade no período posterior ao cumprimento da prestação principal. Mencionado dever impõe aos contratantes que não adotem atitudes que possam frustrar o objetivo da contratação, ou que possam diminuir as vantagens da contraparte, ou a esta causar dano. O dever específico, no caso, que foi desconsiderado pela ré foi o de não concorrência. [...] Após a venda da Escola Müller para os réus, a demandante abriu o Centro Müller em novo endereço nesta cidade (fl. 161), com o mesmo ramo de atuação [...] “Guarda lógica e verossimilhança a dedução dos requeridos (fls. 165 e 169) no sentido de que haviam adquirido o uso da denominação Müller, seja Escola seja Centro”.

91 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 42.

92 ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 583.

4 CONCLUSÃO

As considerações tecidas até aqui, perpassando o desenvolvimento sociológico das sociedades humanas, em constante tensão adaptativa com o seu meio e com seus semelhantes, remetem à conclusão de que as relações de confiança – além das relações jurídicas – constituem fator imprescindível para a adequada harmonização social.

Não é possível, pois, imaginar os diferentes processos adaptativos operando com exclusividade, ignorando uns aos outros. O ensinamento de Rudolf von Jhering sobrevive ao tempo: “*A espada sem a balança é uma força brutal, a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança*”. Há que se sopesar o direito moral e a moral jurídica.

Na senda dessa problemática, creio ser o mandato uma das hipóteses mais ilustrativas, dentro do direito dos contratos, pois que traz à balha, diretamente, o limite de atuação do mandatário balizado pelos poderes conferidos pelo mandante. Para ser matemático, à guisa de Pontes de Miranda, quiçá poder-se-ia falar de um *quantum* de confiança como a razão de ser e o limite do e na execução do contrato de mandato.

Tanto a legislação civil como a jurisprudência orientam-se nessa mesma direção, como pretendo ter demonstrado no pequeno espaço, a provar que o pensamento do professor Clóvis do Couto e Silva, a concepção da obrigação como um todo orgânico, norteado pela confiança recíproca dos contratantes, é, e sempre será, constantemente atualizada através da jurisprudência, agindo através da cláusula geral e atendendo à necessidade de confiança na sociedade, corroborando, igualmente, a interpenetração entre o Direito Privado e o Direito Público, consubstanciando verdadeira irradiação eficaz do princípio da solidariedade estampado no inc. I do art. 3º da CRFB/1988.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Il mandato in diritto romano*. Napoli: Jovene, 1949.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil, na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: *Revista dos Tribunais*. Fascículo Cível. Ano 89. v. 775. maio 2000.

BAUDRY-LACANTINERIE, G.; WAHL, Albert. *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.Larose, 1900.

BAVETTA, Giuseppe. Mandato. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1975. Tomo XXV.

BERNSTEIN, Lisa. Merchant Law in a Merchant Court: rethinking the Code's Search for immanent business norms. In: *University of Pennsylvania Law Review*. n. 144. 1996.

BETTI, Emilio. *Teoria Generale delle Obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1953. Volume I.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Traduzido por Antonio Menezes Cordeiro 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. O Princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do; et al. *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil*. São Paulo: RT, 1980.

CORREIA, Alexandre. SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano e Textos em Correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1957. Volume I.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. Volume I.

COSTANZA, Maria. *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*. Milano: Giuffrè, 1989.

DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 2.ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1950. Tome III

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Traduzido por João Baptista Machado. 8.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002.

FLOREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.

FRIED, Charles. *Contract as a Promise: a theory of contractual obligations*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. Salvador: UFBA, 1958.

GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Clarendon, 1991.

GRISI, Giuseppe. *L'Obbligo Precontrattuale di Informazione*. Napoli: Jovene, 1990.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das

Letras, 1995.

KASER, Max. *Das Römische Privatrecht*. München: C.H. Beck, 1954.

LONGO, Giannetto. *Diritto Romano – Diritto delle Obbligazioni*. Roma: Foro Italiano, 1954. Volume II.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 7.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. Volume I.

MARCADÉ, V.; PONT, Paul. *Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon*. Paris: Libraire du Conseil d'État, 1863. Tome I.

MAINE, Henry Sumner. *L'Ancien Droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*. Traduit sur la quatrième édition anglaise par Courcelle Seneuil. Paris: A. Durand et Pedone Lauriel, 1874.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

_____. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Volume V. Tomo I.

_____. A boa-fé como modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale). In: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Edição Especial. V. 2, n.4 (jun. 2004). Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, 2004.

_____; REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEDRAZZI, C. *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*. Milano: Giuffrè, 1955.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. Volume III.

PESSOA, Fernando. *Poesia completa de Ricardo Reis*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Introdução à Sociologia Geral*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1926.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. Tomo III.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. Tomo V.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. Tomo XLIII.

POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres de Pothier : annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle*. 3. ed. Paris: Marchal et Billard, 1890.

PRATA, Ana. *Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4.ed. Paris: [S.ed.], 1949.

ROBLES, Michel J. Godreau. *Lealtad y Buena Fe Contractual*. In: *Revista Jurídica*. Puerto Rico: EDPR, 1989.

RODRIGUEZ, Ricardo Velez. Miguel Reale e o Paradigma Culturalista aplicado à Sociologia Brasileira. In: LAFER, Celso; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, política, filosofia, poesia: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale no seu octagésimo aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1992.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Traité de droit romain*. 2ème.éd. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, 1855. Tome II.

SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCOTT, Robert E. A Theory of Self-enforcing indefinite agreements. In: *Columbia Law Review*. nº 103. 2003.

SOHM, Rodolfo. *Historia e Instituciones del derecho privado romano*. 7.ed. Traducción por P. Dorado. Madrid: La España Moderna, 1975.

SOLARI, Gioele. *Filosofia del Derecho Privado i la Idea Individual*. Buenos Aires: Depalma, 1946.

UDA, Giovanni Maria. Buona Fede Oggettiva ed Economia Contrattuale. In: *Rivista di Diritto Civile*. Anno XXXVI. 1995.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Traducción de Jose Luis de los Mozos. Madrid: Civitas, 1976.

VAN WETTER, P. *Les Obligations en Droit Romain*. Paris: Gand, 1883. Tome I.

VILLEY, Michel. *Le Droit Romain*. Paris: PUF, 1949.

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE LIVROS E PERIÓDICOS: AÇÃO PÚBLICA PARA O ACESSO CULTURAL E PARA A CONCRETIZAÇÃO DAS BASES EDUCACIONAIS

Candisse Schirmer¹
Salete Oro Boff²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este artigo procura analisar a justificação das imunidades tributárias, especificamente as previstas no artigo 150, VI, “d” da Constituição Federal, quais sejam: imunidades dos livros, jornais, periódicos e do papel destinado a sua impressão, com ênfase na exoneração tributária no acesso à informação, à cultura e à educação, estendendo-se aos livros eletrônicos e CD-ROM, bem como à tinta utilizada na impressão de livros, jornais e periódicos, já que o legislador apenas fez menção ao papel.

Partindo-se do pressuposto de que a educação é de fundamental importância para a formação de todo complexo de vontades que constituem a personalidade, cumpre falar que as imunidades tributárias buscam salvaguardar bens maiores intrínsecos aos princípios constitucionais, a saber: a liberdade para divulgar o conhecimento e ideias, visando, assim, proteger o direito à informação e à cultura, a fim de consolidar as bases educacionais da sociedade.

Notadamente os direitos ao acesso à informação, à cultura e à educação têm estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, que é concebido como cláusula integradora do Estado Democrático de Direito e será invocado sempre que necessário para promover o bem de todos, a manutenção da vida em patamares que permitam o amplo desenvolvimento das capacidades das pessoas, assegurando tutela aos meios necessários para a redução das desigualdades sociais.

1 Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, área de concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas. Linha de pesquisa: Políticas Públicas de Inclusão Social. Integrante do Grupo de Pesquisa: Políticas Públicas de Inclusão Social – Subgrupo: Políticas Públicas para a Inovação e a Proteção Jurídica da Tecnologia, coordenado pela Prof^a. Pós-Dr^a. Salete Oro Boff. Também participa do Grupo Direito, Cidadania e Políticas Públicas, coordenado pela Prof^a. Dr^a. Marli Marlene Moraes da Costa, todos do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC. Endereço Eletrônico: candisseschirmer@yahoo.com.br.

2 Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Trabalho vinculado à Linha de Pesquisa “Políticas Públicas de Inclusão Social”, projeto “Políticas Públicas para a inovação, proteção jurídica da tecnologia e desenvolvimento: em busca do equilíbrio entre a propriedade privada e os interesses difusos”. Pós-Doutora em Direito de Propriedade Intelectual pela UFSC. Doutora em Direito pela UNISINOS. Professora da Faculdade Meridional – IMED - Passo Fundo-RS. Professora do Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo – IESA.

Desse modo, evidencia-se a importância da análise do tema proposto, haja vista que pretende contribuir para o desenvolvimento da sociedade, uma vez que o direito à informação nos leva a ter conhecimento, obtendo conhecimento saberemos sobre a nossa cultura, e sabendo de nossa cultura estaremos atingindo o nível de maior superação de qualquer cidadão, qual seja, o direito à educação, concretizadora da cidadania.

2 O FOMENTO À EDUCAÇÃO E O ACESSO À CULTURA COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

A educação assume papel essencial no pleno desenvolvimento da personalidade humana e na concreção da cidadania. Com ela “o indivíduo compreende o alcance de suas liberdades, a forma de exercício de seus direitos e a importância de seus deveres, permitindo a sua integração em uma democracia efetivamente participativa.”³ Por meio da educação assegura-se a prerrogativa de efetivação do exercício da cidadania, com a formação de sujeitos críticos e atuantes.

Verifica-se a relevância da educação presente nos contornos constitucionais do artigo 6º., como direito social (direito por meio do Estado). Nos artigos 205 e seguintes, reafirma-se “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família” e se estabelecem os princípios que regem a educação brasileira, entre os quais, a gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais (artigo 206) e a garantia de todo cidadão brasileiro, mesmo que de forma subjetiva, de exigir do Estado o cumprimento da prestação educacional, independentemente de vaga, sem seleção, conforme predisposto na norma constitucional.

Assim, o direito à educação está intimamente ligado ao acesso aos livros, pois a leitura é um dos elementos do processo do conhecimento. Portanto, toda medida no sentido de reduzir o custo da aquisição desse material, é merecedora de respaldo e justifica-se com tratamento privilegiado em matéria tributária, concretizando-se em ações públicas que traduzem os valores da sociedade brasileira.

Tal observação nos faz refletir acerca do indivíduo, que, a fim de desempenhar seu papel de cidadão, com deveres e não apenas com direitos a serem cumpridos, necessita do acesso às informações, adquirindo o conhecimento necessário com as trocas de experiências, interagindo com o meio e com a sociedade em que vive. Ou seja, coloca-se “a pessoa sintonizada com o mundo que a rodeia (...), para que possa desenvolver toda a potencialidade da sua personalidade e, assim, possa tomar as decisões que a comunidade exige de cada integrante”⁴.

Para se concretizar a “plenitude da formação da personalidade”, são

3 GARCIA, Emerson. *O direito à educação e suas perspectivas de efetividade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>>. Acesso em: 10 abril 2010, p. 1.

4 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 371.

imprescindíveis a disponibilidade “de meios para conhecer a realidade e as suas interpretações, e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e para que se tomem decisões relevantes”⁵. Igualmente, a manifestação de pensamento, o direito à informação e à liberdade de criação de obras também se encontram protegidos, pois, mediante a supressão do imposto sobre as formas de materialização, consegue-se alcançar um maior número de pessoas.

Em relação aos direitos culturais, constata-se que os mesmos encontram-se assegurados constitucionalmente, nos artigos 215 e 216, nos quais está impregnada a noção de cultura como a identidade de cada um e de todos, e como tal merecedora de especial atenção tanto no campo pedagógico quanto no legal, neste último, inclusive, servindo de referencial fonte jurídica. Em suma, busca-se a satisfação geral da cidadania e não apenas de um indivíduo.

A propagação da cultura está intimamente ligada à educação, tornando-se a soma desses componentes processo fundamental para que a pessoa adquira plena capacidade para realizar os atos da vida civil com dignidade, exercer a sua cidadania, podendo assim gozar de seus direitos, uma vez que terá maior acesso aos instrumentos, quais sejam jornais, livros e periódicos, gerando desenvolvimento para a sociedade.

Por conseguinte, a cultura perpetua-se no presente e no futuro, pois o passado já não responde suficientemente. Contudo, não é nossa ideia desprezá-lo, muito pelo contrário, uma vez que a cultura é um conjunto de artefatos e ideias elaborado pelo homem no passado, seguindo determinados valores na busca de determinado fim, ou seja, é a reprodução e persistência de toda uma sociedade no tempo.

A difusão da cultura e a promoção da ciência e da tecnologia também se correlacionam com a imunidade tributária, pois a ciência pressupõe intenso trabalho intelectual e de pesquisa, e caso não houvesse meios de garantir a reprodução desses materiais e acesso a todos, de nada adiantaria a pesquisa, pois não haveria a propagação do conhecimento, o que dificultaria um maior desenvolvimento dos campos científicos, além de que, ao se permitir o acesso a ela, com o surgimento de novos nichos de pesquisa e polos tecnológicos, se permitiria um maior desenvolvimento nacional.

Todas essas observações remetem à análise da trajetória do reconhecimento das Imunidades Tributárias, tema do próximo item, ressaltando que essas imunidades se justificam como formas de acesso ao direito à educação, à informação e à cultura.

5 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 360.

3 O RECONHECIMENTO DAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

Considerando-se que os meios de comunicação exercem forte poder sobre as escolhas e os rumos da sociedade, por certo as transformações ocorridas, tanto em nível social, cultural, quanto político, não podem ser compreendidas sem o conhecimento de como funcionam os meios de comunicação, frisando-se, aqui, que o maior meio propagador das informações é a imprensa, por seus diversos veículos impressos (livros, jornais e periódicos) ou eletrônicos (rádio, televisão, internet).

Sabe-se que, em relação a outros países, a implantação da imprensa brasileira é vista com um atraso de três séculos, devendo ser considerado o descaso da Coroa Portuguesa que se atinha a inibir qualquer propagação de informação que representasse possibilidade de crítica ao seu governo. O jornal *'A Gazeta do Rio de Janeiro'* foi o primeiro publicado oficialmente no território nacional, em setembro de 1808. Na sequência, o jornal *A Idade d' Ouro* começou a ser publicado em Salvador, no ano de 1811. Em 1812 foi lançada pela maçonaria a primeira revista brasileira, denominada *'As Variedades'*, que tratava de obras literárias.⁶ Com a Proclamação da República⁷, coube à imprensa explicar ao povo que não se tratava de ditadura militar⁸, mas mesmo assim as críticas à República não tardaram. A imprensa⁹, que tivera um papel significativo na mudança do regime, passa a apresentar descontentamentos: dos elogios, cedem lugar às críticas. O principal argumento era que o projeto republicano não havia se concretizado democraticamente.

No que tange ao surgimento da previsão das imunidades tributárias, é importante salientar que alguns textos constitucionais brasileiros imprimiram em seus textos essa inscrição. A Constituição de 1946 estabeleceu a não incidência em favor da imprensa, “como reação contra as medidas restritivas às importações de papel e à livre manifestação de pensamento adotadas no Estado Novo”¹⁰.

A garantia da imunidade tributária, desde a Constituição de 1946, nas observações de Baleeiro¹¹, “se fundamenta na proteção da liberdade de expressão, de ideias, de conhecimento e de cultura, e vem sendo viabilizada com base em duas justificações que, tecnicamente, têm norteado sua extensão e seus limites”. Essa mesma justificativa garantiu a previsão da imunidade tributária na Constituição de 1988, agora “voltada à efetividade e à concreção do Estado Democrático de Direito”. Percebe-se que houve um acréscimo às justificativas que amparavam classicamente

6 BAHIA, Juarez. *Jornal, história e técnica: história da imprensa brasileira*. São Paulo: Ática, 1990.

7 “A “coisa pública” manifesta-se, como marco histórico, na “independência americana”, quando busca romper, fundamentalmente, com o poder não eletivo, vitalício e hereditário”. (RODRIGUES, 2007, p. 1910).

8 CAPELATO, Maria Helena Rolim. *Imprensa e história do Brasil*. São Paulo: Contexto/EDUSP, 1988, p. 44.

9 Nesse período, a imprensa passa a ter perspectivas empresariais com a exploração da publicidade, que até então não existia.

10 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume III; os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. – Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 282.

11 BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*, atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. – Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 152.

“a meta de neutralidade da imunidade, de tal forma que ela não resulte em eliminação dos grupos de informação economicamente mais fracos, em reforço de grupos monopolísticos poderosos, que controlem a produção e a comercialização de jornais, livros e periódicos”.

Na elaboração do Código Tributário Nacional, em 1965, estabeleceu-se a imunidade “do papel destinado exclusivamente à impressão de jornais, periódicos e livros” (art. 9º, inc. IV, letra “d”). Esse preceito foi alterado pelo texto da CF de 1967 e pela Emenda de 1969, que inseriu a “proibição de instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”. O texto de 1988 recepcionou a exoneração vedando a incidência de impostos sobre “livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”, ficando expresso esse privilégio que tem por fim proteger valores sociais, culturais, religiosos, políticos, dentre outros.

4 CONTEXTUALIZAÇÃO DAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

Muitas são as conceituações trazidas pelos tributaristas ao instituto das imunidades. Carvalho¹² elucida imunidade como as normas jurídicas que estabelecem “de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributo que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas”. No mesmo sentido, é a abordagem de Machado¹³ que considera as imunidades como “obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado”. Igualmente, bem ilustra Baleeiro¹⁴, expondo que “as imunidades não norteiam o bom exercício da competência tributária, mas denegam o poder tributário, limitando-o relativamente a certos fatos”.

A partir da análise conceitual, é possível distinguir a dupla natureza das imunidades, pois, segundo Sabbag¹⁵, “de um lado, mostra-se como norma constitucional que demarca a competência tributária, ao apresentar fatos que não são tributáveis, no bojo do aspecto formal da imunidade” o que pode ser somado a outra natureza do “direito público subjetivo das pessoas que, direta ou indiretamente, usufruem os seus benefícios, à luz do aspecto substancial ou material da norma.”

Como direito subjetivo “a imunidade visa baratear o acesso à cultura e, por facilitar a livre manifestação do pensamento, a liberdade de atividade intelectual, artística, científica e da comunicação e o acesso à informação, todos os direitos e

12 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 179.

13 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 296.

14 BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*, atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 119.

15 SABBAG, Eduardo de Moraes. *Imunidades Tributárias*. Fonte: *Manual de Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4. Material da 6ª aula da disciplina Sistema Constitucional Tributário: Princípios e Imunidades, ministrada no curso de pós-graduação *lato sensu* televirtual em Direito Tributário – UNIDERP/REDE LFG.

garantias individuais constitucionalmente protegidos (...), configura, também, cláusula pétrea¹⁶, pois a justificativa da “intributabilidade dos livros, jornais e periódicos é a ideia de *justiça fiscal*, nela incluída a de *utilidade social, consubstanciada na necessidade de baratear o custo dos livros e das publicações*”.¹⁷

Além disso, a exoneração tributária ao passo que retira os impostos “dos veículos de educação, cultura e saber para livrá-los, de sobredobro, das influências políticas para que, através do livro, da imprensa, das revistas, possa-se criticar livremente os governos sem interferências fiscais”.¹⁸

Quanto à abrangência da limitação ao poder de tributar, compreende a importação de livros, jornais, periódicos e papel de imprensa, não incidindo Imposto de Importação (II), e na comercialização interna o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS).

Relativamente à incidência do Imposto sobre Serviços (ISS) sobre as receitas de publicidade há divergência entre os doutrinadores, pois “o ISS, porque não grava os objetos imunes, senão a receita bruta de pessoas físicas e jurídicas incidente sobre serviços de qualquer natureza (art. 156, III) sem exceções”¹⁹. Todavia Torres²⁰ expõe que “o ISS não incide sobre a publicidade em jornais nem, segundo a jurisprudência do STF, sobre as fases intermediárias de confecção de livros e periódicos”. Além disso, o STF considerou as listas telefônicas imunes ao ISS, ressaltando o cumprimento do papel de utilidade social.

Essa controvérsia a respeito do exposto na lei pode ser compreendida na exposição de Baleeiro²¹, segundo o qual “na jurisprudência, prevalece ainda o entendimento de que a publicidade paga, veiculada em jornais, livros e periódicos, está abrangida pela imunidade em relação ao ISS, de competência dos Municípios.” Verifica-se que predomina a “tese da imunidade ampla. Ela abrange todo o conjunto de serviços que realizam o livro, como a redação, a revisão da obra, a parte editorial, como também de publicidade de anunciantes.”

A respeito do Imposto de Renda, a imunidade “não alcança a empresa jornalística, a empresa editorial, o livreiro, o autor etc., que, por exemplo, deverão pagar o imposto sobre os rendimentos que obtiverem com o livro, o jornal, o

16 ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquemático*. 2. ed. Atual. Ampl. São Paulo: Método, 2008, p. 173.

17 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário - os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 283.

18 COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 313.

19 COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 314.

20 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume III; os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 305.

21 BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*, atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 149.

periódico e o papel destinado à sua impressão”²², pois a exoneração tributária tem critérios objetivos, aplicando-se a coisas e não a pessoas. Mesmo assim, a imunidade deve ser compreendida amplamente, “sem quaisquer reduções e de forma a ser economicamente neutra, sem beneficiar mais a uns – especialmente os grupos econômicos jornalísticos poderosos e monopolísticos – do que a outros – as empresas de imprensa dissidentes, minoritárias e economicamente mais fracas (os jornais de opinião p. ex.)”²³.

E com esse propósito, é necessário que se compreenda a distinção entre a cultura tipográfica da eletrônica, assim como o espaço público do cibernético, para que possamos num momento posterior entender a extensão dada às imunidades tributárias. Os avanços da ciência e da tecnologia são uma forma de exercício da cidadania, comprovando que a ciência e a evolução tecnológica não são atividades à parte, autônomas, mas estão atreladas a fatores econômicos, políticos, históricos, sociais e ideológicos da sociedade.

Esse novo paradigma²⁴ expressa outra forma de comunicação de “ideias, que exige a reformulação das velhas figuras constitucionais e legais que surgiram para a proteção de relações jurídicas formadas em ambiente cultural diverso”. Portanto, uma nova configuração da visão atual suportada por tecnologias pode transformar a nossa forma de trabalhar, viver e conviver. Isso porque a tecnologia deve constituir-se como elemento em função do homem, para ajudar e facilitar sua vida, propiciando mais conforto, qualidade de vida, preservando sua energia e melhorando o uso de seu tempo. Quando se faz menção a espaço público, a imprensa escrita, que aqui pode ser manifestada pelos jornais, livros e periódicos, se traduz no instrumento para comunicação nesse espaço.

Já o espaço cibernético²⁵ “é aquele no qual se dá o relacionamento fundado na troca de informações transmitidas pelos servomecanismos. É um espaço virtual, um ‘fantasma’ que não existe fisicamente, mas que produz o espaço existencial”. Assim, configura-se a distinção entre espaço público e cibernético, trazendo consequências de relevância apresentadas por Torres²⁶: “a) valor preponderante no espaço cibernético é a liberdade, e não a justiça, como ocorre no espaço público; e b) a internacionalização das autoestradas da informática leva à erosão do próprio conceito de Estado Nacional.”

Desse modo, a era da informação, da imagem, do satélite, da fibra ótica, da

22 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 12, ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 493.

23 BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*, atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 152.

24 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume III; os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 287.

25 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume III; os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. – Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 290.

26 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume III; os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. – Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 292.

Internet repercute na interpretação e na aplicação do direito relativamente à previsão do artigo 150, VI, “d” da Constituição Federal, bem como às demais controvérsias implantadas pela doutrina, referentes, por exemplo, a livros eletrônicos, a CD-ROM e a tinta, o que será objeto de análise no próximo item.

5 A EXTENSÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PREVISTA NO ARTIGO 150, VI, “D” DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Sabe-se que as imunidades previstas no artigo 150, VI, “d” da Constituição Federal dizem respeito a livros, jornais, periódicos e ao papel que se destina a sua impressão, e o objetivo neste momento é elencar as situações que foram ou não abarcadas pelo constituinte. O efeito do reconhecimento da garantia constitucional do conceito de livro é marcado por uma complexa e ambígua discussão doutrinária.

O conceito de livro, inicialmente, como o resultado da impressão, em papel, de ideias, doutrinas ou informações com finalidade cultural, cuja “base física constituída por impressão em papel e a finalidade espiritual de criação de bem cultural ou educativo”²⁷, atualmente abarca também a possibilidade de ser ‘virtual’, disponível “no espaço cibernético; pode conter folhas soltas ou cosidas; pode vir com capa flexível ou dura; pode conter informação científica ou leviana; entre outras tantas multifacetadas possibilidades”.²⁸

Notadamente, o conceito de livro, para fins de imunidade, ampliou-se, passando a significar “qualquer objeto que transmita conhecimentos (ideias, informações, comentários, narrações reais ou fictícias etc.), pouco importando se isso se faz por caracteres alfabéticos, por imagens, por sons, por signos Braille, por impulsos magnéticos etc”²⁹. Desse modo, as publicações em meios eletrônicos estariam divulgando cultura, portanto abrangidas pela imunidade. Como refere Torres³⁰ em relação aos livros, produtos da evolução tecnológica: “constituem transposição para CD-Rom, a ser utilizado em computador, do livro originariamente impresso em papel”.

Acompanha esse posicionamento Paulsen³¹, afirmando que tanto o CD-ROM como a revista eletrônica são alcançados pela imunidade, pois, segundo o autor,

27 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume III; os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 293. Os manuais técnicos e as apostilas, segundo o Supremo Tribunal Federal, estão também incluídos no conceito de livro. Excluem-se os diários, o livro cartonado, o livro espiral, o livro de ponto, o livro da porta, livros fiscais, o livro de borda, o livro-razão, o livro de atas, pois não veiculam ideias.

28 SABBAG, Eduardo de Moraes. *Imunidades Tributárias*. Fonte: *Manual de Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32. Material da 6ª aula da disciplina Sistema Constitucional Tributário: Princípios e Imunidades, ministrada no curso de pós-graduação *lato sensu* televirtual em Direito Tributário – UNIDERP/REDE LFG.

29 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 676.

30 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume III; os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 302.

31 PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2000, p. 176-177.

“não há que se entender tal referência como limitativa da imunidade, ou seja, como impeditiva da imunidade dos livros, jornais e periódicos gravados ou divulgados por outro meio. A essa conclusão se chega analisando os direitos fundamentais a que a Constituição visou proteger com a norma em questão.”

Há um entendimento por parte dos doutrinadores da possibilidade das publicações virem acompanhadas de CDs ou videocassetes. Nesse sentido, Torres³² inclui essas mercadorias como imunes “desde que haja a preponderância econômica e intelectual do texto sobre o disco compacto”.

Na mesma senda são equiparados ao livro, para fins de imunidade, “os *veículos de ideias*, que hoje lhe fazem as vezes (*livros eletrônicos*) ou, até, o substituem. Tal é o caso – desde que didáticos ou científicos – dos discos, dos disquetes de computador, dos *CD-Roms*, dos *slides*, dos videocassetes, dos filmes etc”³³.

Os jornais também gozam de amplo privilégio fiscal, referindo-se à mídia escrita apenas, ou seja, “excluem-se do campo do privilégio constitucional os veículos de radiodifusão, neles compreendidos os “jornais da tela” ou os “jornais da televisão”, que apenas metaforicamente podem ser considerados jornais”³⁴. Naturalmente que as diversas propagandas veiculadas em jornais e periódicos são importantes fontes de rendas, por isso não correspondem aos objetos tutelados pelo preceito imunizante, obtendo normal incidência tributária. Porém, o periódico propriamente dito é amparado pela norma imunizatória e sua conceituação se traduz em:

Revistas, técnicas ou não, e os impressos que se editam repetidamente dentro de certos intervalos de tempo. O seu conceito é amplo e abrange até mesmo as revistas pornográficas, tendo em vista que a acusação de pornografia sempre serviu de base à opressão da livre manifestação do pensamento e às discriminações no campo da literatura³⁵.

Ainda, o Supremo Tribunal Federal para abarcar os periódicos valeu-se de uma interpretação extensiva, buscando saber se o objeto impresso busca disseminar pensamentos e ideias, não estando incluídos, os calendários comerciais³⁶, mas as

32 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume III; os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 296.

33 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 669.

34 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume III; os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. – Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 295.

35 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume III; os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. – Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 294.

36 “CALENDÁRIOS COMERCIAIS – IMUNIDADE NEGADA”. Os calendários comerciais não são periódicos, pois não se destinam a veicular ou transmitir pensamentos ou ideias. Não têm imunidade” (RE 87.633 SP (2ª T.), RTF 89/278/281) (COELHO, 2006, p. 317).

revistas médicas³⁷, listas telefônicas³⁸ e álbuns de figurinhas sim. Sobre este último: não se concebe qualquer distinção – para fins de imunidade – entre um livro que tenha estampado figuras de esportistas, artistas etc. e um álbum em que tais imagens (cromos) sejam adquiridas em separados, para serem coladas, como apontado que a “venda de um opúsculo ilustre a ser completado por ‘figurinhas’ periodicamente distribuídas pelas bancas, que podem ser adquiridas diretamente da editora, se assim o desejar a criança, em técnica de indiscutível atração não distinta daquela outra de venda de fascículos semanais, que terminam por formar um livro, embora objetivando a disputa de mercado é algo incensurável do ponto de vista ético-social, e não vedado pela imunidade constitucional, que, como já se disse, por ser objetiva, protege o veículo de expressão escrita, independente das intenções, difusão de ideias ou de imoralidades³⁹.”

A análise do papel destinado à impressão é o assunto de maior controvérsia, revelando-se problemático. A Constituição de 1948 continha a seguinte previsão: “são muito variáveis os produtos da imprensa: livros, jornais, circulares, cartazes, brochuras, gravuras. Pouco importa igualmente a substância ou matéria empregada: papel, pergaminho, tela, cartão, madeira, papelão ou metal”.⁴⁰

Com isso, percebe-se que já naquela época o papel era um dos suportes do livro, mas não o único. Conforme o mesmo autor⁴¹, tem-se que “inventado pelos chineses e trazido para a Europa nos fins da Idade Média, o papel, sendo muito mais barato, veio a substituir, com vantagens, o papiro, dos antigos egípcios”. Necessário faz-se esclarecer que apenas o papel destinado aos livros, jornais ou periódicos, ou seja, o papel de imprensa é que está abarcado pela imunidade, não estando incluso, por exemplo, o papel de embrulho⁴².

Os materiais que se mostrem assimiláveis ao papel, abrangendo, em consequência, para esse efeito o papel para telefoto, o papel fotográfico e os filmes

37 “Sob a ementa “Revista Médica – anúncios nela inseridos – IMUNIDADE”, o STF reconheceu ser extensiva a regra imunitória (RTJ 72-189 e RTJ 87-608/612) (COELHO, 2006, p. 316).

38 Veiculação de anúncios e publicidade nas listas telefônicas. Irrelevância. “IMUNIDADE – LISTAS TELEFÔNICAS – ANÚNCIO E PUBLICIDADE. O fato de as edições das listas telefônicas veicularem anúncios e publicidade não afasta o benefício constitucional da imunidade. A inserção visa a permitir a divulgação das informações necessárias ao serviço público a custo zero para os assinantes, consubstanciando acessório que segue a sorte do principal. Precedentes: Recurso Extraordinário nº 101.441/RS, Pleno, Relator Ministro Sydney Sanches, RTJ nº 126, páginas 216 a 257, Recurso Extraordinário nº 118.228/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ nº 131, páginas 1.328 a 1.335, e Recurso Extraordinário nº 134.071-1/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 30 de outubro de 1992” (STF, RE 199.183/SP, rel. Min. Marco Aurélio).

39 MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001, p. 114.

40 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 679.

41 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 679., p. 680.

42 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume III; os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

fotográficos também estarão imunes⁴³. A Súmula nº 657 do STF vem para confirmar o exposto, “a imunidade prevista no art. 150, VI, ‘d’, da CF abrange os filmes e papéis fotográficos necessários à publicação de jornais e periódicos”.

Desse modo, de todos os insumos necessários para a fabricação de um livro, de um jornal ou de um periódico, tais como máquinas, aparelhos, tinta⁴⁴, cola, linha e papel⁴⁵, apenas esse último ficou imune. Mas, há uma tendência a dar uma abrangência mais ampla à norma. Sabbag⁴⁶ apresenta que “os Tribunais vêm entendendo que a imunidade deve ser estendida, por exemplo, à tinta destinada à impressão dos livros, dos jornais e periódicos, com fundamento de que é um insumo imprescindível para a publicação daqueles”⁴⁷. Assim, percebe-se a vulnerabilidade da temática “diante da jurisprudência, que ainda oscila, e da doutrina, que também se movimenta”⁴⁸.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo estudo realizado, verifica-se que a minimização da incidência tributária, como no caso das imunidades tributárias, insere-se como salvaguardas de bens maiores intrínsecos aos princípios constitucionais, a saber, a liberdade para divulgar o conhecimento e ideias, visando, assim, proteger a cultura, a fim de consolidar as bases educacionais da sociedade.

Procurou-se apresentar as imunidades tributárias concedidas aos jornais, periódicos, livros, bem como ao papel destinado a sua impressão, ficando evidente o posicionamento da maioria dos doutrinadores, os quais entendem que o instituto em análise não deve ser interpretado de maneira literal, sendo que existem princípios constitucionais que recebem proteção da Constituição Federal. Logo, caberia a sua

43 SABBAG, Eduardo de Moraes. *Imunidades Tributárias*. Fonte: *Manual de Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2009, p.40. Material da 6ª aula da disciplina Sistema Constitucional Tributário: Princípios e Imunidades, ministrada no curso de pós-graduação *lato sensu* televirtual em Direito Tributário – UNIDERP/REDE LFG.

44 Tinta especial para jornal não está abrangida. “Impostos de importação e sobre produtos industrializados. Tinta especial para jornal. Não ocorrência de imunidade tributária [...]”. (STF, RE 215.435, rel. Min. Moreira Alves). PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 2. ed. rev. ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 181.

45 Insumos para produção de jornais. Só o papel em seus diversos tipos. STF. A jurisprudência do STF firmou-se que apenas os insumos que possam se enquadrar no conceito de papel (papel para impressão, papel fotográfico, papel telefoto e outros tipos de papel) é que estão abrangidos pela imunidade. PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 2. ed. rev. ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 179.

46 SABBAG, Eduardo de Moraes. *Imunidades Tributárias*. Fonte: *Manual de Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38. Material da 6ª aula da disciplina Sistema Constitucional Tributário: Princípios e Imunidades, ministrada no curso de pós-graduação *lato sensu* televirtual em Direito Tributário – UNIDERP/REDE LFG.

47 TRF 2ª R/RJ, MAS 96.02.21983-1/RJ, 2ª T., rel. Dês. Fed. Sérgio Feltrin Corrêa, DJU 18-07-2000.

48 SABBAG, Eduardo de Moraes. *Imunidades Tributárias*. Fonte: *Manual de Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2009, p.40. Material da 6ª aula da disciplina Sistema Constitucional Tributário: Princípios e Imunidades, ministrada no curso de pós-graduação *lato sensu* televirtual em Direito Tributário – UNIDERP/REDE LFG.

aplicação toda vez que se ameaçasse a divulgação do conhecimento mediante a cobrança de preços elevados.

Ante o exposto, fica evidente a possibilidade de uma interpretação mais abrangente das imunidades, de sorte que hoje já é unanimidade, por parte dos doutrinadores, a imunidade tanto dos livros eletrônicos quanto do seu meio de suporte (CD-ROM), mas o mesmo não pode se afirmar quanto aos instrumentos que são utilizados para impressão dos livros, jornais e periódicos, tratando-se da tinta, maquinários e outros.

Conclui-se ser necessário ampliar ainda mais a exoneração tributária, pois fica claro que as imunidades tributárias estão ligadas a um ideal, qual seja a propagação da cultura e essa será alcançada plenamente, quando todos tiverem acesso à informação, que formam as bases da educação e da concretização da dignidade da pessoa, reduzindo desigualdades e exclusão social.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 2. ed. Atual. Ampl. São Paulo: Método, 2008.

BAHIA, Juarez. *Jornal, história e técnica: história da imprensa brasileira*. São Paulo: Ática, 1990.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*, atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. – Rio de Janeiro, Forense, 2001.

BARBOSA, Fábio. *A eficácia do direito autoral face à sociedade da informação: uma questão de instrumentalização na obra musical?* In: Brasil. Ministério da Cultura. *Direito autoral*. – Brasília : Ministério da Cultura, 2006. 436 p. – (Coleção cadernos de políticas culturais ; v. 1).

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

CAPELATO, Maria Helena Rolim. *Imprensa e história do Brasil*. São Paulo: Contexto/EDUSP, 1988.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13. ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GARCIA, Emerson. *O direito à educação e suas perspectivas de efetividade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 480, 30 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>>. Acesso em: 10 abril 2010, p. 1.

HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. *Manual de metodologia da pesquisa para o Direito*.

Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

MCLUHAN, Marshall; FIORE, Quentin. *O meio são as mensagens*. Rio de Janeiro: Record, 1969.

MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 2. ed. rev. ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

RODRIGUES, Hugo Thami. Políticas Tributárias de Desenvolvimento e de Inclusão Social: Fundamentação e Diretrizes, no Brasil, frente ao Princípio Republicano. In: REIS, J.R.; LEAL, R. G.. (org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, Tomo 7, p. 1901-1920.

SABBAG, Eduardo de Moraes. *Imunidades Tributárias*. Fonte: *Manual de Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2009. Material da 6ª aula da disciplina Sistema Constitucional Tributário: Princípios e Imunidades, ministrada no curso de pós-graduação *lato sensu* televirtual em Direito Tributário – UNIDERP/REDE LFG.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, volume III; os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. – Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

A FUNÇÃO E A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: UM ATIVISMO NECESSÁRIO?

Caroline Muller Bitencourt¹
Mônia Clarissa Hennig Leal²

1 INTRODUÇÃO

Tendo-se em vista o papel atribuído ao Judiciário na concepção originária proposta por Montesquieu, indiscutivelmente estava-se pensando na atividade de execução das leis, sem propriamente se pensar no Judiciário como uma estrutura complexamente composta tal qual temos nos dias atuais. A ideia era um poder para expressar a lei conforme a intenção do legislador, sem sequer se imaginar qualquer atividade criativa por parte dos juízes.

A referida proposta encontra respaldo legal na situação histórica social do liberalismo do Séculos XVII e XVIII, quando, firmando-se um regime legalista, em que todos deveriam se submeter à vontade da lei, como expressão máxima desta nova sociedade que exsurgia e firmava-se contra os abusos do Estado Absolutista. O papel da legislação era fundamental na garantia das conquistas burguesas através da posituação de direitos fundamentais, individuais, como a liberdade, a igualdade formal, a vida e a propriedade. A interpretação da lei era um problema que não se propunha, aspecto que somente veio à tona com a superação da identificação entre direito e lei.

Já, o constitucionalismo democrático do Século XX, baseado no binômio dignidade humana/solidariedade social, que pouco lembra a tradição napoleônica de direito privado, não comporta uma cultura jurídica extremamente positivista.

1 Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Mestre em Direito. Especialista em Direito Público. Professora da graduação e pós-graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional Aberta, vinculado ao CNPq.

2 Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisa realizada junto à RuprechtKarls Universität Heidelberg, na Alemanha. Pesquisadora conveniada da cátedra de Direito Público e do Estado da RuprechtKarls Universität Heidelberg. Professora da disciplina de Jurisdição Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e de Direito Constitucional na Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq.

2 A QUESTÃO DA ATUAÇÃO MAIS INTERVENTIVA DO PODER JUDICIÁRIO E SUA LEGITIMIDADE NAS DECISÕES SOBRE AS GARANTIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Esses direitos, enquanto valores supremos de uma comunidade, e, agora, na condição de normas, dada sua positivação, dependem, para sua eficácia da participação política e jurídica, tanto no seu respeito quanto na sua interpretação e aplicabilidade, o que conforma a abertura constitucional aos seus cidadãos, concretizando, assim, a própria Constituição, através da democratização do sistema de direitos fundamentais³.

O comprometimento, por parte do Estado, com a participação jurídico-política da comunidade privilegia a ação e não a abstenção, no sentido de que se cobram do Estado ações positivas, passíveis de controle em face das omissões dos poderes Legislativo e Executivo no tocante aos seus deveres de legislação e de prestação. A questão do controle ocasiona, por sua vez, de certa forma, a ascensão do Poder Judiciário que, na qualidade de “último intérprete da Constituição”, acaba por atuar como “regente republicano das liberdades positivas”⁴.

A associação entre um extenso catálogo de princípios e direitos fundamentais e um complexo e abrangente sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis sinaliza para um modelo constitucional no qual o Poder Legislativo não goza de uma supremacia incontrastável, nem é o representante de uma soberania popular absoluta e ilimitada e, por consequência, não dispõe de total liberdade na definição de fins e valores no plano legal. Por um lado, o exercício do Poder Legislativo é limitado e condicionado normativamente pelas normas constitucionais e, de outro, é limitado e controlado institucionalmente pelo exercício da jurisdição constitucional. Essa coexistência, no plano constitucional, entre regime democrático e órgãos e procedimentos de representação e exercício da soberania popular, com um catálogo amplo e generoso de direitos fundamentais normativamente vinculantes à legislatura e uma jurisdição constitucional extremamente abrangente está fadada a produzir sérios problemas de definição de limites entre as competências do domínio Legislativo e as funções do domínio judicial⁵.

É inegável a importância que assume o Judiciário na sociedade contemporânea e, de certa forma, em nome da efetivação dos direitos, a própria sociedade não pode renunciar a tal garantia e proteção. Dessa forma, o Judiciário passa a assumir um

3 CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e separação de poderes..* In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 29.

4 CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação De Poderes..* In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 29.

5 MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais. Os direitos fundamentais e os limites entre democracia e jurisdição constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 175.

papel que lhe é imposto pela própria sociedade, como ensina Leal:

Respeitadas as variáveis de um ou outro modelo de Estado, pode-se afirmar que surge um Estado-Juiz mais compromissado com a manutenção da pacificação das relações sociais, o que implica um compromisso com a mudança estrutural das relações de forma mantidas na sociedade. Mas quais os efeitos práticos deste compromisso então? Em primeiro plano, um Judiciário que vai se ocupar mais do tema que envolve a independência dos poderes entre si e das formas de controle do exercício destes poderes pelos diferentes órgãos da Administração Pública e do Legislativo. Em segundo lugar, um Judiciário que vai operar mais no âmbito preventivo das violações de direitos individuais e coletivos, dando maior efetividade à jurisdição como espaço de garantia e concretização das regras formais estabelecidas pelo sistema jurídico como um todo⁶.

Indubitavelmente, há um grande risco à democracia e à cidadania com a existência de um Judiciário soberbo, com características paternalistas e decisões absolutas. O Poder Judiciário não pode atuar de forma incompatível e não condizente com os deveres democráticos; deve, sim, fiscalizar cada poder para que realize os direitos fundamentais. Não se pode, no processo hermenêutico de interpretação constitucional, colocar em risco a lógica da democracia, da separação de poderes. Mesmo que na prática, ao se recorrer a argumentos do direito não positivado, deve procurar limitar-se a proferir decisões corretas, condizentes com o que alude o texto constitucional, e não se ocupar da criação do direito⁷.

No entanto, como bem ensina as lições de Kaufmann, o juiz que “pronuncia a lei”, nada mais faz que contribuir para dizer um direito que é linguagem, que nunca será algo unívoco, e sim análogo. Nessa esfera, a questão versa acerca de como o direito poderá compreender-se hermeneuticamente, quando o direito se aplica, quando se realiza, pois é através desta atuação judicial que o ser (o sujeito) e o dever ser (a norma) entrarão em contato⁸.

Frente à falência dos métodos tradicionais de aplicação e de interpretação do direito⁹, por não atenderem às complexas demandas, a sociedade contemporânea

6 LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea*. Uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 47.

7 CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 32.

8 KAUFMANN, Arthur. *Hermenéutica y Derecho*. Colección filosofía, derecho e sociedad. Tradução de Andrés Ollero y José Antonio Santos. Granada: Comares, 2007. p. 9-10.

9 Alexy, quando trata da teoria da argumentação jurídica, aponta os motivos que teriam levado à superação da subsunção enquanto método interpretativo. O primeiro, refere-se à imprecisão (e, ressalta-se que uma norma deve ser interpretada de modo que cumpra seu objetivo- que poderá ser conflitante se os intérpretes tiverem concepções diferentes) existente na linguagem do direito; o segundo, refere-se às diversas possibilidades de conflitos entre as normas; terceiro, as possibilidades de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, quando não enquadrarem-se em nenhuma norma válida existente; e, por último, a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão ser contrária à literalidade de uma norma. ALEXY, Robert. *Teoria da*

reconhece a necessidade de uma interpretação mais criativa dos juízes. Quando se fala em uma interpretação mais ampla e em flexibilização da norma legal, não se está pretendendo desatrelar o juiz do texto expresso, do princípio da legalidade e de suas máximas como previsibilidade e anterioridade da lei, mesmo porque o juiz sempre está vinculado ao ordenamento jurídico, especialmente quando a matéria for relacionada aos direitos fundamentais. Daí a impossibilidade de retirar das esferas democráticas, da participação popular, as decisões referentes à execução e à concretização destes direitos, que, indiscutivelmente, são o campo mais fértil e adequado para a construção da sociedade que se pretende com a instituição de um Estado Democrático.

No entanto, a grande questão que se levanta é a de como ficam os direitos fundamentais e, especialmente, a dignidade da pessoa humana enquanto não houver o aperfeiçoamento democrático, a consciência cidadã e a solidariedade que pressupõe a democracia, além da tomada de consciência, pois o ônus democrático incide justamente no fato de que, para a concretização dos preceitos constitucionais, necessita-se engajamento social, participação ativa e comprometida, cultura e consciência constitucional:

Todavia, em uma república constitucional substantiva, os valores fundamentais para a dignidade da pessoa e para a justiça política da comunidade não ficam inteiramente à disposição das instâncias democráticas. Neste regime, os bens e valores essenciais da comunidade protegidos através dos princípios e direitos fundamentais da constituição são tutelados pelo Poder Judiciário no exercício da função de rnou mas litigante e guardião da constituição. A Constituição Federal brasileira é um modelo nítido de democracia constitucional que adota um regime republicano substancialista, ao prescrever que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal e, por extensão, em virtude da adoção do controle difuso de constitucionalidade, todo o Poder Judiciário, quando exerce a jurisdição constitucional, representam a soberania popular no que concerne à garantia final dos bens e valores essenciais reconhecidos pelo poder constituinte e consolidados nos princípios e direitos fundamentais da Constituição¹⁰.

É necessário ter-se a clareza de que esta concepção, que vê no Judiciário o último refúgio de um ideal democrático desencantado pela falta de efetivação, não é um problema conjuntural, mas fruto e diretamente relacionado à própria dinâmica das sociedades democráticas. A sociedade não está mais litigante porque caíram as barreiras processuais, mas porque a democratização do próprio direito induz ao conhecimento e à pretensão da tutela e da garantia dos direitos. A explosão do número de processos não é um fenômeno judicial, mas um fenômeno social, fruto do próprio exercício democrático, ou seja, o papel que ocupa o Judiciário no

Argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução da Cláudia Toledo. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005. p.33-35.

10 MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 187.

constitucionalismo contemporâneo não deixa de ser fruto da inércia dos demais poderes frente às questões sociais¹¹.

A realidade que assola as sociedades democráticas acaba, pois, provocando a existência de uma jurisdição constitucional ativa. O conteúdo da teoria dos direitos fundamentais, seja na sua perspectiva subjetiva e objetiva, na eficácia irradiante ou na sua aplicabilidade imediata, coloca o Judiciário numa posição de porta-voz dos direitos fundamentais, concretizando-os, de certa forma, em um caminho inverso, na medida em que as demandas são propostas à jurisdição. Certamente, a decisão dos rumos destes direitos deveria dar-se na esfera pública, mas também é fato que não pode o Judiciário abster-se de julgar uma demanda notadamente garantida pela Constituição, como o acesso à saúde, à educação, dentre tantos outros.

O problema que envolve a questão da ascensão judicial não deveria ter seu foco referente à legitimidade da atuação deste poder, pois na maioria das vezes, quando ele é acionado, é justamente em nome à lesão de um direito fundamental, atuando nesta arena, em nome da proteção e garantia da Constituição. Dito isso, o que pode e deve ser objeto precípuo desta discussão não é a sua legitimidade democrática, mas os seus limites de atuação em nome da realização constitucional.

Por eso, la cuestión relativa a la compatibilidad entre creación judicial del derecho y sometimiento del juez al ordenamiento jurídico, constituye más bien un problema de *límites* a dicha actividad creativa. Desde el punto de vista de la interpretación judicial, es evidente que el juez está sujeto a límites. De una parte, la Constitución misma de tal forma que toda interpretación judicial ha de ser conforme con la norma constitucional¹².

Nesse contexto, o problema da legitimidade da jurisdição constitucional não pode ser resolvido no campo puramente especulativo, em embates dentre os que são contra ou a favor da ação ativa do Judiciário. Quando se trata de realizar direitos dos cidadãos, as soluções não podem ser resumidas como válidas ou inválidas, até porque não existem soluções universais. No mundo ocidental, em que o papel da atuação política tem crescido em diversas áreas, o controle, inevitavelmente, tenderá a adquirir contornos mais acentuados. Assim, o princípio democrático exige que todos tenham uma “voz” no processo político, mas também que, ao mesmo tempo, seja garantido à minoria de hoje tornar-se a maioria de amanhã. Se os direitos mais básicos, tais como as liberdades de expressão, de opinião e de associação pudessem ser limitados pela vontade da maioria de hoje, o próprio princípio democrático seria prejudicado. Tal premissa não é diferente para os direitos de cunho social, onde impedir o acesso à justiça e à política seria uma violação ao mais básico dos direitos¹³.

11 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza Carvalho. Rio de Janeiro: Renan, 1999. p. 25-26.

12 SANCHES. Maria Navas. *El poder judicial y sistema de fuentes*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 85.

13 CAPELETTI. Mauro. *Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of “constitutional justice”*. Catholic University Law Review, Vol. 35, 1985, pp. 27-28. Texto original: The “mighty problem” of the legitimacy of judicial review cannot be solved by means of purely speculative,

Contudo, o que dizer da realidade brasileira, em que nem mesmo os mais básicos¹⁴ dos direitos foram devidamente assegurados ao longo da história, com uma democracia deveras imatura, que, constitucionalmente, positiva o cidadão como aquele que está em pleno gozo dos seus direitos políticos? Esta indagação remete à reflexão acerca de como e a quem cabe concretizar, dar vida à Constituição enquanto não se chegar ao nível desejado de realização democrática, de cidadania ativa, de comprometimento e de engajamento social. Certamente que não se incumbe tal tarefa exclusivamente ao Poder Judiciário (até porque já se mencionou o risco da concentração de poder), mas não restam dúvidas de que ele é uma das figuras decisivas neste processo de democratização do direito, em que o cidadão passa a buscar a tutela de seus direitos, a realização das promessas constitucionais, pouco cumpridas na realização cotidiana da vida política brasileira:

Os juizes deverão aceitar a realidade da transformada concepção de direito e da nova concepção de estado, do qual constituem também, afinal de contas, um “ramo”. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas “finalidades e princípios”: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que por, ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar.¹⁵

Então, ao invés de apenas criticar essa atuação interventiva do Judiciário em sentido genérico, são necessárias críticas concretas a decisões incoerentes e discricionárias que atentem contra a democracia, pois uma decisão que garante a liberdade e os direitos fundamentais àqueles que buscam sua tutela, só tem o condão de reforçar a democracia e não o contrário, como leciona Capeletti: *“Let us condemn judicial decisions that in our perceptions are wrong. But let us be aware that there is a worth and a legitimacy in an institution whose very raison d’être is to control*

abstract solutions valid for any place and time. Indeed there are no such universal solutions; and surely a page of realistic comparative analysis can be more worthy than many books of such abstract speculations. Should our judges today be of the kind that prevailed in pre-Revolutionary France, then of course judicial review would be hardly legitimate. But in our Western world, in which the roles of the political branches have grown into so many areas of our life, and indeed inevitably so, the scrutiny of a more “detached,” though not literally “separate,” judiciary can be most salutary. [...] The democratic principle requires that everyone should have a “voice” in the political process and that it be possible for the minority of today to become the majority of tomorrow. If basic rights such as the freedoms of speech, of opinion, of association could be limited, without due process, by the majority of today, the very democratic principle would be impaired; and this is no less true for the “new rights” of a social and economic nature, for their rationale is to make effective the most basic of all democratic entitlements – the right of access to the legal and political system.

14 Nesse sentido, pode-se construir uma crítica com relação à falta de efetividade do direito à saúde e da situação calamitosa nos hospitais públicos; também, pode-se fazer referência com alto índice de analfabetos e evasão escolar, demonstrando a falta de concretização do direito fundamental à educação, quando a escola deveria ser a formadora de verdadeiros cidadãos; os altos índices de trabalho infantil e escravo no Brasil; enfim, cenas constantes de total indignidade a quem sofre, e muito descaso dos poderes públicos.

15 CAPELETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 42.

*the political power and to protect us against abusive exercise of that power*¹⁶.

Assim, vale observar a crítica de Appio:

Ao formular políticas públicas que atendem a suas prioridades pessoais, através da “interpretação adequada da Constituição”, os juízes se lançam em verdadeira aventura política, não possuindo real controle sobre suas consequências no processo, do que resultam graves impasses constitucionais. A fixação de limites à própria jurisdição representa, neste contexto, uma das mais graves funções outorgadas ao Poder Judiciário. A busca pela plena normatividade constitucional não pode significar o rompimento de delicado equilíbrio necessário à democracia. Um governo de juízes, neste sentido, em nada se difere de um governo aristocrático, pois o regime democrático não se coaduna com a concentração extremada de poder político junto a um único órgão¹⁷.

No entanto, a judicialização da política não precisa, necessariamente, conduzir a um ativismo judicial desmedido, pois esta pode e deve estar vinculada a uma cidadania ativa e à abertura dos intérpretes da Constituição, proporcionando uma cidadania juridicamente participativa, através da pressão política exercida sobre as decisões dos Tribunais, baseada na publicização das sentenças e tantas outras medidas a serem concretizadas.

É manifesto o caráter predominantemente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação nos direitos sociais. Destaca-se, contudo, o fato de que a diferença entre o papel tradicional dos juízes e o atual é muito mais de grau do que propriamente de conteúdo, pois é o grau de abstração que propicia a expansão da discricionariedade judicial, ou seja, leis vagas e imprecisas conduzem ao processo de atuação judicial¹⁸.

Essa atuação, que segundo boa parte de seus críticos, será chamada como uma atuação autorreferencial, pois:

O fato de existir uma instância cuja principal função é julgar as sentenças é também uma ilustração de caráter circular do ordenamento jurídico. É mediante normas jurídicas que são fixadas as condições de produção das regras de direito e sua própria aplicação pelos juízes é encerrada num sistema autorreferencial: o único juiz dos juízes é um outro juiz. Uma vez atingido o último grau de jurisdição, o jurisdicionado não

16 CAPELETTI, Mauro. *Repudiating Montesquieu? the expansion and legitimacy of “constitutional justice”*. Catholic University Law Review, Vol. 35, 1985, p. 32. Tradução de Vamos condenar as decisões judiciais que estão em nossas percepções erradas. Mas sejamos conscientes de que há um vale e uma legitimidade de uma instituição cuja própria razão de ser é a de controlar o poder político e para nos proteger contra o exercício abusivo desse poder.

17 APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 1. ed. 4. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2007. p. 71.

18 Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 42

tem mais nada que esperar, pelo menos no interior do sistema que assim se fechou¹⁹.

Ainda que muitas sejam as críticas à forma de atuação dos juízes na contemporaneidade, a experiência tem demonstrado que o Estado Democrático de Direito não funciona sem uma justiça constitucional, que geralmente é incumbida da realização dos conteúdos notadamente essenciais e principiológicos, face a sua carga valorativa²⁰, por isso, pois, a concretização dos direitos fundamentais necessita da interpretação dos mesmos. Portanto, a crítica que a atribui à jurisdição acusando-a de ilegítima na sua atuação interventiva e concretizadora dos conteúdos constitucionais deve estar consciente do empecilho que tal enfrentamento constitui na tentativa de dar vida a estas normas:

Uma jurisdição constitucional ativa no controle do processo político não deve ser vista como uma restrição ilegítima da soberania popular. Sem dúvida que o ativismo judicial no controle da constitucionalidade importa em uma limitação da democracia. Entretanto, uma democracia constitucional como a brasileira, caracterizada pela convergência entre o elemento democrático, o elemento moral substantivo e o elemento judicial, converte a jurisdição constitucional em uma das formas de expressão da soberania popular²¹.

Visando solucionar o impasse entre a necessidade de concretização de direitos e o perigo de se depositar a solução da vida política e social de uma comunidade a um único poder, tende-se a buscar a construção de uma jurisdição constitucional atuante, democratizando-se seu papel na sociedade.

O processo de democratização do Poder Judiciário não se insere somente na criação de controles democráticos das atividades que não sejam jurisdicionais, ao contrário, vai mais além, já que, se trata também de um processo de desmistificação do sistema judicial, portanto, de transparência e simplificação das suas atividades²².

A teoria da interpretação de uma sociedade, que se apresenta fechada, reduz o espaço para a interpretação, pois ficará apenas no âmbito do Poder Judiciário e nos procedimentos formalizados. O direito deve buscar uma teoria que considere a Constituição, bem como a realidade Constitucional. Para tanto, necessita da incorporação das ciências sociais, das teorias jurídico-funcionais e de métodos hermenêuticos que despertem o interesse e sejam voltados precisamente ao

19 RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução de Ednir Missio. São Paulo, : Martins Fontes, 2003, p. 260.

20 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 99.

21 MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 186.

22 CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. *A Democratização do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 36-38.

entendimento dos cidadãos na realização do bem-estar de todos²³.

O ideal, segundo Häberle, para a concretização das normas constitucionais, é que o processo de interpretação e de concretização se desse em sentido lato (por todos os que vivem a Constituição e, por isso, são seus legítimos intérpretes) e estrito (pelos órgãos jurisdicionais). Reconhecendo a importância das duas no processo de concretização da Constituição, ele chama atenção, contudo, ao risco que ficar adstrito apenas às formas tradicionais no sentido de enrijecer a Constituição ao pluralismo cultural, estratificando seu próprio desenvolvimento. Por isso, devem a interpretação em sentido lato e em sentido estrito coexistir, muito embora considere a segunda de maior importância, pois deve essa considerar a primeira no seu processo interpretativo. Assim, maior será a legitimidade da decisão proferida pela jurisdição caso esteja condizente com a interpretação feita pelo círculo aberto, ou seja, a interpretação em sentido estrito deve atuar como um espelho, pois deverá refletir a interpretação lata. No entanto, sempre subsistirá à jurisdição constitucional fornecer a última interpretação da Constituição que, para ser legítima, deve estar de acordo com a primeira²⁴.

De fato, toda atuação judicial, para ser legítima, deve estar em consonância com os valores democráticos; portanto, a criatividade judicial encontra limites formais constitucionalmente positivados. Interessa ao Estado de Direito discutir sobre a função, legitimidade e limites do Poder Judiciário. A experiência histórica demonstra a necessidade de lutar contra a concentração exacerbada de poder nas mãos de um único homem, de um único órgão ou instituição; portanto, não há outro caminho senão buscar-se a democratização do Poder Judiciário.

O conceito de independência dos poderes tem, por sua vez, no constitucionalismo democrático, outros contornos, pois pode tratar da independência de um com relação aos outros, mas todos estão atrelados à realização dos direitos fundamentais:

En su origen la independencia judicial aparece íntimamente ligada al principio de división de poderes. Pero inicialmente la independencia se predica de *todos* los poderes, especialmente del Legislativo y del Judicial respecto al Ejecutivo. En este momento, la independencia tiene su razón de ser en sí misma. Se trataba de garantizar la independencia recíproca de órganos provenientes de soberanías distintas. En su base, cada poder obedece a una diferente legitimidad, monárquica en un caso, democrática en el otro, y a una diferente realidad social, esto es, cada poder constituye la expresión de una clase social distinta. En la actualidad, esta dualidad ha desaparecido, de tal modo que todos los poderes obedecen a una única legitimidad democrática, lo que necesariamente ha incidido en la razón de ser de la independencia, que ya no se justifica en sí misma, sino en la

23 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 11.

24 HÄBERLE. Op. Cit. p. 41-43, passim.

medida en que es necesaria para el adecuado cumplimiento de las funciones propias de cada poder. Además, en el momento actual, y como consecuencia de los partidos políticos, se ha relativizado la independencia *real* entre el Parlamento y el Gobierno²⁵.

No Estado contemporâneo não se pode definir, formalmente, o limite entre o político e o judicial, pois, no estágio atual, a justiça não consegue e nem pode mais ser apolítica. Indiscutivelmente, muitos direitos nascem de uma interpretação judicial e, *posteriori*, vêm a ser positivados na esfera legislativa (por exemplo, a ação de mandado de segurança, poder de polícia, a responsabilidade civil de pessoas jurídicas por atos ilícitos, etc.). Nesse contexto, a distância entre as funções latentes dos poderes constituídos torna-se um tanto paradoxal e utópica. Frente à admissão legislativa, aciona-se o Judiciário; frente à inércia do Executivo, repete-se a mesma situação, pois, normativamente falando, ao Poder Judiciário foi dada a incumbência de ser a última voz para a proteção de um direito.

O Poder Judiciário é o guardião da constituição e do equilíbrio entre os direitos fundamentais e a soberania popular. Por isso os órgãos de representação da soberania popular exercem uma preferência tão somente relativa na concretização constitucional. Ainda assim, é uma preferência legitimada pela moralidade democrático-republicana e pelo valor epistêmico das suas decisões.

Dado o exposto, o questionamento que outrora se devia fazer, não o é, propriamente, se há afronta ao conceito de independência e harmonia e quando o Judiciário intervém com intuito de garantir e de proteger os conteúdos constitucionais e, sim, se o mesmo está preparado para tal tarefa e como podem-se desenvolver meios de controle para que essa atuação seja condizente com o sistema democrático, com os princípios constitucionais e com o clamor social, fruto da necessidade e do anseio dos cidadãos.

Não restam dúvidas de que este é um terreno perigoso, em que a doutrina hermenêutica e constitucional ainda engatinha frente à complexidade e ao volume das demandas, na tentativa de encontrar-se um meio termo entre a discricionariedade arbitrária e a interpretação em conformidade com a Constituição e com a realização de preceitos fundamentais. Uma possível solução a esse aspecto precisa, no mínimo, considerar as peculiaridades brasileiras, como as condições estruturais da população, do governo, da multiplicidade cultural e as discrepantes desigualdades socioeconômicas e culturais, sem referir a falta de comprometimento para com a cidadania e o processo democrático por parte dos cidadãos e dos poderes constituídos:

A garantia dos direitos fundamentais, tanto os liberais e políticos quanto os sociais, depende de um Poder Judiciário ativo e capaz de exercer uma vigilância jurídica sobre o processo político de

25 SANCHES. Maria Navas. *El Poder Judicial y Sistema de Fuentes*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 41.

concretização da constituição. Não é possível nem uma confiança cega na democracia deliberativa, nem uma desconfiança total em relação à política. Uma constituição democrática impõe limites e direção ao processo político, e o controle do respeito desses vetores é tarefa indelegável da jurisdição. Essa é a consequência decisiva da assunção de um regime constitucionalista de exercício da soberania popular, vale dizer, de um regime jurídico-político que retira da esfera de disponibilidade das instâncias de representação popular alguns conteúdos considerados essenciais para assegurar e preservar a existência digna das pessoas e a justiça política da comunidade. Os bens e valores que preenchem o conteúdo dos princípios e direitos fundamentais orientam, predeterminam e limitam o espaço de decisão da democracia deliberativa. No entanto, sem a garantia do recurso à jurisdição constitucional, a predeterminação e a limitação constitucionais do processo democrático seriam inoperantes²⁶.

Em meio aos incansáveis debates entre substancialistas e procedimentalistas²⁷, Hennig Leal²⁸, na conclusão de sua obra, propõe uma coerente fusão entre essas correntes, pois acredita que uma não é necessariamente excludente da outra, antes, pelo contrário, seriam correntes com lógicas integradoras. Em seu ver, a legitimidade democrática pressupõe tanto um elemento formal quanto material, e, não se pode restringir à atuação de um Tribunal (desde que democrática), pois isso implicaria uma restrição à própria democracia. Assim também, não pode a democracia ser tomada sempre a partir de uma perspectiva representativa. Nessa seara, a questão da legitimidade da jurisdição passa não exatamente pela fixação de seus limites, mas propriamente por como deve se dar o controle de conteúdo normativo.

De outra banda, não restam dúvidas de que, para que os cidadãos possam ter voz ativa e efetiva participação, faz-se mister garantir o mínimo de concretização de direitos fundamentais para o exercício democrático. Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, o “povo” se mantém como uma metáfora abstrata sem a devida significância. Nas palavras de Müller: “Por meio da prática dos Humans Rights ele se torna, em função normativa, “povo de um país” de uma democracia capaz de justificação (...)”²⁹.

A conduta ativa do Judiciário, na garantia e efetivação dos direitos fundamentais, pode ser decisiva no fornecimento das mínimas condições de exercício da própria cidadania, fortalecendo o princípio democrático no Estado de Direito. A desmistificação do “mito da separação” (no sentido de não ingerência ou não intervenção) e o

26 MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 185-186.

27 Os primeiros defendendo um papel interventivo do Judiciário em nome da garantia dos direitos fundamentais, e os segundos, aqueles que acreditam que a função maior é a de garantir o processo democrático, onde a concretização dos direitos se dá pela participação dos cidadãos.

28 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

29 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. 3. ed. São Paulo, Max Limond, 2003, p. 63-64.

reconhecimento de que, em uma República constitucional, os valores primordiais compõem o cerne do ordenamento jurídico, como a dignidade humana, são os vetores essenciais que permitem a superação da rigidez do conceito de independência entre poderes. A harmonia pressupõe uma cooperação entre os mesmos para atender às novas exigências da sociedade democrática e pluralista da contemporaneidade.

Nas palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

Ao exigir o respeito às garantias do devido processo legal e das liberdades em geral, o Supremo, além de agir como guardião da Constituição, impede que o Estado Constitucional seja transformado em Estado de Polícia. O cumprimento dessas complexas tarefas, todavia, não tem o condão de interferir negativamente nas atividades do legislador democrático. Não há “judicialização da política”, pelo menos no sentido pejorativo do termo, quando as questões políticas estão configuradas como verdadeiras questões de direitos. Essa tem sido a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual tem a real dimensão de que não lhe cabe substituir-se ao legislador, muito menos restringir o exercício da atividade política, de essencial importância ao Estado Constitucional. Os Poderes da República encontram-se preparados e maduros para o diálogo político inteligente e suprapartidário. Nos Estados constitucionais contemporâneos, legislador democrático e jurisdição constitucional têm papéis igualmente relevantes. A interpretação e a aplicação da Constituição são tarefas cometidas a todos os Poderes, assim como a toda a sociedade. A imanente e aparente tensão dialética entre democracia e Constituição, entre direitos fundamentais e soberania popular, entre jurisdição constitucional e legislador democrático é o que alimenta e engrandece o Estado de Direito, tornando-lhe possível o desenvolvimento, no contexto de uma sociedade aberta e plural, baseada em princípios e valores fundamentais³⁰.

Tal entendimento também é compartilhado por outros ministros que compõem a cúpula judicial, os responsáveis pela guarda da Constituição, e não vislumbram essa ação interventiva como uma invasão de competência e atentado à democracia. Essa assertiva pode ser extraída, por exemplo, do discurso³¹ do Ministro Celso Mello, quando da posse do atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, em que suas palavras se fazem imperiosas ao presente estudo:

Isso significa reconhecer que a prática da jurisdição, quando provocada por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência e pelo abuso, não pode ser considerada - ao contrário do que muitos

30 BRASIL. Superior Tribunal Federal. Discurso proferido em homenagem aos 20 anos da Constituição. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=91856&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>. Acesso em: 15 out. 2008.

31 BRASIL. Superior Tribunal Federal. Discurso proferido pelo Ministro Celso Mello na posse de Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursosCMposseGM.pdf>. Acesso em: 15 out. 2008.

erroneamente supõem e afirmam – um gesto de indevida interferência desta Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República.

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

E, mesmo reconhecendo a importância da separação de poderes e o grande risco à democracia, que conforma a existência de um poder ilimitado, ainda assim, demonstra acreditar que não haverá exercício abusivo quando se tratar de respeitar os preceitos expressos na Carta Magna:

Como sabemos, o sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República (ou daqueles que os integram) sobre os demais órgãos

e agentes da soberania nacional. É imperioso assinalar, em face da alta missão de que se acha investido o Supremo Tribunal Federal, que os desvios jurídico-constitucionais eventualmente praticados por qualquer instância de poder – mesmo quando surgidos no contexto de processos políticos – não se mostram imunes à fiscalização judicial desta Suprema Corte, como se a autoridade e a força normativa da Constituição e das leis da República pudessem, absurdamente, ser neutralizadas por meros juízos de conveniência ou de oportunidade, não importando o grau hierárquico do agente público ou a fonte institucional de que tenha emanado o ato transgressor de direitos e garantias assegurados pela própria Lei Fundamental do Estado.

O que se mostra importante reconhecer e reafirmar, Senhor Presidente, é que nenhum Poder da República tem legitimidade para desrespeitar a Constituição ou para ferir direitos públicos e privados de seus cidadãos.

Isso significa, na fórmula política do regime democrático, que nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição e das leis. Nenhum órgão do Estado - situe-se ele no Poder Judiciário, no Poder Executivo ou no Poder Legislativo - é imune ao império das leis e à força hierárquico-normativa da Constituição. Constitui função do Poder Judiciário preservar e fazer respeitar os valores consagrados em nosso sistema jurídico, especialmente aqueles proclamados em nossa Constituição, em ordem a viabilizar os direitos reconhecidos aos cidadãos, tais como o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, pois o direito ao governo honesto traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania.

É preciso, pois, reafirmar a soberania da Constituição, proclamando-lhe a superioridade sobre todos os atos do Poder Público e sobre todas as instituições do Estado, o que permite reconhecer, no contexto do Estado Democrático de Direito, a plena legitimidade da atuação do Poder Judiciário na restauração da ordem jurídica lesada.

Dos trechos supramencionados, note-se o conhecimento da cúpula do Poder Judiciário brasileiro das questões práticas e teóricas atinentes à sua atuação, ao processo de judicialização da política que enfrenta a sociedade contemporânea, mas, mais ainda, a preocupação de que os direitos fundamentais não fiquem à mercê da atuação ou omissão política dos poderes instituídos, tornando-se meras utopias sociais desprovidas de qualquer força normativa vinculante. Reconhece-se a necessidade de uma atuação democrática, condizente com as novas necessidades da sociedade pluralista, mas extremamente comprometida com a guarda dos preceitos constitucionais, principalmente os que envolvem o núcleo essencial de qualquer direito. Trata-se do novo paradigma do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O papel atribuído à jurisdição, atualmente, não deve possuir a mesma desconfiança atribuída aos juízes em Montesquieu, visto que se outorga ao Judiciário o papel de guardião da Constituição e, conseqüentemente, o de último intérprete na proteção dos direitos dos cidadãos. Sequer se pode pensar em um Judiciário como mero fiscalizador do cumprimento da lei, eis que, com o processo de constitucionalização dos princípios, com a dupla perspectiva dos direitos fundamentais e sua eficácia irradiante, e, essencialmente, a dignidade da pessoa humana como princípio estruturante de todo sistema jurídico, torna-se impossível a aplicação do direito sem um certo construtivismo interpretativo.

A judicialização da política é uma consequência natural da democratização do direito e da tentativa da máxima concretização dos direitos fundamentais, motivo pelo qual um Judiciário mais interventivo não fere a democracia se, no exercício de sua função, fizer valer os preceitos constitucionais; antes, pelo contrário, reforça o regime democrático na medida em que não permite o desrespeito aos direitos fundamentais. Caso o Poder Judiciário se negue a assumir tal postura, estará colocando em risco os bens jurídicos que lhe cabe preservar através da outorga da soberania popular.

Assim, acredita-se que, através do comprometimento mútuo dos poderes instituídos, acrescido da participação popular no exercício de uma cidadania plena e de aperfeiçoamento democrático, tenha-se o cenário propício à concretização dos anseios populares expressos na Carta Magna. Contudo, até o aperfeiçoamento necessário desses institutos, não há como os direitos fundamentais ficarem inertes, como meras figuras decorativas de cunho essencialmente filosófico, para não dizer utópico. Tal tarefa incumbe, sim, à jurisdição constitucional enquanto guardião da Constituição, pois a exigência do devido respeito a esses preceitos é indispensável ao Estado Democrático, ainda que isto implique uma releitura da própria separação de poderes.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 1. ed. 4. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Discurso proferido em homenagem aos 20 anos da Constituição. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=91856&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>>. Acesso em: 15 out. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Discurso proferido pelo Ministro Celso Mello na posse de Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2008.

CAPELETTI, Mauro. *Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of "constitutional justice"*. Catholic University Law Review, Vol. 35, 1985.

CAPELETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.

Porto Alegre: Fabris, 1999.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. *A Democratização do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998

CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e separação de poderes..* In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. Tradução Maria Luiza Carvalho. Rio de Janeiro: Renan, 1999.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea*. Uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. 3. ed. São Paulo, Max Limond, 2003.

KAUFMANN, Arthur. *Hermenêutica y Derecho*. Colección filosofía, derecho e sociedad. Tradução de Andrés Ollero y José Antonio Santos. Granada: Comares, 2007.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Os direitos fundamentais e os limites entre democracia e jurisdição constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução de Ednir Missio. São Paulo, : Martins Fontes, 2003.

SANCHES, Maria Navas. *El poder judicial y sistema de fuentes*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA: UM OLHAR REFLEXIVO SOBRE A NECESSIDADE DE PREVENÇÃO À VIOLÊNCIA COMO POLÍTICA PÚBLICA

Daniela Richter¹

Daniele Karnop²

Rosane B. Mariano da Rocha Barcellos Terra³

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade encontra-se em uma árdua luta pela defesa dos direitos transgredidos pela denominada “violência de gênero”; e, nesse sentido, será discutido acerca das várias formas de violência existentes. Trata-se da análise da violência doméstica e familiar praticada contra a mulher que, até o ano de 2006, estivera desprovida de uma proteção legislativa específica. Com o intuito de punir, prevenir e erradicar a violência contra a mulher, após muitos anos de espera e de propostas informais pela busca da sobredita legislação (voltada a esta política preventiva e repressiva), enfim foi sancionada pelo Presidente da República a Lei n. 11.340/2006, que estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres vítimas das mais diversas formas de agressão em ambiente intrafamiliar.

A nova legislação foi publicada em 07 de agosto de 2006, entrando em vigor aos 22 de setembro daquele mesmo ano e passando a ser comumente chamada de Lei Maria da Penha. A referida lei acabou por provocar um misto de expectativa, alegria e alívio, e com ela deu-se início a um tratamento mais rigoroso aos delitos de violência doméstica mediante repressão mais eficaz aos agentes perpetradores de agressões contra o sexo feminino. Com efeito, as mulheres-vítimas, num percentual muito elevado, tinham (ou ainda têm) sua integridade física e psicológica comprometida enquanto personagens passivas dessas condutas, ao passo que o autor do fato restava muitas das vezes impune e/ou apenas com uma reprimenda ou intervenção

1 Advogada, Mestre em Direito, Especialista em Direito Constitucional, Professora do Centro Universitário Franciscano – UNIFRA, Santa Maria-RS, Professora da UNISC – Santa Cruz do Sul-RS, integrante do Grupo de Pesquisa de Direito, Cidadania e Políticas Públicas da UNISC. Endereço eletrônico:danielarichter@ibest.com.br

2 Bacharel em Direito pela UNISC Santa Cruz do Sul-RS, endereço eletrônico: daniele_karnopp@yahoo.com.br

3 Advogada, Especialista em Pesquisa Científica, Mestre em Direito, Professora da UNISC e do Centro Universitário Franciscano–UNIFRA, Santa Maria-RS, integrante do Grupo de Estudos de Direito, Cidadania e Políticas Públicas, coordenado pela Prof^ª. Pós-Dr^ª Marli M. M. da Costa, da UNISC. Endereço eletrônico:rosanebt@terra.com.br

policial nas suas residências, local em que aconteciam, a portas fechadas, tais crimes. Essas intervenções serviam muito mais de alerta, de medidas de recomendações, do que efetivamente de um procedimento adequado e amparado em leis específicas verdadeiramente protetivas, ou seja, com o propósito e com a eficácia de combate à barbárie, inegável, intrafamiliar.

Com base nisso, num primeiro momento discutir-se-á a criação da Lei 11.340/2006 e os caminhos que a mesma percorreu até a sua vigência, assim como os mecanismos que interferiram na sua criação, tais como os organismos internacionais, em especial a Organização das Nações Unidas (ONU), que teve papel importantíssimo na caminhada para a criação de uma lei específica para a proteção das mulheres vítimas de agressões; as convenções americanas que, igualmente, foram decisivas para a promulgação da lei no Brasil (e para, além disto, tratar também a respeito das questões referentes à sua (in)constitucionalidade, trazendo apontamentos a favor e contra essa situação).

Após, serão delineados breves contornos sobre a questão das políticas públicas evitadas do viés de que a violência doméstica e familiar deve ser tratada como um problema de saúde pública. E, por fim, pretende-se analisar os desafios desta abordagem, bem como os demais temas correlatos ao assunto. É o que se passa a demonstrar.

2 A LEI MARIA DA PENHA (Lei 11.340/06): SEUS VIESES E PERSPECTIVAS

Inicialmente, cumpre destacar que não será abordada a relação histórica relativa à gradativa importância da lei em comento, (devido aos limites que a este se permeia e, portanto), partindo-se de um conhecimento prévio sobre o assunto. No entanto, será necessária a contextualização do porquê do referido nome.

A Lei Maria da Penha foi criada para dar proteção às mulheres vítimas das agressões perpetradas por seus companheiros. A denominação atribuída à citada lei ordinária surgiu como forma de homenagear Maria da Penha Maia Fernandes que, em 29 de maio de 1983, fora vítima de uma tentativa de homicídio após várias cenas de agressões e humilhações a que fora submetida por seu marido Marco Antônio Heredia Viveiros. Convivendo com inúmeros anos de sofrimento em sua vida conjugal, marcada por agressões físicas e morais, a vida de Maria da Penha quase fora interrompida em virtude das graves lesões das quais a vítima restou, inclusive, paraplégica.

Foi Maria da Penha que empunhara a bandeira da luta em relação à violência contra a mulher, já que representava o ícone de atrocidades do autor das agressões, seu marido, um professor universitário (situação esta que de pronto evidencia que o problema da violência doméstica praticada contra a mulher ultrapassa as fronteiras das classes sociais, estando presente em todas elas, não respeitando sequer o grau

de intelectualidade)⁴.

Devido à demora no trâmite do processo penal, a vítima recorreu a um órgão integrante da Organização dos Estados Americanos (OEA), qual seja, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que determinou a condenação do Estado Brasileiro em uma indenização no valor de 20 mil dólares em favor de Maria da Penha, responsabilizando ainda o Estado por negligência e omissão no tocante ao tema da violência doméstica, considerando a injustificável demora naquele feito envolvendo Maria da Penha, já que apenas no ano de 2002 o processo teve seu fim, com a prisão do agressor pela prática de tentativa de homicídio⁵.

Por se dirigir a uma corte internacional de justiça, o caso Maria da Penha não se transformou apenas em mais um marco na história judiciária brasileira. Para além disso, serviu de base para que se iniciasse a luta contra a violência doméstica em qualquer nível social. E a observação em pauta faz-se relevante na medida em que destaca a classe social do agressor. Novamente, repisa-se, nesse aspecto, a evidência de que a violência não se restringe às classes menos favorecidas, conforme preceitua o senso comum; ela está, ao revés, presente em diferentes contextos, independentemente, inclusive, do nível de formação do agressor (no caso que deu origem à lei, um professor universitário).

Até a criação da Lei Maria da Penha, a violência contra a mulher nunca despertara grandes preocupações por parte do legislador, nem da sociedade, que acabava por não intervir em assuntos domésticos (e ainda o faz). Ao legislador, a crítica, pois ele, até então não tinha se proposto a criar uma norma específica para que os direitos das mulheres fossem atendidos e as mesmas deixassem de ser vitimadas, passando a ter voz ativa na relação e defendendo-se das ameaça e agressões sofridas⁶. Até então a mulher vinha sendo tratada de forma desigual; mas, com a intenção de acabar com essa discriminação contra a mulher, surgiu a Lei Maria da Penha.

Salienta-se que os avanços trazidos pela nova lei são inúmeros, como a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – JVDfMs –; a notificação pessoal da vítima quando da prisão do acusado, assim como de sua soltura; as medidas de afastamento, que protegem a vítima de uma nova agressão, afastando o agressor do lar comum; e, como destaca Dias⁷, a novidade trazida pelo art. 45 da lei, ou seja, a previsão do comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação, visando a uma mudança de comportamento daquele que pratica o crime sem entender o caráter criminoso de seu agir⁸.

Até o surgimento da propalada lei de defesa das mulheres, somente existiam os

4 SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha 11.340/06*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 30.

5 DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.14.

6 Idem, p.21.

7 DIAS, Ibidem, p.26.

8 DIAS, Ibidem, p.25.

Juizados Especiais Criminais – como já referido – para tratar dos crimes de violência doméstica; além de não especializados no assunto, caíram de paraquedas no tema, criando a expectativa de que a mulher ganharia maior proteção. Infelizmente, não foi o que ocorreu, uma vez que o legislador acabou não se preocupando com a integridade física da pessoa humana quando condicionou à representação as lesões corporais leves e as lesões culposas⁹. Como ressalta Dias¹⁰, “omitiu-se o Estado da sua obrigação de punir, transmitindo à vítima a iniciativa de buscar a pena de seu agressor”.

A Lei 11.340/06 chegou em momento oportuno, aumentando o enfoque para os direitos das mulheres. Passou-se a dar mais importância à questão da violência contra as mulheres e cobrar-se uma maior efetividade na punição dos agressores. Era preciso, com efeito, um instrumento mais eficaz e específico de proteção à vítima. Nesse aspecto, Dias¹¹ chama a atenção para a ideia de que

chegou o momento de resgatar a cidadania feminina. É urgente a adoção de mecanismos de proteção que coloquem a mulher a salvo do agressor, para que ela tenha coragem de denunciar sem temer que sua palavra não seja levada a sério. Só assim será possível dar efetividade à Lei Maria da Penha.

A própria mulher acabou desacreditando na eficácia dos Juizados Especiais Criminais, muitas vezes deixando de denunciar o seu agressor pautada na descrença do “não vai dar nada” e de que o agressor sairia impune e, na próxima oportunidade, a agrediria novamente. E é essa fatalidade que a Lei Maria da Penha quis modificar. Quanto mais mulheres recorressem à denúncia dos abusos sofridos, mais força a lei ganharia, tornando-se assim mais eficaz. Caminho longo, portanto, o percorrido pela lei até ser concretizada, mas que, para tanto, não se nega, ganhou maior força com a influência dos órgãos internacionais como já exposto, sendo partir de agora tratado de forma específica.

3 A INTERFERÊNCIA DA ONU E DE OUTROS ORGANISMOS INTERNACIONAIS PARA A CONCRETIZAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

Conforme referido, quando da previsão das manifestações da ONU no que tange ao cenário da violência contra a mulher, possível aferir que foi somente a partir de 1985 que o Brasil começou a ratificar importantes tratados internacionais. Em 1º de fevereiro de 1984 o país subscreveu a chamada Convenção da Mulher, ou Convenção CEDAW¹²; mas somente com a “Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos”, em 1993, em Viena, a violência contra a mulher foi definida como forma de violação dos direitos humanos fundamentais. A violência de gênero recebeu, inclusive, uma declaração sobre a eliminação da violência contra a mulher, editada

9 DIAS, *ibidem*, p. 22.

10 DIAS, *ibidem*, p. 22.

11 DIAS, *ibidem*, p. 26.

12 Decreto 4.377/2002.

pela Assembleia Geral da ONU, em 20 de dezembro de 1993, como explica Teles e de Melo¹³:

nessa declaração, a Assembléia [sic] Geral reconheceu que essa violência era uma manifestação da histórica desigualdade de relações de poder entre mulheres e homens, nas quais as mulheres eram especialmente vulneráveis, e que a violência contra a mulher era um obstáculo para o implemento da igualdade, desenvolvimento e paz.

Citam as doutrinadoras que no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), antes da edição da Convenção do Belém do Pará, outros documentos importantes também foram criados com vinculação à violência contra a mulher, a exemplo da “Consulta Interamericana sobre a Mulher e a Violência de 1990”, ou a “Declaração sobre a Erradicação da Violência contra a Mulher”; documentos inovadores na área da violência de gênero, embora sem a mesma força jurídica dos tratados internacionais¹⁴.

A própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta em seu texto artigos que demonstram a aplicação imediata dos tratados internacionais, conforme regram os §1º e §2º, do art. 5º da Constituição Federal, segundo os quais os direitos enunciados em tratados internacionais têm aplicabilidade imediata e natureza de norma constitucional. As normas previstas nesses dispositivos, assim que aprovadas pelo Legislativo, sancionadas pelo Presidente da República e promulgadas, começam a fazer parte das leis ordinárias; ou seja, tratadas como se leis nacionais fossem. O problema é que a Constituição não rege diretamente a recepção de um tratado internacional pelo direito interno, o que depende de um procedimento formal resultante de ato do Poder Executivo e do Poder Legislativo de aprovação da celebração do tratado (CF, artigos 84, inciso VIII, e 49, inciso I).

Foi com a Emenda Constitucional n. 45/2004¹⁵ (que criou o § 3º do art. 5º da Constituição Federal), que ocorreu a constitucionalização das convenções e dos tratados internacionais sobre os direitos humanos. A partir de então o Congresso Nacional passou a poder incorporá-los (os tratados) ao direito interno com *status de* legislação ordinária nos termos do artigo 49, inciso I, da Constituição Federal, ou com *status* constitucional, de acordo com o art. 5º, § 3º da Carta, dependendo do *quorum* de aprovação.

Percebe-se que existe uma certa divergência doutrinária acerca da hierarquia dos tratados. Mas, segundo Piovesan¹⁶

13 TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002, p. 66.

14 TELES, *ibidem*, p. 67.

15 Emenda 45/2004 - criou o § 3º do art. 5º da Constituição Federal.

16 PIOVESAN, Flávia. A. *Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988*. In: KATO, Shelma Lombardi de (Coord.). *Manual de Capacitação multidisciplinar*. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, 2006, p. 09.

em face do disposto no § 3º do art. 5º da CF, os tratados possuem hierarquia constitucional, pois a Constituição atribui aos direitos internacionais referentes a direitos humanos natureza especial e diferenciada de norma constitucional. Para obterem *status* de emenda constitucional estão sujeitas a votação especial, ou seja, necessitam passar pelo procedimento do § 3º do art. 5º da CF. Porém, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais por força do art. 5º, § 2º da CF.

Para Flávia Piovesan, não seria correto que os tratados aprovados antes da nova exigência de aprovação especial fossem recepcionados como lei federal, uma vez que todos os tratados de direitos humanos devem ter natureza constitucional, seja apenas materialmente (ratificados com aprovação simples) seja material e formalmente (ratificados com aprovação especial de emenda constitucional). O fato é que é possível depreender que a Lei Maria da Penha tem natureza constitucional, porquanto veio regulamentar direitos assegurados em nível internacional, ratificados pelo Brasil mediante tratados sobre direitos humanos.

No mesmo sentido Rezek¹⁷ salienta que

é sensato crer que ao promulgar o § 3º do art. 5º da CF, através da Emenda Constitucional 45, sem nenhuma ressalva aos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional.

No Brasil, um dos primeiros marcos efetivos sobre a violência contra a mulher foi a “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher”, - já anteriormente referida - adotada pela Organização das Nações Unidas em 1994, e que já no seu artigo 1º conceituou a violência contra a mulher. Foi ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995, trazendo como objetivo principal preservar os direitos humanos das mulheres.¹⁸

Ademais, verifica-se que a Lei Maria da Penha, em verdade, veio dar início à efetivação de um compromisso constitucional já ditado pelo próprio artigo 226 da Constituição Federal de 1988, que registrara que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do estado”, ou, ainda, no § 8º do mesmo artigo, enunciando que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Na ementa da lei, além da previsão do atendimento dessas normas constitucionais, foram citados objetivos expostos nas convenções internacionais, de eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres; especialmente a Convenção

17 REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10 ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 103.

18 DIAS, *ibidem*, p.29 e 33.

Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.¹⁹ Tal referência visou atender à recomendação da Organização dos Estados Americanos (OEA) quando da condenação imposta ao Brasil em razão da problemática vivida por Maria da Penha Maia Fernandes, o que gerou uma nova perspectiva em relação aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, esperando que se tornassem mais eficazes.

Assim, vejamos a questão da constitucionalidade da lei, em comento.

4 A SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a todos o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Sendo assim, quando verificada a desigualdade (na hipótese do presente estudo, das mulheres), as ações positivas constituem o meio mais eficaz de se alcançar a igualdade. Somente uma ação positiva suficientemente proporcional, e que não produza dano desproporcional a terceiros, será constitucional e poderá implantar-se com êxito na sociedade atual²⁰. E, nesse particular, a Lei Maria da Penha é feliz exemplo de uma ação afirmativa implantada no Brasil a favor das mulheres, gênero discriminado em várias questões, principalmente no meio doméstico e familiar.

No início (e para alguns até hoje) verificou-se uma certa resistência quanto a sua aceitação, surgindo os defensores da inconstitucionalidade da norma alegando desigualdade familiar por ela deflagrada. Da mesma forma, foi levantada a questão de que só a figura feminina seria beneficiada e que tal benefício afrontaria o princípio da igualdade. Porém, como aponta Maria Berenice Dias, nenhum questionamento dessa ordem foi levantado em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente e ao Estatuto do Idoso, que também amparam direitos sociais de pessoas específicas em situações de vulnerabilidade²¹.

De propósito, tais exemplos de leis criadas para a proteção de pessoas que necessitavam de uma maior proteção, como a criança, o idoso e a mulher, somente tentam nivelá-los, procurando igualar os desiguais como medida de justiça; mas bem distante de infringir o princípio da efetiva isonomia, sob nosso ponto de vista.

Como cita Moraes²², “para as diferenciações normativas serem consideradas não discriminatórias, é indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável”, e essas justificativas, para que as mulheres recebam tratamento diferenciado, são inúmeras, a começar pelo fato de que desde os primórdios tem-se a figura da mulher

19 DIAS, *ibidem*, p. 27.

20 BARBOSA, Andresa Wanderley de Gusmão; CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. A Constitucionalidade da Lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://www.eneascorrea.com/news>>. Acesso em: 27 maio. 2009.

21 DIAS, *op. cit.*, p. 55.

22 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 32.

como símbolo de inferioridade e de submissão, comportando-se a figura masculina como seu dono muitas vezes. É justamente por essa vitimização da mulher que se fazem justas as medidas de proteção especiais e específicas, para que se possa, com o passar do tempo, compensar-se de certa forma toda a violência física, psíquica, moral, sexual e patrimonial que a mulher tem experimentado ao longo da história.

Dias salienta que a lei não fere o princípio da igualdade contido no art. 5º da Constituição Federal, pois protege as mulheres vítimas de violência dentro de suas próprias residências.²³ Sendo assim, fica mais difícil haver punição, porque na maioria das vezes essa violência é silenciosa, ocorre no ambiente doméstico e, mesmo que os vizinhos escutem e até presenciem algumas cenas de violência, acabam por se calar; sem perceber, acabam consentindo com esse crime. A autora destaca ainda que a lei não fratura o disposto no inciso I, do art. 5º da CF, uma vez que o tratamento favorável à mulher está explicado por um critério de valoração, garantindo um equilíbrio existencial e social ao gênero feminino.

Dias²⁴ relata que alguns autores têm destacado certos artigos da Lei 11.340/06 como inconstitucionais, a exemplo do artigo 41 que veda a aplicação da Lei 9.099/95 à violência doméstica e familiar contra a mulher. Citando um exemplo usado por Maria Berenice Dias, no caso de um pai provocar lesões leves em seus filhos (um menino e uma menina), se fosse no menino seria competência do Juizado Especial Criminal, tendo o agressor benefícios por ser o delito de pequeno potencial ofensivo; se a agressão fosse contra a menina, constituiria delito doméstico protegido pela Lei Maria da Pena. “Assim, parece que a agressão contra alguém do sexo masculino é menos grave do que a cometida contra uma pessoa do sexo feminino”²⁵. E é por tais razões que Dias cita que existem posições sustentando que quando as vítimas de agressões forem uma de cada sexo, há que se usar a Lei 9.099/95, mas sem deixar de lembrar que quando se tratar de violência doméstica contra o sexo feminino não se aplicam as medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95.

Outro argumento utilizado pelos defensores da inconstitucionalidade, tanto da lei como um todo, quanto de apenas alguns de seus artigos, o fazem dizendo que o art. 41 da Lei 11.340/06²⁶ fere o artigo 98, inciso I, da Constituição Federal²⁷, pois, ao prever a criação dos Juizados Especiais Criminais, delegou às leis infraconstitucionais a tarefa de identificar infrações penais de menor potencial ofensivo.²⁸ Há também

23 DIAS, *ibidem*, p. 56.

24 DIAS, *ibidem*, p. 57.

25 DIAS, *ibidem*, p. 57.

26 Art. 41, da Lei 11.340/06: Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a [Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995](#).

27 Art. 98, inciso I da Constituição Federal: A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

28 DIAS, *op. cit.*, p. 57.

controvérsias quanto ao artigo 33 da mesma lei²⁹, uma vez que trata de assunto referente à organização judiciária, entendendo alguns doutrinadores que assim acabou por invadir a competência que é exclusiva dos tribunais, fazendo com que se rompa a independência entre os poderes.³⁰ Porém, defende Dias³¹ que

não há inconstitucionalidade no fato de lei federal definir competência. Ao assim proceder, não transborda seus limites. Nem é a primeira vez que o legislador assim age. Situação semelhante já ocorreu quando foi afastada a incidência da Lei dos Juizados Especiais no âmbito dos crimes militares. Também a Lei 9.278/1996, ao regulamentar a união estável, definiu a competência do Juízo da Vara de Família.

Portanto, nesse momento o importante é voltar as atenções para a efetividade da lei, em conseguir torná-la o mais rápida e eficaz possível e não discutir se alguns de seus artigos são inconstitucionais (ou ela própria). Como bem salienta Pereira, “assim, indiscutível sua constitucionalidade, devemos concentrar esforços para garantir sua operacionalidade”³².

Acredita-se que a violência contra a mulher não está caracterizada somente dentro do lar, pois existem vários tipos de violência cometidos em lugares distintos. Aliás, a violência contra a mulher pode apresentar-se tanto na forma física quanto na sua expressão psíquica, emocional, que por muitas vezes acaba trazendo mais prejuízos emocionais do que a própria dor física; e é, nesse sentido, que adiante será abordado de que maneira as políticas públicas são pertinentes ao caso, e como se faz importante tratar a questão da violência doméstica como um problema de saúde pública.

5 A NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO À VIOLÊNCIA

Assevera-se que o problema da violência doméstica e familiar contra a mulher não é, nem de longe, fácil e rápido de ser resolvido. É, isso sim, um assunto muito complexo e delicado que requer cuidados especiais. Afirma-se que para diminuir a violência contra a mulher ou, quem sabe, erradicá-la algum dia, é preciso vontade política e o compromisso com a saúde pública. De nada adianta falar sobre o assunto, discutir sua importância e não tomar nenhuma providência. Nesse particular, a partir da década de 1980 as mulheres vítimas de violência resolveram denunciar seus agressores saindo às ruas, fazendo passeatas, criando um estímulo para aquelas que temiam os maridos e calavam-se diante da situação de violência (ou mesmo não

29 Art. 33 da Lei 11.340/06: Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

30 DIAS, op. cit., p. 57.

31 DIAS, ibidem, p. 58.

32 PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *O Ministério Público e a Lei Maria da Penha*. Fortaleza: Leis e Letras, 2007, p. 29.

se mostravam por vergonha, muitas vezes). Para tanto, foram criados serviços de apoio jurídico e psicológico às vítimas, por meio de centros de apoio à mulher vítima de violência, a exemplo do “SOS” e dos “Centros de Defesa”.³³

Antes mesmo de a Lei Maria da Penha existir já se buscava incorporar o problema da violência contra a mulher dentro das políticas públicas, conseguindo-se assim ajudar a vítima em uma extensão mais ampla com o apoio de todos os poderes, efetivando-se a proteção da mulher agredida.³⁴ Como abordam Costa *et al.*, as políticas públicas são o alicerce da dignidade da pessoa humana, a que não impõe apenas um dever de respeito do Estado, mas também condutas positivas que efetivem e protejam a dignidade dos indivíduos. Assim, além de zelar pela dignidade humana, busca-se a paz, a não agressão, a integridade física, moral e psíquica.³⁵

Dessa forma, tem-se o desenvolvimento de um pensamento coletivo para a não violência, em razão do princípio do respeito à dignidade da pessoa humana. Afinal, sendo a família a base de tudo, uma vez ocorrendo a violência no núcleo familiar, não se terá nem de longe a ideia de uma vida digna e respeitosa. Ressalta-se, nesse aspecto, que se nem mesmo dentro do lar conjugal existe respeito à dignidade, dificilmente será encontrada na sociedade.

Embora se tenha a ideia de que a violência doméstica ocorre somente entre marido e esposa ou entre companheiros, ela também abrange crianças, adolescentes, idosos. Como explica Costa *et al.*³⁶

as pesquisas mostram que os atingidos de forma direta pela violência doméstica, na grande maioria, são crianças, adolescentes, idosos e, em menor taxa, os homens. Diz-se de forma direta porque indiretamente toda a sociedade é atingida, haja vista a repercussão social negativa dessa violência.

Pode-se dizer que a violência em si ocorre diretamente contra as suas vítimas; porém, a sociedade como um todo é atingida por essa mesma violência, mesmo que de forma indireta. Partindo-se da premissa de que a agressão é negativa em qualquer meio, toda a sociedade é atingida de uma forma geral. E aí entram as necessárias políticas públicas, já que o problema não é apenas das vítimas, mas sim de todos como sociedade. Assim essa deve cobrar do Estado ações preventivas e políticas públicas eficazes de combate à violência contra a mulher.

Ainda conforme a supracitada autora³⁷,

33 TELES, *ibidem*, p.101.

34 TELES, *ibidem*, p. 105.

35 RITT, Caroline Fockink; SALLA, Danielle de Moraes; COSTA, da Marli Moraes. A dignidade da pessoa humana e as políticas públicas no direito brasileiro. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1994, p. 35.

36 COSTA *et al.*, *ibidem*, p. 37.

37 COSTA *et al.*, *ibidem*, p. 37.

as políticas públicas são as respostas que os governos dão, por meio de seus dirigentes, aos problemas que possuem caráter de demanda coletiva. Os dirigentes políticos somente terão sensibilidade se não forem afetados unicamente pelas relações de poder, mas, também, se partirem de outra fonte de influência, qual seja a consideração da dignidade que é intrínseca de cada ser humano, como critério máximo para a formulação das políticas públicas.

A sociedade, preocupada com as vítimas da violência, passou a fazer um apelo para que a violência doméstica seja reconhecida como um problema de saúde pública. Com efeito, é importante analisar se realmente a violência contra a mulher afeta totalmente a sua saúde (se não a física, a mental), sendo medida certa a se adotar que a mulher possa receber a atenção necessária nestes casos, ser acompanhada por médicos, psicólogos, assistentes sociais; enfim, ser atendida por uma equipe de profissionais que possam dar todo o apoio necessário à sua reintegração física e psíquica. Porém, não é o que acontece nos casos concretos ou, como destacam Teles e de Melo³⁸,

todo o atendimento tem se preocupado mais com o crime e suas provas cabais do que com as pessoas envolvidas, que passam a ter importância secundária. Setores como educação, saúde e assistência social passam ao largo da violência contra as mulheres, da compreensão das relações desiguais de gênero, raça/etnia e suas implicações na execução satisfatória das ações políticas.

Importante ressaltar que a ideia de se criar políticas públicas deve partir da vontade política, não apenas como forma de remediar o que já ocorreu, mas principalmente como forma de prevenir, evitar o que pode acontecer, apoiando-se na educação que, certamente, é a base. E essas políticas públicas devem centrar-se basicamente na ideia da dignidade humana³⁹.

Ocorre que não se está acostumado a “fazer política pública”. Não temos uma cultura voltada a essa iniciativa. Nossa sociedade é ligada ao interesse e não à preocupação com o próximo. E é essa a ideia que precisa ser modificada, criando-se novos paradigmas. Obviamente dever-se-ia, juntamente com os outros meios, proporcionar atendimento jurídico à vítima de violência doméstica, para que ela soubesse o que fazer no caso de agressão, especialmente no que diz respeito ao destino do agressor, evitando a impunidade.

Mas essa revolução foi trazida pelo legislador da Lei Maria da Penha com a intenção de obrigar o país a priorizar políticas públicas voltadas a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, dispondo que essas políticas devem consistir em um conjunto articulado de ações, ou seja, uma integração de ações do poder público envolvendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a serem

38 TELES, *ibidem*, p. 111.

39 TELES, *ibidem*, p. 110.

desenvolvidas no âmbito da sociedade, em âmbito não governamental, portanto⁴⁰. Exemplo disso é o que está solidificado no artigo 8º da Lei 11.340/06, isto é, a ideia de prevenção mediante agregação de todos os poderes; União, Estados, Municípios e Distrito Federal, juntamente com as organizações não governamentais, tentando, entre muitas medidas possíveis, integrar o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública com os órgãos de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação; promovendo estudos e pesquisas acerca da violência doméstica. A intenção não deixa de ser boa (aliás, ótima) se tivesse resultado. Embora a ideia seja a de agrupar todos os entes da federação, em busca do combate à violência, o que se vê, na prática, são ações desordenadas, desenvolvidas principalmente pelos entes municipais de forma isolada ou por ONGs, sem que exista uma integração com o Estado, ao menos visando tornar as medidas de proteção mais abrangentes, assegurando a sua real efetividade.⁴¹

Há que se destacar os papéis importantíssimos que as organizações não governamentais (ONGs) cumprem (ou ao menos tentam cumprir), de amparar a vítima no momento difícil da agressão, prestando à mesma todo o apoio necessário. Apesar de possuírem a melhor das intenções, de ajudá-las, sabe-se que a maioria não conta com recursos cabíveis para efetuar um bom acolhimento às mulheres agredidas. Acabam não tendo uma estrutura adequada, nem possuindo profissionais qualificados para tanto. Felizmente, ainda que em condições precárias, lutam para conseguir cumprir com seus papéis, mesmo sem a ajuda de nenhum dos poderes.⁴²

A falta de interesse político com relação a esses casos salta aos olhos, assim como a falta de políticas públicas realmente eficazes. A polícia e o Poder Judiciário, por exemplo, deveriam ser mais bem preparados para atender a casos de violência contra a mulher, desde o policial que atende a ocorrência, até os profissionais do judiciário, dando o melhor andamento ao processo.

Como salienta Teles e de Melo⁴³,

os setores policiais e judiciário reclamam que as mulheres voltam atrás em suas queixas para continuar ou reatar a convivência com seus agressores. São claras as evidências do despreparo desses setores para lidar com a violência de gênero. Reforça-se assim a discriminação contra a mulher. Esses serviços, de um modo geral, deviam estar preparados para ajudar a mulher a tomar uma decisão madura, autônoma, de maneira a retornar sua vida em condições mais adequadas.

40 SOUZA, op. cit., p. 55.

41 SOUZA, op. cit., p. 56.

42 PEIXOTO, João Antonio M. *Os direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e as políticas públicas de prevenção e repressão aos crimes de violência doméstica no município de Lajeado*. 2006. 157f. Dissertação (Programa de Pós Graduação em Direito-PPGD Mestrado Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas). Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2009.

43 TELES, op. cit., p.111.

A ideia seria capacitar os profissionais para trabalharem o lado emocional das vítimas e não apenas resolverem ali o problema prático pensando ter sido mais um caso apenas, entre tantos outros; mostrar à mulher que a sua vida poderia ser diferente longe da situação de humilhação, das agressões; fazer com que ela se sentisse respeitada e digna de ter uma nova vida. Acredita-se, com efeito, que a real efetividade da lei está na prevenção e na educação: isso seria a base de tudo.

Evidentemente que o intento de se criarem políticas públicas, para resolução do problema da violência familiar contra a mulher, nem de longe é fácil e rápido de ser tornado realidade. É preciso, conforme já citado, vontade política, conscientização da sociedade e investimentos fortes na educação. Assim, cita-se como exemplo a necessidade de as crianças, desde pequenas, serem educadas de forma a repudiar e até mesmo denunciar a situação da violência, pois elas, a partir deste novo paradigma de reverter o caos da violência intrafamiliar, tornam-se esperança de um futuro melhor, principalmente através da educação, no combate à violência.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é inegável referir-se que se vive em uma realidade social com ecléticas situações de confrontos, conflitos e realidades distintas e é nessa realidade que se percebe que as mulheres estão cada vez mais se tornando vítimas de violência, por intermédio das suas mais diversas formas, desde as mais leves, chegando, inclusive, àquelas que a levam à morte em vários casos. Assim, por óbvio, impõe-se reconhecer que não é fácil delimitar o número de mulheres que sofrem essa violência, assim como não é difícil afirmar que esse número é significativamente assustador. O que é incontestável é que não existe um tipo específico, um predomínio de manifestação dessa forma aviltante de violência, pois ela é física, psíquica, entre outras.

Tem-se uma realidade que vem demonstrar que o Estado não se encontra pronto, e estruturalmente apto, a garantir o pleno desenvolvimento e a concretização desses direitos basilares que emolduram a doutrina da proteção ampla. A própria Constituição demonstra a crise pela qual o Estado está passando e corrobora a ideia de que, cada vez mais, sociedade e família devem unir esforços e entrelaçar-se em prol desse intento de repressão e repúdio às formas de violência intrafamiliar. Destaca-se, assim, a viabilidade de se encaixar o delito da violência contra a mulher como um problema de políticas públicas e, para além disso, ressaltar que o Estado deve interagir juntamente com a sociedade para que a vítima tenha uma proteção efetiva contra o agressor.

A violência contra a mulher resta, com base neste estudo e em outros tantos, com supremacia de entendimentos, muitas vezes, comprovada não só por estatísticas, mas também pela observação das atividades policiais e forenses, salientando, de forma contumaz, seu caráter aviltante e de iminente necessidade de receber, cada vez mais, atenção e prioridade na hora de assentarem-se novas políticas públicas eficazes, eis que a criminalidade ocupa significativo espaço no dia a dia, também e especialmente

nos seios das famílias intentados pelos próprios sujeitos que compõem esse contexto. Os crimes de lesões corporais com ameaças são os delitos mais constantes no âmbito da violência doméstica e familiar contra as mulheres. Esses crimes, antes considerados de menor potencial ofensivo, recebiam o tratamento legal previsto pela Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Criminais) e, na grande maioria das vezes, resultava na renúncia do direito de representação por parte da vítima. Isso acarretava a extinção da punibilidade do agressor que, por benefício oferecido pelo Ministério Público, doava cestas básicas ou prestava serviços comunitários a entidades sociais ou privadas.

Essa situação dava, obviamente, estímulo à impunidade e servia de incentivo para o agressor manter-se numa postura arrogante e desafiadora em relação à repressão à violência. Tem-se que a Lei 11.340/2006, intitulada Maria da Penha, tem por objetivo erradicar (ou ao menos minimizar) a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Assim, seguindo uma tendência de construção desses direitos, foi que se demonstrou, igualmente, a peculiaridade de incorporação de Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos, após a incorporação da Emenda Constitucional 45/2004.

Nesse diapasão e em linhas finalizantes, assinala-se que a sanção da norma e a alteração da legislação trouxeram modificações importantes referentes à pena e à competência para julgamento da ação. Assim essa situação passou a ser regida por um novo comando legal, mas que, no entanto, não contempla a possibilidade de guindar a referida lei específica como exclusiva, mas predominantemente penal, restando que a decisão será tomada nestas proporções, e, assim, deixando claro que ela não cria novos tipos penais, mas traz em si dispositivos complementares e de vital eficacibilidade.

E neste desfecho, tem-se a asseverar que a lei em comento não é inconstitucional, haja vista se tratar de uma ação afirmativa que não fere o princípio da igualdade; ao revés, sua fundamentalidade necessita sempre de análise do conteúdo do caso concreto, e essa mesma apreciação é realizada com base na sua vinculação com o Princípio da Dignidade Humana, com as noções de Estado, com o Princípio da Proporcionalidade, dentre outros fatores.

Nesse sentido foi que se examinou o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como diretriz material para a identificação e construção de orientações jurisprudenciais e, por que não, do ativismo da cidadania participativa, eis que, como asseverado, faz-se necessária a implementação de políticas públicas de prevenção à violência, especialmente no que tange à doméstica.

Assim, por tudo que se evidenciou até aqui, afirma-se que a Lei Maria da Penha é sem dúvida um corolário integrante da proteção da pessoa humana, tendo em vista que traduz a possibilidade de as vítimas de violência doméstica estarem sujeitas às normas dessa legislação especial.

Frise-se, nesse passo, que a esperança é de que o direito, representado pelos aplicadores da lei, pelos legisladores, consiga adaptar a aplicação das normas com a realidade, amparando os sujeitos dessa violação de direitos fundamentais especiais, e que, cada vez mais, outras vítimas transformem-se em outras Maria da Penha Maia Fernandes: guerreiras e corajosas, a fim de que esta barbárie chegue a seu final e essas mulheres possam alcançar um viver mais digno em um mundo melhor, sem que isso se traduza em privilégio ou em tratamento desigual.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Andresa Wanderley de Gusmão; CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. A Constitucionalidade da Lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://www.eneascorrea.com/news>>. Acesso em: 27 maio. 2009.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PEIXOTO, João Antonio M. *Os direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e as políticas públicas de prevenção e repressão aos crimes de violência doméstica no município de Lajeado*. 2006. 157f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGD Mestrado Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas). Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2009.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *O Ministério Público e a Lei Maria da Penha*. Fortaleza: Leis e Letras, 2007.

PIOVESAN, Flávia. A. *Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988*. In; KATO, Shelma Lombardi de (Coord.). *Manual de Capacitação Multidisciplinar*. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, 2006.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10 ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

RITT, Caroline Fockink; SALLA, Danielle de Moraes; COSTA, da Marli Moraes. A dignidade da pessoa humana e as políticas públicas no direito brasileiro. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul: EUNISC, 1994.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha 11.340/06*. Curitiba: Juruá, 2007.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

PARTICIPAÇÃO SOCIAL E GESTÃO DEMOCRÁTICA NA EDUCAÇÃO: O NOVO CONCEITO DE CIDADANIA (ATIVA) E AS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS PÓS- CONSTITUIÇÃO DE 1988

Eliane Fontana¹
Suzéte da Silva Reis²

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal brasileira consagrou a educação como direito social fundamental do homem, assegurando mecanismos e instrumentos para garantir a sua efetivação, demonstrando um forte investimento para o fortalecimento da cidadania. Ao elencar a educação no rol dos direitos sociais, em seu art. 6º, o texto constitucional garante à educação o *status* de direito social fundamental, o que impõe ao Estado o dever de efetivá-la. Nesse sentido, as políticas públicas educacionais representam a atuação do Estado.

Não bastasse a responsabilidade pelo oferecimento de uma educação fundamental básica, pública e gratuita a todos os cidadãos, indistintamente, o Estado deve fazê-lo obedecendo a alguns ditames, não ficando adstrito tão somente aos aspectos materiais, como o oferecimento de vagas e contratação de professores. O art. 205 da carta política determina que a educação deve visar à formação integral, preparar para o trabalho e para o exercício pleno da cidadania, o que implica um compromisso com os princípios constitucionais da dignidade humana e da democracia.

Em sendo assim, há que se ter presente que as políticas públicas educacionais devem estar em sintonia com esses dispositivos e, nesse sentido, a educação para a cidadania deve estar comprometida com a formação de cidadãos livres, críticos, responsáveis e comprometidos com a sociedade na qual vivem e da qual fazem parte.

A efetivação do direito à educação implica a atuação do Estado no sentido de promover políticas que garantam sua consecução, atingindo desse modo seu objetivo de redução das desigualdades sociais e de promoção da dignidade da pessoa humana. Portanto, o Estado, que tem função social, deve voltar sua atuação para o cumprimento desses direitos e, em consequência, garantir as condições para

1 Mestranda em Direito e Membro do Grupo de Pesquisas Estado, Administração Pública e Sociedade da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogada. Especialista em Direito Processual Civil e Constitucional. Bolsista da CAPES. E-mail: eliane.fontana@ibest.com.br.

2 Mestranda em Direito e Membro do Grupo de Pesquisas Direito, Cidadania e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogada. Especialista em Direito do Trabalho, Previdenciário e Processo do Trabalho. Bolsista da CAPES. E-mail: suzyreis@yahoo.com.br.

o fortalecimento da cidadania e para a efetivação do princípio da dignidade, sob pena de comprometer o próprio Estado Democrático de Direito.

Um Estado Democrático depende, em grande parte, da participação dos seus cidadãos. Especificamente tratando do direito à educação, a participação é primordial. A gestão democrática na educação, prevista pela Constituição Federal, necessita da participação de todos, governo e sociedade, para que se concretize. Por outro lado, essa participação necessita ultrapassar a esfera formal e, efetivamente, se concretizar.

2 A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NA FORMAÇÃO DE UMA NOVA CIDADANIA E O REFLEXO NA QUESTÃO DA GESTÃO DEMOCRÁTICA DA EDUCAÇÃO

Muito antes do nascimento da democracia, o modelo de sociedade original era formado pela precedência do todo às partes, ou seja, a ideia de sociedade individualista é produto artificial da modernidade³. Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática, na qual não existe mais um soberano, o povo ou a nação, composto por indivíduos que adquiriram o direito de participar direta ou indiretamente do governo, mas apenas o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes, com a sua relativa autonomia diante do governo central⁴.

As principais correntes do pensamento contemporâneo dão centralidade ao papel do direito e da cidadania⁵ na construção de um Estado democrático, na medida em que a visão coletiva da sociedade trouxe a busca não apenas do gozo dos direitos por todos, indistintamente, mas, sobretudo, deu vazão à possibilidade da conquista de novos direitos, como coloca Vieira,

a democracia não é apenas um regime político com partido e eleições livres. É sobretudo uma forma de existência social. Democrática é uma sociedade aberta, que permite sempre a criação de novos direitos [...] Num Estado democrático, cabe ao Direito o papel normativo de regular as relações interindividuais, as relações entre

3 E foi resultante de três eventos que, ao mesmo tempo em que abandonaram a concepção orgânica, determinaram a construção de uma não inserção do viés coletivo em seu cerne. A primeira foi o contratualismo do Seiscentos e do Setecentos; depois, o nascimento da economia política, vale dizer, de uma análise da sociedade e das relações sociais cujo sujeito é ainda uma vez o indivíduo singular, e, por fim, a filosofia utilitarista de Bentham a Mill, que se utiliza de conceitos absolutamente individualistas para fundar uma ética objetivista. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p.34.

4 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p.36.

5 Sobre considerações fundamentais acerca da cidadania, Leal discorre que, a partir de uma perspectiva doutrinária, desde T.S. Marchall, os três elementos articuladores da cidadania moderna seriam os direitos civis, os direitos políticos e os direitos sociais, isto porque eles alcançariam os espaços de atuação mais corriqueiros e fundamentais da cidadania moderna e contemporânea, a partir dos quais há a proliferação de tantos outros direitos quantos as complexas relações sociais vão construindo. LEAL, Rogério Gesta. Esfera Pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. In: *Administração pública compartilhada no Brasil e na Itália: reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, p. 190/191.

indivíduos e o Estado, entre os direitos civis e os deveres cívicos, entre os direitos e deveres da cidadania, definindo as regras do jogo da vida democrática. A cidadania poderá, dessa forma, cumprir um papel libertador e contribuir para a emancipação humana, abrindo “novos espaços de liberdade”⁶.

Passa-se a se identificar a cidadania⁷ com a cidadania passiva, isto é, ser cidadão significa ser sujeito de direitos e deveres; trata-se de uma cidadania civil, extensível a todos os indivíduos – considerados isoladamente – indistintamente⁸. Todavia, ao se evidenciar o possível papel libertador citado no texto acima, a possibilidade de participação dos cidadãos no exercício de decisão pública é chamada de cidadania ativa.

Para Julios-Campuzano, o perfil do cidadão está se transformando,

[..] o *status* jurídico do cidadão está sendo definido, talvez porque o modelo sobre o qual havia se concretizado tornou-se anacrônico. Já não valem as fórmulas abstratas nem as estruturas centralizadas de poder: já não servem os direitos indiferenciados que mutilam as derivações sociais da individualidade. [...] A pluralidade e a complexidade de nossas sociedades e dos processos que se desenvolvem já não são facilmente reconduzíveis ao esquema arquétipo desse estatuto monista da cidadania⁹.

Ocorre que, contemporaneamente, a cidadania tem um papel emancipador mais forte que aquele adquirido na modernidade. As transformações de mundo, políticas, sociais, e jurídicas, fizeram a busca da sociedade – plural e multifacetada – focar num papel protagonista e, evidentemente, mais inclusivo nas decisões públicas que lhe possam atingir.

No tocante à questão da educação, enquanto direito fundamental de natureza social, a possibilidade de receber influxo social, para o melhor atendimento das demandas que lhe afetam, veio após a promulgação da Constituição de 1988. O desenrolar histórico ditatorial por longos anos acabou tolhendo o desenvolvimento de um projeto educacional, tanto no que tange à metodologia adotada quanto aos aspectos relativos à formação – e à avaliação – da carreira dos professores.

Com o processo de redemocratização houve uma pretensa abertura social,

6 VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1998, p. 41.

7 Uma das categorias políticas centrais da modernidade é, sem qualquer dúvida, a cidadania. O cidadão como centro de atribuição de faculdades e imputação de direitos é, certamente, o elemento nuclear da articulação das relações entre política e direito nos Estados nacionais. JULIOS-CAMPUZANO. Afonso de. *Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e direitos humanos*. Col. Direito e Sociedade Contemporânea. Trad. Clóvis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 42.

8 LEAL. Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p.16, rod. 39.

9 JULIOS-CAMPUZANO. Op.cit., p. 44/45.

política e cultural que, em tese, deveria imiscuir-se no processo educacional, na medida em que a inserção do princípio da gestão democrática do ensino foi uma novidade na seara pública do ensino.

Observa Arelaro nesse sentido,

Uma das questões polêmicas na área da educação e que se encontra presente na Constituição Federal (CF) de 1988 é o princípio educacional da gestão democrática. Contraditoriamente, é o único princípio constante da área educacional que teve sua abrangência limitada ao âmbito público, pois, nos termos do artigo 206, item VI, a gestão democrática ficou restrita ao “ensino público, na forma da lei”¹⁰.

Para que haja a realização de um processo democrático é necessário, sobretudo, uma interlocução comunicativa entre Estado e sociedade, onde o cidadão ativo coloca-se como sujeito de direito e participa diretamente no processo de deliberação sobre as demandas sociais - como, por exemplo, na definição acerca das prestações do ensino público, fiscalização ou melhorias -, bem como se insere nas discussões acerca dos problemas sociais, criando possíveis respostas às demandas existentes.

Na realidade houve mudanças acentuadas na educação brasileira, com a aprovação e promulgação da Constituição Federal de 1988, que garantiu uma concepção ampla de educação e sua inscrição como direito social inalienável, bem como a partilha de responsabilidade entre os entes federados e a vinculação constitucional de recursos para a educação. No âmbito das políticas educacionais, destacaram-se, sobremaneira, as modificações de ordem jurídico-institucionais¹¹.

Todavia, o ato legal precursor de tal concepção, veiculado em meados de 1995, sob a liderança do ministro da Modernização Administrativa e Reforma do Estado, Luis Carlos Bresser Pereira, no Primeiro Governo Fernando Henrique Cardoso, é a Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, que “modifica o regime e dispõe sobre os princípios da Administração Pública (...) “ – o de que o “interesse público” não necessariamente é estatal, com a consequente inclusão do conceito de “público não estatal”, pela primeira vez na Constituição Federal; e o segundo princípio, o de que os serviços até então considerados privativos do Estado poderão ser, mediante contratos, transferidos ou “gerenciados” pela iniciativa privada¹².

Ainda há que se considerar as diferenças e dificuldades na realização dessa cidadania como observa Leal:

10 ARELARO, Lisete R. G. Formulação e implementação das políticas públicas em educação e as parcerias público-privadas: impasse democrático ou mistificação política? *Revista Educação e Sociedade*, vol. 28, n. 100- Especial, p. 899-919, out. 2007, Campinas: Centro de Estudos Educação e Sociedade, p. 900.

11 DOURADO, Luiz Fernandes. Políticas e gestão da educação básica no Brasil: limites e perspectivas. *Revista Educação e Sociedade*, vol. 28, n. 100- Especial, p. 921-946, out. 2007, Campinas: Centro de Estudos Educação e Sociedade, p.926.

12 ARELARO, 2007, p. 913.

Quero dizer que a relação democrática entre Poder Público e Sociedade não implica facilidades para um ou outro, pelo simples fato de que – na maioria das vezes – há diferenças abissais entre projetos e concepções de vida, justiça, igualdade, liberdade, etc., fazendo com que cada demanda social se apresente como uma batalha no campo político, econômico, cultural e ideológico. Se este cenário vem marcado por tais relações de complexidade, ao menos ele se apresenta informado por outros inéditos pressupostos, fomentadores de regras axiológicas e deontológicas compromissadas com aquela democracia¹³.

Em tempo, há a necessidade de espaços públicos de participação social onde a comunicação entre Estado e sociedade seja mais limpa, sem a linguagem truncada dos tecnoburocratas. A questão do controle social também passa pela comunicação, que se abre na busca pela transparência na gestão dos bens públicos. A sociedade precisa ser protagonista de sua história; todavia, sem o desprezo dos órgãos estatais.

A modificação de alguns hábitos rançosos contribui, igualmente, para a mudança de paradigma em relação a tal distanciamento, como a uma maior participação do cidadão em audiências públicas, e conselhos já apontam caminhos de possíveis interlocuções. Como expõe Arelaro:

Por outro lado, a definição das políticas educacionais dos diferentes sistemas de ensino – federal, estaduais e municipais- também tem como pressuposto uma ação mais solidária entre as esferas públicas, uma vez que o sistema federativo implica colaboração e distribuição, a mais equitativa possível, de responsabilidades e tarefas entre elas. Esta é a razão por que a elaboração de planos de educação, atualmente, e pelo menos no discurso e na legislação, deixou de ser atividade exclusiva de “especialistas” que, historicamente, manipulavam dados estatísticos e informações em seus gabinetes, para se tornar iniciativa democrática, em que os diferentes segmentos sociais são convidados a se pronunciar e a se envolver na definição das suas diretrizes e prioridades¹⁴.

Com o intuito de apenas buscar uma base teórica que venha auxiliar nesse contexto, tem-se a teoria da comunicação habermasiana, por exemplo, que pressupõe uma rede de processos comunicativos, tanto dentro quanto fora do complexo parlamentar e dos seus corpos deliberativos¹⁵, sustentando a existência de palcos

13 LEAL, Rogério Gesta. *A natureza social do serviço público no Brasil: aspectos introdutórios*. Material elaborado especialmente para o Grupo de Estudos Estado, Sociedade e Administração Pública. Santa Cruz do Sul, 2009, p. 19.

14 ARELARO, op.cit., p. 901.

15 Ao postular um princípio de deliberação amplo, Habermas recoloca no interior da discussão democrática um procedimentalismo social e participativo, estabelecendo uma cunha na via que conduziu de Kelsen a Schumpeter e Bobbio. De acordo com essa concepção, o procedimentalismo tem origem na pluralidade das formas de vida existentes nas sociedades contemporâneas. Para ser plural, a política tem de contar com o assentimento desses atores em processos racionais de

(espaço público) dialogicamente discursivos em que ocorre a formação da vontade e da opinião democráticas¹⁶.

Para Habermas,

A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomada de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural¹⁷.

Significa dizer que é precisamente o fluxo de comunicação que evolui desde o plano da formação da opinião pública, através de discussões racionais orientadas para o entendimento mútuo. A sociedade necessita romper com uma cultura de não participação nas discussões que lhe atinjam, enquanto ao Estado cabe possibilitar mais notoriamente veículos de comunicação com os cidadãos. As experiências históricas demonstram que a condição de participação popular, em que os grupos sociais tiveram a possibilidade de conhecer de perto os dirigentes públicos e com eles discutir ideias, propostas e suas necessidades locais, regionais e nacionais, é que permitiu uma maior definição mais adequada de suas políticas e, em especial, uma maior coerência na sua implementação e na pertinência dos investimentos financeiros¹⁸.

As políticas públicas que orientam a construção dessa perspectiva são – ou deveriam ser – elaboradas para a bem das necessidades sociais- e nesse caso no foco educacional, mais local¹⁹ será o exame social- como assinala Dourado:

[..] assegurar condições políticas e de gestão para o envolvimento e a participação da sociedade civil na formulação, implementação das ações e programas de universalização da educação básica, bem como a melhoria da educação nos diferentes níveis e modalidades, é tarefa dos poderes públicos. No Brasil, dada a natureza patrimonial do Estado, muito há que ser feito, a fim de garantir a participação da

discussão e deliberação. SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia : os caminhos da democracia participativa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.53.

16 LEAL, 2007, p. 182.

17 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Entre facticidade e validade II. 2 ed. vol 2. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.94.

18 ARELARO, 2007, p. 902.

19 Para Hermany, a ideia de novos espaços de poder, com destaque para o espaço local, não acarreta uma absoluta negação das demais esferas, mas uma atenção diferenciada para a existência destes outros espaços que não ficam restritos ao binômio crise do Estado Nacional e ao processo de globalização. Nessa perspectiva, deve ser inserido o poder local, como espaço simples, mas eficaz, de manifestação dos interesses da sociedade e de produção de mecanismos de regulação de controle social legitimados pela participação da população. HERMANY, Ricardo. *Rediscutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: UNISC/IPR, 2007, p. 252/253.

sociedade civil nas políticas públicas, especialmente na educação²⁰.

A globalização do homem e do mundo²¹, para Carducci, não sugere, talvez, uma comunidade universal que compreenda em si mesma todas as comunidades particulares nas quais o conceito de cidadania e a demanda da participação à distribuição dos bens sociais possam estar subordinadas²², mas denota-se um projeto moderno cuja perspectiva é uma cidadania universalista, que possa intensificar de muitas maneiras a aproximação do Estado das necessidades locais, bem como das demandas que evocam as necessidades globalmente reivindicadas pelos cidadãos.

A questão da relação entre Poder Público e sociedade no Estado contemporâneo, notadamente no que tange à questão da cidadania ativa e à interlocução entre Estado e cidadão é foco de discussão em todas as esferas públicas de poder²³. Discorre-se acerca da nova cidadania que possibilita uma maior participação social, através de espaços públicos onde é ouvida a comunidade. Tais ligações podem dar-se através de sindicatos, movimentos sociais, conselhos e outros. Somente com algum grau de ingerência nas deliberações públicas é que, de fato, a sociedade terá interlocução com o poder estatal nas questões que lhe afetam, dando relevo pertinente à complexidade das demandas sociais.

Para que a profusão democrática de ideias se faça fundamental, sobretudo nas questões que afetam a coletividade, não bastam somente oportunidades materiais que promovam a gestão da comunidade, mas, principalmente, fórmulas e práticas de sensibilização e de mobilização dos indivíduos e das corporações à participação, através de rotinas e procedimentos didáticos que levem em conta as diferenças e especificidades.

Não há respostas hígdas para o entrecchoque de questões que povoam as discussões sociais; entretanto, é notório que as respostas aos conflitos não provêm mais exclusivamente das leis, como queriam os liberais, tampouco é possível prever os conflitos aguardando um rol de direitos que possam abranger todas as súplicas sociais.

20 DOURADO, 2007, p.939/940.

21 Sobre a questão da globalização, interessante citar Dawbor, quando o autor coloca que o processo transferiu para o espaço planetário uma série de processos de transformação social e econômica, sem que haja um governo mundial: gera-se assim um amplo espaço de perda de governabilidade, que se manifesta no sistema desenfreado de especulação financeira internacional; na pesca predatória mundial que está exterminando a vida nos mares; no sistema mundial de tráfico de drogas, armas, produtos radioativos e outros, reduzindo no conjunto a capacidade de governo dos Estados nacionais. DAWBOR, Ladislau. *A reprodução social*. III- Descentralização e participação: as novas tendências. São Paulo: Vozes, 2001, p. 19.

22 CARDUCCI, Michele. *Por um direito constitucional altruísta*. Col. Estado Constituição. vol. 2. Trad. Sandra Regina Martini Vial. etal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 37.

23 Dando foco ao Poder Local, reconhecido *locus* público municipal, Hermany declara que o fortalecimento das cidades, isto é, do poder local, constitui-se em estratégia para o desenvolvimento da estrutura globalizada de sociedade. Isso resulta, conforme Borja e Castells (2000), de diferentes aspectos, abrangendo tanto estratégias econômicas e culturais quanto de gestão pública, conforme se verificará, constituindo-se o poder local num importante complemento do espaço transnacional, a partir da convergência socioeconômica. HERMANY, 2007, p. 260.

Só se pode pensar em cidadania ativa a partir de condições objetivas e subjetivas de interação e interlocução com o Estado, para que as pessoas não apenas saibam que existem oportunidades de participação no poder decisional, mas, mais do que isso, que passem a acreditar nessas oportunidades e busquem participar ativamente, considerando que as decisões coletivas devem ser objetivas na busca da concretização do bem comum.

3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS E A GESTÃO DEMOCRÁTICA DA EDUCAÇÃO: TENSÕES E PERSPECTIVAS A PARTIR DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL

A Constituição brasileira, ao incluir a educação como direito fundamental, demonstra a preocupação com a implantação de uma ordem social mais equânime, de modo a aproximar mais da realidade a afirmação de que todos são iguais perante a lei. As transformações ocorridas no universo jurídico do século XX, segundo Bucci, podem ser observadas com as modificações das Constituições que ultrapassaram os limites de estruturação do poder e das liberdades públicas, passando a tratar dos direitos fundamentais em sentido amplo e, mais especificamente, dispendo sobre os direitos sociais²⁴.

Segundo a autora, os direitos sociais “representam uma mudança de paradigma no fenômeno do direito, a modificar a figura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional”²⁵. Em outras palavras, os direitos fundamentais sociais exigem que o Estado atue no sentido de promover os direitos sociais, assegurando a sua concretização.

A educação encontra-se assegurada como direito fundamental social no texto constitucional pátrio, juntamente com o direito ao trabalho, à saúde, ao lazer, à previdência social, entre outros²⁶. Nesse sentido, Bucci destaca que os direitos sociais, também chamados de segunda geração, foram “formulados para garantir, em sua plenitude, o gozo dos direitos de primeira geração”²⁷.

Especificamente em relação ao direito social à educação, pode-se dizer que a mesma é determinante para a efetivação dos demais direitos assegurados ao homem. Para Schulte, a educação engloba “o desenvolvimento cultural da personalidade, a formação profissionalizante, bem como direitos de acesso a pessoas socialmente menos favorecidas a possibilidades de desenvolvimento social e cultural”²⁸. Desse

24 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 02.

25 BUCCI, 2006, p. 02.-03.

26 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000](#)).

27 BUCCI, 2006, p. 03.

28 SCHULTE, Bernd. *Direitos Fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso*. In: SARLET, 2003, p. 303.

modo, a partir da educação é possível acreditar na transformação social e na melhoria da qualidade de vida de todos os cidadãos, pois a mesma se configura em importante ferramenta de garantia de efetivação dos direitos fundamentais.

A garantia de uma educação de qualidade, que prepare para o trabalho e que possibilite o exercício da cidadania, indispensável para a construção de uma sociedade democrática, é disciplinada pelo próprio texto constitucional que estabelece as condições, a organização e a estrutura do sistema educacional, as regras de participação dos entes federados e a elaboração de um plano nacional de educação, elencando os princípios que servirão de base para o ensino (art. 206); a forma através da qual o Estado efetivará o seu dever para com a educação (art. 208); a forma de elaboração dos sistemas de ensino da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 211); a destinação de recursos para o desenvolvimento do ensino (art. 212); e a exigência de elaboração do Plano Nacional de Educação (art. 214).

Em relação à gestão democrática da educação, Cury afirma que a mesma “implica um ou mais interlocutores com os quais se dialoga pela arte de interrogar e pela paciência em buscar respostas que possam auxiliar no governo da educação, segundo a justiça”²⁹. Partindo desse pressuposto, esse modelo de gestão adquire um caráter mais democrático, pois parte da comunicação e do envolvimento coletivo pelo diálogo, em busca da melhoria da qualidade da educação.

A gestão democrática, que tem entre seus princípios a descentralização, a participação e a transparência, encontra previsão no art. 206, inciso VI, da Constituição Federal, e no art. 3º, inciso VIII, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº. 9.394/1996. A mesma Lei, em seu art. 15, prevê que os sistemas de ensino assegurarão às unidades escolares públicas de educação básica que os integram progressivos graus de autonomia pedagógica e administrativa e de gestão financeira, devendo ser observadas as normas gerais de direito financeiro público.

Tanto a Constituição Federal quanto a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional preveem que a administração, partindo da elaboração e chegando à execução das decisões relativas à gestão da educação, deva ocorrer de forma não hierarquizada. Para isso, a participação de todos os envolvidos no processo escolar é essencial. Do mesmo modo, todas as decisões, assim como todas as ações, devem ser de conhecimento de todos.

O Plano Nacional de Educação, em consonância com a Constituição Federal e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, determina que cada sistema de ensino deva implantar a gestão democrática, observando-se o seguinte: em nível de gestão de sistema na forma de Conselhos de Educação que reúnam competência técnica e representatividade dos diversos setores educacionais; em nível das unidades escolares, por meio da formação de conselhos escolares de que participe a comunidade educacional e por meio de formas de escolha da direção escolar que associem a garantia da competência ao compromisso com a proposta pedagógica

29 CURY, Carlos Roberto Jamil. *O princípio da Gestão Democrática na Educação*. In: *Gestão Democrática da Educação*. Brasília: Ministério da Educação, 2005, p. 14.

emanada dos conselhos escolares e a representatividade e a liderança dos gestores escolares³⁰.

Entre os objetivos e as prioridades estabelecidos pelo Plano Nacional de Educação está a democratização da gestão do ensino público, nos estabelecimentos oficiais, obedecendo aos princípios da participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola e a participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes.

Para Bordignon, as diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal, Lei de Diretrizes e Bases da Educação e Plano Nacional de Educação tem suas origens na compreensão de que as instituições públicas pertencem ao público, evidenciando-se sua dimensão de “*res-publica*” e da cidadania como exercício de poder, “superando o paradigma patrimonialista, que considera o bem público como pertencente aos governantes e que dá suporte às políticas centralizadoras e às práticas autoritárias e, ainda, que situa os cidadãos como se fossem súditos”³¹.

O autor vai além e diz que o novo paradigma constitucional preconiza uma educação democrática, emancipadora e cidadã. Para tanto, é necessário que a comunidade escolar participe efetivamente dos conselhos e da gestão escolar, exercendo o seu poder de cidadania. Em relação aos conselhos, o autor afirma que:

Os conselhos de educação no Brasil foram concebidos como órgãos de Estado, no sentido que falam ao Governo em nome da sociedade e buscam preservar a coerência e a continuidade das políticas públicas. O Estado tem o sentido do permanente e representa, nos regimes republicanos democráticos, o eixo condutor e a continuidade da vontade nacional, em face da transitoriedade dos governos. Assim,

30 Dentre os objetivos e metas da gestão, o Plano Nacional de Educação prevê: aperfeiçoar o regime de colaboração entre os sistemas de ensino com vistas a uma ação coordenada entre entes federativos, compartilhando responsabilidades, a partir das funções constitucionais próprias e supletivas e das metas deste PNE; estimular a colaboração entre as redes e os sistemas de ensino municipais, através de apoio técnico a consórcios intermunicipais e a colegiados regionais consultivos, quando necessários; estimular a criação de Conselhos Municipais de Educação e apoiar tecnicamente os Municípios que optarem por constituir sistemas municipais de ensino; definir, em cada sistema de ensino, normas de gestão democrática do ensino público, com a participação da comunidade; editar pelos sistemas de ensino, normas e diretrizes gerais desburocratizantes e flexíveis, que estimulem a iniciativa e a ação inovadora das instituições escolares; desenvolver padrão de gestão que tenha como elementos a destinação de recursos para as atividades-fim, a descentralização, a autonomia da escola, a equidade, o foco na aprendizagem dos alunos e a participação da comunidade; assegurar a autonomia administrativa e pedagógica das escolas e ampliar sua autonomia financeira, através do repasse de recursos diretamente às escolas para pequenas despesas de manutenção e cumprimento de sua proposta pedagógica; estabelecer, em todos os Estados, com a colaboração dos Municípios e das universidades, programas diversificados de formação continuada e atualização visando à melhoria do desempenho no exercício da função ou do cargo de diretores de escolas; definir padrões mínimos de qualidade da aprendizagem na Educação Básica numa Conferência Nacional de Educação, que envolva a comunidade educacional; instituir, em todos os níveis, Conselhos de Acompanhamento e Controle Social dos recursos destinados à Educação não incluídos no Fundef, qualquer que seja sua origem, nos moldes dos Conselhos de Acompanhamento e Controle Social do Fundef, entre outros.

31 BORDIGNON, Genuíno. *Proposta Pedagógica da Gestão Democrática da Educação*. In: *Gestão Democrática da Educação*. Brasília: Ministério da Educação, 2005, p. 05.

os conselhos, enquanto órgãos de Estado, assumem o caráter da permanência, da garantia da continuidade das políticas públicas. Neste sentido, os conselhos foram criados como fóruns da vontade plural da sociedade, para situar estrategicamente a formulação das políticas educacionais acima e além da transitoriedade dos mandatos executivos, mas sintonizados com os movimentos das aspirações nacionais³².

A partir desse enfoque, é possível afirmar que os conselhos situam-se entre a sociedade e o governo, exercendo um papel de mediação. No caso dos conselhos escolares, a sua atribuição é “dizer ao governo (da escola) o que a comunidade quer, o que deseja ver feito, deliberando e aconselhando os dirigentes, no que julgarem prudente, sobre as ações a empreender e os meios a utilizar para o alcance dos fins da escola”³³. Desse modo, ensejando a solidificação de um modelo de escola que contemple a educação prevista constitucionalmente.

A gestão democrática não é um tema novo na pauta de reflexões sobre a educação. Ele decorre de um processo que vem sendo construído desde a década de 1970, especialmente a partir do fortalecimento dos movimentos de luta pela redemocratização. Entretanto, é a partir da Constituição Federal de 1988 que o processo de gestão democrática na educação pública passa a ser visto a partir de uma nova concepção.

De acordo com Cury, esse processo de gestão democrática passa por quatro momentos aos quais ele chama de tensão. Segundo o autor, o final dos anos 80 e o início dos anos 90 representam a primeira tensão com a qual o país passa a conviver e que diz respeito à afirmação do princípio da igualdade a partir das políticas sociais características do Estado de Bem-Estar Social, quando se espera do Estado Social a execução de políticas públicas “concernentes à superação das crônicas e históricas desigualdades, se afirmará Democrático pelo anseio de participação dos grupos e dos indivíduos nos destinos dos campos relativos aos direitos civis, políticos, sociais e culturais”³⁴.

A segunda tensão se verifica a partir da Constituição Federal:

a tensão entre igualdade social e liberdade individual, entre liberdade de mercado e função social da propriedade, entre dever do Estado. Esse choque entre uma tendência igualitária distributiva face à dívida social com papel interventor do Estado e a tendência afirmadora da liberdade de mercado teria, justamente, sua face mais aguda nas fontes dos recursos e no modo de administrá-los. Daí a balança pendendo para a face internacional da economia mundial nas quais sobressaem as temáticas de ajuste fiscal, de estabilização econômica

32 BORDIGNON, 2005, p. 07.

33 Ibidem, p. 08.

34 CURY, Carlos Roberto Jamil. *Gestão democrática da educação em tempos de contradição* In: <http://www.isecure.com.br/anpae>, 2007, p. 05.

e do controle da inflação e dos gastos públicos e que são próprias do quadro econômico internacional que se impunha³⁵.

Na sequência, Cury aponta a terceira tensão como sendo decorrente do aumento da participação da sociedade civil no âmbito das políticas sociais. Essa participação envolve a ocupação dos aparatos burocráticos, até então restritos, e amplifica a expectativa de real participação.

Por fim, o autor apresenta a quarta tensão que emerge das anteriores:

uma expectativa muito alta no sentido da superação das várias formas de discriminação, de desigualdade, e de disparidades regionais e a tentação de esvaziar o caráter desses direitos proclamados ao colocá-los como meros discursos declaratórios de princípios em face das pressões internacionais, da crise fiscal e do controle inflacionário³⁶.

É nesse sentido que a interpretação dos dispositivos constitucionais referentes à educação aponta. Especialmente no que concerne à gestão democrática, é necessário ter clareza quanto à necessidade de uma prática que articule a participação de todos com o compromisso sociopolítico. Todos os envolvidos no processo educacional são convocados e devem participar.

A busca por uma educação de qualidade resume as finalidades da gestão democrática. A participação dos diferentes atores da comunidade escolar possibilita a construção de uma educação mais próxima dos ideais de equidade e de redução das desigualdades. Para Libâneo,

A participação é o principal meio de assegurar a gestão democrática da escola, possibilitando o envolvimento de profissionais e usuários no processo de tomada de decisões e no funcionamento da organização escolar. Além disso, proporcionar um melhor conhecimento dos objetivos e metas, da estrutura organizacional e de sua dinâmica das relações da escola com a comunidade, e favorece uma aproximação maior entre professores, alunos e pais³⁷.

De acordo com o autor, as escolas necessitam da liderança de um gestor comprometido com a qualidade da educação. Do mesmo modo, o gestor deve estar atento às transformações sociais e administrar as contradições oriundas da realidade que circunda a escola pública. A escolha dos diretores, por exemplo, representa um avanço significativo para o modelo de gestão escolar. Diferentemente do modelo em que o diretor era indicado pelo governo e que apenas administrava a partir de determinações estabelecidas pelos órgãos centrais superiores, a escolha dos diretores permitiu uma maior proximidade e um maior comprometimento por parte dos mesmos para com os problemas a serem enfrentados pela comunidade escolar

35 CURY, 2007, p. 06.

36 Ibidem, p. 06.

37 LIBÂNEO, J. C. *Organização e gestão escolar: teoria e prática*. 5. ed. Goiânia: Editora alternativa, 2004, p. 102.

pela qual são responsáveis.

Mas não é apenas a eleição de diretores que caracteriza a gestão democrática. Tem-se uma maior autonomia escolar, com a descentralização administrativa, financeira e pedagógica; a constituição e o funcionamento dos colegiados; e a participação de toda a comunidade escolar na gestão escolar. Somados, esses fatores contribuem para a melhoria da qualidade da educação pública.

Para Cury, a gestão democrática representa um avanço significativo:

A gestão democrática é um princípio do Estado nas políticas educacionais que espelha o próprio Estado Democrático de Direito e nele se espelha, postulando a presença dos cidadãos no processo e no produto de políticas dos governos. Os cidadãos querem mais do que ser executores de políticas, querem ser ouvidos e ter presença em arenas públicas de elaboração e nos momentos de tomada de decisão. Trata-se de democratizar a própria democracia. Tal é o caso dos múltiplos Conselhos hoje existentes no âmbito de controle e fiscalização de recursos obrigatórios para a educação escolar, da merenda e de outros assuntos. Tal é o caso também dos orçamentos participativos em diversos municípios do país. E neste sentido que a gestão democrática é um princípio constituinte dos Conselhos intraescolares como os Colegiados, o Conselho da Escola, os Conselhos dos Professores e outras formas colegiadas de atuação³⁸.

A participação, nesse caso, é condição *sine qua non*, sem a qual a ideia de gestão democrática não germina. Como lembra Bresser Pereira, a democracia implica, além da liberdade de pensamento e de eleições livres, a prestação de contas por parte da burocracia pública, o que possibilita a participação dos cidadãos no processo político. Para o autor, a participação está entre os quatro pilares da democracia, juntamente com a liberdade, a representação e a responsabilização³⁹. Diante disso, se conclui que a participação social auxilia na promoção do fortalecimento da cidadania e é indispensável quando se trata de gestão democrática da educação pública.

O exercício da democracia clama pela participação da sociedade na gestão das instituições públicas e, no caso das instituições escolares, a participação é condição essencial para a garantia de uma educação de qualidade, democrática e cidadã.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho busca analisar a questão do novo perfil do cidadão nessa quadra da história, onde a sociedade tem um papel ativo no espaço público da participação. Com a promulgação da Constituição de 1988 novos e importantes lastros de

38 CURY, 2005, p. 18.

39 BRESSER PEREIRA, Burocracia pública e classes dirigentes no *Brasil*. REVISTA DE SOCIOLOGIA E POLÍTICA Nº 28: 9-30 JUN. 2007, p 28.

democracia surgiram para perfilar as políticas educacionais do país. Não mais sob um regime autoritário, as políticas de gestão da educação passaram – ao menos essa é a finalidade constitucional e de base de lei – a priorizar a voz da sociedade na construção das demandas sociais de ensino.

Os novos atores sociais que surgiram na contemporaneidade, como os movimentos, consórcios e cooperativas, demonstram que da união dos cidadãos pode-se buscar melhores resultados na busca pela satisfação das demandas existentes. No que tange às políticas de ensino, ainda não se encontrou uma maneira de se fortalecer a participação da sociedade nessa busca-mesmo com um norte constitucional que recepciona o tema da gestão democrática de ensino-, estando na prática distante sua implementação – a mercê de críticas–em todos os níveis de ensino, tanto público quanto particular.

O trabalho não busca avaliar tais paradigmas – até porque o espaço destinado não ofereceria tal mister -; todavia, é imperioso realçar que a nova cidadania, baseada na democracia contemporânea, é um caminho enriquecedor para o melhoramento das práticas educacionais de ensino e, por que não, da administração das políticas educacionais do país. Basta saber se há um largo interesse de ouvir a comunidade no tocante às suas necessidades e na gestão das instituições públicas, já que a participação é condição essencial para a garantia de uma educação de qualidade.

Prima-se, diante das demandas complexas da sociedade, e aqui notadamente da questão das políticas de ensino, por um necessário comprometimento de todos – sociedade e Estado – na busca pela realização de uma democracia inclusiva, compromissada e participativa na seara da gestão do ensino do país.

REFERÊNCIAS

ARELARO, Lisete R. G. Formulação e implementação das políticas públicas em educação e as parcerias público-privadas: impasse democrático ou mistificação política? *Revista Educação e Sociedade*, Campinas: Centro de Estudos Educação e Sociedade. vol. 28, n. 100- Especial, p. 899-919, out. 2007.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BORDIGNON, Genuíno. *Proposta Pedagógica da Gestão Democrática da Educação*. In: *Gestão Democrática da Educação*. Brasília: Ministério da Educação, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARDUCCI, Michele. *Por um direito constitucional altruísta*. Col. Estado Constituição. vol. 2. Trad. Sandra Regina Martini Vial. et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CURY, Carlos Roberto Jamil. *O princípio da Gestão Democrática na Educação*. In: *Gestão Democrática da Educação*. Brasília: Ministério da Educação, 2005.

CURY, Carlos Roberto Jamil. *Gestão democrática da educação em tempos de*

contradição. In: <http://www.isecure.com.br/anpae>, 2007.

DAWBOR, Ladislau. *A reprodução social*. III- Descentralização e participação: as novas tendências. São Paulo: Vozes, 2001.

DOURADO, Luiz Fernandes. Políticas e gestão da educação básica no Brasil: limites e perspectivas. *Revista Educação e Sociedade*, Campinas: Centro de Estudos Educação e Sociedade. vol. 28, n. 100- Especial, p. 921-946, out. 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Entre facticidade e validade II. 2 ed. vol 2. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERMANY, Ricardo. *Rediscutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: UNISC/IPR, 2007.

JULIOS-CAMPUZANO. Afonso de. *Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e direitos humanos*. Col. Direito e Sociedade Contemporânea. Trad. Clóvis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

LEAL. Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. Esfera Pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. In: *Administração pública compartilhada no Brasil e na Itália: reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *A natureza social do serviço público no Brasil: aspectos introdutórios*. Material elaborado especialmente para o Grupo de Estudos Estado, Sociedade e Administração Pública. Santa Cruz do Sul, 2009.

LIBÂNIO, J. C. *Organização e gestão escolar: teoria e prática*. 5. ed. Goiânia: Editora alternativa, 2004.

SCHULTE, Bernd. *Direitos Fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso*. In: SARLET, 2003.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E PROPORCIONALIDADE: UMA ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Felipe da Veiga Dias¹
Jorge Renato dos Reis²*

1 INTRODUÇÃO

Dentro da esfera jurídica, vive-se um período de transformações, podendo-se aferir à Constituição (1988) a responsabilidade não somente pelo desencadeamento de uma pluralidade de efeitos no recente Estado Democrático de Direito, mas pelo prosseguimento das alteridades. Justifica-se tal afirmação por diversas características que poderiam ser apontadas, como o modelo de Estado (Constitucional) adotado, a visão do ser humano no centro do raciocínio (princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República) ou a própria proteção dos direitos fundamentais (individuais, coletivos, etc.), como sustentáculo jurídico, irradiando efeitos a todos os campos, e, ao mesmo tempo, conduzindo os poderes públicos ao caminho do bem-estar social.

No entanto, tais razões não se encontram dissociadas e sim conectadas, de forma a contribuir na evolução do país em um sentido amplo, tanto pelo óbvio viés jurídico, quanto no sentido de uma democracia segura, sustentada em fundamentos constitucionais (direitos e garantias constitucionais). Esses alicerces permitem divagações e a flexibilização legal, na medida da necessidade temporal, sem a necessidade de reestruturar novamente o direito brasileiro.

A irradiação dos “poderes” da Constituição é perceptível em todas as ramificações legais. Afirma-se isso com exatidão, tendo em vista que não há parcela do direito dissociada do texto magno, ou seja, inexistente face jurídica isolada, como uma ilha sem contato com a imensidão constitucional³. Assim, retoma-se a compreensão

1 Advogado, Mestrando em Direito Unisc, Pós-Graduado em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito PUC-RS. – felipevdias@gmail.com.

2 Advogado, Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Salerno-Itália, Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da UNISC, Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisas “A Constitucionalização do Direito Privado”. – jreis@viavale.com.br.

3 No sentido de defender uma aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, a autora apresenta sua posição com base no efeito irradiante da eficácia dos direitos fundamentais, CUNHA, Camila Santos da. Os direitos fundamentais sob a perspectiva objetiva e a constituição como ordem de valores: em busca de aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clovis (org.). *Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 107. “Com essa concepção da irradiação da eficácia dos direitos fundamentais, concebendo-os como “eixo gravitacional” do direito positivo, resta mais fácil conceber-se a aplicação dos direitos fundamentais na relações interprivadas, como preceito constitucional que é, deve receber toda proteção do ordenamento, não se pode mais aceitar que

anterior, ao precisar a continuidade das modificações no mundo jurídico, nas suas mais variadas vertentes, conectadas ao direito constitucional.

Dentre os ramos que vêm sofrendo adaptações, poder-se-ia chegar ao ponto de conexão do tema, mais precisamente o direito privado⁴. Embora possa-se mencionar a resistência para aceitar a incursão constitucional dentro deste ramo (defesa da autonomia do sistema privado), por parte da doutrina, durante certo lapso de tempo, atualmente a questão tornou-se mais pacífica (porém, sem que com isso tenham cessado os debates)⁵, de maneira que a discussão passou a ser não o “se” há incidência, mas o “quanto” ou o “momento”. Por esse motivo necessita-se esclarecer certos tópicos, antes de se efetuar a análise principiológica interpretativa desejada.

2 QUESTÕES CONSTITUCIONAIS NO DIREITO PRIVADO

Algumas indagações permearam as aplicações constitucionais dentro do direito privado. Nessa constante adaptação, uma das indagações seria a questão dos direitos fundamentais, mais precisamente quando ambos os envolvidos na lide são detentores de direitos fundamentais, fato que torna conflituosa a alegação dos envolvidos. As disputas entre particulares, quanto aos direitos fundamentais, têm um enfrentamento mais recente, inclusive doutrinariamente falando, pois *a priori* a ótica dada a eles era como direito e defesa (visão essa alargada a partir do advento do Estado Social de Direito), oponíveis somente contra o Estado (o ente de maior poder)⁶, razão pela qual, determinadas normas estão excluídas dos conflitos entre particulares, por servirem apenas ao embate público-particular.

Resta ainda uma gama de normas a serem aplicadas aos particulares, já que devido à dimensão objetiva contida nas normas de direitos fundamentais (dupla dimensão – subjetiva/objetiva)⁷, elas se aplicam a todo ordenamento jurídico, a fim de

em nome dessa autonomia possam os indivíduos estabelecer relações que infrinjam os direitos fundamentais e principalmente a dignidade da pessoa humana”.

- 4 REIS, Jorge Renato dos; WINCK, Enisa Eneida da Rosa Pritsch. O ressurgimento da fênix: o código civil constitucionalizado. REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clovis (org.). *Direitos fundamentais conhecer para exercer, constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Norton, 2007. p. 27. “Como consecratório, a Constituição Federal é uma fonte que exerce uma influência, “tanto direta, através de normas operativas, quanto indireta”, modificando o “espírito informador do Direito”, e mudando os princípios gerais. Sob esta égide, o Direito Privado atual adota uma permanente “perspectiva constitucional”, enquanto a Constituição tem “disposições de conteúdo civilista aplicáveis ao âmbito privado””.
- 5 GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O chamado direito civil constitucional. COSTA-MARTINS, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 185. “Assim, tanto quanto o direito privado – sem exceção de quaisquer das suas disposições legais –, não pode entrar em choque com a Constituição, também a interpretação que dele se faz deve ser conforme à Constituição (...)”.
- 6 Idem. Ibidem. p. 191. “(...) classicamente os direitos fundamentais representavam garantias contra o Estado, impedindo sua intervenção nos âmbitos de liberdades privados (direitos de liberdade de primeira geração), ou, mais tarde direitos a determinadas prestações do Estado (2ª geração). Isto é, representavam direitos subjetivos públicos (oponíveis ao Estado)”.
- 7 CUNHA, Camila Santos da. Os direitos fundamentais sob a perspectiva objetiva e a constituição como ordem de valores: em busca de aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clovis (org.). *Constitucionalismo contemporâneo*:

levar um ideal de ampla proteção aos indivíduos, sem exceções. Nessa disposição, compreende-se a superação do pensamento meramente defensivo dos direitos fundamentais, contra o Estado, elevando-os a um patamar contemporâneo, nas relações interprivadas, como ferramentas dentro da lide.

Desse modo, aprofundando essa discussão, bem como aceitando a premissa da ligação entre direitos fundamentais e particulares⁸ (aderindo a uma parcela considerável da doutrina), há necessidade de posicionamento, quanto à problemática acerca de como se daria a vinculação – direta ou indireta – entre particulares. Diante disso far-se-á breve exposição das duas (principais) teorias, adotando-se uma delas ao final.

Iniciando-se pela teoria da eficácia imediata, a qual conta com pensadores como Hans Carl Nipperdey e Walter Leisner⁹, que entendem que a vinculação entre direitos fundamentais e particulares ocorre de forma direta, sem concessões (tendo em vista que os valores constitucionais são aplicados a todos), de modo que gera determinadas consequências, elucidadas por Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰:

Como consequência dessa concepção, os direitos fundamentais não carecem de qualquer transformação para serem aplicados no âmbito das relações jurídico-privadas, assumindo diretamente o significado de vedações de ingerência no tráfico jurídico-privado e a função de

debates acadêmicos. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 99. “Com base nessa nova ótica sobre a constituição, concebendo-a como ordem de valores, pode-se apontar uma dupla dimensão aos direitos fundamentais: a primeira e originariamente reconhecida dimensão subjetiva, e a segunda conhecida como dimensão objetiva, para a qual a constituição, por retratar os maiores valores de uma sociedade, deve servir de base para todo ordenamento jurídico e para atuação dos poderes, impondo não apenas uma abstenção por parte do Estado, mas dando margem a se exigir prestações positivas visando a atender os valores erigidos ao texto constitucional e a proteger os direitos fundamentais”.

- 8 Pelo afastamento da teoria da negação absoluta, adotar-se-á a premissa da conexão entre o direito privado e a matriz constitucional (principalmente os direitos fundamentais), fundamentando-se juntamente aos autores DICK, Jaqueline Hamester; REIS, Jorge Renato dos. *Direitos fundamentais: delimitações da sua influência no direito privado*. *Revista do Direito*. n. 26. Santa Cruz do Sul: Eunisc, 2006. p. 14 – 15. “Hoje é possível dizer que Teoria da negação absoluta da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais encontra-se absolutamente superada. A discussão hoje existente diz respeito aos limites e efeitos da eficácia de tais normas frente às particulares, sendo defensáveis as teorias da “Eficácia Mediata ou Indireta” e da “Eficácia Imediata ou Direta” dos Direitos Fundamentais, além de outras teorias alternativas baseadas nos “deveres de proteção””.
- 9 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 204 – 205.
- 10 SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. *Revista Jurídica*. ano. 55, n. 352. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 59. Adiciona-se aqui um ponto de vista diferenciado, no qual o autor entende a eficácia direta dos direitos fundamentais, contudo, de maneira semelhante à dada aos princípios constitucionais. GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O chamado direito civil constitucional. COSTA-MARTINS, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 192. “(...) a nossa carta de direitos de 1988 não traz qualquer indicação clara sobre a possibilidade de extensão da eficácia historicamente aceita dos direitos fundamentais. A questão somente se resolve com a noção de direitos fundamentais como princípios e, assim, sem um campo de incidência pré-definido. Não visam somente às relações verticais com o Estado, mas também as “horizontais”, privadas. Lembre-se do caráter de mandado de otimização das normas principiológicas a exigir sempre uma efetividade tão grande quanto o permitido pelas circunstâncias jurídicas e fáticas”.

direitos oponíveis a outros particulares, acarretando uma proibição de qualquer limitação aos direitos fundamentais contratualmente avençada, ou mesmo gerando direito subjetivo à indenização no caso de uma ofensa oriunda de particulares.

Em sentido diverso, encontra-se a teoria da eficácia mediata (indireta), que apresenta o entendimento de que os direitos fundamentais não são diretamente oponíveis entre particulares, sendo necessária uma participação, por assim dizer, seja do legislador diante da ausência normativa ou do julgador aplicando uma interpretação conforme a Constituição. Isso posto, reflete a existência, por parte dos defensores dessa teoria, de uma ideia semelhante à de um doente, ao qual devem ter ministradas as doses constitucionais cautelosamente, sob pena de seu corpo (direito privado) não suportar tais ingestões.

Apesar dos pontos de vista divergentes (será adotada uma das teorias em momento posterior), os defensores das duas fundamentações convergem em um raciocínio singular quanto à teoria dos denominados “poderes privados”. Sinteticamente os teóricos acreditavam que, no caso de um conflito entre particulares, no qual restasse evidente “poder social” por uma das partes, ocasionando de forma semelhante um embate Estado-indivíduo, dever-se-ia utilizar a eficácia direta dos direitos fundamentais, objetivando a proteção do cidadão em posição claramente desfavorável¹¹.

Em situações semelhantes à acima aludida, é imperiosa a harmonização da lide, pela discrepância de poderes. Os direitos fundamentais seriam ofendidos inevitavelmente, fato esse que sustenta a proporcionalização dos vetores e ao mesmo tempo da própria higidez constitucional.

Poder-se-ia ainda comentar que em determinados casos o legislador se encarregou de solucionar alguns desses embates do direito privado, alinhando as normas ao pensamento constitucional, como, por exemplo, ao prever o não cumprimento de cláusulas contratuais abusivas, objetivando guarnecer a parte mais fraca na relação.

Apesar da concordância no tocante aos poderes privados, sobrevém o tema da eficácia, no qual se adotará posição condizente com o raciocínio constitucionalmente orientado, no sentido de auferir aos indivíduos a maior proteção possível, ou seja, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais (ressalvado os casos especiais).

11 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*. ano. 55, n. 352. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 65. “Na base dessa concepção radica a constatação de que, para além dos órgãos estatais (o Estado é apenas uma das fontes de ameaças), os direitos fundamentais dos indivíduos carecem de proteção também em relação aos agentes privados (especialmente grupos empresariais, corporações, etc.) dotados de significativo poder social e/ ou econômico. Nesse sentido, já houve quem sustentasse – com boa parcela de razão – que também aqui nos encontramos em face de apenas mais um aspecto do fenômeno geral que representa a ameaça dos mais fortes sobre os mais fracos”.

Ademais, no artigo 5º, § 1º, da Constituição¹², afirma-se a aplicação imediata dessas normas, sem qualquer restrição ao campo jurídico a ser aplacado (ou restringindo a esfera privada), bem como a supremacia constitucional que se impõe, independentemente das ações do Legislativo e do Judiciário. Ao proteger o cidadão de determinadas situações, tal conduta não impede os efeitos dos direitos fundamentais. Ainda que se compactue dessa linha, compreende-se perfeitamente a defesa de especificação dos efeitos, tendo em vista a complexidade dos próprios direitos fundamentais. Verificações como essa têm importante cunho científico evolutivo, razão pela qual fazem jus à reprodução dos ensinamentos de Jaqueline Hamester Dick e Jorge Renato dos Reis¹³:

De acordo com a categoria de direitos fundamentais em questão, haverá maior ou menor grau de vinculatividade. Existem direitos, como liberdade, igualdade, que, pela sua própria natureza, são de observância obrigatória. Entretanto, admite-se que outros direitos devem ser atribuídos em primeiro plano ao Estado, e aos particulares, tão somente quando legislação específica assim o determinar, já que a sua observância gera deveres.

Retomando as justificações para ser adotada a teoria da eficácia direta (já que o aprofundamento do ponto supramencionado demandaria uma grande explanação), cabe aqui referir novamente o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴. Como compactuante dessa teoria, denota também sua crítica à motivação daqueles que a refutam. Aduz o autor:

Na verdade, verifica-se que a discussão em torno da afirmação ou negação da eficácia direta, para além ou mesmo por detrás dos argumentos de cunho jurídico, inevitavelmente revela – ao menos também – um viés político e ideológico, sustentando-se, nessa linha argumentativa, que a opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa.

Essa base argumentativa é compactuada neste breve artigo, tendo em vista seu alinhamento à posição anteriormente adotada, juntamente a uma justificação plural para afastar a aplicação mediata (portanto, mais completa), já que não houve uma vinculação unicamente jurídica e sim uma comunhão de áreas (política, ciência

12 Art. 5º. § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

13 Segue posicionamento, em sentido ponderado, entendendo que a teoria da eficácia seria aplicada conforme a espécie de direitos fundamentais. DICK, Jaqueline Hamester; REIS, Jorge Renato dos. Direitos fundamentais: delimitações da sua influência no direito privado. *Revista do Direito*. n. 26. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006. p. 22.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*. ano. 55, n. 352. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 82.

política, modelo de Estado) para o raciocínio.

Resumindo, a compreensão da fundamentação que conecta os direitos fundamentais ao direito privado fazia-se imprescindível, porquanto sem tal sustentáculo restaria vazia uma abordagem da proporcionalidade inserida em situação de conflito entre particulares (busca por uma harmonização), até mesmo porque não estaria segura a posição acerca de como seria tratada a eficácia dos direitos fundamentais ou como deveria ocorrer essa busca pela proporção entre particulares.

3 BREVE COMENTÁRIO ACERCA DA PROPORCIONALIDADE

Prosseguindo na linha de pensamento proposta, é possível se deparar, conforme já referido, com conflitos de direitos fundamentais entre particulares na esfera privada, de maneira que, para resolução de tais debates pode-se fazer uso de um princípio constitucional muito relevante, chamado de proporcionalidade. O princípio ora referido encontra-se implícito. Entretanto, isso não reduz sua relevância, mesmo porque existem doutrinadores que o conectam diretamente à ideia da dignidade humana¹⁵, princípio orientador do ordenamento jurídico.

Não obstante haver um desenvolvimento considerável desse princípio, cabe apenas referir, como marco moderno da proporcionalidade, as doutrinas jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII¹⁶, visto que uma construção histórica longa seria por demais desvaliosa, e restam outros detalhes a serem esclarecidos.

Assim, a proporcionalidade¹⁷ é geralmente conhecida como máximas, como “juízo de ponderação”, ou como “proibição de excesso”, pois foi prevista originalmente como algo a ser oposto ao Estado, com a finalidade de frear o poder estatal, impedindo ações autoritárias (tais como os regimes Absolutistas e Totalitários). Todavia, tal conceito é no mínimo incompleto, seja pelo fato de hoje haver a possibilidade de compelir ações positivas (limite à proteção insuficiente¹⁸ – somando-se à proibição de

15 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 122. “Comum a todos os casos, de acordo com o que emblematicamente revela o último exemplo referido, é a necessária ponderação (e, acima de tudo, hierarquização) dos bens em causa, com vistas à proteção eficiente da dignidade da pessoa, aplicando-se também o princípio da proporcionalidade, que, por sua vez, igualmente – já nesta perspectiva – encontra-se conectado ao princípio da dignidade”.

16 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 37. “O germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII”.

17 Os autores trazem uma definição sucinta do conceito de proporcionalidade, BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 39–40. “Trata-se de um instrumento segundo o qual a medida a ser tomada pelo Estado há de ser adequada e necessária à finalidade apontada pelo agente, bem como deve ser garantida uma relação de proporcionalidade entre o bem protegido pela atividade estatal e aquele que, para ela, é atingido ou sacrificado”.

18 FELDENS, LUCIANO. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção,*

excesso) ou por apelar conflitos entre particulares e não somente contra o Estado.

Apresentando-se, contemporaneamente, de maneira diferenciada devido à evolução nos estudos doutrinários, o princípio possui igualmente uma análise detalhada, passando por etapas, subprincípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁹ –, fato esse que reforça sua utilização e qualificação por parte não somente da doutrina, mas também da jurisprudência.

Nesse ponto, entende-se ser cabível uma espécie de exercício de reflexão, para melhor compreender a defesa da utilização de princípios para dirimir conflitos como esses. Dito isso, exemplifica-se, quando se fala em conflito normativo, uma das normas é adotada em detrimento de outra, por questão de validade. Já nas questões entre princípios, os termos tendem a se equilibrar, no sentido de que um deles não é inválido para determinada situação, é apenas menos valioso (questão de valor)²⁰.

Porém o raciocínio não se encerra, já que as definições aludidas são conhecidas, mas qual das duas soluções de conflitos se deveria aplicar, quando houver um embate entre direitos fundamentais de particulares? A dúvida é pertinente da ótica que, além de serem normas jurídico-constitucionais, os direitos fundamentais detêm toda uma carga valorativa.

Por outro lado, a dificuldade em solucionar não somente tal problemática, como os próprios conflitos entre direitos fundamentais, leva a crer que poder-se-ia utilizar a proporcionalidade como auxílio na busca de soluções adequadas, bem como ponderadas a tais lides. Ademais, independentemente de uma linha direta de eficácia, “parcialmente” direta (dosagem de quais espécies de direitos fundamentais teriam eficácia direta ou indireta) ou indireta, constitui-se um fato imperativo a ponderação entre os interesses conflitantes, de maneira a realizar um juízo de valoração sobre direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, não conferir um fator de exclusão, assemelhando-se aos conflitos entre princípios.

Obedecendo à ordenação até aqui defendida, tem-se a base constitucional, especialmente na figura dos direitos fundamentais, conectada ao direito privado,

princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 92. “A proibição de proteção deficiente relaciona-se diretamente, pois, à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (na realidade, lhe é complementar), notadamente no que demandam, para seu integral desenvolvimento, uma atuação ativa do Estado em sua proteção. Sob essa perspectiva, opera como ferramenta dogmática extraída do mandado de proporcionalidade e que nessa condição predis põe-se a exercer um controle (de constitucionalidade) sobre determinados atos legislativos, sendo, portanto, irrecusável sua dignidade constitucional”.

19 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3 ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003. p. 77.

20 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais – razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 233–234. “Na resolução da colisão entre princípios constitucionais, devem ser consideradas as circunstâncias que cercam o problema prático, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o princípio de maior importância. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual desses interesses, abstratamente possui maior peso no caso concreto”.

para, a partir desses dois sustentáculos, abordar a participação de um princípio constitucional, efetivamente aplicado aos casos concretos, sendo esse o passo subsequente do estudo.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO CONFLITO ENTRE PARTICULARES (APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE AO CASO CONCRETO)

Anteriormente, tentou-se demonstrar os fundamentos do raciocínio do presente artigo, o qual conecta os direitos fundamentais, ao direito privado, e, posteriormente, ao princípio da proporcionalidade. No entanto, objetivando uma elucidação integral do tema, seria adequado vislumbrá-lo dentro de uma relação jurídica, motivando uma exemplificação jurisprudencial da aplicação dessa tríade, juntamente com a finalização da explanação e suas possíveis considerações.

Diante do exposto, passa-se a estudar o principal julgado deste estudo, oriundo do Tribunal Constitucional Alemão (TCA), conhecido mundialmente por suas decisões emblemáticas dentro do direito constitucional e por sua busca pela efetividade dos direitos fundamentais. A situação fática é apresentada, segundo a coletânea de Jürgen Schwabe²¹:

Trata-se de duas Reclamações Constitucionais contra decisões judiciais que indeferiram as respectivas ações de retomada do imóvel para uso próprio, mais precisamente, na terminologia no direito locatício alemão, por **necessidade própria** (Eigenbedarf). Os reclamantes alegavam violação de seus direitos fundamentais de propriedade (Art. 14 I 1 GG).

O TCF julgou a primeira Reclamação Constitucional improcedente: a reclamante pretendia tão somente ampliar para 250m² sua habitação. Na ponderação entre o uso privado do seu imóvel locado e seu vínculo ou função social, o TCF decidiu que esse interesse específico não tem o condão de sobrepujar a concretização do vínculo social, consubstanciado na garantia de moradia do locatário. A segunda Reclamação Constitucional foi julgada procedente o locador pretendia mudar-se, em razão de sua elevada idade, para um andar térreo.

Conforme relatado, a questão trata de duas ações em que os autores desejavam retomar a posse de suas propriedades que se encontravam locadas. Antes de aprofundar o caso, analisando a proporcionalidade no conflito de direitos fundamentais, abordar-se-á, sucintamente, o direito de propriedade e a função social da mesma, tornando mais densa a discussão.

Independente das inúmeras definições de propriedade, reconhece-se ela como um direito, pois diferentemente da posse que se afirma no mundo fático de forma

21 A coletânea contém a íntegra das razões aludidas pelos julgadores. Embora alguns trechos ainda serão comentados, cabe a referência, SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 760 – 761.

concreta, o mesmo não se aplica à propriedade. Sua importância é reconhecida constitucionalmente nos incisos do artigo 5º, do texto magno²², fazendo dela direito fundamental, o qual recebe a guarda do Estado, bem como a determinação de obedecer além do critério individual, o de uma função social, inerente a sua existência.

Tendo em pauta esta dualidade entre interesses individuais (por vezes escusos) e função social, torna-se difícil para o legislador acompanhar a flexibilização (ou modificações) da leitura privada constitucionalmente orientada. Destarte a recair sobre o julgador (conforme o caso alemão), a responsabilidade por harmonizar os conflitos jurídicos²³, seguindo um ideal equitativo (equilibrado) dos direitos fundamentais, torna-se forçosa uma decisão constitucionalmente justa dentro do direito privado.

Ademais os direitos fundamentais não concorrem, uns com os outros; eles cooperam e, nessa rivalização de interesses, não existe superioridade. A proteção da propriedade é necessária dentro de um Estado que se diz democrático, porém nenhum direito é absoluto, e, por isso, a função social funciona como um limitador.

Reconhece-se facilmente o teor da imposição de um limitador ao direito de propriedade (além das questões jurídicas). Primeiramente se poderia citar o aspecto social, já que, em um país que necessita de um reforma agrária, tal ferramenta legal torna-se um trunfo contra o capitalismo acumulativo dos latifundiários (improdutivos). O aspecto seguinte é ainda mais relevante: a partir de uma ótica global de defesa do meio ambiente, a função social pode servir para contrapor interesses meramente econômicos, tendo em vista a possibilidade de resguardar a qualidade de vida da população e de manter um projeto de desenvolvimento sustentável para o Brasil²⁴.

Assim, verifica-se uma série de razões pelas quais o legislador constituinte preocupou-se com a matéria, dando a ela um enfoque social, vislumbrado, em todo

22 Art. 5º, inciso XXII – é garantido o direito a propriedade; inciso XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

23 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 6 ed. Vol. 5. São Paulo: Atlas, 2006. p. 157. “A justa aplicação do direito de propriedade depende do encontro do ponto de equilíbrio entre o interesse coletivo e o interesse individual. Isso nem sempre é alcançado pelas leis, normas abstratas e frias, ora envelhecidas pelo ranço de antigas concepções, ora falsamente sociais e progressistas, decorrentes de oportunismos e interesses corporativos. Cabe à jurisprudência responder aos anseios da sociedade em cada momento histórico”.

24 MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade, e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 149. “Além disso, a função econômica e a função social são dois conceitos que não se confundem, embora possam interpenetrar-se. Isto porque o interesse econômico que acompanha a noção de função social só vai até o nível imediatamente inferior a outros interesses superiores, podendo ser muitas vezes – e não são poucas – até preterido. A exemplo do interesse ecológico: uma propriedade que tenha esse potencial, em regra, só não será preservada se o interesse econômico que igualmente é idôneo a satisfazer for de dimensão excepcional, pois do contrário, não havendo compatibilidade entre o interesse econômico e o interesse ecológico, aquele inevitavelmente sucumbir; visto que o interesse social vai valorado com a supremacia do interesse ecológico. E sua proteção pode ser obtida, inclusive, com recurso direto ao Judiciário, independentemente da existência de uma norma que diga que a referida área é como tal considerada. E, ademais, a Constituição aponta como fim da ordem econômica assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, de modo que num eventual conflito entre os ditames da justiça social e a atividade econômica, esta, indubitavelmente, terá, em regra, de ceder o passo àqueles, já que a fundamenta.

o decorrer da Constituição, essa preocupação de também direcionar os rumos da nação. E, nesse caso de discussão entre interesses privados, verifica-se o acerto do legislador, tendo em vista que perduram na atualidade as disputas envolvendo proprietários e possuidores (ou até usurpadores, por exemplo).

Exposta a importância do conflito envolvendo o direito de propriedade e a sua função social (ideias indissociáveis, dentro da realidade jurídico-brasileira), percebe-se a motivação do pleito em nome da proporcionalidade, para auxiliar o juiz em um conflito entre indivíduos detentores dos mesmos direitos fundamentais. Cabe encaminhar a finalização do raciocínio, demonstrando a dificuldade que sustenta a aplicação desse princípio. Essa dificuldade inicialmente apresentou-se no caso alemão, e será somada a ele a devida elucidação (e algumas outras decisões no sentido de corroborar o entendimento ora defendido).

Retomando o julgado do TCA, percebe-se a igualdade das lides propostas, quanto aos anseios das partes querelantes em reaverem suas propriedades. No entanto, os julgadores entenderam as peculiaridades de cada caso.

No primeiro deles, o interesse em reaver o imóvel era de cunho estritamente superficial, pois se tratava apenas do desejo em estender um imóvel. Se o locatário não desejasse lá permanecer, não haveria qualquer problema, mas a questão é que, diante do seu desejo de permanecer locando aquele imóvel (nos termos contratados), seria completamente desproporcional a restituição do mesmo ao seu dono, com fundamento nessas causas, afrontando também a função social atendida naquele momento pela propriedade. Daí o resultado ter sido negativo para a querelante.

Em contrapartida, o caso concomitante foi atendido, já que o proprietário tinha motivos razoáveis para pleitear a retomada do imóvel, alegando estar em idade avançada e ter recomendações médicas para habitar um andar térreo. Com isso torna-se aceitável a motivação, considerando-se também que não se estaria a ofender os direitos do locador.

Devido aos detalhes envolvendo cada caso, foi necessário aplicar a proporcionalidade, sob pena de, decidindo as duas lides com base puramente na legislação, executar uma decisão manifestamente injusta e conseqüentemente inconstitucional. Apesar de, no âmbito nacional, ainda não estar difundida essa ideia em todos os tribunais, já é possível encontrar decisões inclinadas nesse sentido²⁵.

25 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Propriedade e proporcionalidade. Recurso Cível Nº 71000567479, Primeira Turma Recursal Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Marta Lúcia Ramos, Porto Alegre, Julgado em 23 de setembro de 2009. Ementa. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br>>. Acesso em 16 de abril 2010. “Ementa: direitos fundamentais: direito à propriedade e à ampla defesa versus direito ao sossego, à vida e à dignidade, em última análise. relações de vizinhança. condomínio edilício. mau uso da propriedade. manutenção de animal canino na unidade autônoma. barulhos feitos pelo cão e pelo condômino durante o período de repouso noturno. questionamento da multa pela falta de notificação prévia e pelo valor superior ao previsto nas normas condominiais. reincidência do condômino na mesma infração. comprovada a nocividade desses atos em relação aos demais condôminos. teoria da ponderação dos bens. dentre os valores jurídicos postos em consideração, a vida e a dignidade humana é que devem ser resguardadas. sentença modificada. multa reduzida. recurso parcialmente provido”.

A dificuldade em encontrar decisões manifestas, envolvendo entes privados e a harmonização entre os direitos fundamentais, é no mínimo fonte de instigação para a defesa do raciocínio estabelecido, uma vez que os resultados obtidos com a aplicação do princípio mostraram-se benéficos, objetivando não somente a constitucionalização do direito privado, mas também a eterna busca da decisão mais adequada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado, que aborda a questão da aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, demonstra a preocupação em não somente aplicar sentenças jurídicas, mas decidi-las da melhor forma possível, sem extremismos, ou seja, nem abandonando as normas, ficando refém das divagações dos juízes, tampouco retornando as décadas passadas, com o positivismo engessando a evolução do direito.

Procurou-se aqui expor uma linha de pensamento constitucionalmente direcionada, tendo em vista os efeitos transformadores que o texto magno ainda provoca. Essas consequências resultantes da Constituição alastram-se a todos os campos jurídicos, fato esse devidamente fixado, para com isso estabelecer o *link* com o direito privado, e posteriormente com o princípio a ser aplicado nas relações privadas: a proporcionalidade.

Embora em outros ramos do direito esse princípio seja muito popular, comenta-se pouco a sua aplicação entre indivíduos, até mesmo porque as questões envolvendo sujeitos de direitos fundamentais em conflito são relativamente recentes. Esse fato não somente motiva a pesquisa, como pode trazer uma ótica diversa para outras situações, ou seja, difundir a aplicação dos princípios dentro da órbita privada, auxiliando os operadores do direito na interpretação dos casos entre particulares.

Assim, entende-se como importante, na busca de dirimir as questões de direitos fundamentais, entre sujeitos particulares, a aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, ajudando os juízes, bem como servindo de ferramenta jurídica na busca de um direito privado constitucionalizado.

REFERÊNCIAS

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais – razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2007.

CUNHA, Camila Santos da. Os direitos fundamentais sob a perspectiva objetiva e a constituição como ordem de valores: em busca de aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clovis (Org.). *Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

DICK, Jaqueline Hamester; REIS, Jorge Renato dos. Direitos fundamentais: delimitações da sua influência no direito privado. *Revista do Direito*. n. 26. Santa Cruz do Sul: Eunisc, 2006.

FELDENS, LUCIANO. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. O chamado direito civil constitucional. COSTA-MARTINS, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade, e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.

REIS, Jorge Renato dos; WINCK, Enisa Eneida da Rosa Pritsch. O ressurgimento da fênix: o código civil constitucionalizado. REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clovis (Org.). *Direitos fundamentais: conhecer para exercer, constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Norton, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista Jurídica*. ano. 55, n. 352. Porto Alegre: Notadez, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 6 ed. Vol. 5. São Paulo: Atlas, 2006.

AMBIENTE E ECONOMIA ENQUANTO QUESTÕES ELEMENTARES DE UM MODELO: O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E OS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO¹

Larissa Nunes Cavalleiro²
Franciele da Silva Câmara³
Luiz Aristeu dos Santos Filho⁴

1 INTRODUÇÃO

A economia industrial depende dos recursos naturais, segundo o modelo atual de desenvolvimento. Percebe-se que, segundo essa perspectiva, a natureza é a matéria-prima para os mais variados produtos. A natureza, por sua vez, depende do homem para assegurar seu equilíbrio, especialmente considerando-se o papel que o homem tem desempenhado na alteração do ambiente. Nesse sentido, ascende a ideia da sustentabilidade.

Através de uma produção e de um consumo sustentáveis, busca-se garantir a proteção do meio ambiente, enquanto garantia para a continuidade da vida. Buscam-se assim também elementos para a construção de condições de existência para as futuras gerações. E essa preocupação surge de tal forma que o legislador constitucional agiu de modo decisivo.

Nessa senda, foram inseridos elementos especiais para uma proteção do meio ambiente, bem como para a atividade econômica. Destaca-se, no processo de construção da proteção incluída no diploma constitucional, o papel da educação. Segundo previu o legislador, para a adoção de práticas sustentáveis, objetivando-se a criação de uma sociedade mais consciente, é necessário um processo educacional que privilegie a chamada educação ambiental.

Inicialmente, o presente artigo busca tratar da questão da sustentabilidade, com

1 Trabalho de pesquisa acadêmica em colaboração.

2 Especializanda em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal e em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria; bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano. Advogada. e-mail: laranunes7@hotmail.com.

3 Especializanda em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano. e-mail: fran_justitia@hotmail.com.

4 Mestrando em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria; bacharel em Administração, Ciências Sociais e licenciado em Sociologia pela Universidade Federal de Santa Maria. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano. Advogado. e-mail: luizaristeufilho@bol.com.br.

referência aos sistemas de produção de bens e do consumo dos mesmos. Nesse sentido, coloca-se amplo questionamento no atual sistema de produção e consumo de produtos e na extremada valorização do conforto como objetivo desse sistema, postura que não pode ser mantida, dados os efeitos negativos e o impacto irreversível que vem causando no ambiente.

Em um segundo momento, segue-se a essa explanação uma discussão acerca da relação entre ambiente e economia, para além dos dispositivos legais. A discussão focaliza basicamente a possibilidade de introdução da ideia do desenvolvimento com vistas à proteção ambiental. E dos mecanismos que podem permitir essa mudança de paradigma.

Em um terceiro momento, o presente artigo se volta para a questão da educação como elemento necessário para a proteção do ambiente. Assim, a educação ambiental serve como elemento para a adoção de um comportamento que privilegie a noção de sustentabilidade, tão necessária na atual configuração do mundo.

2 A NECESSIDADE DE UM CONSUMO E DE UMA PRODUÇÃO SUSTENTÁVEIS

O real papel do meio ambiente na sociedade atual vem se alterando, vem gradativamente sendo regulado, alterando-se a perspectiva até então vigente. Uma das primeiras legislações a regular decisivamente a questão nessa nova perspectiva foi a Constituição Federal de 1988.

Porém, antes que se possa analisar os dispositivos constitucionais relativos ao tema, convém observar o lugar da produção e do consumo na sociedade atual. A produção de bens tem como maior objetivo uma boa aceitação e o consumo daquilo que foi produzido pelas empresas. O problema começa a se delinear a partir da existência, na sociedade, de uma constante ânsia pelo conforto.

Trata-se de uma ânsia de tal nível, que integra o estilo de vida das pessoas, conforme Carneiro, pautando-se por essa lógica o mercado, ao buscar satisfazer as necessidades da população. Dessa forma, o mercado torna-se um agente de degradação ambiental.

Todas essas características inerentes ao modo de organização do sistema econômico capitalista repousam sobre estruturas sociais e ideológicas que trazem consigo problemas ecológicos de grande amplitude. De um lado, o estilo de vida das sociedades do capitalismo industrial faz multiplicar o dispêndio material e energético para a satisfação das mais variadas e abstrusas necessidades humanas; de outro, consolida a cultura do descartável e do desperdício, responsável pela geração de enormes volumes de lixo.⁵

A adoção de uma produção e de um consumo sustentáveis é uma resposta

5 CARNEIRO, Ricardo. *Direito ambiental uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense. 2003, p. 51.

aceitável e necessária a essas indagações. Sendo as condutas nesse molde, pode-se verificar a inserção da produção no conceito de desenvolvimento sustentável, fugindo da tradição do modelo de conduta liberal, que vigorava como exclusivo até recentemente. Milaré informa, acerca do conceito de desenvolvimento sustentável, que

A composição das *legítimas* necessidades da espécie humana com as *legítimas* necessidades do planeta Terra efetiva-se no âmago do processo de *desenvolvimento sustentável*. Este, por sua vez, tem como pressupostos (e, de certo modo, corolários) a *produção sustentável* e o *consumo sustentável*.⁶

Barbosa, por sua vez, leciona que sustentabilidade é entendida “[...] como o uso de recursos naturais de forma a garantir as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade de produção para as gerações futuras”⁷. Nesse sentido, consumo sustentável é aquele que permite a satisfação das necessidades da população, sem descuidar das necessidades das gerações futuras. E isso é um diferencial importante, em relação ao modelo de desenvolvimento atualmente reproduzido pela sociedade capitalista.

Portanto, trata-se de estabelecer, como informado por Leff, o “[...] critério normativo para a reconstrução da ordem econômica, como uma condição para a sobrevivência humana e suporte para chegar a um desenvolvimento duradouro, questionando as próprias bases da produção.”⁸ Essa é uma alteração comportamental drástica e necessária. Algo que precisa ser inserido no modelo de desenvolvimento que se quer para o mundo.

É necessário, portanto, tornar os impactos do desenvolvimento aceitáveis, em termos ambientais, buscando a geração de impactos mínimos. A inserção desse conceito no modo de produção das indústrias colabora com o ambiente, concretizando um desenvolvimento sustentável. E isso envolve o tratamento dos dejetos resultantes, a reutilização ou a reciclagem, enquanto formas de efetivar uma produção sustentável. Além disso,

Os processos industriais deverão ser fechados e limpos, a fim de não gerarem substâncias tóxicas ou de difícil biodegradação, quer no processo produtivo, quer durante seu consumo. Os resíduos devem ser empregados como matérias-primas de outros processos produtivos, inclusive tendo esta característica como central na concepção dos parques industriais (*Eco-Industrial Parks*). Isso significa que as ações relativas aos resíduos e ao lixo decorrentes do processo industrial deverão se balizar pelos seguintes princípios, assim colocados em

6 MILARÉ, Edis. *Direito Ambiental doutrina: prática - jurisprudência - glossário*. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 70.

7 BARBOSA, Rubens Antonio. *Brasil, globalização e meio ambiente*. São Paulo: Pearson, 1996, p. 88.

8 LEFF, Enrique. *Saber Ambiental sustentabilidade: racionalidade, complexidade, poder*. Petrópolis: Vozes, 2001, p 15.

ordem de prioridades: evitar, reutilizar, reciclar, eliminar.⁹

Esses princípios devem ser incorporados pelo consumidor, complementando o processo integrador de proteção ambiental. A reutilização e a reciclagem são mecanismos a serem adotados em prol da natureza como um todo. Apresenta Teixeira que “Com o efetivo conhecimento das questões ambientais no seu aspecto social, ambiental e econômico, a sociedade pode e deve participar do controle da qualidade do ecossistema e intervir nas decisões e políticas públicas, visando ao bem comum [...]”¹⁰.

Desse modo, de expectador da realidade, o cidadão passa a desenvolver um papel ativo, atingindo uma “cidadania participativa”, passando conscientemente a adotar uma postura voltada para a manutenção e a defesa do ambiente. Nesse sentido, concretiza-se uma postura mais ativa e preocupada com a reestruturação da relação Estado-Mercado-Sociedade Civil, conforme vislumbrado por Giddens¹¹, reforçando-se o papel da sociedade. Para Pacheco de Souza, “Pôde-se assistir a uma explosão de ONGs, tratados e convenções, bem como a consolidação de leis que buscam proteger o ambiente da devastação que a cultura industrial mantém em ritmo acelerado”¹².

Desse modo, vislumbra-se que um “comportamento ambiental” passou a se desenvolver na população, o que tem gerado alguns impactos econômicos, principalmente criando questões como o movimento *slow food*, de produção de alimentos sem agrotóxicos, a minimização da utilização do *dumping* laboral, enquanto elemento de proteção da economia internacional, etc. Também nesse sentido, relacionando a cidadania com a proteção ambiental, discorre Derani que a participação da sociedade coibindo “[...] atividades geradoras de grande impacto no ambiente é um avanço no sentido de democratização da realização de políticas para a conservação ambiental – ou realização de estratégias de sustentabilidade.”¹³, o que auxilia na concretização dos dispositivos constitucionais, relativos ao desenvolvimento econômico.

Além da reutilização e da reciclagem, há outras formas de exercer uma postura mais defensiva, no que tange o meio ambiente. Uma delas é a escolha de produtos cujos processos produtivos não agridam (ou agridam menos) o ambiente, bem como, exigir um comportamento semelhante das empresas. Com essa atitude básica, se inicia uma mudança a favor da natureza, exercendo-se uma cidadania participativa, com o objetivo de alcançar um ambiente ecologicamente equilibrado.

9 VIANA, Gilney; SILVA, Marina; Diniz, Nilo (Org.). *O desafio da sustentabilidade: um debate socioambiental no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004, p. 117-118.

10 TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 113.

11 GIDDENS, Anthony. *A terceira via*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

12 PACHECO DE SOUZA, Antônio Marcelo. O paradigma do tempo presente: limites ao discurso em torno da problemática ambiental. *Sociologia Jurídica*, 2005. Disponível em: <<http://sociologiajur.vila.bol.uol.com.br/taantoniosouza.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2008, p. 06.

13 DERANI, Cristiane. *Direito ambiental e econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 94.

A adoção da sustentabilidade como diretriz do consumo e produção de bens, é uma alternativa para estabelecer a proteção do meio ambiente. Essa tendência possui fundamento naquele desenvolvimento previsto constitucionalmente. Uma questão como essa merece ser discutida com maior preocupação.

Assim sendo, as possibilidades e limites dessa interação constituem o foco do próximo item do presente artigo. E isso é observado à medida que o ambiente passa a integrar o processo decisório da eficiência econômica.

3 DEFESA DO MEIO AMBIENTE E DA ECONOMIA

Feitas as observações acerca da adoção de uma nova postura, que reverta os valores liberais/capitalistas, emerge um modelo que defenda o ambiente, ao mesmo tempo em que se possibilite a comodidade e a continuidade dos processos econômicos. Conciliar a economia e a defesa da natureza mostra-se muitas vezes uma tarefa árdua. Interesses contrapostos criam perspectivas diferentes e conflitantes quanto à possibilidade de harmonizar desenvolvimento econômico e proteção do meio ambiente.

Nesse sentido, busca-se observar a necessidade do estabelecimento de uma relação equilibrada. Uma estruturação de fatores, entre ambiente e economia, capaz de privilegiar ambos, garantindo-os mutuamente, deve ser incorporada.

A noção de proporcionalidade revela a necessidade de compatibilizar o direito com os fatos econômicos, sob pena de ruptura do sistema que depende da harmonia entre seus elementos para proporcionar a estabilidade necessária ao próprio desenvolvimento à luz de novos paradigmas jurídicos. A realidade dos fatos inclui uma transformação que não é apenas uma opção, mas que deveria influenciar qualquer teoria conexa, uma vez que está bem aí, no cerne da relação homem-natureza.¹⁴

Diante desse quadro, uma das formas de criar essa harmonização é a adoção de um desenvolvimento de cunho sustentável. Ele serve como regra-geral de atuação, dentro do sistema de produção. Busca-se, por meio dessa lógica, controlar as práticas degradantes da natureza, minimizando os resultados negativos.

Silva, ao abordar essa questão, indica que no momento atual é urgente encontrar uma maneira de “[...] combinar o crescimento econômico com a conservação do meio ambiente e dos recursos naturais [...] o qual recebeu a designação internacional de “desenvolvimento sustentável”¹⁵. Isso é importante, pois a existência de uma forte relação homem-natureza, emerge a harmonização entre ambiente e a economia. Porém, conciliar esses elementos depende de certos protagonistas:

14 TEIXEIRA, op. cit., p. 68-69.

15 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 81.

[...] os cidadãos-consumidores, a cargo de decidir conforme o meio em que desejam viver, onde honestamente seu papel de consumidor deve estar de acordo com o de cidadão; as empresas que, informando 'o que é possível', e explicando as consequências econômicas e sociais advindas das suas decisões; os poderes públicos, que através da legislação e da regulamentação podem promover a realização da finalidade desejada.¹⁶

Deve-se criar, igualmente, meios para o estabelecimento do uso controlado das fontes de recursos naturais/ambientais, considerando o que o homem necessita. Desse modo, busca-se minimizar a falta de sincronia entre os objetivos das estruturas de produção e de consumo e o ecossistema da Terra, de modo harmônico e integrado. Esse é um valor necessário, dadas as condições atuais de sobrevivência do homem.

Quanto mais visíveis as alterações na natureza, mais torna-se necessário compatibilizar economia e ambiente. A humanidade depende do ambiente, porém, no curso de sua sobrevivência, a consciência desse processo de ligação não é relevado.

Os esforços presentes visando ao progresso material, e mesmo a maneira de satisfação das necessidades básicas do homem no mundo de hoje, revelam-se simplesmente insustentáveis. O uso, para esse fim, de matéria e energia em doses excessivas e crescentes, exaurindo recursos ambientais acima de sua capacidade de regeneração, obviamente tende a torná-los menos disponíveis para as futuras gerações, anulando assim a ideia de que desenvolvimento sustentável é o processo que "satisfaz às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das futuras gerações de satisfazer às suas próprias".¹⁷

Se o ritmo de degradação continuar crescente, não mais o ser humano viverá seu dia a dia, produzindo, consumindo ou trabalhando, pois a pretensão mudará. A condição não será mais viver e sim sobreviver em um meio ambiente lapidado pelo homem e por sua pretensão meramente econômica.

Partindo desse contexto, a integração ambiente-desenvolvimento econômico gerou reflexos na Constituição. No Título VII "Da Ordem Econômica e Financeira" da atual Constituição brasileira, está inserido no artigo 170, inciso VI, a defesa do meio ambiente:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:[...]

16 BEAUD, Michel; BEAUD, Calliope; BOUDEGUERRA, Mohamed (dir.). *Estado do ambiente no mundo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 552.

17 CAVALCANTI, Clóvis (org). *Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável*. 3. ed. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2001, p. 160.

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;¹⁸

Trata-se de um texto legal que demonstra a necessária inserção da variável ambiental no modelo de eficiência econômica atualmente em curso. Nesse sentido, a proteção ambiental é um dos princípios norteadores de todas as novas atividades econômicas. E, nesse sentido, torna-se necessário reprimir condutas lesivas à natureza, quanto aos modos de produção. Por sua vez, o *caput* do artigo 225 da Constituição, em sentido síncrono, ainda refere que

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.¹⁹

Para Moraes, esse artigo apresenta “[...] o direito de todos, especifica os fundamentos de conservação e preservação da fauna e da flora, a necessidade da educação ecológica, a fiscalização de atividades comerciais e industriais com impacto ambiental[...]”²⁰. Ao mesmo tempo, porém, não define de modo claro os meios, os limites, bem como os elementos a serem reunidos e considerados, para que se possa efetivar esse direito.

Moraes²¹ reforça que a defesa do meio ambiente é, portanto, um dos princípios gerais da atividade econômica, do mesmo modo permitindo a efetivação de direitos maiores, como o direito à vida. A alteração promovida pela EC nº 42/03 estabelece a importância da defesa da natureza, diante das manobras econômicas de produção de bens realizadas pelas empresas, seguindo exclusivamente uma lógica de mercado. Soares elucida que a atual redação do artigo delinea a sustentabilidade econômica, afirmando que:

O tratamento diferenciado deve sempre ser favorável ao meio ambiente, podendo inclusive acarretar outras obrigações e responsabilidades para os sujeitos da relação de consumo ou para os agentes do mercado, pois somente desta forma se prestigia o princípio da defesa do meio ambiente. Com a atual redação há uma inafastável ligação entre o mercado, o consumo sustentável e o meio ambiente. Seguiu-se a tendência mundial, traduzida também na doutrina jurídica, de possibilitar normativa e concretamente (com a utilização/construção de instrumentos pela sociedade) o desenvolvimento e o consumo sustentável.²²

18 BRASIL. *Vade mecum saraiva*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2009, p. 57.

19 BRASIL. Op. cit., p. 649.

20 MORAIS, Regis de. “Ecologização” das sociedades e o direito ambiental. *Revista Jurídica*. v. 18, n. 2. Campinas, 2002, p. 101.

21 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

22 SOARES, Inês Virgínia Prado. *Meio ambiente e relação de consumo sustentável*. Disponível em <<http://www.prsp.mpf.gov.br/cidadania/deconSocCult/meio20ambiente20e%20rela%E7ao%20>

Verifica-se o quanto é necessária a harmonização da relação economia-meio ambiente, pois dessa forma se estabelece uma situação favorável para a defesa do meio ambiente. Isso mostra que a Lei Maior estabelece necessidade de compatibilizar o desenvolvimento e a proteção da natureza, incitando a criação de condutas que tenham o máximo de proveito econômico, com o mínimo impacto ambiental. Com isso se pode visualizar o que, na prática, seria um modelo baseado no conceito de desenvolvimento sustentável.

Para Molinaro, a proteção ambiental, impressa na Constituição “[...], representa uma profunda preocupação em limitar a busca a qualquer custo da acumulação de capitais e riquezas e modificar a política tradicional adotada até o advento da Constituição Federal de 1988”²³. Nascida de uma preocupação comum com a escassez de certos recursos naturais, necessários à vida, cria-se uma tendência em relação ao desenvolvimento econômico: a inserção da questão ambiental para a proteção da natureza.

Esse novo entendimento surgiu da ideia de que os bens naturais são finitos e deve-se adotar um planejamento econômico com vistas às futuras gerações, que necessitarão de recursos provenientes da natureza para a sua sobrevivência. A integração da questão ambiental como visto no artigo já citado, estabelece, conforme Cavalcanti, a “[...] possibilidade de se obterem continuamente condições iguais ou superiores de vida para um grupo de pessoas e seus sucessores em dado ecossistema”²⁴. Desenvolve-se uma nova estrutura a partir das crises ambientais pelas quais o mundo passa.

Trata-se de assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado que garanta a qualidade de vida para a atual e para as futuras gerações.

A questão ambiental problematiza as próprias bases da produção; aponta para a desconstrução do paradigma econômico da modernidade e para a construção de futuros possíveis, fundados nos limites da natureza, nos potenciais ecológicos, na produção de sentidos sociais e na criatividade humana.²⁵

Essa consciência de proteção de um patrimônio comum, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, faz surgir limites relacionados com o âmbito econômico. Esses limites nascem de uma economia sustentável, na qual se relaciona a natureza com o âmbito econômico, como estratégia de mútua colaboração.

O desenvolvimento econômico não representa mais uma opção aberta, com possibilidade amplas para o mundo. A aceitação geral da ideia de desenvolvimento sustentável indica que se fixou voluntariamente

consumo%20sustentavel.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2008, p. 09.

23 MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 74.

24 CAVALCANTI, op. cit., p. 165.

25 LEFF, op. cit., p. 16.

um limite (superior) para o progresso material. Adotar a noção de desenvolvimento sustentável, por sua vez, corresponde a seguir uma prescrição de política.²⁶

A nova tendência é não mais aceitar atos lesivos e irresponsáveis quanto ao trato ambiental, advindos da economia nas suas atividades de produção de bens e serviços, assim como o consumo dos mesmos. Essa tendência incita a criação de políticas de proteção do meio ambiente.

Diante das novas situações ambientais que se mostram, não há mais como fazer valer apenas um lado dessa relação. O equilíbrio está na noção de sustentabilidade como diretriz para o surgimento de novas condutas, que afetam a estrutura de produção, sem afetar o desenvolvimento econômico. Mas esse processo de ascensão de uma cultura ambiental precisa de um reforço continuado. Objetivando-se cumprir tal função, criou-se a ideia de uma educação ambiental que torna possível a formação da demanda pela proteção do ambiente. Esse é o foco do próximo item.

4 EDUCAÇÃO AMBIENTAL E CONSCIÊNCIA SUSTENTÁVEL

A existência de uma relação positiva entre desenvolvimento e ambiente é mais do que mera utopia legal ou de um devaneio ambientalista. Percebe-se que a criação de uma “cultura ambiental” pode ocorrer por meio de um processo educativo voltado para a revisão dos valores fundamentais da sociedade, capazes de rever essa questão. A educação é fator essencial para uma vida em sociedade.

O homem, ao estabelecer suas relações sociais, absorve e transmite informações conforme seu conhecimento, com isso aprimorando o seu intelecto e constituindo seus hábitos e valores fundamentais. Diante disso, a educação é preponderante para a formação da sociedade atual, desempenhando papel decisivo na criação e manutenção dos valores essenciais de uma sociedade. Para que possa haver uma sociedade ambientalmente consciente, torna-se necessária uma educação pautada por esse ditame, de forma a ressaltar as necessidades e os limites frente às situações do atual contexto em que se insere o homem.

A educação faz-se presente, objetivando uma maior capacitação da pessoa humana para uma adequada convivência em harmonia com a natureza, bem como a compreensão dos riscos que uma irracional e inadequada utilização dos bens ambientais acarreta. Igualmente, visa estabelecer e demonstrar as vantagens e os benefícios da implementação séria de atitudes e obras em prol do meio ambiente [...].²⁷

Diante dessa educação, a compreensão da importância de se respeitar os limites do meio ambiente constitui-se em atitude racional do homem, quanto à

26 CAVALCANTI, op. cit., p. 165.

27 TEIXEIRA, op. cit., p. 114.

utilização dos recursos ambientais. Deve haver estreita relação entre a educação e a participação, para promover o desenvolvimento. Tal tese é compartilhada por Sen²⁸, visto que na Índia o processo educacional permitiu avanços significativos, no aumento da qualidade de vida, bem como no desenvolvimento de todo o processo de construção e de integração daquela sociedade.

Conforme o § 1º, inc. VI, do art. 225, da Constituição, a referida educação é uma obrigação do Poder Público para defender e preservar o meio ambiente. Não foi apresentado no artigo um conceito de educação ambiental. Todavia, com a Lei 9.795 ficou estabelecido tal conceito:

Art. 1º. Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.²⁹

Essa lei estabelece a construção de vários aspectos advindos (e entendidos como necessários) da educação ambiental. Tem como objetivos, inscritos no art. 5º e incisos, o desenvolvimento de uma compreensão unificada do meio ambiente, estimulando e fortalecendo uma consciência crítica quanto às questões ambientais e sociais. E é essa educação ambiental que torna possível a concretização do paradigma do desenvolvimento sustentável.

A educação ambiental estabelece uma nova consciência coletiva, de cunho ambiental. Porém, é

[...] exige o compromisso do Estado e da cidadania para elaborar projetos nacionais, regionais e locais, onde a educação se defina através de um critério de sustentabilidade que corresponda ao potencial ecológico e aos valores culturais de cada região; de uma educação capaz de gerar uma consciência e capacidades próprias para que as populações possam apropriar-se de seu ambiente com uma fonte de riqueza econômica, de prazer estético e de novos sentidos de civilização; de um novo mundo onde todos os indivíduos, as comunidades e as nações vivam irmanados em laços de solidariedade e harmonia com a natureza.³⁰

Quanto mais se valoriza o conhecimento e o respeito ao meio ambiente, mais se colabora para a criação de uma sociedade atenta e participativa nas questões de proteção da natureza. E, desse modo, reforça-se a tese de uma cidadania mais participativa e organizada, conforme preceitua Giddens³¹, uma tendência da

28 SEN, Amartia Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

29 BRASIL. *Lei 9.795*, 27 abr. 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9795.htm>. Acesso em: 01 abr. 2008, s. p.

30 LEFF. Op. cit., p. 251-252.

31 GIDDENS. op. cit.

atualidade. A educação ambiental, portanto, estimula práticas sustentáveis e a conscientização ambiental da sociedade.

Aprimorando seu conhecimento quanto às questões ambientais, o homem deixa de ser agente poluidor e passa a ser um colaborador na conservação da natureza. Trata-se, pois, de uma forma mais equilibrada de atuação, pressuposto para a existência e qualidade de vida no planeta.

Corroborar-se o papel da educação enquanto elemento de formação, na população, de uma nova consciência. Esse despertar para a conscientização da importância do ambiente é também notada na Declaração do Rio (a Eco-92), em seu Princípio 10. Por meio desse princípio, dispõe-se que:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.³²

Tal princípio outorga aos cidadãos uma série de capacidades e “poderes” para que seja assegurada a proteção ambiental, desenvolvendo um papel mais ativo na sociedade civil. Mais do que isso, mostra a necessidade da participação de todos, bem como do Estado, que deve dar acesso a informações e incentivar a conscientização em todos os níveis.

Através do processo educativo, o homem é apresentado ao seu lugar na sociedade e no espaço, fazendo florescer uma percepção ambiental. Considerando-se essa questão e as demais apresentadas nos itens anteriores, encerra-se a presente discussão, com estabelecimento das necessárias conclusões.

5 CONCLUSÕES

O ambiente é uma questão que vem sendo colocada em pauta, no atual estágio de desenvolvimento humano. E essa pauta tem sido discutida com afinco, especialmente considerando-se os efeitos negativos da adoção de um modelo baseado no binômio produção-consumo, que relegou papel secundário ao elemento ambiental. Esse é um modelo que precisa ser revisado urgentemente, dada a degradação que se verifica no momento atual.

32 DECLARAÇÃO DO RIO. Disponível em: <www.mma.gov.br/?id_estrutura=18&id_conteudo=576>. Acesso em: 06 abr. 2010.

Conforme a Constituição de 1988, verifica-se a tendência em estabelecer o modelo de desenvolvimento sustentável. Frente à progressiva degradação da natureza, o legislador criou dispositivos, inseridos no corpo da Constituição que abordam os mecanismos de defesa do meio ambiente. Tais mecanismos conferem a possibilidade de harmonizar economia e proteção da natureza, através da adoção do conceito de sustentabilidade.

Com essas previsões constitucionais, verifica-se a intenção de seguir, de forma sustentável, transformando o modelo de desenvolvimento em um instrumento de intervenção nas atividades econômicas. Ou seja, um instrumento que ofereça abertura à produção e ao consumo de bens, atento, no entanto, a certas limitações, sem descuidar da sustentabilidade. Dessa forma, assegura-se a proteção do meio ambiente, em contraposição àquelas condutas de outrora que causavam grande impacto lesivo.

A educação ambiental, inserida na Magna Carta, demonstra a sua importância como agente de transformação do pensamento humano, incitando a reavaliação e a crítica das condutas até então desvinculadas das questões ambientais. A preservação do meio ambiente surge da influência desse tipo de educação, através do qual se cria o respeito aos limites da natureza, e se deixa claro o quanto o homem necessita de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a sua existência.

Mas, para que se possa efetivar essa proteção específica e tida por necessária, torna-se fundamental a reinterpretação dos valores de produção e de consumo. E, nessa senda, torna-se indispensável um mecanismo apto para realizar essa mudança de valores de forma eficaz. E, na ordem constitucional vigente, esse papel é desempenhado, segundo a previsão da lei, pela Educação Ambiental.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rubens Antonio. *Brasil, globalização e meio ambiente*. São Paulo: Pearson, 1996.

BEAUD, Michel; BEAUD, Calliope; BOUDEGUERRA, Mohamed (dir.). *Estado do ambiente no mundo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

BRASIL. *Vade mecum saraiva*. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2009.

_____. *Lei 9.795, 27 abr. 1999*. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9795.htm>. Acesso em: 01 abr. 2008.

CARNEIRO, Ricardo. *Direito ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense. 2003

CAVALCANTI, Clóvis (Org.). *Desenvolvimento e natureza: estudos para uma sociedade sustentável*. 3. ed. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2001.

DECLARAÇÃO DO RIO. Disponível em: <www.mma.gov.br/?id_estrutura=18&id_co>

nteuado=576>. Acesso em: 06 abr. 2010.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental e econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

GIDDENS, Anthony. *A terceira via*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

LEFF, Enrique. *Saber ambiental sustentabilidade: racionalidade complexidade poder*. Petrópolis: Vozes, 2001.

MILARÉ, Edis. *Direito Ambiental doutrina: prática - jurisprudência - glossário*. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito Ambiental proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAIS, Regis de. "Ecologização" das sociedades e o direito ambiental. *Revista Jurídica*. v. 18, n. 2. Campinas, 2002, pp. 94-107.

PACHECO DE SOUZA, Antônio Marcelo. O paradigma do tempo presente: limites ao discurso em torno da problemática ambiental. *Sociologia Jurídica*, 2005. Disponível em: <<http://sociologiajur.vila.bol.uol.com.br/taantoniosouza.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2008.

SEN, Amartia Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Inês Virgínia Prado. *Meio ambiente e relação de consumo sustentável*. Disponível em <<http://www.prsp.mpf.gov.br/cidadania/deconSocCult/meio20ambiente20e%20rela%20ao%20consumo%20sustentavel.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2008.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VIANA, Gilney; SILVA, Marina; Diniz, Nilo (Org.). *O desafio da sustentabilidade: um debate socioambiental no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

RELAÇÕES DE GÊNERO E EDUCAÇÃO: EM BUSCA DA PROMOÇÃO DA CIDADANIA

Marli Marlene Moraes da Costa¹

Rosane T. C. Porto²

Quelen Brondani de Aquino³

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A dominação nas relações de gênero existe desde que surgiu a sociedade, mas somente nas últimas décadas passou a ser questionada e a ser motivo de discussões em diversos setores. Essa relação de poder desencadeia a prática da violência, nas mais diversas formas. Nesse contexto, a constituição de uma cultura determina a maneira de viver, que vai sendo conservada, levando séculos para que se modifique. Mas as transformações são notadas, levando à evolução do ser social como um todo.

A busca de novos mecanismos que proporcionem a transformação social deve ser constante. Para tanto, o presente artigo tem por objetivo demonstrar, através da análise da existência de uma cultura patriarcal, em que se destacou a dominação masculina nas relações de gênero, novas possibilidades para a promoção da cidadania por meio da educação, podendo, dessa maneira, ser exercida no ambiente escolar.

Nesse diapasão, far-se-á uma abordagem sobre a cultura patriarcal. Em seguida, passar-se-á a analisar a dominação masculina nas relações de poder que acaba desencadeando a prática da violência simbólica, e, por último, buscar-se-á a construção de novos mecanismos que promovam o exercício da cidadania através da educação. Isso para ratificar a afirmação de que não é possível alcançar o desenvolvimento de uma nação sem investir em educação.⁴

1 Pós-Doutora pela Universidade de Burgos/Espanha, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Coordenadora do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas – CEPEJUR e do Grupo de Estudos “Direito, Cidadania e Políticas Públicas” da UNISC, avaliadora do INEP, Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar. E-mail: marlicosta15@yahoo.com.br

2 Professora e mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante do grupo de pesquisas: Direito, Cidadania e Políticas Públicas coordenado pela Pós-Doutora Marli Marlene Moraes da Costa. E-mail: rosaneporto@brigadamilitar.rs.gov.br

3 Especialização em andamento em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local. Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Integrante do grupo de pesquisa: Direito, Cidadania e Políticas Públicas, do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Unisc, coordenado pela Pós-Doutora Marli Marlene Moraes da Costa. E-mail: quelenbrondani@yahoo.com.br

4 DIMENSTEIN, Gilberto. *O Cidadão de Papel*. São Paulo: Editora Ática, 20ª Edição, 2002, p. 11.

2 A CULTURA PATRIARCAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

O gênero tem sido a orientação básica da biologia humana, estando intimamente ligado ao poder, característica fundamental da sociologia humana. Assim, questões de gênero podem levar ao poder e o poder a essas relações, e, nesse sutil campo de batalha, surge a família como uma instituição social – a mais antiga e mais disseminada de todas.⁵

Observa-se que a privacidade do mundo familiar sempre esteve relacionada à autoridade societária, através de direitos e obrigações, definidas por organizações religiosas e mantidas pelas autoridades políticas e pela legislação estatal. Nesse sentido, verifica-se a cultura patriarcal como maneira de viver e de se organizar em sociedade. É preciso, portanto, entender essa forma de se relacionar.

De um modo geral, fazendo uma análise sobre a cultura patriarcal, verifica-se que ela pode ser vivida de várias maneiras, podendo confundir-se com símbolos, ideias, instituições ou comportamentos específicos.⁶ As diferenças de gênero masculino e feminino são, por exemplo, formas específicas de vivência. As distinções são biológicas, mas as maneiras como se externam são um fenômeno cultural.

No último século, as relações familiares definiam-se em duas situações básicas como forma de demonstrar a existência de uma cultura patriarcal: a dominação do pai e a dominação do marido. Embora essa regra se refira às relações entre pai e filho ou entre sogra e nora, o núcleo do poder patriarcal demonstra-se, principalmente, no poder do pai sobre a filha e do marido sobre a mulher. O poder do pai sobre o filho homem representava uma versão suavizada do poder do pai sobre a filha. Verifica-se, então, de um lado a dominação masculina e de outro a submissão da mulher.⁷

Ocorre que mudanças fundamentais levaram à transformação de uma cultura totalmente patriarcal para o que hoje pode-se chamar pós-patriarcal ou fenômeno de despatriarcalização. As mudanças que se instauraram foram imprescindíveis para a evolução de direitos e garantias fundamentais, inerentes principalmente às mulheres, que até meados do século XX pouco se questionava. Os desafios ao patriarcado europeu, por exemplo, deu-se, num primeiro instante, com o radicalismo protestante, através do tratado de John Stuart Mill sobre *A Sujeição das Mulheres*, revelando que “a subordinação de gênero tinha se tornado um dos principais obstáculos ao progresso humano”.⁸

Por seu turno, as mudanças mais visíveis se deram em meados do século XX, quando se iniciou o declínio do longo reinado patriarcal: a “segunda metade, particularmente seu último quartel, foi o período da mudança global mais rápida e

5 THERBORN, Göran. *SEXO E PODER: a família no mundo 1900-2000*. Tradução de Elisabete Dória Bilac. São Paulo: Contexto, 2006, p. 11-12.

6 MATURANA, Humberto R.; VERDEN-ZÖLLER, Gerda. *AMAR E BRINCAR: fundamentos esquecidos do humano*. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2004, p. 15.

7 THERBORN, op. cit., p. 29-30.

8 Ibidem, p. 45.

radical da história do gênero humano e das relações geracionais”.⁹ As mudanças concentraram-se, de acordo com Therborn, em três períodos sociais: durante a Primeira Guerra Mundial; após a Segunda Guerra Mundial, e logo após o ano de 1968. Ainda, no entender do mesmo autor, “os anos de 1910 e 1920 viram a primeira quebra real do domínio patriarcal no mundo moderno”.¹⁰

As modificações culturais, e na própria legislação, já eram visíveis em várias partes do mundo. Com a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948), incluiu-se definições avançadas sobre gênero e família. A partir de então homens e mulheres adquiriram o direito de se casar e de constituir uma família sem limitações de raça, nacionalidade ou religião, só podendo se realizar o casamento com o livre consentimento dos pretendentes.¹¹

Embora as mudanças representem um marco na história do patriarcado, isso não significa o seu desaparecimento do mundo. Em várias partes ele se apresenta entrincheirado, como na Ásia e na África, onde a violência contra as mulheres representa um problema muito mais grave que nas outras partes do mundo, sendo os sacrifícios de gênero e o espancamento das esposas ainda legítimos em muitos ambientes sociais.

Nesse contexto, constata-se que o patriarcado ainda exerce forte influência em pelo menos 40% da população do continente asiático e africano; de outra banda, a Europa e a América transformaram-se em sociedades pós-patriarcais.¹² O pós-patriarcado representou a autonomia com relação aos pais, e direitos iguais para homens e mulheres. Trata-se, portanto, de uma transformação recente, que não significa equidade de gêneros, uma vez que o ser humano está inserido em relações sociais e econômicas de desigualdade que vêm crescendo. Por óbvio, se comparado ao início do século passado, o patriarcado diminuiu em todas as partes do mundo, embora não tenha se extinguido por completo. Os direitos das mulheres, das crianças, de diferentes raças e etnias, se ampliaram, e a expansão da educação e do trabalho assalariado aumentaram essa autonomia.¹³

Diante de tudo, pode-se concluir que as mudanças, que se deram até agora, foram fundamentais para a busca da equidade de gênero, mas ainda é pesada a carga patriarcal no século XXI. “A longa noite patriarcal da humanidade está chegando ao fim. Está alvorecendo, mas o sol é visível apenas para a minoria”.¹⁴

Assim, como uma sociedade com fortes indícios do patriarcado, a divisão social surge para justificar, de um lado, a subordinação e, de outro, as relações de poder que desencadeiam a discriminação de determinados grupos sociais, conforme

9 Ibidem, p. 114.

10 Ibidem, p. 114.

11 Ibidem, p. 115.

12 Ibidem, p. 193-194.

13 Ibidem, p. 192.

14 Ibidem, p. 195.

passar-se-á a tratar no próximo item.

3 A DOMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE PODER QUE DESENCADAIAM A PRÁTICA DA VIOLÊNCIA

De acordo com Maturana e Verden Zölller, “o respeito por si mesmo e pelo outro surgem nas relações de aceitação mútua e no encontro corporal, no âmbito de uma confiança mútua e total”.¹⁵ Nesse sentido, “o abuso (uso forçado) e a mutilação do corpo de uma pessoa por outra viola essa confiança fundamental”. No entender dos autores, isso traz consequências para a pessoa atingida, destrói o respeito por si mesma e a possibilidade de participar nessa dinâmica de respeito mútuo, que consiste na coexistência social.¹⁶ Logo:

A perda do respeito por si mesmo e pelo outro, envolvida em tais ações destrói a identidade social e a dignidade individual de um ser humano como aspectos de sua dinâmica biológica. Surge assim, uma desolação, que só se pode curar por meio da recuperação do respeito por si mesmo e pelo outro, na mesma ou em outra comunidade humana. A destruição do autorrespeito por meio do abuso corporal resulta na aceitação de uma situação de subordinação por parte de quem é abusado. Contudo, para que ocorra a aceitação da subordinação como relação legítima, tanto pelo abusador quanto por sua vítima, ambos devem viver no espaço psíquico da apropriação.¹⁷

Nesse contexto, os agentes sociais discriminados assumem uma condição de aceitação legítima da dominação e do uso do poder. Assim, o indivíduo dominado vive na apropriação e age como se fosse legítimo estabelecer, pelo uso da força, limites que restringem seus direitos e garantias. Essa forma sutil de violência faz com que o ser social viva nessa hierarquia que exige a obediência, que requer autoridade e subordinação, poder e submissão.¹⁸

Surge, então a violência simbólica, como a forma perfeita para se exercer a dominação e o poder, em razão, justamente, de obstaculizar a capacidade de reação do agente, em virtude, principalmente, do modo de ser e fazer o gênero.¹⁹

Preponderantemente, a retomada de categorias com pré-questionamentos a partir de uma ressignificação na escala social, valorando a sua posição, advém de explorar e possibilitar ao ser interior, o despertar para uma existência avessa à que é imposta pela dominação, o que estrategicamente, e pelo próprio *habitus* social, produz o aniquilamento psíquico, social e cultural do indivíduo. Ao encontro de tal assertiva, Bourdieu explica:

15 MATURANA; VERDEN-ZÖLLER, op. cit., p. 21-22.

16 Ibidem, p. 22.

17 Ibidem, p. 22

18 Ibidem, p. 38.

19 Ibidem, p. 74.

A divisão entre os sexos parece estar “na ordem das coisas, como se diz por vezes para falar do que é normal, natural, a ponto de ser inevitável: ela está presente, ao mesmo tempo, em estado objetivado nas coisas (na casa, por exemplo, cujas partes são todas “sexuadas”), em todo o mundo social e, em estado incorporado, nos corpos e nos *habitus* dos agentes, funcionando como sistemas de esquemas de percepção, de pensamento e de ação.”²⁰

Os costumes existentes no meio social impõem-se de maneira irresistível aos seus indivíduos, podendo ser notados em seus gestos e em seu modo de agir. Essa dinâmica social não se explica apenas pela razão e consciência, tampouco se reduzem às escolhas de cada indivíduo.²¹ Essa interação social é tida como meros reflexos que advêm das regras propostas por cada sociedade diante de suas estruturas culturais. Nesse patamar, parece complexo demonstrar o papel do indivíduo no funcionamento do mundo social. Diante disso, Lugli apresenta as seguintes inquietações:

[...] como, exatamente, os comportamentos individuais, com suas inúmeras variações e imprevisibilidades, vinculam-se às normas e às estruturas sociais e, no sentido inverso, como é constituído o poder que as normas e estruturas sociais possuem sobre todos os indivíduos numa dada cultura? Para solucionar esse enigma, Bourdieu recorreu ao conceito de *habitus*. [...] A ideia de *habitus* permite considerar a ação social tanto como fruto de estruturas sociais herdadas quanto como escolha ou cálculo racional do indivíduo, que são, no entanto, mediadas por disposições.²²

Nessa seara, torna-se necessário definir o *habitus* que, em outros termos, tem a ver com a forma de disposição praticamente disposta e apresentada como natural que reside nas relações, nos espaços e nos campos. Constitui-se pelos rituais, pelos costumes, como também pelos mecanismos de poder. Nas palavras de Bourdieu:

[...]o *habitus* é a *vis insita*, a energia potencial, a força dormente, de onde a violência simbólica, em particular aquela exercida pelos performáticos, extrai sua misteriosa eficácia. O hábito também constitui o princípio dessa forma particular de eficácia simbólica, a “influência” (de uma pessoa – “as más influências”-, de um pensamento, de um autor etc.), à qual muitas vezes se atribui o papel de uma virtude soporífera e cujo mistério se esvai quando seus efeitos quase mágicos são referidos às condições de produção das disposições que predispunham a suportá-la.²³

20 BOURDIEU, Pierre; *A Dominação Masculina*. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p.17.

21 LUGLI, Rosário S. Genta. A construção social do indivíduo. In: AQUINO, Julio Groppa; REGO, Teresa Cristina. Revista Educação: Bourdieu pensa a educação. n.5. setembro, 2007, São Paulo: Segmento, p. 26-35, p. 26.

22 LUGLI, op. cit., p. 27-28.

23 BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas*. Campinas: Papyrus, 1996, p. 205.

Vislumbra-se, dessa forma, a necessidade de se compreender a lógica das práticas cotidianas, que ensejam os modos adequados de viver e conviver. Esses “modos adequados” são aqueles aceitos pela sociedade, que fazem sentido para o indivíduo e para todo o seu grupo, sendo tomados como naturais e inquestionáveis. Essas disposições, que Bourdieu chamou de “incorporadas”, são herdadas da família, do grupo de origem, aprendidas através da socialização dos indivíduos em determinados contextos.²⁴ As pessoas não existem para o mundo social se não possuem um *habitus*. É por meio dele que elas se reconhecem e podem distinguir-se entre seu grupo. Uma consequência interessante, segundo Lugli, é que, durante a vida, os indivíduos participam de diversos grupos sociais, o que faz com que adquiram novos *habitus* durante toda a existência do ser.²⁵ Contudo, ele não pode ser compreendido como um conceito isolado, independente dos demais elementos.

Assim, os diferentes tipos de capital, em especial o econômico e o cultural, aproximam ou distanciam socialmente os agentes sociais. Entretanto, o campo em que convivem, devido ao capital peculiar de cada um, torna-se um espaço de disputas simbólicas. Consequentemente, quando o desequilíbrio ou o poder de dominação impera, de tal maneira que a parte frágil da relação não se dá conta, surge a violência simbólica, a qual juntamente com a alienação do sujeito não deixa perceber a dominação que advém do outro.

A dominação masculina, por exemplo, reúne todas as condições para o seu pleno exercício. A precedência, historicamente destinada aos homens, afirmou-se com as estruturas sociais, fundamentadas com a divisão por gênero do trabalho de produção e de reprodução biológica e social, conferindo aos homens a melhor parte. Essa relação de poder e de dominação, em que estão inseridas as mulheres, expressam-se nas oposições de ordem simbólica. Elas acabam conhecendo e reconhecendo essa dominação.²⁶

Essa visão de normalidade que se organiza nas diferenças de gênero, masculino e feminino, instituindo o que cabe ao homem e aquilo que pertence à mulher, fazem com que os dominados compactuem com essa sutil violência, construindo-se dois mundos sociais hierarquizados. Está-se assim diante da violência simbólica, que, segundo Bourdieu, se institui

[...] por intermédio da adesão que o dominado não pode deixar de conceder ao dominante (e, portanto, à dominação) quando ele não dispõe, para pensá-la e para se pensar, ou melhor, para pensar sua relação com ele, mais que de instrumentos de conhecimento que ambos têm em comum e que, não sendo mais que a forma incorporada da relação de dominação, fazem essa relação ser vista como natural; ou, em outros termos, quando os esquemas que ele põe em ação para se ver e se avaliar, ou para ver e avaliar os dominantes (elevado/baixo, masculino/feminino, branco/negro etc.), resultam da incorporação de

24 LUGLI, op. cit., p. 29.

25 Ibidem, p. 31.

26 BOURDIEU, 1999, op. cit., p. 45.

classificações, assim naturalizadas, de que seu ser social é produto.²⁷

Os efeitos desse tipo de dominação se exercem através da percepção e da avaliação do que constitui o *habitus*. Assim, a lógica da dominação e da submissão tornam-se espontâneas e extorquidas ao mesmo tempo, podendo ser compreendida, desde que permanecemos atentos aos efeitos duradouros que essa ordem social acaba exercendo nos agentes sociais, harmônicas nessa invisível imposição.²⁸

Observa-se que as condições sociais, que reproduzem essas tendências, fazem com que os dominados adotem o ponto de vista dos dominantes, efetivando-se alheio à vontade, demonstrando um poder também simbólico nas suas manifestações. Verifica-se que a dominação só se perpetua através dessa cumplicidade e que aquele que ocupa o polo submisso acaba sendo excluído do sistema social. A reprodução dessas formas de exclusão é possível na própria família, na escola, na igreja e na divisão do trabalho.

Parece que essa lógica acaba por produzir efeitos “harmoniosos”, fazendo com que as vítimas dessa dominação simbólica cumpram felizes as tarefas a elas atribuídas.²⁹ Mas é dentro da família que se verifica uma ação psicossomática que se reflete na prática de violência. É o exercício do poder dos dominantes que não se encerra na vida pública. Pelo contrário, é na vida privada que ocorrem as grandes barbáries.

A violência doméstica, que somente na última década passou a ser problematizada, começou a destacar-se entre os temas sociais de maior relevância, ampliando-se de tal maneira que já não se admite a prática de atitudes que até há pouco tempo eram aceitas e toleradas pela sociedade.

Nesse viés, o mundo doméstico deve deixar de ser um assunto de interesse apenas dos integrantes da família, cabendo ao Estado interferir quando atos de violência são praticados. O Estado tem, portanto, um papel fundamental na proteção da família, para que se proporcione a efetiva aplicação dos Direitos Humanos, valores basilares da República Federativa do Brasil e que representam a razão de ser do Estado.

4 O PAPEL DA EDUCAÇÃO NA PROMOÇÃO DA CIDADANIA

Em geral, constata-se que o espaço social é um lugar de lutas, tensões, rivalidade, competitividade que não se restringe a um lócus de convivência, onde os agentes têm uma posição, conforme a estrutura e a dinâmica de cada espaço social. Basicamente, nesse espaço os agentes constantemente encontram-se medindo forças.³⁰

27 Ibidem, p. 47.

28 Ibidem, p. 49-50.

29 Ibidem, p. 73.

30 PINTO, Louis. *Pierre Bourdieu e a Teoria do Mundo Social*. Rio de Janeiro: FGV, 2000, p. 96.

Nessa conjuntura, destaca-se o papel fundamental da educação para corrigir e atenuar os efeitos decorrentes dessa complexidade social. De acordo com Zemel³¹ “A escola é um ambiente privilegiado para a reflexão e formação da criança e do adolescente, já que é o espaço onde eles vivem muito tempo de suas vidas”. É no campo escolar que, depois do campo familiar, o indivíduo recebe noções e conceitos de práticas de condutas, consideradas pelo campo social em que está inserido como certas ou erradas, normais ou anormais, aceitas ou repudiadas pela maioria de seus agentes.

E, nesse viés, quando falha o papel da família, que deve a escola proporcionar fundamentos que possibilitem a construção de uma equidade de gênero. A educação assume, portanto, um papel fundamental na construção social do indivíduo, uma vez que é no sistema escolar que o Estado pode instaurar novas formas de percepção de categorias e pensamentos.³²

De outra banda, Bourdieu chama a atenção para o “poder estruturante” da educação, ou seja, esse “poder capaz de constituir a realidade e de estabelecê-la como ordem no plano simbólico e, igualmente, de contribuir para a dominação de uma classe social sobre outra”.³³ Andrade, ao analisar as obras de Bourdieu, assevera:

Bourdieu observa que uma das ilusões sobre a democracia consiste em supor que todos têm iguais condições de acesso à opinião pública, que todos têm as mesmas condições de falar. Ora, segundo ele, nada é mais desigualmente distribuído do que os instrumentos, cognitivos e corporais, necessários à formação de um ponto de vista próprio, de uma opinião sobre algo. O acesso ao âmbito do discurso ainda é muito restrito nas sociedades contemporâneas. Dessa forma, a probabilidade de responder adequadamente a uma questão, assim como a capacidade de articular um problema, é maior entre os homens do que entre as mulheres, entre os ricos do que entre os pobres. Disso decorre a enorme importância assumida pela educação e, daí, a afirmação de Bourdieu: “É preciso trabalhar para universalizar, isto é, democratizar as condições econômicas e culturais de acesso à opinião pública. É isso que confere um lugar determinante à educação, educação de base e educação permanentes: ela não é somente condição de acesso aos postos de trabalho ou às posições sociais, é também a condição maior do acesso ao verdadeiro exercício dos direitos do cidadão”.³⁴ (p. 85)

31 ZEMEL, Maria de Lurdes S. *PREVENÇÃO - Novas formas de pensar e enfrentar o problema*. In: *PREVENÇÃO AO USO INDEVIDO DE DROGAS: Curso de Capacitação para Conselheiros Municipais*. Brasília: Presidência da República, Secretaria Nacional Antidrogas, 2008, p. 98.

32 CATANI, Denise Barbara. *A educação como ela é*. In: AQUINO, Julio Groppa; REGO, Teresa Cristina. *Revista Educação: Bourdieu pensa a educação*. n.5, São Paulo: Segmento, pp. 16-25, 2007., p. 23.

33 ANDRADE, Maria da Conceição Lima de. O poder estruturante da educação. In: AQUINO, Julio Groppa; REGO, Teresa Cristina. *Revista Educação: Bourdieu pensa a educação*. n.5. setembro, 2007, São Paulo: Segmento, p. 84 – 89, p. 85.

34 Ibidem, p. 85.

De forma diversa, diante da concepção de que os indivíduos são iguais perante a lei, cabe ao Estado fazê-los cidadãos, dotados de meios culturais, capazes, portanto, de exercer ativamente seus direitos. Conclui-se, num primeiro momento, que o sistema escolar acaba por introduzir universalmente uma cultura dominante, configurando-a como cultura legítima.

Nas palavras de Costa e Porto:

O sistema de ensino é considerado uma ritualização da palavra, que dispõe da fixação dos papéis para os sujeitos que falam, assim como constitui um grupo doutrinário, distribui e se apropria de discursos com seus poderes e seus saberes. Nessa relação de poder-saber, fica difícil perceber que a relação entre os sujeitos seja uma relação de igualdade de condições ou que, nesse meio, seja diferente do que está posto na sociedade.³⁵

As autoras, ao citar Foucault, explicam que ele, ao analisar esse modo de subjetivação, identificou três tipos de luta social, cuja intensidade e combinação variavam na história, “A primeira delas, diz respeito à luta contra a dominação, podendo exemplificar as lutas de cunho religioso, de gênero e racial. A segunda são as lutas contra a exploração do trabalho e a terceira, as lutas contra as amarras do indivíduo a si próprio e aos outros”. Mas, para Foucault, “a luta contra as formas de sujeição fora a mais relevante”.³⁶

Costa e Porto concluem que, ao tentar-se localizar o sistema de educação nesse cenário de assujeitamento, acaba-se por gerar várias inquietações e indagações no sentido de verificar se o sistema educacional está reproduzindo indivíduos “subjugados, dóceis, despersonalizados” que acabam sendo controlados nesse ambiente. “Se isso é fato, o Estado que se vale das suas instituições, em especial a escola, para a concretude de tal sujeição, não é um Estado democrático de direito”.³⁷

Bourdieu também constata que a escola não iguala as oportunidades ou dá acesso à cultura a todos, porque, pela forma que está estruturado, o sistema escolar não democratiza.³⁸ De outra sorte, o autor afirma que a escola pode trabalhar para não reforçar as desigualdades, para não reiterar as diferenças já existentes entre os agentes que lhe são confiados.

Diante de tudo que já foi exposto e amparado pelo direito fundamental à educação, ressalta-se a possibilidade de se instrumentalizar no ambiente escolar, por meio de métodos e recursos pedagógicos, a disseminação de uma cultura pautada pela ausência de caracteres que enaltecem negativamente as diferenças entre homem e mulher, raças, etnias e classes sociais, diminuindo, em um processo

35 COSTA, M. M. M.; PORTO, Rosane T. C. Educação para a cidadania. In: GORCZEVSKI, Clóvis (Org.). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007, p. 65.

36 Ibidem, p. 65.

37 Ibidem, p. 67.

38 CATANI, op. cit., p. 25.

gradativo, a distinção negativa em razão do gênero.

É possível acreditar na educação como transformadora de sujeitos, pois ela não se restringe exclusivamente a que é proporcionada pelo Estado, via suas instituições escolares, mas principalmente naquela que parte do próprio indivíduo, que luta contra o processo de desumanização e sonha com uma sociedade da comunicação, isto é, que efetivamente se entenda e reconheça a importância de perceber e enxergar o outro como ser da mesma espécie.³⁹

A educação atingiu, em seu contexto, patamares que vão muito além da preparação do aluno para os estudos e para o aprimoramento das potencialidades individuais. Isso porque a convivência pacífica e de acordo com os preceitos constitucionais reclama a existência de uma formação institucional que priorize a vida social e a solidariedade.

Ao encontro de tal assertiva, Costa e Porto⁴⁰ lembram que “a educação não se refere exclusivamente ao processo de desenvolvimento da capacidade intelectual de cada indivíduo”. O papel da educação, no contexto atual, vai muito além, devendo preocupar-se, principalmente, com a capacidade moral do ser humano.

Nesse sentido, é possível construir na escola um ambiente propício para promover a equidade de gênero, contribuindo para a construção de uma cultura em que gradativamente vão se desconstruindo estereótipos socialmente discriminados na história da humanidade.

Paratanto, é fundamental vislumbrar a educação como “uma forma de intervenção no mundo”.⁴¹ Além dos avanços tecnológicos e científicos da modernidade, da abertura do mercado de trabalho e das instituições de ensino, a concretização dos direitos, que conferem condições de igualdade aos indivíduos, carece de uma transformação cultural que perpassa a formação individual, atinge a educação formal e contagia as inter-relações.

O processo educacional se apresenta como instrumento para interferir na propagação espontânea de conceitos que não condizem com os predicados constitucionais do país e que são necessários, tanto para a superação das desigualdades de gênero, quanto para a diminuição da exclusão social e da eliminação da pobreza.

Nesse contexto, a educação tem papel primordial para o efetivo exercício da cidadania, a qual tem pautado inúmeras discussões acerca da construção do seu real significado nos dias atuais.

39 COSTA; PORTO, op cit., p.73.

40 Ibidem, p. 61.

41 FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 16. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 110.

Busca-se, por conta disso, conceber uma nova concepção de cidadania, como bem definiu Reis e Costa, “como centro nervoso do sistema democrático”.⁴² É, portanto, no ambiente escolar que a cidadania deve ser exercida em sua plenitude, seja na busca de um discurso de não violência ou na promoção da equidade social, em todas as suas diferenças. Não se trata aqui de forçar que indivíduos cultural e socialmente diferentes adotem uma postura idêntica, mas que, diante das diferenças, se construa e se respeite a equidade nas diferenças.

A construção de uma educação para a equidade e para a paz social enriquece valores sociais, culturais e morais do indivíduo, podendo, a partir daí, a sociedade encontrar sua verdadeira identidade, sendo possível, nesse diapasão, o exercício da cidadania em qualquer comunidade.

Pelo que já foi referido, constata-se na linguagem uma poderosa aliada na construção do pensamento moderno, à medida que “passa a ser compreendida como um elemento estruturador da relação do homem com o real”.⁴³

Ainda nas palavras de Guimarães: ao citar Gadamer, diz que a condição fundamental do diálogo é a abertura: se não existir essa mútua abertura não vai existir o verdadeiro vínculo humano. A abertura para o outro implica o reconhecimento de que o indivíduo deve estar disposto a ver algo que vá contra ele.⁴⁴ Essa abertura, segundo o autor, é possível de se exercer de uma comunidade para outra.

Reis e Melo⁴⁵ contribuem para tal assertiva, dizendo que outras culturas (comunidades) devem ser concebidas “como portadoras de respostas alternativas a problemas comuns”, reconhecendo, nesse sentido, uma humanidade comum, em que as diversas culturas são vistas como “uma expressão parcial”. Os autores complementam enfatizando que esse é um passo fundamental “para construir um futuro comum compreendido como convivência pacífica neste planeta”.

Nesse processo, observa-se o delineamento de um novo modelo democrático, abandonando os conceitos fechados de cidadania e indo em busca de novas maneiras de “cosmopolitismo”.⁴⁶

Ainda nas palavras desses autores:

42 REIS, Suzéte da S.; COSTA, M. M. M. *A educação como vínculo emancipatório para a construção e para o exercício da cidadania*. In: GORCZEVSKI, Clóvis (Org.). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007, p. 93.

43 GUIMARÃES, Marcelo Rezende. *Educação para a paz: sentidos e dilemas*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2005, p. 223.

44 Ibidem, p. 235.

45 REIS, Jorge R. dos; MELO, Milena Petters. *Imigração e relações interculturais no contexto da globalização: entre igualdade e diversidade, as novas fronteiras da democracia*. In: REIS, Jorge R. dos; LEAL, Rogério G. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 9. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009, p. 2655.

46 Ibidem, p. 2659.

A dignidade da “igualdade” jurídica e ontológica exige instituições não repressivas, não discriminatórias e abertas ao debate. Estruturado a partir desta premissa, o sistema social e político pode garantir concomitantemente a expressão dos direitos universais e a proteção dos particularismos culturais. [...] A humanidade “globalizada” pode caminhar em direção a um tempo de novos conhecimentos, novas alianças, novas identidades e diversidades, um novo paradigma intercultural no qual pessoas e culturas se coloquem democraticamente todas num mesmo plano.⁴⁷

Diante desse novo modelo de democratização em que, cada vez mais, buscase a participação social, observando-se, inclusive, a flexibilização e a abertura de organismos conhecidos por conservar uma comunicação rígida e fechada, que se vislumbra na educação o elemento primordial para a construção de uma cultura da paz, em que se busca o combate às desigualdades e às exclusões sociais, e, principalmente, o exercício efetivo da cidadania.

Para tanto, a escola é o local privilegiado para o combate à violência, necessitando de profissionais qualificados, cabendo ao poder público investir na formação e na reciclagem desses profissionais. As questões culturais que envolvem a desigualdade de gênero e favorecem a violência impedem o desenvolvimento social, representando um empecilho para a concretização dos direitos humanos, motivo pelo qual podem ser caracterizados como uma antítese à cultura da paz. Nesse contexto, os Estados devem assumir a responsabilidade pela inserção, no ambiente escolar, de instrumentos para modificar essa cultura e eliminar os conceitos estereotipados.

Dentre as possibilidades destinadas a contribuir para a melhoria das condições de vida dos cidadãos, tem-se a inclusão, no processo educacional, de programas adequados para combater preconceitos e costumes baseados na premissa da inferioridade ou da superioridade, independente de gêneros, que legitimem ou exacerbem a prática de qualquer forma de violência, sendo, para isso, preciso modificar os papéis sociais e culturais de conduta da sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das considerações apresentadas, pode-se concluir que a educação representa o caminho para a construção de uma cultura da paz. Através da educação será possível a construção de um mundo menos desigual, com menos exclusão social e menos discriminação causadas pelas diferenças. É a educação que vai introduzir nos homens uma consciência crítica da realidade social em que está inserido, possibilitando a ele o acesso aos instrumentos que permitirão que viva o seu pleno exercício de cidadania, fazendo-o refletir sobre o seu papel no contexto social de que faz parte, e sobre a sua possibilidade de contribuir para o desenvolvimento da sociedade da paz.

47 Ibidem, p, 2659.

Como bem explanam Reis e Costa⁴⁸, “devemos acreditar no potencial de renovação do ser humano e na imensa potencialidade da própria sociedade”, buscando, nesse sentido, uma sociedade efetivamente democrática de direito, que respeita os direitos fundamentais trazidos pela Carta Magna e, principalmente, que contribui para o real exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana, seja pela solidariedade, pela cultura da paz ou pela promoção da erradicação de todas as formas de discriminação e violência.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria da Conceição Lima de. O poder estruturante da educação. In: AQUINO, Julio Groppa; REGO, Teresa Cristina. *Revista Educação: Bourdieu pensa a educação*. n.5. setembro, 2007, São Paulo: Segmento, p. 84 – 89.

BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas*. Campinas: Papirus, 1996.

BOURDIEU, Pierre; *A Dominação Masculina*. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

CATANI, Denise Barbara. A educação como ela é. In: AQUINO, Julio Groppa; REGO, Teresa Cristina. *Revista Educação: Bourdieu pensa a educação*. n.5, São Paulo: Segmento, p. 16-25, 2007.

COSTA, M. M. M.; PORTO, Rosane T. C. Educação para a cidadania. In: GORCZEVSKI, Clóvis (Org.). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel*. São Paulo: Editora Ática, 20ª Edição, 2002.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 16. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GUIMARÃES, Marcelo Rezende. *Educação para a paz: sentidos e dilemas*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2005.

LUGLI, Rosario S. Genta. A construção social do indivíduo. In: AQUINO, Julio Groppa; REGO, Teresa Cristina. *Revista Educação: Bourdieu pensa a educação*. n.5. setembro, 2007, São Paulo: Segmento, pp. 26-35.

MATURANA, Humberto R.; VERDEN-ZÖLLER, Gerda. *AMARE BRINCAR: fundamentos esquecidos do humano*. Tradução de Humberto Mariotti e lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2004.

PINTO, Louis. *Pierre Bourdieu e a Teoria do Mundo Social*. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

REIS, Jorge R. dos; MELO, Milena Petters. Imigração e relações interculturais no contexto da globalização: entre igualdade e diversidade, as novas fronteiras da democracia. In: REIS, Jorge R. dos; LEAL, Rogério G. **Direitos Sociais e Políticas Públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 9. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

REIS, Suzéte da S.; COSTA, M. M. M. A educação como vínculo emancipatório para a construção e para o exercício da cidadania. In: GORCZEVSKI, Clóvis (Org.). *Direitos*

48 REIS; COSTA, op. cit., p. 94.

Humanos, Educação e Cidadania. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

THERBORN, Göran. *SEXO E PODER: a família no mundo 1900-2000*. Tradução de Elisabete Dória Bilac. São Paulo: Contexto, 2006.

ZEMEL, Maria de Lurdes S. *PREVENÇÃO - Novas formas de pensar e enfrentar o problema*. In: *PREVENÇÃO AO USO INDEVIDO DE DROGAS: Curso de Capacitação para Conselheiros Municipais*. Brasília: Presidência da República, Secretaria Nacional Antidrogas, 2008.

O *AMICUS CURIAE*: ALGUNS ASPECTOS SOBRE A INTERVENÇÃO DO INSTITUTO NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO¹

Mônia Clarissa Hennig Leal²

Rosana Helena Maas³

1 INTRODUÇÃO

O *amicus curiae*, o “amigo da corte” ou o “amigo do juiz” é um instituto que já vem sendo utilizado em nosso ordenamento jurídico há mais de três décadas. Entretanto, apenas com a sua introdução no controle de constitucionalidade, notadamente em sua versão abstrata e concentrada, mais precisamente no artigo 7º, §2º, da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que disciplina a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, ganhou notoriedade.

Diferencia-se da intervenção em sentido estrito prevista em nosso Código Civil, por seu interesse ultrapassar o das partes, vindo a atingir toda a sociedade. É instrumento de abertura e de conseqüente democratização da jurisdição constitucional, sendo esse o seu princípio maior, ou seja, propiciar a abertura da jurisdição constitucional.

Nas ações do controle concentrado de constitucionalidade, mais especificamente na Ação Direta de Inconstitucionalidade, na Ação Declaratória de Constitucionalidade e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, essa figura do *amicus*

1 Este artigo é resultante do projeto de pesquisa intitulado “O *amicus curiae* como instrumento de realização de uma jurisdição constitucional aberta: análise comparativa entre o sistema brasileiro, alemão e norte-americano”, do qual as autoras são coordenadora e pesquisadora, respectivamente, e foi publicado no livro: GORCZEVSKI. C.; REIS, J. R. R. (Org.). *Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010.

2 Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde leciona as disciplinas de Jurisdição Constitucional e Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Avenida Independência, 2293, Santa Cruz do Sul – RS, Brasil. CEP: 96.815-900. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisa realizada junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Pesquisadora conveniada da cátedra de Direito Público e do Estado da Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, em parceria com o Prof. Dr. Winfried Brugger. Advogada. (moniah@unisc.br).

3 Aluna do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq, e pesquisadora colaboradora do projeto de pesquisa “O *amicus curiae* como instrumento de realização de uma jurisdição constitucional aberta: análise comparativa entre o sistema brasileiro, alemão e norte-americano”, ambos coordenados pela Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal. Advogada. (rhmaas@via.com.br)

curiae intervém de duas maneiras distintas, voluntariamente ou por requisição do relator.

Dessa forma, passa-se a trazer algumas considerações referentes ao caráter objetivo do controle de constitucionalidade, notadamente em sua versão abstrata e concentrada, e as formas de intervenção do *amicus curiae* nessa esfera.

2 O CARÁTER OBJETIVO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

As ações do controle abstrato de constitucionalidade, sendo essas a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, revestem-se de um caráter objetivo, isto é, não possuem partes propriamente ditas, o que não permite que a sua propositura sirva para a defesa de interesses subjetivos de qualquer dos legitimados ativos, tampouco de eventuais outros legitimados.⁴

Conforme Bueno⁵, a expressão “processo objetivo” é associada, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, à noção de que o Supremo Tribunal Federal não julga nenhum interesse ou direito subjetivado, vinculado a uma específica relação jurídica que dá ensejo, por definição, ao nascimento de pretensões concretas.

Dessa forma, o processo objetivo, ao contrário dos processos intersubjetivos, não envolve pessoas ou interesses concretos; em tese, ele consiste na mera apreciação de compatibilidade de uma norma determinada com outra que lhe é hierarquicamente superior. Assim, diz-se que tal processo é objetivo, pois não envolve situações jurídicas de caráter individual, mas a guarda da Constituição.⁶

Por esses motivos é que a Lei 9.868/99, que regula a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, veda, expressamente, em seu artigo 7º, *caput*⁷, a intervenção de terceiros prevista em nosso Código de Processo Civil, pois pela própria natureza dessa ação “torna-se impossível ampliar o debate instaurado no controle concentrado da constitucionalidade para abarcar interesses individuais e concretos dos eventuais interessados”.⁸

4 DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007. p. 78.

5 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 135.

6 BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 1, jan./fev./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2007.

7 BRASIL. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 21 out. 2007.

Art. 7º: Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

8 DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007. p. 79.

Desse modo, conforme Bueno⁹, “se veda a intervenção de terceiros naquelas ações, já que não há qualquer ‘interesse’ ou ‘direito’ pertencente individual e exclusivamente a quem quer que seja que possa ser usufruído diretamente a partir daquilo que é julgado”.

Assim, a intercessão de terceiros, em seu sentido estrito, ou seja, a disciplinada pelo Código de Processo Civil, que é entendida sob uma perspectiva processual voltada para os interesses de terceiros atingidos, não é permitida no processo de controle de constitucionalidade, diferentemente do *amicus curiae*, o qual se enquadra na intervenção de terceiros em sentido amplo e que possui, como princípio maior, a abertura e consequente democratização da jurisdição constitucional.

Destarte, observemos parte do julgamento do Recurso Extraordinário n. 412.921/MG¹⁰, no qual se explana o caráter objetivo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade:

Transmoc Transporte e Turismo Montes Claros LTDA requer o seu ingresso no processo na qualidade de assistente litisconsorcial dos recorrentes, ao argumento de que a decisão proferida no acórdão impugnado por este recurso extraordinário atinge diretamente seus direitos e interesses. Pleiteia, ainda, ante a eventual inviabilidade da assistência requerida, o seu ingresso no feito sob qualquer outra condição. O pedido não merece prosperar. O presente recurso extraordinário foi interposto contra acórdão que julgou ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de constituição estadual. Vê-se, portanto, que a hipótese dos autos trata de processo de natureza objetiva, no qual não há decisão acerca de relações jurídicas subjetivas. Decide-se, na espécie, tão somente, acerca da validade, ou não, de lei ou ato normativo, em tese. Assim, não se justifica, nos termos do art. 169, § 2º, do Regimento Interno do STF e do art. 7º, caput, da Lei 9.868/1999, a intervenção de terceiros, sob qualquer modalidade, neste recurso extraordinário. Isso posto, indefiro o pedido.

Dessa forma, e como acima referido, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 412.921/MG, a intervenção de terceiros na Ação Direta de Inconstitucionalidade, desde a alteração do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em 1985, pela

9 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 135-136.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 412.921/MG*, julgado em 5 de junho de 2007. Ministro Ricardo Lewandowski (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=259>>. Acesso em: 14 mar. 2008.

Emenda Regimental n. 2, que modificou o § 2º do artigo 169¹¹, é vedada.¹²

Nota-se que esse sempre foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, vedando a intervenção assistencial nas representações por inconstitucionalidade, e foi seguindo essa linha regimental e jurisprudencial que a Lei 9.868/99 dispôs, no *caput* do artigo 7º, que não se permite a intervenção de terceiros no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Porém, apesar de tal vedação, os §§1º(vetado) e 2º trouxeram uma inovação ao processo objetivo de controle de constitucionalidade, prevendo modalidades informais de intervenção de terceiros.¹³

Para melhor compreensão, vejamos o que traz o artigo 7º, *caput*, e §2º, da Lei 9.868/99¹⁴:

Art. 7º: Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§1º: (VETADO)

§2º: O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Assim, a Lei 9.868/99, atenta ou não à norma regimental, introduziu no processo do controle abstrato de constitucionalidade uma novidade de grande importância, ao permitir, conforme o §2º do artigo 7º, a manifestação de órgãos e de entidades na Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁵, prevendo, assim, conforme Bueno¹⁶, “expressamente, a admissão daquilo que, pouco a pouco, nossa doutrina e nossa jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, têm identificado com a figura

11 BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/ristf0169a0178.htm>. Acesso em: 9 mar. 2008.

Art. 169: O Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal, mediante representação, o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que seja declarada a sua inconstitucionalidade.

§1º: Proposta a representação, não se admitirá desistência, ainda que ao final o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência. (Alterado pela ER-000.002-1985)

§2º: Não se admitirá assistência a qualquer das partes. (Alterado pela ER-000.002-1985)

12 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 131.

13 BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 1, jan./fev./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2007.

14 BRASIL. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 21 out. 2007.

15 BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae - a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 14, jul./ago. 2002. Disponível em: <<http://www.facape.br/ivan/const/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-EDGARD-SILVEIRA-BUENO-FILHO.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2007.

16 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 130.

do *amicus curiae*, no procedimento da ação direta de inconstitucionalidade”.

Portanto, e como já dito acima, este artigo é o que permite a manifestação do *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade, apesar de que, se se analisar o *caput* do referido artigo, ter-se-á que o mesmo veda, expressamente, a intervenção de terceiros nesse tipo de ação. Dessa forma, fica claro que a figura do *amicus curiae* não se confunde com a intervenção de terceiros propriamente dita.

Sobre o assunto, Bueno Filho¹⁷ assevera que, “apesar de o *caput* não admitir a intervenção de terceiros, o referido parágrafo 2º criou uma exceção à regra, de modo a permitir a manifestação de órgãos ou entidades, desde que os postulantes demonstrem a sua representatividade e relevância da matéria”. Cabe referir, porém, que, como a Lei 9.868/99 não admite a intervenção de terceiros, o §2º do artigo 7º não criou uma exceção à regra, e sim trouxe para dentro do processo de controle de constitucionalidade a figura do *amicus curiae*, que difere da intervenção de terceiros prevista no nosso Código de Processo Civil.¹⁸

Cabe, ainda, destacar que, apesar de haver adquirido maior notoriedade jurídica nacional com a inserção do *amicus curiae* na Lei 9.868/99, o instituto possui, no direito pátrio, mais de três décadas de existência, tendo sido inicialmente introduzido, através da Lei 6.616, de 16 de dezembro de 1978, que trouxe alterações à Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que disciplina o mercado de valores mobiliários e criou a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).¹⁹

17 BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae* - a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 14, jul./ago. 2002. Disponível em: <<http://www.facape.br/ivan/const/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-EDGARD-SILVEIRA-BUENO-FILHO.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2007. Conforme Scarpinella Bueno, ainda, “a questão quanto ao ingresso do *amicus curiae*, de qualquer sorte, está superada na atualidade. A Lei n. 9.868/99, também já fizemos referência a essa circunstância, veda expressamente a intervenção de terceiros na ação direta de inconstitucionalidade, no que é inequívoco o *caput* de seu art. 7º, *verbis*: ‘não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade’. Ao mesmo tempo, entretanto, o §2º do dispositivo não pode ser entendido senão como forma clara quanto à possibilidade de determinadas entidades, sob algumas condições, serem chamadas a se manifestar em juízo e, nesse sentido, serem ‘terceiros intervenientes’”. Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.132.

18 Porém, esse não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que afirma que o *amicus curiae* compreende exceção à regra de não permitir a intervenção de terceiros no processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade: “A regra é não se admitir intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade, iniludivelmente objetivo. A exceção corre à conta de parâmetros reveladores da relevância da matéria e da representatividade do terceiro, quando, então, por decisão irrecorrível, é possível a manifestação de órgãos ou entidades — artigo 7º da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. No caso, há verdadeira disputa quanto aos integrantes do quadro da Advocacia-Geral da União. A requerente afirma, nas razões apresentadas, ser a representante legal da categoria. Nota-se, então, sem o deslinde da representação, que se tem o envolvimento de sobreposição. Indefiro o pleito”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.620/DF*, julgada em 27 de abril de 2007. Ministro Marco Aurélio (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdp/verLegislacao.asp?lei=259>>. Acesso em: 14 mar. 2008.

19 AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: JusPODIVM, 2005. p. 21.

Destaca-se, ainda, o que dita Binenbojm²⁰ quanto à inovação trazida pela Lei 9.868/99:

A inovação da Lei nº 9.868/99, entretanto, é dupla: (1ª) positivou-se, pela vez primeira entre nós, a figura do *amicus curiae* como interveniente em processo objetivo de controle de constitucionalidade, embora o STF, informalmente, já admitisse a sua manifestação por memoriais; (2ª) ao contrário do caráter da intervenção *neutra* da CVM, fulcrada na Lei nº 6.385/76, nos processos de ação direta de inconstitucionalidade, o órgão ou entidade se habilitará para apresentar a sua *visão* da questão constitucional em testilha, oferecendo à Corte a sua interpretação, como partícipe ativo da *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*.

Por outro lado, observa-se, conforme Bueno Filho, que o §2º do artigo 7º da Lei 9.868/99 serviu para a consagração da presença do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, pois o Supremo Tribunal Federal já havia, antes da referida lei, admitido essa figura, o que se vê no julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 784/RS²¹, quando, por unanimidade de votos, foi confirmada a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello pelo plenário, permitindo que um memorial, preparado por um colaborador informal, permanecesse juntado por linha ao processo.²² Observemos a ementa da referida decisão:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL - IMPOSSIBILIDADE - ATO JUDICIAL QUE DETERMINA AJUNTADA, POR LINHA, DE PEÇAS DOCUMENTAIS - DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE - IRRECORRIBILIDADE - AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. - O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. Simples juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicus curiae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção ad coadjuvandum. - Os despachos de mero expediente - como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo -, por não se revestirem de qualquer

20 BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 1, jan./fev./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2007.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade 784/RS*, julgada em 1º de agosto de 1994. Ministro Celso de Mello (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=amicus+curiae&pagina=4&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 fev. 2008.

22 BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae - a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 14, jul./ago. 2002. Disponível em: <<http://www.facape.br/ivan/const/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-EDGARD-SILVEIRA-BUENO-FILHO.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2007.

conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504).

No que se refere ao Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 784/RS, observemos, ainda, o que dita Leal²³:

No Brasil, em termos históricos, o *amicus curiae* foi objeto de discussão, ainda inédita no contexto nacional, no Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental na ADIn n. 748/RS, que discutia a constitucionalidade do “calendário rotativo” para as escolas da rede pública estadual, instituído pelo então governador do Rio Grande do Sul; apesar de a ação não haver sido julgada quanto ao mérito, em virtude da perda de seu objeto – notadamente em face da mudança de governo e do conseqüente abandono da proposta – o que importa, para os fins do debate aqui apresentado, é que a possibilidade de intervenção de determinados órgãos na condição de *amicus curiae* foi suscitada e debatida, ventilando-se e abrindo-se espaço para a aplicação do instituto em questão no direito pátrio.

Assim, após ter-se demonstrado o contexto no qual o *amicus curiae* é previsto nos processos de caráter objetivo do Supremo Tribunal Federal, não se confundindo com a intervenção de terceiros propriamente dita, passa-se a explanar como a figura intervém na Ação Direta de Inconstitucionalidade, na Ação Declaratória de Constitucionalidade e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

3 FORMAS DE INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

De início, cabe dizer que toda a matéria a ser analisada, referente à intervenção do *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade, também é atribuída, apesar de o artigo 18, §2º, da Lei 9.868/99, ter sido vetado²⁴, artigo este que possuía o mesmo teor do artigo 7º, §2º, da referida lei,

23 LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A noção de constituição aberta de Peter Häberle como fundamento de uma jurisdição constitucional aberta e como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. In: LEAL, R.; REIS, J. R. dos (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 2378-2379.

24 Quanto ao veto do artigo 18, § 2º, da Lei 9.868, observemos excerto do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 18/DF: “A Lei n. 9.868, de 10-11-99, em seu art. 18, caput, dispõe que ‘não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade’. Foram vetados pelo Presidente da República os §§ 1º e 2º do referido dispositivo (Mensagem n. 1.674, de 10-11-99, ao Presidente do Senado Federal), que possuíam o seguinte teor: ‘§ 1º Os demais titulares referidos no art. 103 da Constituição Federal poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação declaratória de constitucionalidade no prazo de trinta dias a contar da publicação do edital a que se refere o artigo anterior, podendo apresentar memoriais ou pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria. § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo estabelecido no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.’ Cuidava o § 2º do art. 18, como se pode observar, do *amicus curiae*, a quem caberia se manifestar no feito dentro do prazo previsto no § 1º. O veto presidencial poderia ensejar a ideia de que o ingresso do *amicus curiae* em ação declaratória de constitucionalidade estaria contaminado por algum vício ou seria absolutamente inconveniente.

pois entende-se que se aplica analogicamente este artigo, concluindo que o silêncio da lei não pode ser um óbice para o ingresso de interessados na Ação Declaratória de Constitucionalidade na qualidade de “amigo da corte” para desenvolver o mesmo papel que o artigo 7º, §2º, prevê para a Ação Direta de Inconstitucionalidade.²⁵

Dessa forma, tanto na Ação Direta de Inconstitucionalidade como na Ação Declaratória de Constitucionalidade, conforme o artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/99, o *amicus curiae* intervém voluntariamente, pois, nesse caso, o “amigo da corte” age por iniciativa própria e é ele quem requer a sua intervenção ao relator, cabendo-lhe demonstrar dois requisitos: a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.²⁶

Sobre o caráter voluntário que caracteriza a intervenção do “amigo da corte”, vejamos o que dita Del Prá²⁷:

De fato, o legislador visivelmente criou mecanismo que representa não só a implementação de uma *sociedade aberta dos intérpretes da constituição*, mas outorgou a outros sujeitos uma ferramenta de ativa participação nesse processo de abertura, dando nova feição ao conceito de democracia participativa no Brasil. Podemos, sem medo, citar, dentre as manifestações do princípio democrático, não só o direito a voto ou a iniciativa popular, mas agora também a

As razões apresentadas para sustentar o veto pelo Presidente da República, entretanto, afastam esta conclusão. Confira-se: ‘Em relação ao § 1º, a razão é a mesma do veto ao § 1º do art. 7º. O veto ao § 2º constitui consequência do veto ao § 1º. Resta assegurada, todavia, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação sistemática, admitir no processo da ação declaratória a abertura processual prevista para a ação direta no § 2º do art. 7º. Cabe observar que o veto a esses dispositivos repercute na compreensão dos arts. 19 e 20, na parte em que enunciam, respectivamente, ‘Decorrido o prazo do artigo anterior’ e ‘Vencido o prazo do artigo anterior’. Entretanto, eventual dúvida poderá ser superada contando-se o prazo de manifestação do Procurador-Geral da República a partir de despacho do relator determinando a abertura de vista. Sobre o § 1º do art. 7º referido nas razões acima, este tinha a seguinte redação: ‘§ 1º Os demais titulares referidos no art. 2º poderão se manifestar, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais.’ E o veto ao mesmo § 1º do art. 7º está assim arrazoado: ‘A aplicação deste dispositivo poderá importar em prejuízo à celeridade processual. A abertura pretendida pelo preceito ora vetado já é atendida pela disposição contida no § 2º do mesmo artigo. Tendo em vista o volume de processos apreciados pelo STF, afigura-se prudente que o relator estabeleça o grau da abertura, conforme a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. Cabe observar que o veto repercute na compreensão do § 2º do mesmo artigo, na parte em que este enuncia ‘observado o prazo fixado no parágrafo anterior’. Entretanto, eventual dúvida poderá ser superada com a utilização do prazo das informações previsto no parágrafo único do art. 6º. Efetivamente, não houve, com os vetos do Presidente da República, qualquer repúdio, sob qualquer fundamento, ao ingresso de amicus curiae em ação declaratória de constitucionalidade. Neste caso, atento ao fato de que esta ação integra o sistema de controle concentrado de constitucionalidade, não há razão lógico-jurídica, plausível, para deixar de aplicar o § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99, específico das ações diretas de inconstitucionalidade, às ações declaratórias de constitucionalidade’. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 18/DF*, julgada em 14 de novembro de 2007. Ministro Menezes Direito (relator). Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/ver Legislacão .asp?lei=259](http://www.stf.gov.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/ver%20Legislacao.asp?lei=259)>. Acesso em: 14 mar. 2008.

25 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 175.

26 DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 83-84.

participação voluntária no processo jurisdicional de consolidação da ordem constitucional.

Trazida a forma como o *amicus curiae*, previsto no artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/99, intervém no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, observa-se, também, a manifestação dessa figura na forma do artigo 9º, §1º, e do artigo 20, §1º, da referida lei²⁷, que possuem redação idêntica e tratam, respectivamente, da intervenção do *amicus curiae*, por requisição do juiz, na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Dessa forma, assevera-se que ambas as formas de intervenção do “amigo do juiz” se diferenciam pelo fato de que a prevista no artigo 9º, §1º, e no artigo 20, §1º, da Lei 9.868/99, trata de uma forma de manifestação do *amicus curiae* na modalidade de intervenção provocada pelo relator, e a prevista no artigo 7º, §2º, da referida lei, importa em uma forma voluntária de intervenção do “amigo da corte”.²⁸ Entretanto, apesar de tal diferença, não se pode confundir essa figura com a perícia ou com a produção de prova testemunhal, apesar de superficialmente assim parecer.²⁹

Assim, diferencia-se do perito e da testemunha, pois o “amigo da corte” pode ser uma pessoa física, um grupo de pessoas, uma pessoa jurídica ou até um ente despersonalizado. Também, o conteúdo da manifestação do *amicus curiae* não se restringe a matérias de fato, podendo envolver-se em questões judiciais, diferentemente da figura do perito e da testemunha. Ainda, diferencia-se daquele, pois o “amigo do juiz” não tem direito a honorários e não poderá ser contraditado, uma vez que a sua participação não é submetida aos casos de vedação de suspeição ou impedimento. Por fim, a figura do *amicus curiae* não é submetida às regras específicas daquelas figuras, não se aplicando o regime jurídico das mesmas.³⁰

As duas maneiras que o *amicus curiae* intervém na Ação Direta de

27 BRASIL. Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 21 out. 2007.

Art. 9º: Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§1º: Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Art. 20: Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§1º: Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

28 AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: JusPODIVM, 2005. p. 29.

29 DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007. p. 89.

30 Ibidem, p. 116.

Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade também se diferenciam, não somente na forma de intervenção, mas também no tocante às condições subjetivas, pois quando o mesmo age na forma do artigo 9º, §1º, e do artigo 20, §1º, da Lei 9.868/99, quaisquer pessoas, inclusive grupo de pessoas, pessoas jurídicas ou entes despersonalizados, poderão intervir, diferentemente do que ocorre quando o “amigo da corte” se manifesta conforme o previsto no artigo 7º, §2º, da referida lei, em que poderão interferir na qualidade de *amicus curiae* apenas os colegitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, bem como outros órgãos e entidades, desde que, no caso desses últimos, comprovem a relevância da matéria e sua representatividade.³¹

Dito isso, passa-se, então, a abarcar como ocorre a intercessão da figura do *amicus curiae* quando intervém na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A figura do *amicus curiae* é prevista no artigo 6º, §1º, da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999³², pois a intervenção de outras pessoas que esse artigo prevê, por requisição do relator, trata, certamente, de terceiros que agirão na qualidade de *amicus curiae*.

Destaca-se que essa hipótese se assemelha à constante no artigo 9º, §1º, e no artigo 20, §1º, da Lei 9.868/99, referentes, respectivamente, à intervenção do *amicus curiae*, por requisição do relator, na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade, como acima observado. Assim, todos os comentários traçados referentes à intervenção do *amicus curiae*, na forma de intervenção por requisição do relator nestas duas ações, aplicam-se à intervenção do mesmo na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Destarte, nesse tipo de ação, há, ainda, a previsão da manifestação do *amicus curiae* no §2º do artigo 6º, da Lei 9.882/99³³, por ato voluntário do interveniente,

31 Ibidem, p. 135-136.

32 BRASIL. Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 21 out. 2007.

Art. 6º: Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§1º: Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

33 BRASIL. Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 21 out. 2007.

Art. 6º: Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§2º: Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

e não por requisição do relator, como observado na hipótese anterior.³⁴ Nessa ocasião, conforme Del Prá³⁵, quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, ou mesmo entes despersonalizados, inclusive os colegitimados do artigo 103 da nossa Carta Magna, poderão intervir e tem-se aplicado analogicamente o previsto para o § 2º do artigo 7º, da Lei 9.868/99, a este caso de intervenção.

Nesse sentido, observemos a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 73/DF³⁵, a qual traz o exposto acima:

Em face da relevância da questão, e com o objetivo de pluralizar o debate constitucional, aplico analogicamente a norma inscrita no § 2º do artigo 7º da Lei n. 9.868/99, admitindo o ingresso da petionária, na qualidade de *amicus curiae*, observando-se, quanto à sustentação oral, o disposto no art. 131, § 3º, do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental n. 15, de 30/3/2004.

Dessa forma, conclui-se por ora o estudo das formas de intervenção da figura do *amicus curiae* nas ações do controle concentrado de constitucionalidade.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, assevera-se que as ações do controle de constitucionalidade, notadamente em sua versão abstrata e concentrada, revestem-se de um caráter objetivo, isto é, não possuem partes propriamente ditas, não envolvendo situações jurídicas e caráter individual, e, sim, a guarda da Constituição. Por esse motivo é que a Lei 9.868/99, que regula a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, veda, expressamente, em seu artigo 7º, *caput*, a intervenção de terceiros prevista em nosso Código de Processo Civil.

Dessa forma, a intervenção de terceiros, em seu sentido estrito, ou seja, a disciplinada pelo Código de Processo Civil, entendida sob uma perspectiva processual voltada para os interesses de terceiros atingidos, não é permitida no processo de controle de constitucionalidade, diferentemente do *amicus curiae*, o qual se enquadra na intervenção de terceiros em sentido amplo e possui, como característica maior, a abertura e conseqüente democratização da jurisdição constitucional.

Assim sendo, a Lei 9.868/99 introduziu, no processo do controle abstrato de constitucionalidade, uma alteração de grande importância, ao permitir, conforme o §2º do artigo 7º, a manifestação de órgãos e de entidades na Ação Direta de Inconstitucionalidade, prevendo expressamente a figura do *amicus curiae*. Importante faz-se destacar que esse artigo é o que fundamenta a manifestação do

34 DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007. p. 91-92.

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 73/DF*, julgada em 1º de agosto de 2005. Ministro Eros Grau (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=1>>. Acesso em: 29 de ago. 2008.

amicus curiae na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade, apesar de que, se se analisar o *caput* do referido artigo, ter-se-á que o mesmo veda, expressamente, a intervenção de terceiros nesse tipo de ação, ficando claro, assim, que a figura do *amicus curiae* não se confunde com a intervenção de terceiros propriamente dita.

Destaca-se, por fim, que o *amicus curiae*, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, na Ação Declaratória de Constitucionalidade e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, poderá intervir, respectivamente, de duas formas distintas: voluntariamente, quando age na forma do artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/99, ou na forma do artigo 6º, §2º, da Lei 9.882/99; ou, por provocação do relator, quando sua intercessão ocorre na forma do artigo 9º, §1º, e do artigo 20, §1º, da Lei 9.868/99, ou na forma do artigo 6º, §1º, da Lei 9.882/99.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: JusPODIVM, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 1, jan./fev./mar. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005_GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2007.

BRASIL. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 21 out. 2007.

BRASIL. Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 21 out. 2007.

BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/ristf0169a0178.htm>. Acesso em: 9 mar. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 18/DF*, julgada em 14 de novembro de 2007. Ministro Menezes Direito (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=259>>. Acesso em: 14 mar. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 18/DF*, julgada em 14 de novembro de 2007. Ministro Menezes Direito (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=259>>. Acesso em: 14 mar. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 73/DF*, julgada em 1º de agosto de 2005. Ministro Eros Grau (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=1>>. Acesso em: 29 de ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Ação Direta de*

Inconstitucionalidade 784/RS, julgada em 1º de agosto de 1994. Ministro Celso Mello (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=amicus+curiae&pagina=4&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 fev. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 412.921/MG*, julgado em 5 de junho de 2007. Ministro Ricardo Lewandowski (relator). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=259>>. Acesso em: 14 mar. 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus curiae - a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 14, jul./ago. 2002. Disponível em: <<http://www.facape.br/ivan/const/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-EDGARD-SILVEIRA-BUENO-FILHO.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2007.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A noção de constituição aberta de Peter Häberle como fundamento de uma jurisdição constitucional aberta e como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. In: LEAL, R.; REIS, J. R. dos (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

O PAPEL DA CASA DA CIDADANIA COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA NAS AÇÕES QUE VERSAM SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

*Reginaldo de Souza Vieira¹
Felipe Ghedin da Silva²*

1 INTRODUÇÃO

Este estudo tem por objetivo a análise do papel das Casas da Cidadania, implantadas no Município de Criciúma, Santa Catarina, através da parceria Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Município e Universidade do Extremo Sul Catarinense, como instrumentos de acesso à justiça das demandas referentes à garantia do direito à saúde.

Para tanto, coletou-se os dados referentes ao número de casos atendidos (administrativos) e de ações ajuizadas pelas Casas da Cidadania do Rio Maina e Centro, localizadas no Município de Criciúma-SC, nos anos de 2004 a 2008. Após a coleta, verificou-se número total de atendimentos e de ações ajuizadas que versavam sobre o direito à saúde. Neste artigo, serão apresentados apenas os dados que foram coletados e analisados da Casa da Cidadania do Centro.

O método de abordagem utilizado foi o indutivo. O método de procedimento, o histórico, descritivo e argumentativo. A pesquisa é quantitativa, com vistas a responder ao problema científico proposto, através da utilização de pesquisa bibliográfica e documental³.

Com vistas ao desenvolvimento teórico da pesquisa, o artigo foi elaborado tendo por referência os seguintes itens: a inserção do direito à vida e à saúde como um direito humano e fundamental; a constitucionalização e regulamentação do direito à saúde após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; o acesso à justiça na perspectiva de um direito fundamental; e, por fim, a análise dos dados coletados na pesquisa de campo.

-
- 1 Mestre e Doutorando em Direito pelo CPGD/UFSC. Líder e pesquisador do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC/UNESC). Professor do Curso de Direito da UNESC. E-mail: prof.reginaldovieira@gmail.com
 - 2 Aluno do Curso de Direito da UNESC. Pesquisador do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC/UNESC). E-mail: felipe5600@gmail.com.
 - 3 MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2003. OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. *Monografia jurídica: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

2 NOTAS INTRODUTÓRIAS ACERCA DOS DIREITOS HUMANOS E DO DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ideia de direitos inicia na Grécia, onde a lei prevalecia sobre uma desobediência individual como o caso de Antígona. A dignidade do homem é somente estabelecida quando o Império Romano adota o Cristianismo como sendo a sua religião e formando a Igreja Católica Apostólica Romana. A liberdade do homem é entendida neste momento como liberdade interior⁴.

Os Direitos Humanos foram firmados com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e com a Declaração Francesa, que é resultado da Revolução Francesa de 1789.

Esses direitos foram conquistados com o tempo, ao longo dos séculos. A luta pelos Direitos Humanos inicia quando os burgueses começaram a reivindicar direitos ainda no Estado absoluto e na luta contra este⁵.

A Declaração dos Direitos (Bill of Rights) é um marco para a humanidade, mais precisamente para a Inglaterra, onde, em 1688, se firmou a supremacia do Parlamento sobre a Monarquia, fruto da Revolução Gloriosa. É a partir desse momento que surge a Monarquia Constitucional naquele país, nos moldes que hoje conhecemos⁶.

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia foi firmada entre as treze colônias inglesas na América. Esta declaração ocorreu no dia 12 de janeiro de 1776 e tinha como base as teorias de Locke, Rousseau e Montesquieu. O presente documento se firmava na igualdade entre os homens, em maiores poderes ao povo, na separação de poderes, na liberdade religiosa, na liberdade de defesa processual, na liberdade de imprensa⁷.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi feita pela Assembleia Nacional Constituinte Francesa, em 27 de agosto de 1789. Esta declaração teve por objetivo libertar o homem de uma opressão do absolutismo e do regime feudal, sendo mais abstrata e com sentido universal. Os direitos explanados nesse documento foram o direito de propriedade privada e de segurança, os direitos políticos, bem como as garantias liberais individuais⁸.

Outro documento marcante para o surgimento e para a consolidação dos direitos humanos foi a Declaração Universal de 1948, que fortalece a ideia de universalização da proteção dos direitos do homem⁹.

4 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000.

5 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 152.

6 SILVA, 2008, p. 153.

7 SILVA, 2008, p. 154.

8 SILVA, 2008, p. 158.

9 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso*

Mendes, Coelho e Branco explicam:

Direitos humanos, ainda, e até por conta de sua vocação universalista, supranacional, é empregado para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional. Já a locução direitos fundamentais, é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra¹⁰.

Os Direitos Fundamentais são os Direitos Humanos colocados na Constituição Nacional de cada país e surgem com a ideia do Estado Moderno Liberal. Miranda explica que “*por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição*”¹¹.

No Direito Brasileiro, os direitos fundamentais se definem como direitos constitucionais¹².

Para Sarlet,

Não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos [...] a distinção é de que o termo ‘**direitos fundamentais**’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado¹³.

Os Direitos Fundamentais se firmam nos princípios da dignidade humana e da igualdade. Foi na Convenção de Viena em 1993 que ficou estipulado que os direitos sociais são tão fundamentais quanto os direitos individuais.

Alguns autores não fazem distinção entre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais, como é o caso de Manoel Ferreira Filho, que conceitua esses como Direitos Humanos Fundamentais¹⁴.

Em outra linha de pensamento existem autores que falam que a definição é meramente questão de terminologia, como Ingo Wolfgang Sarlet: “*tanto na doutrina como no direito positivo, são largamente utilizadas outras expressões, tais como*

de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 254.

10 MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 244.

11 MIRANDA, 2000, p. 22.

12 MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 245.

13 SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 33.

14 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46.

“direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”. Sarlet adota a expressão direitos fundamentais¹⁵.

Em se tratando da positivação desses direitos, Moraes esboça que:

[...] O estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem. Com a finalidade de estabelecimento de limites ao poder político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário¹⁶.

Os direitos fundamentais estão na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, subdividindo-se em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos¹⁷.

Os Direitos Fundamentais são divididos tradicionalmente em três dimensões, também essas chamadas de gerações ou ondas de direitos.

Num resumo da evolução dos direitos fundamentais, indicam-se, correntemente, três ou quatro dimensões: a dos direitos de liberdade; a dos direitos sociais; a dos direitos ao ambiente e à autodeterminação, aos recursos naturais e ao desenvolvimento; e a dos direitos relativos à bioética, à engenharia genética, à informática e a outras utilizações das modernas tecnologias¹⁸.

A primeira dimensão de direitos é a luta pelos direitos individuais e tinha com base a “liberdade”. Essa dimensão veio em resposta ao absolutismo, em que o Estado que vigorava era o liberal. Os lemas que estavam no cerne dessa dimensão eram: vida, propriedade e liberdade. As liberdades eram: de religião, de consciência, econômica, de ir e vir, de inviolabilidade de domicílio e liberdade de expressão.

Segundo Moraes, “os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Carta”¹⁹.

Nessa dimensão de direitos cabia ao Estado a prestação negativa de ações para que os direitos fossem garantidos, prestação que era baseada na inércia do Estado.

Para Mendes, Coelho e Branco, essa inação do Estado significava obrigação de não fazer, de não intervir na vida pessoal de cada indivíduo. Esta dimensão é

15 SARLET, 2001, p. 31.

16 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 30.

17 MORAES, 2008, p. 31.

18 MIRANDA, 2000, p. 24.

19 MORAES, 2008, p. 31.

baseada em garantias que o Estado deveria oferecer²⁰.

A segunda dimensão de direitos é baseada na “igualdade”, no Estado de Bem-Estar Social. Ela inicia em meados de 1917 e 1919 e se sedimenta em 1945. Esse Estado tem como objetivo os direitos sociais. Já neste momento de Estado, cabe-lhe prestações positivas para que os direitos sociais sejam alcançados; o Estado precisa agir para concretizar o direito. Os direitos sociais nessa dimensão são aqueles que falam sobre os trabalhadores, sobre sindicalização, greve, seguridade social, educação, previdência social, saúde e assistência social²¹.

A terceira dimensão surge por volta de 1970 em resposta ao desenvolvimento do comércio, transporte, e consumo. Os efeitos colaterais ao desenvolvimento afetam todos e se inicia a preocupação com o meio ambiente, com os patrimônios da humanidade sejam eles naturais, civilizatórios ou culturais. Essa dimensão é baseada na “fraternidade”, os interesses dessa dimensão são os direitos difusos que visam diminuir os efeitos colaterais causados pelo desenvolvimento e pela massificação de pessoas²².

Segundo Mendes, Coelho e Branco:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos²³.

Os direitos fundamentais necessitam que normas infraconstitucionais disciplinem o processo e sua efetividade. A inércia do legislador em criar normas que regulamentem os direitos humanos, positivados, e expressos ao longo da Constituição Brasileira, pode trazer à tona uma ação de inconstitucionalidade por omissão ou o mandado de injunção. A CRFB de 1988 determina que as normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais tenham aplicação imediata²⁴.

Os Direitos Humanos ganham relevo extraordinário a partir da CRFB de 1988, pois essa foi o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil, positivando-os na qualidade de direitos fundamentais²⁵.

Os direitos e as garantias fundamentais não são ilimitados, por isso quando existir conflito na definição dessas normas, deve-se utilizar o princípio da concordância

20 MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 233.

21 MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 234.

22 MIRANDA, 2000, p. 14

23 MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 234.

24 MORAES, 2008, p. 32.

25 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

prática ou da harmonização, assim buscando o verdadeiro significado de cada norma sem redução máxima de cada direito ou garantia. A diferença entre direitos e garantias fundamentais são que estas são disposições meramente declaratórias, que dão existência legal aos direitos reconhecidos²⁶.

3 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E ESSENCIAL À VIDA HUMANA

Nos primórdios da humanidade, a saúde era pensada como uma forma de eliminação dos males que afligiam os componentes da espécie. Ao longo dos séculos várias doenças perseguiram a humanidade, como lepra nos tempos bíblicos, peste negra na Europa, sífilis na Idade Média, e hoje predominantemente o câncer e AIDS²⁷.

Segundo Raeffray, na Grécia a saúde era interpretada de modo individualista e tinha caráter curativo. Esse privilégio era dado somente aos cidadãos; portanto, os trabalhadores gregos, como em sua maioria eram escravos, ficavam excluídos desse direito, entendido, neste momento histórico, apenas como um privilégio de alguns²⁸.

É na Grécia que se descobre o que é uma doença. Assim, distinguindo a origem mágica da racional²⁹.

A Idade Média é rotulada como “Idade das Trevas”, tendo nesse período acontecido um retrocesso na área da saúde, pois os cristãos acreditavam que a doença era a purificação de algum pecado³⁰.

Já os séculos seguintes são marcados pelas revoluções e pela luta dos direitos do homem. A Revolução Industrial evidencia a preocupação com as condições de trabalho e com as doenças associadas a certas ocupações, considerados os riscos a que estavam expostos os trabalhadores nas grandes fábricas³¹

No Brasil, o direito à saúde é um direito de todos, assegurado pela CRFB de 1988 no seu artigo 196, e deve ser garantido pelo Estado. Com a Constituição Brasileira de 1988 foi criado o SUS (Sistema Único de Saúde), que tem como meta o dever do Estado de garantir um atendimento igualitário a todos³².

Como assegura Humberto Dantas, até a CRFB de 1988 “*a promoção da saúde não era vista como direito. A conquista levou séculos, e ainda hoje muitas ações são necessárias para que, num país como o Brasil, o serviço seja plenamente prestado a*

26 MORAES, 2008, p. 33.

27 SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 28.

28 RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde: de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

29 SCHWARTZ, 2001, p. 29.

30 SCHWARTZ, p. 31.

31 RAEFFRAY, 2005.

32 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2007.

*toda a população*³³.

A CRFB afirma o direito à saúde principalmente do artigo 196 ao 200, como se mostra a seguir:

Art. 196. **A saúde é 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.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, **da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**, além de outras fontes. (*Parágrafo único renumerado para § 1º pela EC nº 29/00*)

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho³⁴.

A Lei nº 8.080/90 que regulamentou o direito à saúde, logo em seu artigo segundo expressa que:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

33 DANTAS, Humberto. *Democracia e saúde no Brasil: uma realidade possível?*. São Paulo: Paulus, 2006, p. 57.

34 BRASIL, 2007.

Fernando Aith afirma que o SUS organiza-se como um conjunto individualizado, dotado de uma organização interna que se equilibra com o Direito Positivo e representa uma situação jurídica permanente, formado por uma rede de ações e serviços públicos de saúde prestados no país³⁵.

Dessa forma, foi somente com a criação do SUS, que se definiu uma política pública para o setor. Para Schwartz “as políticas públicas de saúde são o instrumento primeiro para a realização do disposto no artigo 196 da Lei Magna”³⁶.

Nesse sentido, à medida que se analisa a Lei nº 8.080/90, pode-se notar os princípios afirmados na Constituição Federal como elementos garantidores e que devem ser seguidos com vistas a assegurar o direito humano e fundamental à saúde.

4 O ACESSO À JUSTIÇA: DIREITO FUNDAMENTAL

A democracia surge na Grécia e com ela também vem a ideia de justiça. Com relação ao acesso à justiça, esse era apenas visto como um direito natural e não necessitava de uma prestação positiva do Estado. Assim só o fato de esse direito não ser infringido, era entendido como que o dever do Estado estava sendo cumprido³⁷.

Em Atenas o indivíduo tinha a possibilidade de discutir uma ação na Justiça. É neste momento que surge a defensoria pública, pois no tribunal o cidadão não tinha quem o representasse, podendo pedir a uma pessoa para que fizesse isso. Também depois em Roma eram oferecidos defensores públicos a quem não pudesse arcar com os custos judiciais³⁸.

A justiça não era para os pobres, afinal eram cobrados altos custos para propor uma ação na justiça. O acesso à justiça teoricamente era oferecido para todos os cidadãos. No entanto, só a parcela que dispunha de melhores condições financeiras tinha a possibilidade real de acesso à justiça. Na Idade Média a justiça era intimamente ligada à Igreja. Era a Igreja que oferecia esse acesso (devemos lembrar que neste período a jurisdição era privada, pois ausente a concepção de Estado). Somente a partir das Revoluções Liberais, da Declaração da Virgínia e do Bill of Rights, aliando-se ao processo de consolidação dos direitos por elas estabelecidos, é que se superou uma concepção meramente individual e incluiu-se a coletiva³⁹.

Realmente foi só no século XX que o direito ao acesso à justiça foi garantido com a gradativa efetivação dos Direitos Humanos. Em 1960, surge um sistema chamado

35 AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

36 SCHWARTZ, 2001, p. 157.

37 CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 9.

38 CÉSAR, Alexandre. *Acesso à justiça e à cidadania*. Cuiabá: Ed. UFMT, 2002, p. 50.

39 CAPPELLETI; GARTH, 1988, p. 9-10.

Judicare, que oferece assistência judiciária ao cidadão financiada pelos cofres públicos. Alguns países como Áustria, Inglaterra e França adotaram esse sistema⁴⁰.

Nos Estados Unidos foi implantado um sistema que oferecia assistência judiciária. Como os escritórios dos advogados ficavam nas periferias, foram chamados de “**escritórios de vizinhança**”. Acreditava-se que, se os advogados ficassem mais perto de seus clientes, poderiam analisar melhor a condição e necessidade de vida de cada um e por fim poderiam não só ganhar causas, mas também aumentar os direitos de cada cidadão através da conscientização de seus clientes⁴¹.

Analisando os tipos de assistências públicas, entre os advogados que são financiados pelos Estados e aqueles que trabalham nos “**escritórios de vizinhança**”, a melhor solução para a defensoria pública seria a fusão desses dois sistemas, pois acredita-se que os advogados particulares têm uma maior preocupação com seus clientes, portanto os clientes seriam as pessoas que necessitam de representação e quem arcaria com os custos seria o Estado⁴².

Atualmente, o Estado de Santa Catarina não conta com uma defensoria pública como um órgão propriamente definido (sendo o único Estado-membro da federação brasileira que não a possui). Todavia, o Estado tem uma lista que a OAB/SC disponibiliza constando os advogados que se propõem a atender financiados pelo Poder Estadual, tendo assim a defensoria dativa⁴³.

A União, os Estados e os municípios devem oferecer a defensoria pública, cada qual em sua esfera, pois a falta de representação no Judiciário prejudica os que não possuem ou possuem poucas condições financeiras⁴⁴.

5 O ACESSO À JUSTIÇA NAS AÇÕES DE DIREITO À SAÚDE NA CASA DA CIDADANIA DO CENTRO, MUNICÍPIO DE CRICIÚMA-SC

O acesso à justiça ao longo dos anos vem sendo aprimorado. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC) em parceria com os municípios e também com as universidades catarinenses criaram as Casas da Cidadania. Casa logo lembra segurança, e cidadania direito, ou seja, direito de segurança, amparo. Essas Casas têm prioridade nos municípios onde não existem Comarcas. As Casas têm como principal objetivo oferecer assistência judiciária para pessoas que não têm

40 CÉSAR, 2002, p. 59.

41 CÉSAR, 2002, p. 61.

42 CAPPELLETI; GARTH, 1988, p. 66.

43 LUZ, Vladimir de Carvalho. Defensoria pública e direitos fundamentais: silêncios e obviedades sobre a defensoria pública catarinense. p. 53-74. In: CUSTÓDIO, André Viana; CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais: visões interdisciplinares*. Curitiba: Multideia, 2008, p. 65-70.

44 DEBIASE, Nahiane Frasson. *Alcances, limites e perspectivas do acesso à justiça*. Criciúma: UNESC, 2003, p. 23.

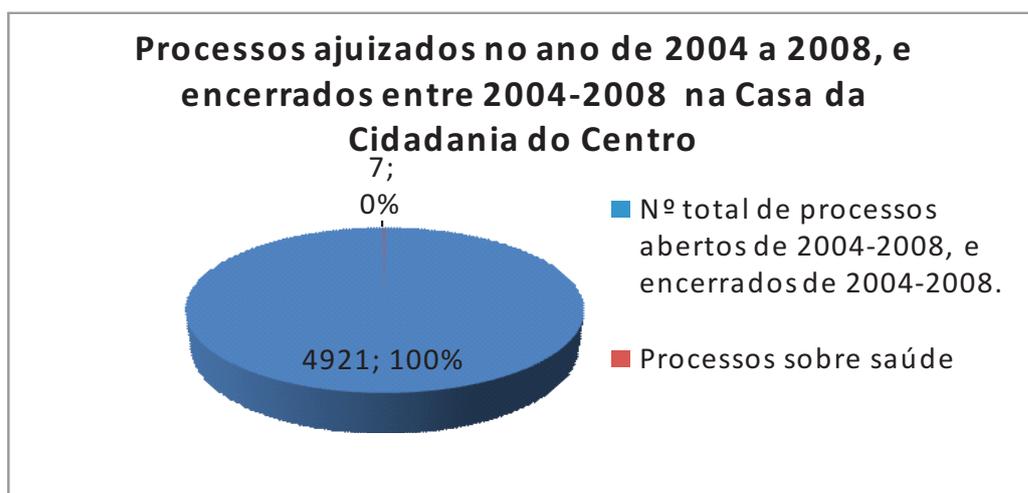
como arcar com os gastos processuais, devendo também os casos ser de matéria pertinente à que a Casa atende⁴⁵.

O município de Criciúma conta com três dessas casas, sendo duas em bairros da periferia do município. Estas casas atendem à população hipossuficiente, através de convênio entre o município, o TJSC e a Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), contando com alunos do Curso de Direito e, em alguns casos, com acompanhamento de alunos do Curso de Psicologia.

Para esta pesquisa, foram analisados os dados de processos ajuizados sobre o direito à saúde na Casa da Cidadania o Centro e do Rio Maina, situadas no Município de Criciúma (convém esclarecer que a outra casa da cidadania existente, localizada no Bairro Próspera, foi objeto de uma pesquisa desenvolvida no período 2008/2009). Entretanto, será objeto de desenvolvimento neste artigo, apenas os dados da casa da cidadania do Centro, tendo em vista estarem ainda em fase de análise as informações coletadas na casa da cidadania do Rio Maina. A análise se deteve a casos e processos ajuizados pela Casa (findos ou em andamento), bem como uma análise total dos números de processos existentes, sem, no entanto, adentrar-se na matéria de cada ação. Nesse sentido, procurou-se verificar o número de total de casos atendidos e de ações ajuizadas que versaram sobre matérias que pleiteavam o direito à saúde, conforme preconizado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

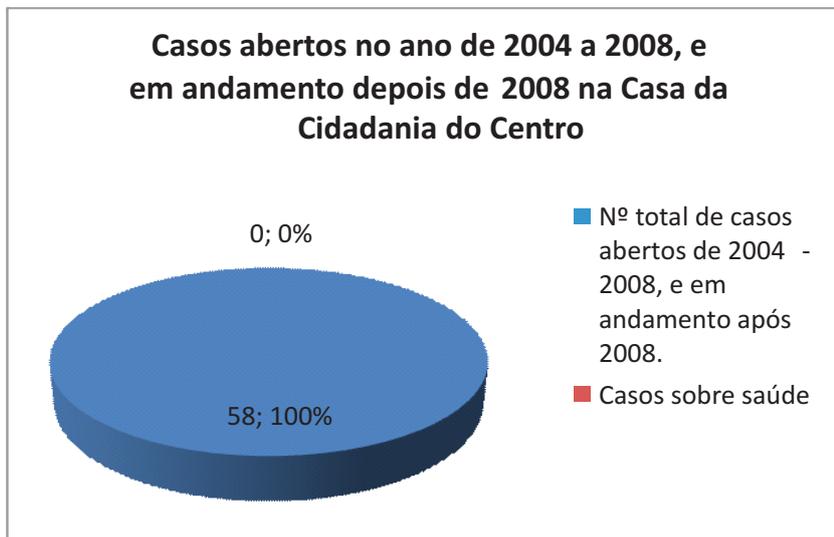
É importante salientar que foram analisados processos e casos na Casa da Cidadania do Centro, diferenciados visto que os processos devem ser entendidos como processo judicial, e os casos entendidos como processos administrativos.

Dos casos que foram abertos entre 2004-2008, e que já foram arquivados entre o ano de 2004 até 2008, ou seja, de um total de 4921 casos abertos nesse período, 7 versavam sobre saúde, conforme gráfico seguinte:

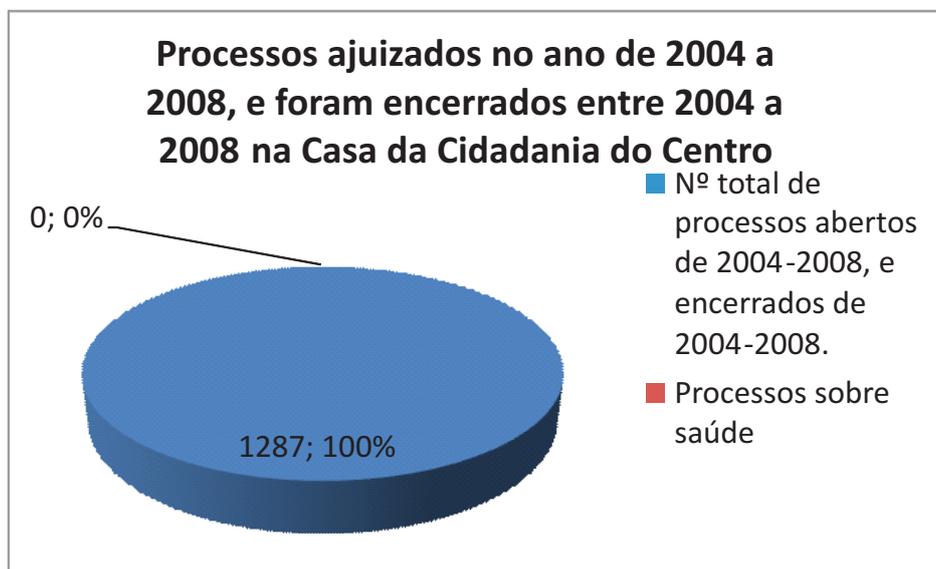


45 DEBIASE, 2003, p. 4-10.

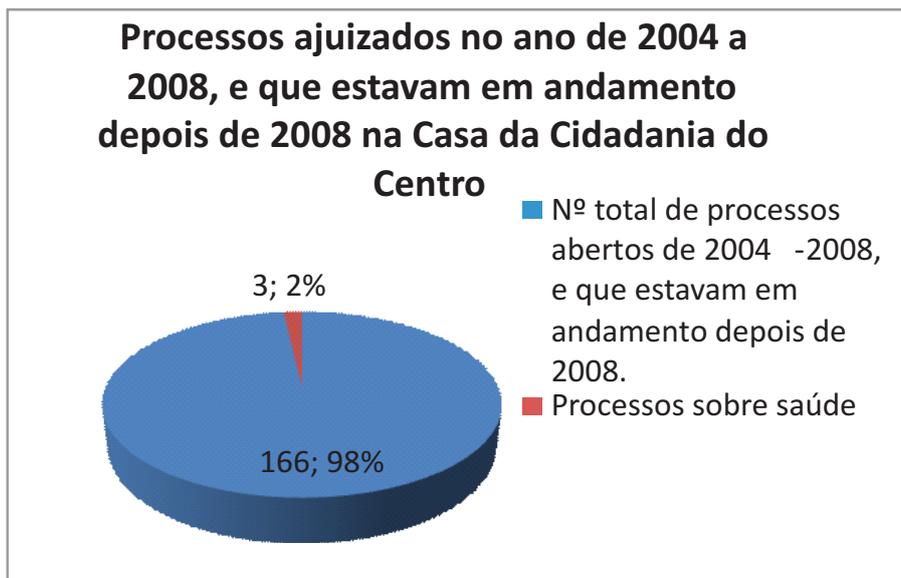
Quanto aos casos que foram abertos entre 2004-2008, e que depois de 2008 ainda estavam em andamento, seu número é de 58. Destaca-se que nenhum desses processos ajuizados tratava do direito à saúde.



Dos processos ajuizados entre 2004-2008, encerrados entre 2004-2008, totalizando 1287 atendimentos, nenhum tratava da matéria de saúde.



Dos processos ajuizados no período entre 2004-2008, e que após 2008 estavam em andamento, totalizando 166 atendimentos, somente 3 eram pertinentes à saúde.



Os números acima permitem algumas considerações: 1) tendo em vista o número de atendimentos realizados e de ações ajuizadas, as casas da cidadania funcionam como um espaço de acesso à justiça e de garantia dos direitos dos hipossuficientes; 2) o número reduzido de ações que versam sobre o direito à saúde pode ser resultado da ausência de percepção dos usuários do Sistema Único de Saúde, de seu caráter universal e que lhes assiste o direito a recorrerem ao Poder Judiciário para ser-lhes assegurado o direito à saúde na sua integralidade; 3) faz-se necessário coletar dados junto ao Poder Judiciário, com vistas a verificar o número de ações ajuizadas sobre o direito à saúde no período da pesquisa e confrontar com os dados obtidos na Casa da Cidadania do Centro.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório que muito já se fez para melhorar e aprimorar os direitos de cada cidadão. No entanto, apesar da existência de mecanismos de acesso à justiça, esse acesso ainda é limitado, pois, mesmo sendo oferecido um atendimento para as pessoas que não podem arcar com os custos, ainda existem outras barreiras que estas pessoas não conseguiram superar. Embora a culpa não seja individual, mas sim coletiva, tudo depende de muitos fatores culturais que estão sendo modificados com o tempo.

Nos últimos anos, essa mudança cultural tem ocorrido lentamente. Na área da saúde isso se torna mais claro, pois a sociedade passou a percebê-la como um direito e não como um favor dos governantes, podendo, quando não concedido administrativamente, ser acionado o Judiciário para a sua efetivação.

Nesse sentido, entende-se que as Casas da Cidadania têm papel fundamental para a efetivação do direito à saúde, mas, para que isso se torne concreto, faz-se necessária também a “divulgação” para a sociedade de que, quando tiver esse direito ceifado, pode e deve recorrer ao Judiciário para a sua concretização.

REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando. *Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2007.
- CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CÉSAR, Alexandre. *Acesso à justiça e cidadania*. Cuiabá: Ed. UFMT, 2002.
- DANTAS, Humberto. *Democracia e saúde no Brasil: uma realidade possível?*. São Paulo: Paulus, 2006.
- DEBIASE, Nahiane Frasson. *Alcances, limites e perspectivas do acesso à justiça*. Criciúma: UNESC, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LUZ, Vladimir de Carvalho. Defensoria pública e direitos fundamentais: silêncios e obviedades sobre a defensoria pública catarinense. p. 53-74. In: CUSTÓDIO, André Viana; CAMARGO, Mônica Ovinski de. *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais: visões interdisciplinares*. Curitiba: Multidéia, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. *Monografia jurídica: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde: de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AS FRAGILIDADES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO DIGITAL: O CASO DA PUBLICIDADE INFANTOJUVENIL *ON LINE*

Rosane Leal da Silva¹
Noemi de Freitas Santos²

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo refletir sobre as ações e políticas públicas empreendidas pelo Estado brasileiro com vistas à inclusão digital, vislumbrando no acesso à Internet um grande potencial para o desenvolvimento econômico e social dos brasileiros. Apesar de algumas ações terem sido colocadas em prática na década de 90, como a criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil, e de vários documentos terem sido produzidos, ainda há muito a fazer, especialmente porque há inúmeros aspectos relacionados à utilização das tecnologias da informação e comunicação por parte de crianças e adolescentes que precisam ser analisados. Dentre eles, destaca-se neste trabalho o contato da população infantojuvenil com conteúdos inadequados a sua faixa etária que são veiculados nas publicidades levadas a efeito no ciberespaço, sobre as quais não há qualquer controle ou filtragem por parte das instituições encarregadas da proteção integral.

Para desenvolver o artigo, empregou-se o método monográfico, posto que empreendeu-se estudo de caso. Partindo dessa metodologia, dividiu-se o trabalho em três partes: no primeiro momento são apresentadas de forma bastante sucinta algumas iniciativas do Estado para fomentar a inclusão digital dos brasileiros, ocasião em que se revelam alguns pontos de fragilidades, sobre os quais não há qualquer ação governamental, como o contato prematuro de crianças e adolescentes com a publicidade que se dissemina no ciberespaço e que se subtrai a qualquer filtragem por parte do Estado, em flagrante desrespeito às medidas preventivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Uma vez tendo-se identificado a publicidade como um dos pontos de fragilidade, na sequência são oferecidos argumentos que corroboram tal afirmativa, apontando-se inúmeros aspectos e riscos que podem ser disseminados junto com a publicidade, especialmente nos casos em que ela explora a inexperiência da população infanto-juvenil. Os argumentos apresentados na

-
- 1 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com pesquisa sobre a proteção integral dos adolescentes internautas na sociedade informacional. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria e do Centro Universitário Franciscano, ambos em Santa Maria (RS) e pesquisadora integrante do Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio, da UNIFRA e do Núcleo de Estudos Sociais e Jurídicos da Criança e do Adolescente (NEJUSCA), na UFSC. Coordenadora do Projeto A exposição da população infantojuvenil à publicidade *on line*, financiado pela UNIFRA. E-mail para contato: rosaneleals@terra.com.br
 - 2 Acadêmica do 3º semestre do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano. Bolsista PROBIC, com atuação no projeto A exposição da população infantojuvenil à publicidade *on line*, financiado pela UNIFRA.

segunda parte do artigo são corroborados por um exemplo de publicidade subliminar encontrado no ciberespaço, o que pode ser constatado a partir da descrição do jogo Neopets, feita na última parte do trabalho e que comprova os argumentos aqui desenvolvidos.

2 A INCLUSÃO DIGITAL BRASILEIRA

Os últimos anos do século XX registraram crescente desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação, com ênfase para a Internet, que provocou uma verdadeira revolução no modo como muitas pessoas passaram a interagir, buscar e produzir informação.

Construída a partir de uma intrincada rede de interesses (originariamente políticos, passando por processos de cooperação entre universitários, até ser cooptado pelo mercado), a Internet ganhou o mundo a partir dos estudos de Tim Bernes-Lee, construtor de um *software* que permitiu interconectar informação entre computadores que estivessem ligados à rede. Posteriormente, em parceria com Robert Cailliau, criou um sistema que foi chamado de hipertexto de *world wide web*, – WWW – possibilitando transmitir imagens gráficas, o que despertou ainda mais interesse no mercado. As criações desses programadores e de estudantes resultaram em parcerias com empresários, originando empresas como a *Netscape Communications*. Porém, segundo Castells³, o grande salto experimentado pelo setor ocorreu em 1995, quando a *Microsoft* introduziu o seu próprio navegador, o *Internet Explorer*.

Desse período até os dias que correm, operou-se uma verdadeira revolução informacional, com enorme capacidade de produção, armazenamento e circulação de informações, ao que se somam novas possibilidades de comunicação. As dimensões informativas e comunicativas, caracterizadoras das novas tecnologias, provocam a interconexão de pessoas e serviços, inaugurando momento sem precedentes históricos, o que fomenta o interesse dos Estados em promover a inclusão digital dos seus cidadãos, já que ninguém quer ficar fora dessa revolução informacional.

Não foi diferente em *terra brasilis*, pois desde que a Internet começou a operar no Brasil, em meados da década de 90, o Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia adotaram medidas para seu acompanhamento. Dentre elas, destaca-se a criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), instituído por meio da Portaria Interministerial nº 147, de 31 de maio de 1995, e cuja estrutura inicial foi recorrentemente alterada, culminando na última mudança, ocorrida por força do Decreto Presidencial nº 4.829, de 3 de setembro de 2003⁴.

3 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 11. ed. Traduzido por Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2008. v. 1, p. 18-19.

4 BRASIL. Comitê Gestor da Internet no Brasil. Disponível em: < <http://www.cgi.br/>>. Acesso em: 24 maio 2009.

Esse órgão tem a missão de coordenar as atividades relacionadas aos serviços Internet no Brasil, visando à promoção da qualidade e à ampliação dos serviços ofertados. Conforme descrito na página oficial, seu funcionamento segue um modelo de gestão da Internet que se apresenta como pioneiro, “com base nos princípios de multilateralidade, transparência e democracia”⁵.

Para cumprir sua missão, o Comitê Gestor passou a se desincumbir de uma série de atribuições, destacando-se: a) a proposição de normas e procedimentos relativos à regulamentação das atividades na Internet; b) a recomendação de padrões e procedimentos técnicos operacionais para a Internet no Brasil; c) o estabelecimento de diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e à propagação da Internet no Brasil; d) a promoção de estudos e padrões técnicos para a segurança das redes e dos serviços no país; e) a coordenação da atribuição de endereços Internet (IPs) e do registro de nomes de domínios, usando <.br>; f) a coleta, organização e disseminação de informações sobre os serviços Internet, incluindo indicadores e estatísticas⁶.

No final dos anos 90 do século passado, na esteira das atividades do Comitê Gestor da Internet, o governo brasileiro propôs uma série de ações, consubstanciadas num documento publicado no ano 2000 e intitulado Sociedade da Informação no Brasil – Livro Verde.

Segundo o disposto no Livro Verde, a sociedade da informação, tal qual nominada nos documentos oficiais, seria construída a partir de estratégias que fossem adequadas ao contexto brasileiro. Os primeiros passos em direção à construção desse modelo de sociedade, que já tinham sido dados com a criação do CGI.br, foram alargados com o processo de privatização das telecomunicações e a criação da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), conforme descrito por Takahashi⁷.

O rol de propostas e de ações constantes no Livro Verde é bastante amplo, atingindo segmentos tais como trabalho, comércio eletrônico, incentivo a pequenas e médias empresas, utilização de serviços, cidadania, educação, conteúdos e identidade cultural. No entanto, pela forma como os temas são apresentados e explorados, percebe-se que o objetivo inicial do Estado brasileiro foi e continua sendo prioritariamente centrado nos aspectos econômicos, ou seja, no quanto o processo de inclusão digital pode oportunizar melhorias no campo do trabalho, do comércio e da oferta de serviços. Temas afetos à dimensão humana, referentes às estratégias necessárias para que as pessoas convertam o acesso à Internet em produção de conhecimento ou aspectos relacionados ao tipo de interação que será realizada com as tecnologias da informação e comunicação e seus reflexos sobre as relações intersubjetivas, especialmente no tocante à cidadania, praticamente não são contemplados.

5 Idem.

6 Idem.

7 TAKAHASHI, Tadao (Org.). *Sociedade da informação no Brasil: livro verde*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, p. 4-5.

A mesma fragilidade se percebe quando analisado o tratamento e as projeções dirigidas à educação formal, onde as ações do Estado brasileiro são voltadas apenas para o envio e a adoção das tecnologias no ambiente escolar, sem valorizar devidamente as novas competências comunicacionais que envolvem o uso desse aparato e sem se preocupar em preparar os usuários para se tornarem aptos a conjugar os saberes individuais com os coletivos. Aliado a isso, não são identificadas ações voltadas a fomentar o cuidado com os aspectos humanos ligados ao uso da Internet, ou seja, aos riscos, oportunidades e proteção de direitos fundamentais do público infantojuvenil que acessará essa tecnologia. Essa, por ora, é uma preocupação que não figura nos documentos produzidos, também não se evidenciando nas políticas públicas de inclusão digital empreendidas.

Outra preocupação relacionada ao público infantojuvenil refere-se à necessidade de serem propostas estratégias para proteger os dados pessoais dos internautas dessa faixa etária, bem como de serem considerados os possíveis ataques que esses usuários podem sofrer diante do acesso indiscriminado e sem qualquer filtragem a materiais publicitários que não se mostrem adequados ao seu nível de desenvolvimento, em completa desconformidade com as medidas de prevenção previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, notadamente aquelas contempladas nos artigos 70 a 79 da legislação protetiva⁸.

Apesar de importantes, esses elementos não são devidamente considerados nos documentos produzidos no período ou nas políticas até agora realizadas, já que não constam no Livro Verde e não há menção a eles no Livro Branco, produzido pelo Ministério da Ciência e da Tecnologia e publicado no ano de 2002. Esse documento aponta um conjunto de iniciativas que deveriam ser colocadas em prática para fomentar a participação social e preparar a população para os desafios desse novo tempo, tais como: a) ampliar e democratizar o acesso e o uso das tecnologias, o que seria feito a partir da articulação da administração pública, da sociedade e das empresas que atuam no setor; b) junto com essas iniciativas, proporcionar investimento no desenvolvimento científico e tecnológico, educando-se a população para o conhecimento, o que por certo exige melhorias na educação formal e no ensino de ciências nas escolas; c) prever maior cobertura dos meios de comunicação para os assuntos relacionados à ciência, tecnologia e inovação, oferecendo programação de qualidade; d) promover o desenvolvimento de redes de educação a distância e bibliotecas virtuais; e) treinar professores e preparar conteúdos para serem desenvolvidos com o uso da Internet, dentre outras medidas previstas⁹.

Apesar das metas delineadas, percebe-se que, quando se trata dos serviços diretamente oferecidos pelas empresas aos usuários, até o presente momento a estratégia majoritariamente utilizada pelo Estado brasileiro foi deixar que o próprio mercado, através das empresas, estabeleça as regras de condutas ou normas-

8 BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Organização Yussef Said Cahali. 10. ed. São Paulo: RT, 2008.

9 BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. *Livro Branco: ciência, tecnologia e inovação*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002, p. 69.

padrão para guiar as ações dos usuários, valendo-se da chamada autorregulação. A adoção da autorregulação parte do pressuposto de que os usuários têm condições de estabelecer normas de conduta, ou de conscientemente aderir a elas, afastando regulação por parte do Estado.

É preciso, no entanto, ter cuidado com a adoção de tal modelo, que tem seduzido muitos autores e, sobretudo, agradado ao mercado¹⁰. No momento em que a elaboração e divulgação das normas de conduta para o recebimento dos serviços e para envio de publicidade ficam sob responsabilidade das empresas que operam no setor, há de se imaginar que elas permitirão o máximo de liberdade, pois, do contrário, poderá haver prejuízo aos negócios. Ademais, não há segurança quanto à correta e visível divulgação das normas adotadas o que, por conseguinte, prejudica o nível de informação do usuário, fator importante para a escolha do serviço. Nesse ponto, cabe lembrar que o tomador dos serviços, independentemente da idade, tem reconhecida a sua vulnerabilidade informacional pela legislação brasileira (notadamente previstos no artigo 4º, I, artigo 6º, I, II e III, da Lei 8.078/90), o que o torna merecedor de maior proteção, já que não dispõe de meios de se autodeterminar na sociedade informacional, informando dados pessoais que posteriormente poderão ser negociados entre empresas, o que o torna vulnerável ao recebimento posterior de qualquer espécie de publicidade.

No que se refere à meta que associa o uso das tecnologias informacionais à escola, o exame das ações já realizadas, em especial aquelas decorrentes do Programa Banda Larga nas Escolas¹¹, não sinaliza para qualquer ação voltada a minimizar os riscos que possam resultar do contato dos menores de idade com conteúdos inadequados para a sua idade e seu estágio de desenvolvimento, com destaque, neste estudo, para aqueles decorrentes da veiculação da publicidade, cujos efeitos podem ser bastante preocupantes, como se verá a seguir.

3 OS RISCOS DERIVADOS DA PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTOJUVENIL

Inicialmente cumpre esclarecer que a propaganda e a publicidade, apesar de referidas por diversos autores e até mesmo na Constituição Federal¹² como palavras sinônimas, constituem-se em termos diferentes. A propaganda difere da publicidade por não ter caráter comercial e sim viés ideológico, social, político, ético, moral, econômico ou religioso, como no caso das propagandas eleitorais. Já a publicidade, de caráter essencialmente comercial, visa persuadir os consumidores a adquirir determinado produto ou serviço.

10 Dentre eles PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

11 Programa desenvolvido pelo Ministério da Educação e que prevê o envio de laboratórios de informática para as escolas públicas com o objetivo de facilitar a inclusão digital de crianças e adolescentes provenientes de famílias que não dispõem das tecnologias informacionais em casa.

12 A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 220 § 4º traz a expressão 'propaganda comercial' para se referir à publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias.

A propaganda tem a finalidade de transmitir ideias por meio de discursos políticos e ideológicos, não podendo ser confundida com a prática de *marketing*, utilizada pela publicidade, que se vale de mensagens publicitárias de cunho estritamente comercial com objetivo precípuo de vender os produtos anunciados e obter lucros para as empresas. Assim, a publicidade se volta a vender uma gama de produtos e serviços cuja utilidade e até mesmo adequação à faixa etária são questionáveis se considerado o estágio de desenvolvimento dos consumidores infantojuvenis, cujo discernimento para identificar e escapar das artimanhas do mercado se mostra prejudicado em face da idade. Sabedores disso, as empresas que atuam no setor se valem dos meios de comunicação, tais como televisão, rádio, celular e recentemente a Internet para, a partir deles, adentrar mais facilmente no mundo fantasioso da mente infantil.

Preocupados com essa situação, alguns autores¹³ têm se voltado a estudar as práticas publicitárias dirigidas ao público menor de idade, afirmando que a publicidade dirigida às crianças e aos adolescentes apresenta potencial para produzir efeitos negativos sobre a formação da sua personalidade e do seu caráter, pois pode alterar valores éticos, sociais, culturais e morais da criança. Aliado a isso, denunciam que a publicidade pode gerar frustrações e decepções, especialmente quando a criança não tem a possibilidade de obter determinado produto ou serviço anunciado, o que a faz sentir-se excluída daquele universo. O sentimento de exclusão e de inferioridade, por sua vez, pode conduzir a comportamentos de risco, assumidos com o intuito de sentir-se parte da sociedade de consumo e que podem se efetivar na prática de atos infracionais praticados para alimentar os anseios produzidos por um modelo de sociedade que atribui excessivo valor à aquisição de bens.

Outro aspecto negativo, que pode ser ampliado pela utilização da publicidade voltada ao público infantojuvenil, diz respeito à obesidade infantil, situação que se apresenta como epidemia em vários países e que no Brasil já atinge quase metade dessa população. Com efeito, segundo os dados divulgados na Cartilha produzida pelo Instituto Alana¹⁴, cerca de 30% das crianças brasileiras estão com sobrepeso e 15% são obesas, o que se atribui em parte ao esforço do mercado de alimentos, que dirige metade dos anúncios publicitários para o segmento infantojuvenil. O mais grave é que 80% desses anúncios são de produtos ricos em açúcares, sal ou gorduras, o que sugere que a publicidade, quando realizada de forma descomprometida com os valores que inspiram a proteção de crianças e adolescentes pode contribuir para a ocorrência de sérios problemas de saúde pública, incentivando o consumo de alimentos e guloseimas que não se mostram adequados para o desenvolvimento saudável de quem se encontra em fase de crescimento¹⁵.

E não é só isso. Os transtornos alimentares como a bulimia e a anorexia também

13 Dentre eles HENRIQUES, Isabelle Vieira Machado. *A publicidade abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Juruá: 2006.

14 INSTITUTO ALANA. *Por que a publicidade faz mal para as crianças*. 2. ed. [s.l.] Projeto Criança e Consumo, 2009.
Disponível em: <http://www.alana.org.br/banco_arquivos/Arquivos/downloads/ebooks/por-que-a-publicidade-faz-mal-para-as-criancas.pdf> Acesso em 18 abr. 2010.

15 Idem.

podem ser relacionados à publicidade infantojuvenil, pois na medida em que as mensagens são criadas para incutir nesse público a necessidade de ingerir produtos calóricos e pouco nutritivos, ao mesmo tempo, fazem apologia ao culto da magreza, tida como sinônimo de beleza e de padrão de aceitação na sociedade. Produz-se, assim, uma dicotomia que acaba por confundir quem ainda não possui discernimento completo. Tal estado de confusão pode contribuir para a produção de distúrbios que prejudicam o desenvolvimento saudável dos menores de idade¹⁶.

Na esteira dos problemas alimentares, a erotização precoce também pode ser impulsionada pela publicidade infantil. Segundo informações constantes na Cartilha elaborada pelo Instituto Alana¹⁷, a publicidade dirigida ao público infantil feminino contribui para projetar o desejo de amadurecimento que não condiz com a sua anatomia em formação, levando as meninas a adquirirem produtos incompatíveis com a sua idade, tais como sapatos de salto alto, maquiagem, roupas sensuais modeladas para adultos, o que acaba produzindo a exposição desnecessária de seus corpos ainda em processo de desenvolvimento.

A publicidade cria necessidades de consumo e para lograr êxito se utiliza da manipulação que tende a persuadir os consumidores por meio de discursos que enaltecem as qualidades dos possíveis compradores, ao invés de demonstrar as vantagens e os benefícios do produto em si. Esses discursos, quando dirigidos ao público infantojuvenil, utilizam como forma de persuasão o bombardeio constante de mensagens publicitárias que atribuem valores a bens materiais, relacionando e condicionando a felicidade ao ato de consumir. Com isso se produz uma perigosa inversão de valores, a partir da qual as relações afetivas passam a ser medidas pelas relações de consumo e pela quantidade de objetos que as crianças possuem e não pela qualidade dos laços afetivos e sociais que são capazes de desenvolver.

Ciente desse contexto e das artimanhas empreendidas pelo setor publicitário, Néstor García Canclini não hesita em denunciar o perigo de a construção das subjetividades ser ditada pelo mercado de consumo¹⁸:

As lutas de gerações a respeito do necessário e do desejável mostram outro modo de estabelecer as identidades e construir a nossa diferença. Vamos afastando-nos da época em que as identidades se definiam por essências a-históricas: atualmente configuram-se no consumo, dependem daquilo que se possui, ou daquilo que se pode chegar a possuir.

Outra forma de persuasão do *marketing* infantil é fazer as crianças e os adolescentes parecerem todos iguais no seu modo de ser, vestir e agir, como se fossem produtos de uma mesma linha que foi fabricada em série. Esse processo incita na criança um desejo de consumo descontrolado, que além de não satisfazer

16 Idem.

17 Idem.

18 CANCLINI, Néstor García. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Trad. De Maurício Santana Dias. 6. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006. p. 30.

às suas necessidades, acaba gerando mais consumo. Essa consequência adversa da publicidade dirigida ao público infantojuvenil conduz à formação de grupos identicamente iguais, em que a forma de ingresso nesse universo se dá pela aquisição de determinados objetos, tais como tênis de marca, celular de última geração, mochila de grife, entre tantos “sonhos de consumo”. Para ingressar e ser aceito neste grupo fechado há necessidade de adquirir determinados produtos, o que acaba gerando a exclusão daqueles que não os possuem, além de determinar a imposição de certas “identificações” forjadas pelo mercado.

Tal tema revela-se bastante sério e deve despertar a atenção dos atores encarregados da proteção integral, que precisam se debruçar sobre o papel da publicidade dirigida ao público infantojuvenil. Como destacado por Erik H. Erikson¹⁹, os jovens encontram-se em etapa de desenvolvimento em que se mostram bastante vulneráveis na formação das suas identidades, o que faz com que busquem reproduzir o modelo adotado por aquele que é considerado o herói do grupo que partilham, fator que leva às multidões a se manterem juntas.

Segundo Erikson²⁰, nesta etapa da perda de identidade,

Os jovens também podem apegar-se demasiado ao espírito de clã e ser cruéis na exclusão de todos que sejam “diferentes”, na cor da pele, nos antecedentes culturais, nos gostos e dotes e, muitas vezes, em aspectos insignificantes das vestimentas e das maneiras que tenham sido temporariamente selecionados como sinais característicos de estar no grupo ou fora do grupo... A facilidade com que aceitam tais provas explica, além disso, a atração que as simples e cruéis doutrinas totalitárias exercem sobre a mente dos jovens daqueles países e classes que perderam ou estão perdendo suas identidades grupais (feudal, agrária, tribal, nacional) e se defrontam com a industrialização, a emancipação e a mais ampla comunicação universais.

A perda de identidade é uma das consequências da condição pós-moderna que adveio com o surgimento da globalização e com o uso das novas tecnologias, situação preocupante e que leva Postman²¹ a afirmar que

O fato de a vida das pessoas ser mudada pela tecnologia é encarado como algo natural, e que as pessoas devem ser tratadas às vezes como se fossem maquinaria é considerado como condição necessária e lamentável do desenvolvimento tecnológico.

No mesmo sentido, Stuart Hall²² adverte:

19 ERIKSON, Erik H. *Infância e Sociedade*. Trad. de Gildásio Amado. Rio de Janeiro: Zahar, 1971. p. 241.

20 Idem, *ibidem*.

21 POSTMAN, Neil. *Tecnopólio: a rendição da cultura à tecnologia*. Trad. de Reinaldo Guarany. São Paulo: Nobel, 1994. p. 61.

22 HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Trad. de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira

Quanto mais a vida social se torna mediada pelo mercado global de estilos, lugares e imagens, pelas viagens internacionais, pelas imagens da mídia e pelos sistemas de comunicação globalmente interligados, mais as identidades se tornam desvinculadas – desalojadas – de tempos, lugares, histórias e tradições específicos e parecem “flutuar livremente”.

[...]

No interior do discurso do consumismo global, as diferenças e as distinções culturais, que até então definiam a identidade, ficam reduzidas a uma espécie de língua franca internacional ou de moeda global, em termos das quais todas as tradições específicas e todas as diferentes identidades podem ser traduzidas. Este fenômeno é conhecido como “homogeneização cultural”.

As advertências do autor contribuem para evidenciar que na sociedade atual, marcada pela publicidade e pela propagação de mensagens voltadas ao consumo desenfreado, crianças e adolescentes ingressam cada vez mais cedo na vida adulta, pois as mensagens que lhes são dirigidas as veiculam como possíveis consumidoras e transmitem a ideia de que poderão realizar ações típicas de um universo que ainda não estão preparadas para vivenciar. Como consequência disso, ultrapassam indevidamente etapas de seu desenvolvimento e abandonam precocemente o mundo infantil.

E para lograr seu intento as mensagens publicitárias não poupam no uso de frases de efeito, permeadas por expressões do tipo: “Aqui, você pode!”, “Aqui você é a estrela” ou de promessas como “Aqui você irá se tornar o herói dos seus sonhos” ou “Entre e viva no mundo mágico das princesas e heróis”, propagando a ideia de que os usuários infantojuvenis que adquirem determinado produto ou serviço podem se transformar em fantásticos personagens de um mundo criado somente para elas.

Como se vê, a linguagem se revela como poderoso instrumento para atrair os consumidores mirins e é explorada à exaustão pela publicidade, que se vale de impressos em revistas especializadas dirigidas ao segmento; anúncios televisivos, comunidades criadas na *web*, dentre outras formas de propagação do discurso. Em meio a essa multiplicidade de estratégias o sujeito pode ser convocado a participar individualmente, como se o anúncio fosse dirigido para ele, que não poderá se negar em ser o “contemplado”, o “felizardo que receberá o prêmio se comprar o jogo” ou que “ficará por dentro das últimas novidades”. O efeito individualizador produzido exige que tudo seja estrategicamente pensado, desde a escolha dos verbos que serão empregados (sempre no imperativo) para causar impacto no receptor da mensagem, até as cores e forma de apresentação das embalagens, projetadas para atrair os olhares das crianças e dos adolescentes, tal qual destacado por Mendes²³,

Lopes Louro. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005. p. 75 e 76.

23 MENDES, Cláudio Lúcio. *Jogos eletrônicos: diversão, poder e subjetivação*. São Paulo: Papirus, 2006, p. 46.

ao denunciar as estratégias utilizadas pela indústria dos jogos eletrônicos.

De acordo com essa visão, as empresas que exploram esse segmento não hesitam em investir na publicidade dirigida ao público infantojuvenil, instaurando uma busca incessante pelo consumo de bens que logo a seguir serão substituídos pelas novidades do momento, tornando tudo descartável. Dessa forma, a delimitação da infância e da adolescência segue os ritmos frenéticos dos lançamentos feitos pela indústria do entretenimento, conforme denunciado por Levin²⁴

E a indústria vai mudando seus alvos: os brinquedos fabricados hodiernamente, por exemplo, não possuem a mesma função de antes. As bonecas eram projeções de bebês que ensinavam as meninas a exercer a maternidade e, conseqüentemente, preparavam-nas para o futuro. Hoje, elas são o estereótipo de manequins e modelos, dotadas de corpo escultural, maquiagem impecável, joias, sapatos de salto alto, roupas da moda e um marido bem-sucedido de brinde, conforme denunciado pelo Instituto Alana²⁵. Esse modelo pré-fabricado inibe a criatividade da criança, que deixa de produzir brinquedos e jogos por conta própria e passa a viver uma vida adulta que é incentivada a idealizar.

Uma consequência deste novo modelo imposto para as crianças é que elas estão deixando as atividades lúdicas de lado e voltando-se para o mundo adulto do consumismo. Com isso, suprimem a fase de brincadeiras próprias ao seu estágio de desenvolvimento, o que acarreta a perda da oportunidade de, por meio da experiência lúdica, aprender a controlar as suas angústias e emoções, conforme destacado por Winnicott²⁶. Com efeito, para esse autor a brincadeira é uma fase essencial no desenvolvimento da criança, que por meio delas exercita sua capacidade criativa e durante o ato de brincar vivencia experiências e relações emocionais. Conforme destacado por Winnicott²⁷

A criança adquire experiência brincando. A brincadeira é uma parcela importante da sua vida. As experiências tanto externas como internas podem ser férteis para o adulto, mas para a criança essa riqueza encontra-se principalmente na brincadeira e na fantasia. Tal como as personalidades dos adultos se desenvolvem através de suas experiências da vida, assim as das crianças evoluem por intermédio de suas próprias brincadeiras e das invenções de brincadeiras feitas por outras crianças e por adultos. Ao enriquecerem-se, as crianças ampliam gradualmente sua capacidade de exagerar a riqueza do mundo externamente real. A brincadeira é a prova evidente e constante da capacidade criadora, que quer dizer vivência.

24 LEVIN, Esteban. *¿ Hacia una infancia virtual? La imagen corporal sin cuerpo*. 1. reimpressão. Buenos Aires: Nuevo Visión, 2007, p. 26-32.

25 INSTITUTO ALANA. *Por que a publicidade faz mal para as crianças*. 2. ed. [s.l.] Projeto Criança e Consumo, 2009.

Disponível em: <http://www.alana.org.br/banco_arquivos/Arquivos/downloads/ebooks/por-que-a-publicidade-faz-mal-para-as-criancas.pdf> Acesso em 18 abr. 2010.

26 D. W. *A criança e o seu mundo*. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1966. p. 162.

27 *Ibidem*. p. 163.

Com base nesses ensinamentos, pode-se afirmar que o efeito mais perverso da publicidade sobre o público infantojuvenil é a perda e a dissolução da infância, uma vez que condena a criança a viver experiências que ela não está preparada para enfrentar. Aliado a isso, suprime de sua vida a alegria genuína proporcionada pelo prazer da brincadeira, da inocência, da ingenuidade e do desapego material, fatores tão caros ao seu desenvolvimento. Como consequência da imersão precoce de crianças e adolescentes no mundo adulto tem-se o desaparecimento da infância, o que se constitui em violência não só para a criança, mas para toda a sociedade, que perde a base para a construção de uma vida adulta saudável.

A questão, de tão importante, mereceu regramento legal, conforme se verifica da análise do ordenamento jurídico pátrio, notadamente das previsões constantes nos artigos 36 e 37, da Lei 8.078/90. Cotejando a posição doutrinária antes apresentada com os dispositivos legais referidos, pode-se afirmar que a publicidade infantil viola o princípio da identificação da mensagem publicitária, pois as crianças, em razão do seu discernimento incompleto, não têm a capacidade de diferenciar e identificar a publicidade como tal. Ademais, a falta de experiência do público infanto-juvenil pode levar a que se configure como abusiva toda e qualquer publicidade dirigida às crianças que transgrida aos princípios e garantias estabelecidos pela Constituição Federal, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Esse tratamento rigoroso se justifica em razão da fragilidade e da exacerbada vulnerabilidade do público infantojuvenil em face da publicidade que lhe é dirigida, já que não se pode imaginar que crianças e adolescentes terão meios de se proteger de uma indústria que investe bilhões de reais para poder persuadi-las a querer determinado produto ou serviço. Diante do flagrante desequilíbrio entre os fornecedores e os consumidores dessa faixa etária, as publicidades que não respeitarem as regras e princípios expressos no ordenamento jurídico devem ser consideradas ilegais.

Saliente-se que com essa posição não se quer banir toda e qualquer publicidade voltada a esse segmento, pois se entende que os anúncios podem cumprir uma função educativa. Para tanto, uma tentativa de harmonizar os direitos e interesses em conflito, de forma a que os anunciantes possam exercer a atividade comercial dirigida ao público infantojuvenil sem prejuízos, defende-se que a publicidade deve dirigir-se aos pais, sendo facilmente identificada como tal e cumprindo a finalidade de divulgar as características e vantagens dos produtos e serviços.

Cumprido esclarecer que o entendimento no sentido de impor algumas limitações ao exercício da publicidade não se constitui em qualquer espécie de censura. Cabe lembrar que a Constituição Federal Brasileira regula a matéria em seu artigo 220, nos seguintes termos: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.” E, ainda, conforme disposto no parágrafo 2º deste mesmo dispositivo, fica vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Ocorre que a publicidade não pode gozar da mesma proteção de um discurso político, ideológico ou artístico, posto que as mensagens publicitárias são exclusivamente mercadológicas, o que exclui esse tipo de veiculação da proteção prevista no parágrafo 2º, supracitado. Assim, as limitações que devem ser impostas à publicidade dirigida ao público infantojuvenil não podem ser confundidas com uso da censura ou em cerceamento da manifestação do pensamento e da liberdade de expressão.

O que se percebe é que, sob a prerrogativa de estarem exercendo a liberdade de expressão e, por vezes, a liberdade de criação, muitos publicitários se valem desse direito para praticar abusos contra consumidores indefesos. É com essa escusa que atua o *marketing* infantil, que atua com o objetivo de criar na criança um sentimento que não é inato dela e que a faz desejar com tanta intensidade a ponto de convencer seus pais de que necessita daquele determinado produto ou serviço para sentir-se feliz.

Cabe lembrar que a matéria também se encontra regulada na legislação protetiva, vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 76, disciplina a programação das emissoras nos horários destinados ao público infantil, momento em que só poderão ser veiculados programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. Ora, se a programação deve ter essa finalidade, por certo a publicidade veiculada no horário também deve atender a esses ditames.

Outro limitador ao *marketing* infantil é o princípio da proteção integral, escopo do Direito da Criança e do Adolescente e que se traduz na tutela integral desses sujeitos de direito em todas as esferas de interesses. Essa proteção impõe o reconhecimento e a preservação de seus direitos fundamentais, merecedores de atenção e medidas especiais por parte da família, da sociedade e do Estado, que devem observar sua peculiar situação de pessoa em desenvolvimento.

Se tal tema já se mostra polêmico quando se trata da publicidade realizada nos meios de comunicação como a televisão, o problema se intensifica no momento em que a publicidade é lançada no ciberespaço, ambiente que sabidamente se subtrai a qualquer filtro ou controle por parte do Estado. Com efeito, a configuração do espaço virtual e sua porosidade dificultam a fiscalização para que se cumpram as medidas preventivas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, contribuindo para a veiculação de publicidade em situações aparentemente inofensivas, como jogos virtuais, conforme se verá a seguir.

4 O EXEMPLO DO NEOPETS

No ciberespaço há uma variedade de jogos e opções de lazer, seja em comunidades, seja em outras formas de interação que se mostram propícias para a veiculação de publicidade. Em muitos desses casos, a oferta de atividades é tão generosa e tão bem produzida que o usuário tem dificuldade de perceber que por trás dos discursos há publicidade de produtos e serviços. Um desses exemplos pode

ser extraído do Neopets.

Conforme descrito na mensagem de abertura, trata-se de um site de *Pets* virtuais que reúne aproximadamente cem milhões de proprietários de *pets* que nesse ambiente têm oportunidade de acessar mais de 160 jogos, trocar mensagens com outros internautas participantes daquele mundo virtual e adquirir produtos e serviços para os seus animais virtuais de estimação²⁸.

A atividade relacionada às compras mobiliza grande parte da atenção dos usuários, sendo possível encontrar produtos variados nas lojas do *shopping*, conforme descrição abaixo²⁹:

Nas lojas você encontra praticamente todos os itens que deseja comprar, sejam comidas, livros, equipamentos da arena ou qualquer outro dos milhares existentes em Neopia. Existem dois tipos de lojas no jogo: As lojas oficiais, que estão listadas em nosso **Guia de Lojas**, e as lojas de usuários, nas quais qualquer usuário (até você mesmo) pode colocar seus itens à venda.

Existem ainda outras formas de interação econômica, como as Trocas, onde você pode colocar seus itens para trocar, ao invés de vender um item por Neopontos, alguém pode lhe oferecer outro item de valor semelhante.

Já nos Leilões, quem pagar mais Neopontos leva o item! Você dá lances em tempo real competindo com outros jogadores. [grifos no original]

O incentivo ao consumo é constante, pois há inúmeras mensagens e textos que sugerem que o proprietário do *pet* virtual adquira produtos, tanto para o seu animalzinho de estimação, quanto para a sua casa, que pode ser construída e decorada com móveis e objetos de decoração disponíveis no *site*. Além disso, constantemente o discurso se volta para a competição, incutindo na mente dos internautas que quanto mais adquirirem, mais chances terão de serem vitoriosos nas competições que participarem, ou seja, todos os sentidos são mobilizados para o mundo do consumo.

Ademais, os jogos disponíveis, todos preparados para crianças em tenra idade, também servem para despertar o consumo, pois até mesmo o ato de jogar envolve a aquisição de bens, como no exemplo Neopets na moda, cuja apresentação é descrita abaixo³⁰:

Neopets na Moda: Vista um Neopet. Selecione uma roupa de vários artigos, como óculos, camisas e calças. Escolha também as cores dos Neopets, assim como o fundo de tela.

Clique nas categorias para ver os tipos de roupas disponíveis.

28 O QUE É NEOPETS? Disponível em: < <http://neopia.com.br/index.php?pagina=oquee.php>>. Acesso em 25 mar. 2010.

29 Idem, ibidem.

30 SALA DE JOGOS. Disponível em: <http://www.neopets.com/games/play.phtml?game_id=805>. Acesso em: 25 abril 2010.

Quando você encontrar algo que goste, clique no artigo e leve-o até o personagem. Clique no fundo da tela para trocá-lo. O botão “Aleatório” criará um personagem e um fundo aleatórios. Clique em “Pronto” quando você tiver terminado e estiver pronto para enviar um cartão do seu personagem para um amigo!

A essas técnicas de persuasão são agregadas outras, ainda mais agressivas, pois nesse mundo virtual o internauta, à medida que vai jogando, acumula neopontos, que lhe permitem adquirir alguns produtos. No entanto, para ter aqueles que se mostram mais interessantes, o internauta precisa de neocréditos, que nada mais são do que créditos de verdade, ou seja, o jogador, mediante o envio de um fax para o número indicado na página, comprova que possui a autorização dos pais e informa o número do cartão de créditos dos genitores, o que lhe permite comprar produtos para o seu *pet* virtual. Tal fato é no mínimo questionável, pois a criança adquire um bem que é virtual e verdadeiramente paga por algo que não recebe.

Aliado a tudo isso, as mensagens de produtos como *games* eletrônicos, músicas e jogos para celulares e desenhos em canais pagos não cessam de se mover no computador do jogador, despertando-lhe incessantemente o desejo de possuir aqueles bens.

A quantidade de opções é tão grande que o usuário pode passar horas do seu dia perdido dentro de um mundo de faz de conta, sendo constantemente convidado a comprar e expor aos amigos os bens adquiridos. As mensagens são tão bem engendradas que a criança não percebe que se trata de estratégia de *marketing* e dessa forma, a publicidade invade o universo infantil transvestindo-se em jogo inocente, subtraindo-se, dessa forma, de qualquer mecanismo de filtragem ou controle por parte das instituições encarregadas da proteção integral.

Esse é apenas um dos exemplos do *marketing* na sociedade informacional e mesmo esse sucinto relato já é capaz de colocar em evidência que o ciberespaço, pela sua configuração, servirá de palco para as mais ousadas estratégias publicitárias, o que deixa um questionamento em suspenso: será esse o modelo de inclusão digital desejável ao Brasil? As mensagens disseminadas na mente das crianças de tenra idade que são convidadas a inocentemente jogarem jogos aparentemente inofensivos contribuirão para a inclusão social?

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem feita neste artigo, apesar de sucinta, evidenciou alguns dos pontos de fragilidade da política de inclusão digital brasileira, que tem se concentrado apenas no acesso das pessoas, especialmente crianças e adolescentes, à Internet, sem demonstrar preocupação com o tipo de uso que é feito com essa tecnologia. Nesse sentido, demonstrou-se que a publicidade dirigida ao público infantojuvenil pode se constituir em um mercado bastante promissor e que o tipo de mensagem e discurso oferece potencial de risco, já que além de provocar o desejo de consumo, ainda

provoca padrões comportamentais que são típicos da idade adulta, o que provoca verdadeira colonização do mundo infantil pelo mundo adulto.

O mais complexo, no entanto, são as mensagens publicitárias subliminares, que se apresentam tão disfarçadas que sua identificação e seu controle por parte das instituições encarregadas da proteção integral se tornam quase inexistentes, o que acaba expondo demasiadamente o público infantojuvenil ao mercado de consumo. A questão se torna ainda mais complexa quando a publicidade se disfarça na forma de jogos, disponíveis a crianças de tenra idade que acessam à Internet, como no caso do Neopets, aqui descrito.

Tal *site*, além de expor crianças a vários tipos de publicidade e incentivar o consumo, inclusive proporcionando a aquisição e o pagamento real de produtos, ainda estimula a competição entre as crianças, propagando a ideia de que, se consumirem mais, melhor serão reconhecidos e vencerão os demais.

Por tudo isso, entende-se ter restado demonstrado que as preocupações iniciais que animaram este estudo encontram eco na realidade, tendo no ambiente virtual um espaço livre de qualquer filtragem e que pode se revelar bastante nocivo ao saudável desenvolvimento de crianças e adolescentes. Tal situação está a exigir a atenção daqueles encarregados de delinear as políticas públicas de inclusão digital, pois do contrário tais esforços não resultarão em melhores condições de vida e de inclusão social da população infantojuvenil e, sim, em formas mais refinadas e perigosas de colonização pelo mercado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Comitê Gestor da Internet no Brasil*. Disponível em: < <http://www.cgi.br/>>. Acesso em: 24 maio 2009.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 16 abr. 2010.

_____. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Organização Yussef Said Cahali. 10. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Organização Yussef Said Cahali. 12. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. Ministério da Ciência e Tecnologia. *Livro Branco: ciência, tecnologia e inovação*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.

CANCLINI, Néstor García. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Trad. De Maurício Santana Dias. 6. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 11. ed. Traduzido por Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2008. v. 1.

ERIKSON, Erik H. *Infância e sociedade*. Trad. de Gildásio Amado. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Trad. de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

HENRIQUES, Isabelle Vieira Machado. *A publicidade abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Juruá, 2006.

LEVIN, Esteban. *¿ Hacia una infancia virtual? La imagen corporal sin cuerpo*. 1. reimpressão. Buenos Aires: Nuevo Visión, 2007.

MENDES, Cláudio Lúcio. *Jogos eletrônicos: diversão, poder e subjetivação*. São Paulo: Papirus, 2006.

OQUE É NEOPETS? Disponível em: <<http://neopia.com.br/index.php?pagina=oquee.php>>. Acesso em 25 mar. 2010.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

INSTITUTO ALANA. *Por que a publicidade faz mal para as crianças*. 2. ed. [s.l.] Projeto Criança e Consumo, 2009. Disponível em: <http://www.alana.org.br/banco_arquivos/Arquivos/downloads/ebooks/por-que-a-publicidade-faz-mal-para-as-criancas.pdf> Acesso em 18 abr. 2010.

POSTMAN, Neil. *Tecnopólio: a rendição da cultura à tecnologia*. Trad. de Reinaldo Guarany. São Paulo: Nobel, 1994.

SALA DE JOGOS. Disponível em : http://www.neopets.com/games/play.phtml?game_id=805. Acesso em: 25 abril 2010.

TAKAHASHI, Tadao (Org.). *Sociedade da informação no Brasil: Livro Verde*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

WINNICOTT, D. W. *A criança e o seu mundo*. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1966.