

**Anais do II Seminário
Interinstitucional de Mestrados
em Direito da UEL**

ISSN 2179-0760

06 de outubro de 2011 - UEL

Londrina
2011



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Organização

Fernanda Vicentini
Mayna Marchiori de Moraes

Coordenação

Marlene Kempfer

Colaboração

Marcos Alexandre Gomes Nalli
Maria de Fatima Ribeiro
Fernanda Vicentini
Josyane Mansano
Vanessa Vilela Berbel

Arte Digital/Revisão Ortográfica/Impressão

Fernanda Vicentini
Mayna Marchiori de Moraes
Rodolfo Xavier Ciciliato

Realização

Universidade Estadual de Londrina
Mestrado em Direito Negocial



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

APRESENTAÇÃO

Os trabalhos apresentados no II Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito da Universidade Estadual de Londrina - UEL retratam o labor acadêmico de estudantes de graduação, pós-graduação, de pesquisadores e de docentes, em âmbito nacional.

A diversidade dos temas jurídicos abordados e a relevância que possuem na contemporaneidade refletem a importância da pesquisa científica no âmbito do Direito, por fomentar o pensamento crítico e proporcionar o intercâmbio de conhecimento entre os pesquisadores, além de apresentar os estudos desenvolvidos à sociedade, colaborando, enfim, com o processo de adequação do Direito à realidade social em que se insere.

A realização do Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito da Universidade Estadual de Londrina - UEL em parceria com o Mestrado em Direito Negocial e colaboração dos cursos de pós-graduação e graduação em Direito denota o propósito de integração entre os diversos níveis acadêmicos.

Fica registrado o compromisso de dar continuidade a este evento, por ter-se alcançado satisfação dos participantes, que puderam trocar experiências durante as exposições de seus trabalhos, o que certamente amplia as possibilidades de conhecimento.

Comissão Organizadora



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	03
ARTIGOS COMPLETOS	
AGÊNCIA NACIONAL DA POLÍTICA FUNDIÁRIA: PROPOSTA DE INTERVENÇÃO ESTATAL PARA A EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PRIVADA RURAL	08
Alfredo Pereira da Costa; Marlene Kempfer	
DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RELAÇÃO AO IDOSO	28
Débora Rabelo de Paula	
ALTERNATIVAS PROPOSTAS PELA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS PARA MINIMIZAR IMPACTOS ADVINDOS DOS RESÍDUOS DE ELETRO ELETRÔNICOS	49
Josyane Mansano	
VARIG: DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL À FALÊNCIA	79
Juliana Hinterlang dos Santos; Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador	
SER HUMANO NA ERA DA REPRODUTIBILIDADE TÉCNICA	94
Marcos Nalli	
DEFINIÇÃO DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS: Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos	113
Mariana Gasbarra Daniel	
PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E INCENTIVO À SOLUÇÃO PACÍFICA DOS CONFLITOS: RUMO A UM ESTADO DE CONSCIÊNCIA	125
Mayna Marchiori de Moraes; Rozane da Rosa Cachapuz	
AS DEMOCRACIAS LIBERAIS CONTEMPORÂNEAS: UMA ESPÉCIE DE SANTA DE ALTAR DE QUEM JÁ NÃO SE ESPERAM MILAGRES?	142
Rafael Caetano Cherobin	
O PAGAMENTO DE TRIBUTOS COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS	163
Raquel de Naday Di Creddo	
APLICAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA EM FACE DA TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	180
Taís Lavezo Ferreira	



**SOBREINTEGRAÇÃO E SUBINTEGRAÇÃO NA MODERNIDADE BRASILEIRA:
análise a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.....197**

Vanessa Vilela Berbel

RESUMOS EXPANDIDOS

**DIREITO TRIBUTÁRIO E ECONOMIA – A INTERVENÇÃO DO TRIBUTO NA
ECONOMIA.....208**

Aldo Aranha de Castro

**OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA CAPACIDADE
CONTRIBUTIVA NO CONTEXTO DA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA
INTERNACIONAL.....211**

Aldo Aranha de Castro; Silvana Colombo de Almeida

**O PAPEL DO CONHECIMENTO ANTROPOLÓGICO NA FORMAÇÃO
JURÍDICA.....214**

Angela Vidal da Silva Martins

BOA-FÉ NOS CONTRATOS BANCÁRIOS.....220

Aroldo Bueno de Oliveira; Alessandra Celestino de Oliveira

**DA POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA ERGA OMNES E EFEITO
VINCULANTE ÀS DECISÕES DO SUPREMO EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE.....222**

Camila Martins Tonello

**A NECESSIDADE DA COMUNICAÇÃO ENTRE OS JURADOS NO TRIBUNAL DO
JÚRI E AS NOVAS TENDÊNCIAS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
PENAL.....228**

Danilo Rodrigues

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO DE PLANEJAMENTO
ECONÔMICO.....232**

Edvania Fátima Fontes Godoy; Marlene Kempfer

**A SUSTENTABILIDADE E OS VELHOS E NOVOS DESAFIOS DE SUA
CONCRETIZAÇÃO.....235**

Fábio Yuji Yoshida Hayashida; Miguel Ettinger de Araujo Junior

**A RELEVÂNCIA E UTILIDADE DA TUTELA TRANSINDIVIDUAL PARA DEFESA E
PROMOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....239**

Fernanda Raquel Thomaz de Araújo; Luiz Fernando Bellinetti



O IMPACTO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E QUESTÕES PROCESSUAIS.....	243
Fernanda Vicentini; Vicente Paula Marques Filho	
AÇÃO POPULAR COM CARÁTER PREVENTIVO CONTRA ATOS DE ILEGALIDADE E IMORALIDADE ADMINISTRATIVA ANTES DA OCORRÊNCIA DO DANO.....	250
Flávia Piccinin Paz Gubert; Glauci Aline Hoffmann	
TEORIA DA IMPREVISÃO.....	256
Glauci Aline Hoffmann; Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira	
ACESSO À JUSTIÇA E OS IMPACTOS DA MOROSIDADE JUDICIAL NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS EMPRESARIAIS.....	260
João Carlos Leal Júnior; Francisco Emílio Baleotti	
RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS DA SOCIEDADE LIMITADA NA FALÊNCIA.....	266
Juliana Hinterlang dos Santos; Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador	
DA NECESSIDADE DA CONSTRUÇÃO DE UM AMBIENTE DE TRABALHO CRIATIVO PARA A EFETIVA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO NO BRASIL.....	270
Lina Andrea Santarosa Mussi; Lourival José de Oliveira	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CLÍNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA EM RELAÇÃO AO CONSUMIDOR.....	275
Loreanne Manuella de Castro França; Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral	
O AMPARO CONSTITUCIONAL NA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL URBANA E A FALHA DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	280
Mariana Gasbarra Daniel	
INTERDIÇÃO CAUTELAR DA PROFISSÃO DO MÉDICO.....	283
Mariana Franciscani Alves	
DIREITO INTERCULTURAL: desafio para uma ordem jurídica mundial.....	288
Marlene Kempfer	
AS DECISÕES MANIPULATIVAS DE EFEITOS ADITIVOS NA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.....	289
Nathália Mariáh Mazzeo Sánchez; Marcos Antônio Striquer Soares	
APLICAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS COMO CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA.....	294
Rafael de Souza Borelli; Marcos Antônio Striquer Soares	



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE
MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

A IMPLEMENTAÇÃO DAS VARAS AGRÁRIAS COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA.....298

Roberto de Paula

INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL E A ISO 26000.....302

Rodolfo Xavier Ciciliato; Elve Miguel Cenci

O MERCOSUL E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: NORMAS UNIFICADAS E HARMONIZADAS E O DIREITO COMPARADO..... 307

Victor Hugo Alcalde do Nascimento; Tânia Lobo Muniz



**AGÊNCIA NACIONAL DA POLÍTICA FUNDIÁRIA: PROPOSTA DE INTERVENÇÃO
ESTATAL PARA A EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE
PRIVADA RURAL**

**NATIONAL REGULATORY AGENCY FOR LAND POLICY: PROPOSAL FOR A STATE
INTERVENTION FOR THE EFFECTIVENESS OF THE SOCIAL ORDER FOR THE
RURAL PRIVATELY OWNED LAND**

Alfredo Pereira da Costa*

Marlene Kempfer**

RESUMO: A função social da propriedade tem especial destaque no atual ordenamento jurídico brasileiro. Esta afirmação se confirma nos termos da Constituição Federal (1988), especialmente em seu Art. 5º, XXII e XXIII (direito fundamental), Art. 170, III (princípio da ordem econômica) e artigos 184 a 191 (políticas fundiária, agrícola e reforma agrária). Neste sentido é possível afirmar que a função social da propriedade privada deve ser considerada como de relevante interesse público, portanto, as ações estatais no sentido de sua efetividade, devem ser qualificadas como políticas públicas do Estado brasileiro. Assim, é dever constitucional de todos os governos que atuem neste sentido por meio de políticas públicas governamentais, independentemente de suas inclinações político-ideológicas. A partir destes fundamentos constitucionais definiu-se como corte metodológico para esta pesquisa: i) a função social da propriedade privada rural que deve ser fundamento das políticas governamentais fundiárias; e, ii) a proposta de fortalecer o poder regulatório estatal em sentido normativo, fiscalizador, incentivador e planejador para intervir neste domínio privado por meio de uma agência reguladora (autarquia especial) que seria denominada Agência Nacional da Política Fundiária (ANPF). Para tanto, os marcos teóricos escolhidos foram os estudos de Floriano Peixoto de Azevedo Marques em sua obra “Regulação Estatal e Interesses Públicos” (2002) onde defende a ideia de republicização do Estado e de Luiz Carlos Bresser Pereira, idealizador da reforma do Estado (EC 19/98), tendo em vista que defendem uma forma de intervenção do Estado nas relações privadas que aproxima a racionalidade pública da racionalidade privada no que tange ao valor da eficiência, contribuindo para realização dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Republicização do Estado; Política Fundiária Constitucional; Agências Reguladoras.

ABSTRACT: The social function of property emerges highlighted today at Brazilian jurisdictional and legal order. This assumption is presented at the Federal Constitution, magna Law edited in 1988, especially at the 5th article, XXII e XXIII (fundamental rights), article number 170, III (principles of the economic order) and articles 184 to 191 (land and agricultural policies and agrarian reforms). Therefore, it's possible to assume that the social function for the

* Mestrando em Direito/UNIMAR e docente do curso de graduação em Direito, Ciências da Administração e Ciências Contábeis da AVEC - Vilhena/RO, advogadoalfredocosta@yahoo.com.br

** Doutora pela PUC/SP em Direito do Estado e docente dos cursos de Mestrado em Direito da UNIMAR - Marília/SP e Direito Negocial da UEL/Londrina/PR, m Kempferb@gmail.com



land (public or private) should be considered as a corporate interest. The state actions in order to assure it's effectiveness, should be qualified as Brazilian State public policies. So, it's a constitutional duty of all governments (federal and state) to act toward this assumption, through public policies, regardless their ideological and political inclinations. From these constitutional basis, the methodological approach of this research was determined: i) the social function of the rural property that should be the foundation of land governmental policies; ii) the proposal to consolidate the state regulatory force (normative, supervisory, encouraging and planning) in order to interfere at the private rural ownership, through a regulatory agency (special autarchy), that would be named after Agency of the Land National Politics (ALNP). For this, the theoretical guidance of this study were the studies of Floriano Peixoto de Azevedo Marques in his work "State Regulation and Public Interests" (2002), where the author endorses the idea of the "republicização" of the State. Also were considered the studies conducted by Luiz Carlos Bresser Pereira, who was one of the creators of Brazilian State Reforms (EC 19/98). Both authors advocate a certain way of public intervention into private relations which approaches the public statement to the private rationality, regarding the efficiency values that underlies the fundamentals and objectives of Brazilian Federative Republic.

KEYWORDS: "Republicização" of the State; Constitutional land policy; Regulatory Agencies.

INTRODUÇÃO

O tema da intervenção do Estado sobre as relações privadas deve ser analisado tendo em vista as conquistas de um Estado Democrático de Direito. É o caminho para construir argumentos que contribuam com as ações estatais e governamentais (políticas públicas) que possibilitem alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em especial: construir uma sociedade justa; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Neste sentido pode-se afirmar que a realidade brasileira contemporânea exige, ainda, a necessidade de enfrentar inúmeros desafios políticos e socioeconômicos que de longa data estão em pauta, mas que não foram solucionados. Talvez, por não terem sido considerados como políticas do Estado brasileiro ou não lhes tenha sido dada a devida prioridade. Entre esses desafios, nesta pesquisa, dedicou-se ao estudo da política fundiária rural (especialmente a Reforma Agrária e a regularização da propriedade do imóvel rural) que tem por fundamento constitucional a função social da propriedade privada rural.

Constitucionalizar a função social da propriedade foi um desejo da nação brasileira e assim está positivado no Art. 5º, XXII e XXIII (direito fundamental), Art. 170, III (princípio da ordem econômica) e artigos 184 a 191 (políticas fundiária, agrícola e reforma agrária). Desta



forma, todos os esforços dos governos devem ser para construir e executar políticas governamentais que efetivem esta política estatal.

Entretanto, há registros históricos, em diferentes governos, sobre avanços e retrocessos na política fundiária brasileira. O confronto entre o interesse público e o privado quanto à intervenção estatal sobre a distribuição e aproveitamento da propriedade privada rural retardaram avanços. Assim, é importante que propostas sejam construídas em prol da efetividade de políticas públicas fundiárias.

Nesta pesquisa sugere-se a criação de uma agência reguladora, a Agência Nacional da Política Fundiária (ANPF), que desenvolverá atribuições com vistas a definir, normatizar, fiscalizar, incentivar e planejar as políticas fundiárias para a propriedade privada rural de modo a garantir maior eficiência à concretização de tal política, realizando-se justiça social. Esta sugestão leva em consideração as diretrizes da reforma do Estado (EC19/98) idealizada por Luiz Carlos Bresser Pereira e os estudos sobre a republicização de Floriano Peixoto de Azevedo Marques, para apontar que o regime das agências reguladoras (autarquias especiais) permite, por exemplo: maior independência do órgão em relação à administração direta (autonomia de gestão); possibilidade de definir os gestores da autarquia por meio do conhecimento técnico e de reputação ilibada; poder de regulamentação trazendo agilidade diante da necessidade de intervenção estatal; meios imparciais de fiscalização no cumprimento da Constituição e leis (avaliação de resultados); possibilidade de participação direta dos titulares dos interesses envolvidos (esfera pública e esfera privada) por meio de consultas populares e audiências públicas (participação social).

1 A ESTRUTURA FUNDIÁRIA BRASILEIRA E AS DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS

“Estrutura fundiária” decorre da expressão latina *fundus* que quer dizer fundo, base, bens de raiz. Este último termo “bens de raiz” é utilizado pelos estudiosos de direito para definir os terrenos, bens imóveis e dentre eles o imóvel rural. Então, como afirma Sodero (2006: 236): “Estrutura fundiária é, pois, a expressão da forma pela qual se distribui no espaço geográfico, a propriedade da terra rural.”.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

O que se busca em uma estrutura fundiária, como em todas as demais estruturas, é o equilíbrio, a homogeneidade, o resultado mais proveitoso. Uma estrutura fundiária equilibrada significa aquela que garanta aos seus proprietários ou ocupantes, enquanto exploradores, um padrão econômico e social condizente com a dignidade humana. É este o sentido positivado, na Constituição da República Federativa do Brasil nos artigos 1º, inciso III, 3º, 5º, inciso XXIII, 184 e 186, dentre outros.

No Brasil a forma de ocupação fundiária rural foi calcada em grandes propriedades, herança ainda do período colonial em que se implantou o regime de sesmarias, cujo objetivo era o aproveitamento das terras negligenciadas por seus proprietários, mas que resultou em grandes propriedades monocultoras voltadas à exportação. São exemplos as grandes fazendas produtoras de cana-de-açúcar e de café dos séculos XV, XVI, XVIII, perdurando em várias regiões do País até meados do século XX. (SODERO, 2006: 238).

Em 1822 cessou o regime de sesmarias, criando-se um hiato até a Lei de Terras, de 1850, quando foi estabelecido o regime de posse. Nas sesmarias, primeiro se recebia o título depois se trabalhava e, no regime de posse, o posseiro tem sua ação regularizada pelo reconhecimento estatal de que explorou a terra implantando benfeitorias.

Era de se esperar que este novo regime de ocupação, o de posse, pudesse transformar o País, especialmente onde ainda não existiam ocupantes. Entretanto, não foi o que ocorreu.

A Lei de Terras, de 1850, vigorou até a Constituição Republicana de 1891, quando as terras devolutas da antiga Coroa Portuguesa passaram a pertencer aos Estados e estes se viram na incumbência de legislar sobre o assunto. Até então não havia outro meio de se adquirir terras devolutas que não fosse a compra por hasta pública.

Sobre a abdicação do instituto da posse ou mesmo da propriedade pela exploração, ocorrido em 1891, afirma Sodero (2006: 261): “A propriedade territorial continuava cada vez mais se concentrando nas mãos de uma aristocracia rural que não se dispunha a alterar nem permitir que se tentasse a reformulação da estrutura agrária do País.

Em 1916 foi promulgado o Código Civil de caráter individualista, privatista e sucessório. Isto perdurou até a década de 1960. Em 1964, o Governo Federal, buscando atender movimentos sociais do sul do País e com o objetivo de evitar a formação de área com desvio de finalidade produtiva (minifúndios e latifúndios) sancionou o Estatuto da Terra - Lei 4.502 e o Decreto 59.428/66 para a persecução destes objetivos.



1.1 O Estatuto da Terra e as Políticas Fundiárias

O Estatuto da Terra trouxe a especificação detalhada do anseio que permeava a atividade produtiva rural (excluída a aristocracia rural), bem como representava a positivação de pensamentos sociais surgido mesmo antes da independência do Brasil: a função social da propriedade. Esta especificação balizou todos os diplomas posteriores que tratam do assunto, inclusive a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Este Estatuto, marco legal da história agrária do País trouxe a definição da propriedade familiar, os conceitos de minifúndio e latifúndio, o dever do poder público de buscar a extinção das formas de ocupação da terra que contrariem a função social, o incentivo a criação e expansão das empresas rurais, a desapropriação por interesse social, a necessidade de estudos sistematizados sobre o assunto (censos e zoneamentos), cadastramento, políticas de desenvolvimento rural, sistematização dos projetos de colonização e a proibição de imóveis rurais com área menor que o módulo rural.

Com a promulgação da Lei n. 6383/76, que dispõe sobre o Processo Discriminatório de Terras Devolutas da União, buscava-se regularizar as posses de até 100 hectares. Ainda na década de 1970 várias foram as outras tentativas do Governo Federal para buscar soluções da questão agrária, dentre as quais destaca-se: Programa de Integração Regional (1970); PROTERRA - Programa de Redistribuição de Terras e de Estímulo à Agroindústria do Norte e Nordeste (1971); POLAMAZÔNIA - Programa de Polos Agropecuários e Agrominerais da Amazônia (1974); POLONORDESTE - Programa de Desenvolvimento de Áreas Integradas do Nordeste (1974). Infelizmente não alcançaram os resultados esperados.

Convém salientar que até 1979 a implementação da política de Reforma Agrária, oriunda do Estatuto da Terra, esteve abandonada. No período foram enfatizadas ações de Política Agrícola, que estimulavam a produção em larga escala por meio de créditos subsidiados resultando na formação de grandes áreas.

O I (1985) e o II (2003) Plano Nacional da Reforma Agrária estabeleceram metas e prazos para assentamentos. O II Plano obteve melhores resultados, atribuídos à pressão dos movimentos sociais pela Reforma Agrária que cresceram, a partir da década de 1980.

Ações do Governo Federal tem buscado correções das distorções das questões fundiárias. Para tanto, por meio do Instituto Nacional da Colonização e Reforma Agrária –



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

INCRA, defende políticas de Reforma Agrária com um novo modelo para inserir a ideia da sustentabilidade e desenvolvimento nacional, conforme consta na apresentação do II Plano Nacional da Reforma Agrária:

O que se busca com a reforma agrária atualmente desenvolvida no País é a implantação de um novo modelo de assentamento, baseado na viabilidade econômica, na sustentabilidade ambiental e no desenvolvimento territorial; a adoção de instrumentos fundiários adequados a cada público e a cada região; a adequação institucional e normativa a uma intervenção rápida e eficiente dos instrumentos agrários; o forte envolvimento dos governos estaduais e prefeituras; a garantia do reassentamento dos ocupantes não-índios [*sic*] de áreas indígenas; a promoção da igualdade de gênero na reforma agrária; e o direito à educação, à cultura e à seguridade social nas áreas reformadas.

Para alcançar os objetivos desta nova política o INCRA estabeleceu algumas ações importantes, tais como o cadastramento nacional das propriedades rurais, além de já ter estipulado o tamanho e a especificidade dos módulos rurais. Irá contribuir para esta finalidade os estudos de zoneamento ambiental feito pelos Estados e o georrefereciamento.

Estas ações reforçam as diretrizes já estabelecidas no Estatuto da Terra, vez que artigo 1º, §1º, determina que as políticas públicas devam buscar justiça social e produtividade:

Considera-se reforma agrária o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificação no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento da produtividade.

A importância de intervir na estrutura agrária, conforme já exposto, é política do Estado e, portanto, é preciso esclarecer o alcance do que seja a Reforma Agrária. Enquanto modificação de situação existente, ela não se faz em terras públicas e sim em propriedades privadas onde haja distorções: minifúndios ou latifúndios. Para enfrentar tais problemas os remédios jurídicos são: (1) reorganizar tanto o minifúndio quanto o latifúndio de forma que possam resultar em melhor aproveitamento econômico e social; (2) garantir melhores condições para que as famílias assentadas permaneçam na propriedade e sejam incluídas como agentes econômicos, oportunizando condições para seu contínuo desenvolvimento; (3) possibilitar segurança jurídica



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

aos titulares do domínio dos imóveis rurais. Com estas possibilidades legais realiza-se a política fundiária brasileira.

A Reforma Agrária não pode ser simplesmente outorgar terra a quem não tem, mas sim, corrigir distorções fundiárias e, como consequência, até mesmo outorgar terra a quem não tem. A outorga de terras públicas não pode ser chamada de Reforma Agrária, mas sim de cumprimento de Política Social ou Econômica de inclusão. É, aliás, injusta aos demais membros da sociedade a diminuição do patrimônio público com o objetivo de resolver problemas causados pela exploração deficiente de terras particulares.

Enquanto à propriedade privada são outorgados os direitos de uso, gozo, disposição e sequela, estes somente serão garantidos pelo Estado se aquela atender a uma função social. Para atingir esta finalidade, tanto o proprietário quanto os Governos precisam assumir as suas responsabilidades. No que diz respeito aos deveres do Estado, este deve criar políticas que permitam, dentre outras, o acesso à tecnologia de produção, ao mercado consumidor, justa remuneração da produção, viabilização de acesso aos serviços públicos rurais e segurança jurídica quanto à posse e propriedade. Com tais políticas haverá maior possibilidade de fixar a família no meio rural de modo mais digno.

Neste aspecto tem-se que o desafio da questão agrária não é a quantidade de famílias assentadas, mas principalmente, a qualidade dos assentamentos. Os resultados têm se mostrado medíocres e levaram a “favelização” do meio rural e, como uma das consequências o contínuo êxodo. Os assentamentos têm sido realizados por força das pressões sociais e com a intervenção dos movimentos sociais que, na maioria das vezes, indicam as famílias para receber a terras sem qualquer avaliação quanto à sua origem ou aptidão para o trabalho rural.

Por outro lado temos a questão dominial que ao invés de gerar segurança jurídica e tranquilidade aos proprietários rurais, são objeto de preocupação, porquanto surgem costumeiramente, outras pessoas se dizendo detentoras do domínio da mesma área rural.

Talvez soluções possam ser sugeridas para as muitas divergências documentais nos imóveis rurais situados na Amazônia Legal e a outras regiões do País, no evento a realizar-se em Brasília-DF, nos dias 29 e 30/09/11 sobre o tema “Registro Torrens – Ferramenta para a Regularização Fundiária da Amazônia Legal?”, cuja iniciativa é do Fórum de Assuntos Fundiários do Conselho Nacional de Justiça.



2 OS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (1988) QUE DEFINEM A POLÍTICA DO ESTADO BRASILEIRO PARA AS QUESTÕES FUNDIÁRIAS RURAIS: FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A questão fundiária no Brasil, atualmente, é posta constitucionalmente no Capítulo III do Título VII (arts. 184 a 191). Decorrente desta importância constitucional, os parâmetros minuciosos para a Política Fundiária devem ser tomados para a construção da política do Estado brasileiro e as políticas dos governos devem implementá-las independentemente de questões ideológicas, partidárias, dogmáticas, as quais poderão ter como consequência uma visão unilateral, parcial dos temas que envolvem estas questões.

Conforme já exposto, o diploma legal infraconstitucional que diz respeito à Reforma Agrária e à Política Fundiária é a Lei n. 4.504/1964 (Estatuto da Terra) que, elaborado no início do período militar, foi bem redigido e contemplou todas as questões existentes à época.

A Constituição Federal de 1988 recepcionou todos os fundamentos do Estatuto da Terra e por meio da Lei nº 8.629/1993 definiram-se os marcos legais para a Reforma Agrária, servindo de fundamento para a implantação do II Plano Nacional que norteia a política atual no que tange à melhor distribuição das terras.

Parafraseando Fábio Konder Comparato, Gilberto Bercovici (BERCOVICI, 2005: 161) escreve que “[...] A Constituição garante o direito de propriedade, mas só o garante se a propriedade cumprir sua função social (art. 5º, XXII e XXIII, e art. 170, II e III), princípio constitucional que é auto-aplicável [*sic*].”.

Desde 1988 o direito de propriedade se afastou definitivamente das concepções oriundas do direito privado que mantinha seu caráter individual com vista à proteção do indivíduo e de sua família. Atualmente, a proteção garantida pelo Estado é garantida somente nos termos do artigo 186 da Constituição Federal, ou seja, se a propriedade rural cumpre ou não sua função social com aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores. Uma vez descumprida a função social da propriedade serão alvo para desapropriação para fins de implementar a Reforma Agrária.



3 COMPROMISSO PÚBLICO E PRIVADO PARA EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

Os Governos têm o compromisso de cumprir a Política Fundiária estabelecida na Constituição Federal, respeitando os critérios constitucionais econômicos, ambientais e sociais ligados à função social. Para cumprir a Constituição os Governos envolvem vários órgãos face à amplitude e a complexidade do tema. Atualmente, há pelo menos quatro Ministérios envolvidos: Meio Ambiente, Trabalho, Desenvolvimento Agrário e o de Relações Institucionais, mais os órgãos da administração indireta.

Infelizmente a estrutura atual não possibilita uma atuação eficiente, concentrada. Além desta dificuldade, há a questão do loteamento político-partidário enfrentado no INCRA. Sobre o assunto foram várias as notícias veiculadas recentemente na mídia, como exemplo:

BRASÍLIA - Embora já exista uma **proposta de reforma da estrutura do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra)[sic], que tem por objetivo acabar com o loteamento político dos cargos na autarquia**, o governo não cumpre esse objetivo. Levantamento feito pelo **Estado** [sic] apurou que das 30 superintendências 26 estão nas mãos do PT. As quatro restantes estão com um técnico do próprio instituto, um representante da Confederação dos Trabalhadores na Agricultura (Contag), um afilhado do PMDB e outro do PTB. (DOMINGOS, 2011, grifo nosso).

Dada a sua estrutura já arcaica (sem demérito da atuação do órgão e de seus agentes), é necessária uma reforma administrativa para um modelo de maior independência política, administrativa e financeira de modo a alcançar melhores resultados na questão fundiária.

É forçosa uma orientação gerencial para que tais políticas públicas sejam efetivas. Neste sentido expõem-se as conclusões de Bresser Pereira (2006: 29):

A administração gerencial; a descentralização; a delegação de autoridade e de responsabilidade ao gestor público; o rígido controle sobre o desempenho, aferido mediante indicadores acordados e definidos, por contrato, além de serem modos muito mais eficientes de gerir o Estado, são recursos muito mais efetivos na luta contra as novas modalidades de privatização do Estado.

Não é somente o poder público o responsável pelo cumprimento das políticas públicas ligadas ao melhor aproveitamento das terras rurais nacionais, sendo imprescindível a participação da sociedade civil, especialmente a sociedade rural. De fato, dada a escolha histórica da



conformação capitalista da economia nacional, as entidades privadas detêm importante papel na escolha, utilização e exploração dos recursos de produção necessários à obtenção de seu principal objetivo: o lucro, devendo ainda considerar os aspectos sociais e ambientais resultantes de sua atividade. Dentre estes recursos destaca-se o fator terra, principal fato de produção do setor primário da economia.

Fica claro que deve haver um compromisso público-privado, portanto um caminho de harmonização para estes interesses que devem convergir e não divergir quanto à urgência de resultados para o desenvolvimento sócio-econômico do meio rural brasileiro. É preciso repensar um novo papel do Estado, destacando uma função de intermediação tanto dos interesses econômicos como dos sociais que envolvem o tema.

4 A IDÉIA DE REPUBLICIZAÇÃO PARA ENFRENTAR O TEMA DAS POLÍTICAS FUNDIÁRIAS

Os estudos de Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto registrados na obra *Regulação Estatal e Interesses Públicos* (2002) trazem importante contribuição para compreensão das agências reguladoras, fundamento de sua ideia de republicização.

Para apresentar o conceito de republicização, o autor se propõe a identificar uma nova concepção do papel do Estado nacional para atender os interesses públicos. Adverte que é preciso delimitar o que seja interesse público sem desconsiderar as coordenadas de tempo e espaço, ou seja, esta noção deve acompanhar as transformações que ocorreram nas relações humanas de modo que o Estado corresponda a estas expectativas (MARQUES NETO, 2002: 179). Diz o autor que é inevitável a conclusão de que os parâmetros tradicionais de Estado (liberalismo clássico), a soberania e a dicotomia entre interesses públicos e privados, estão superadas e que as possíveis causas podem ser buscadas no campo econômico, social e político.

Na mesma obra elenca que os fatores que mais contribuíram, no campo econômico (2002: 104-114), para a redefinição do papel do Estado são de fatores de fora para dentro em face da globalização: evolução tecnológica; organismos multilaterais; processo de integração econômica; disseminação dos valores e do discurso de direitos humanos que se sobrepõem aos valores da soberania. E continua, agora no campo social (2002: 115-124), apontando como sendo internos: fragmentação social aglutinando indivíduos em grupos de interesses heterogêneos e que



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

desenvolveram mecanismos próprios para atendê-los porque não eram satisfeitos pelo Estado; o surgimento de estruturas associativistas, para buscar identidades e fortalecimento de atuações profissionais ou econômicas; novos movimentos sociais que se reúnem em torno de temáticas sociais contemporâneas; o pluralismo social decorrente de um crescente processo de marginalização cultural, ética, social, religiosa.

No campo político indica (MARQUES NETO, 2002: 124-143), entre os principais fatores que contribuíram para a crise do Estado, uma nova rede de interesses e com novos atores: organizações econômicas, sociais, partidos e a burocracia estatal não presentes quando foi gestado o Estado moderno; a crise de soberania que iniciou com a criação da ONU levando à mitigação ou relativização do conceito de soberania; pressão de interesses econômicos transnacionais; pressão de interesses associativos; poderes paralelos ao Estado; interpenetração entre estas esferas pública e privada; fortalecimento dos grupos sociais e seu poder de ascendência social esculpindo seu espaço político; a globalização que criou espaços decisórios supranacionais e que têm como atores corporações econômicas; pela transferência de tarefas públicas à iniciativa privada.

Considerando estes contextos está correto o professor Floriano Peixoto de Azevedo Neto ao defender a necessidade de se reconstruir o conceito de interesse público voltado para legitimar a intervenção estatal, em favor dos excluídos sociais e para promover a convivência com a pluralidade e heterogeneidade dos interesses.

O processo de republicização que defende aponta para a superação da dicotomia entre Estado e a sociedade, bem como para o afastamento da ideia de que público seria somente o que seja estatal. O citado autor afirma que embora o Estado tenha que permanecer como o espaço de exercício do poder decisório, isto não pode excluir o reconhecimento da existência de outras esferas de poder político, porque [...] “Na verdade, esta *republicização* reforça o caráter público do Estado, na exata medida em que aponta para uma radical democratização do exercício do poder político.” (MARQUES NETO, 2002: 174), sem perder de vista a irrenunciabilidade da tutela dos interesses sociais. O Estado ao reconhecer que existem outras instituições dispostas e em condições de substituí-lo em algumas de suas atribuições, muitas vezes de forma mais competente e sem representar perigo para a sua própria existência, deverá garantir, de todo modo, as condições mínimas de desenvolvimento social e econômico, sempre voltadas ao atendimento do interesse público. Esta garantia ocorrerá sempre que o Estado fixar regras mínimas, fiscalizar



o seu cumprimento e ter em seu aparato administrativo os meios para exigir o atendimento de suas metas.

Deste modo, a Republicização é um processo que seria marcado pela assunção pelo Estado da função primacial de tutor e viabilizador das necessidades (incluindo direitos) daqueles que não encontram guarida em espaços institucionais de representação e mediação de interesses, não significando reconhecer imunidade a qualquer interesse privado, mas o reconhecimento da existência e da legitimidade de interesses privados não particulares.

Pensar um Estado republicizado impõe profundo processo de depuração dos interesses particularísticos incrustados no espaço público. Floriano Peixoto, neste sentido, é claro quando afirma “Este processo de *republicização* tem outro componente central. Trata-se da descontaminação da esfera pública dos interesses especiais (...)” (MARQUES NETO, 2002: 180). De fato, é necessário extrair da esfera pública qualquer interesse especial que termine por patrimonializar bens, direitos e oportunidades pertencentes a toda sociedade.

A ideia de republicizar trazida ao tema das políticas fundiárias permite afirmar que elas são de interesse público elevadas ao nível constitucional e exigem ações de. Conforme exposto nesta pesquisa, em resumos dados históricos, é de longa data que se pode apontar o predomínio de interesses especiais dominando a esfera pública quanto à distribuição e aproveitamento da propriedade rural (pública e privada). Esta realidade pode ser apontada como causa da ineficiência das políticas fundiárias, o que tem levado às diferentes formas de exclusões políticas e socioeconômicas. Os conflitos, muitas vezes de enfrentamento armado com mortes (Carajás-PA, 1996), absurdamente, ainda persistem. É preciso repensar o papel do Estado nacional diante desta realidade, fruto das transformações econômicas, sociais e políticas já referidas.

Em cada governo que assume o poder há um recomeçar e não uma continuidade às diretrizes constitucionais da política fundiária do Estado brasileiro. As seguidas e diferentes políticas de governos com mudanças de critérios, irregularidade de investimento para execução das políticas, desaparecimento do órgão gestor das políticas, despreparo dos gestores, lentidão nas decisões, inadequada fiscalização no cumprimento das leis, ausência de diálogo direto entre as partes interessadas, geram instabilidades política, social e jurídica.

Estas constatações além de exporem a falta de prioridade política neste domínio são, também, resultantes de grave crise de gerenciamento destes interesses públicos, que ainda está pautado em raízes antigas da burocracia que perpetua a cultura de que quanto mais complicado o



processo público e mais dificultado o acesso do cidadão à informação imparcial, melhor será para impedir mudanças. Tal situação alimenta o discurso da antiga rivalidade entre o capital e o trabalho na propriedade rural, em que as partes, nesta convivência, sentem-se vítimas do processo de ineficiência dos governos.

É diante deste cenário que se propõe o estudo da criação de uma autarquia especial, denominada agência reguladora, um espaço público para que os participantes que têm interesse direto na efetividade das políticas fundiárias possam dialogar, recorrendo ao princípio da ponderação, e para encaminhar possíveis soluções dos conflitos de interesses.

5 AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras como órgãos autônomos, conforme relata Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2006), tem antecedentes históricos na Inglaterra, por volta de 1834, criadas pelo Parlamento com objetivo de implementar medidas legais e decidir eventuais conflitos. Os Estados Unidos adotaram este modelo criando as bases para um Estado intervencionista sobre o domínio econômico em 1887, diante dos indícios do fracasso do modelo liberal de Estado. O fundamento de criação destes órgãos, em qualquer das iniciativas referidas, foi: i) dar maior autonomia de intervenção regulatória a órgãos estatais (delegação normativa), com objetivo de intermediar interesses privados, em determinados setores econômicos, que poderiam sobrepor-se aos interesses públicos; e, ii) atuar em defesa de interesses privados onde se possa indicar desequilíbrio, desigualdade e hipossuficiência entre tais sujeitos.

O Brasil adota este modelo de intervenção estatal há certo tempo, mesmo sem utilizar a denominação de agência reguladora. Cite-se o Comissariado de Alimentação Pública (1918), Instituto do Açúcar e do Alcool (1933) e outros exemplos indicados por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2001: 253-257). Atualmente o Brasil tem várias agências reguladoras e são qualificadas como autarquias especiais com atribuição de controle em setores de prestação de serviços públicos concedidos (exemplos: ANATEL, ANEEL, ANAC, ANTT, ANTAQ) e outras competências mais ampliadas para intervir em defesa de bens jurídicos como a livre iniciativa e a livre concorrência (CADE), vigilância sanitária (ANVISA), saúde humana (ANS), tutela das águas (ANA), do petróleo e gás natural (ANP).



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Estas agências têm em comum o fundamento de um Estado interventor em que se busca não a atuação direta na condição de empresário e, sim, exercer um poder de regulação aqui compreendido, nos termos do art. 174 CF/88. Esta competência autoriza intervir nas relações privadas de interesse econômico por meio de atos administrativos reguladores de lei, fiscalização, incentivos e de planejamento tanto para serviços públicos concedidos (art. 175 CF/88) quanto para atividades econômicas privadas em setores de absoluto interesse público.

A opção pelo modelo das autarquias especiais é, também, resultante de um novo papel para o Estado que pretende superar o modelo burocrático, patrimonialista e implementar uma administração pública gerencial em que a dinâmica dos conflitos da vida contemporânea possam contar com a presença de um Estado intermediador, eficiente e transparente. O modelo das agências reguladoras parece atender estes requisitos, apesar das críticas que possa receber, entre elas, a questão do déficit democrático, da possibilidade de ocorrer o fenômeno da captura do órgão ou que os fins não justificam a sua existência.

As agências reguladoras no Brasil são órgãos da administração indireta, autarquias, submetidas ao regime jurídico público (MELLO, 2006: I), cujos pilares são os princípios da “Supremacia do Interesse Público sobre o Privado” e “Indisponibilidade, pela Administração, dos Interesses Públicos”. Diferem das demais autarquias tradicionais quanto às suas atribuições, ao nível de autonomia política, administrativa e financeira, ou seja, o controle aos quais possam estar submetidas pelos governos é posterior aos atos que praticam. Este modelo visa entre outros objetivos positivar a ideia de que há políticas do Estado brasileiro que estão positivadas em nível constitucional e que sobre elas os gestores (governos) não têm discricionariedade quanto à continuidade e à implementação de modo transparente e eficaz, havendo pouca ou nenhuma intervenção. São órgãos do Estado e não de Governo.

A partir dos estudos sobre as autarquias do Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello (2006, IV), quando trata das agências reguladoras, conclui-se que possuem regime jurídico diferenciado, podendo ser federais, estaduais ou municipais, criadas por lei própria que define competências e grau de autonomia, controle posterior, administração por órgão colegiado, estabilidade no cargo durante o mandato, dentre outras características.

Diante do exposto defende-se que é possível criar uma autarquia especial que tenha como atribuição implementar políticas e viabilizar instrumentos da política fundiária constitucional, com vista a dar efetividade ao princípio da ordem jurídico-econômica que



determina a proteção à propriedade privada com função social (Art. 170, III, CF/88). Para alcançar tal exigência para a propriedade privada rural os parâmetros constitucionais estão no Art. 186. A efetividade destes dois comandos constitucionais atende aos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil e realiza outros princípios previstos no Art. 170, ou seja, contribuirá para reduzir as desigualdades regionais e sociais, estimulará a concorrência, possibilitará a valorização do trabalho e a geração de empregos.

6 PROPOSTA DA AGÊNCIA NACIONAL DE POLÍTICA FUNDIÁRIA (ANPF)

As características das autarquias especiais na forma de agências reguladoras, como apresentado anteriormente, podem representar uma resposta à inefetividade das políticas constitucionais a que se refere Gilberto Bercovici (2005: 168-169):

O problema da Constituição de 1988 e de suas disposições e políticas de distribuição de terras, reforma urbana e reforma agrária é de concretização constitucional. A prática política e o contexto social favorecem uma concretização restrita e excludente dos dispositivos constitucionais. Não havendo concretização da Constituição enquanto mecanismo de orientação da sociedade, ela deixa de funcionar enquanto documento legitimador do Estado. Na medida em que se amplia a falta de concretização constitucional, com as responsabilidades e respostas sempre transferidas para o futuro, intensifica-se o grau de desconfiança e descrédito no Estado, seja como poder político ou como implementador de políticas públicas. Surgem, neste contexto, movimentos e mecanismos 'não-oficiais' de solução de conflitos de interesse, como o MST (Movimento dos Trabalhadores-Sem-Terra) e o Movimento dos Sem-Teto, como reação à falta de legalidade (no sentido de concretização das normas constitucionais), cujas reivindicações são perfeitamente legítimas: não pedem mais que o cumprimento efetivo da Constituição da República.

As agências reguladoras se sustentam em três pilares, segundo Alexandra da Silva Amaral (2008: 38): a independência, a função reguladora e o princípio da participação.

A Agência Nacional da Política Fundiária, autarquia especial, teria sustentação nestas colunas para cumprir as seguintes e principais políticas do Estado brasileiro, dispostas no Art. 186 da Constituição Federal, sem olvidar de outras: i) aproveitamento racional e adequado das propriedades rurais; ii) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; iii) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores; e, iv) garantia do direito de propriedade (segurança jurídica).



6.1 A independência da ANPF: autonomia de gestão

A proposta compreende autonomia financeira e administrativa, uma vez que juntas permitem a autogestão. A ANPF teria orçamento próprio, composto de receitas advindas das receitas tributárias diretas como a Contribuição de Intervenção sobre o Domínio Econômico – CIDE e também indiretas, como exemplo um percentual sobre a arrecadação do Imposto Territorial Rural – ITR.

No que diz respeito à independência administrativa, esta seria caracterizada por uma direção colegiada (Conselho Deliberativo), sendo a execução incumbida às Diretorias Executivas regionais ou microrregionais. O Conselho Deliberativo seria integrado por cinco membros: dois oriundos da administração pública federal direta (Poder Executivo), ligados ao Meio Ambiente e à Política Fundiária; dois da sociedade civil organizada, sendo um representante dos proprietários rurais (Confederação Nacional da Agricultura, por exemplo) e outro dos não titulares de propriedade rural (Confederação Nacional dos Trabalhadores Rurais, por exemplo); e o último membro, de livre indicação da Presidência da República. Todos de reputação ilibada e de notório conhecimento da questão fundiária brasileira. Devem, ainda, ser submetidos à avaliação do Senado Federal, que teria o poder de veto à nomeação.

Seria razoável, também, que os membros que representam os proprietários rurais e os não titulares de propriedade rural pudessem ser escolhidos a partir de lista tríplice construída pelos órgãos de representação acima nominados.

Sem embargo de outras possibilidades, os membros do Conselho Deliberativo teriam mandato fixo de cinco anos não coincidente com o mandato do Chefe do Executivo e o exercício da sua presidência seria rotativo com periodicidade anual. Já as diretorias executivas deverão ter como gestores pessoas que conheçam a realidade fundiária da região onde irá atuar, nomeadas pelo Presidente da República, a partir de indicação do Conselho Deliberativo.

Quanto à construção e execução das Políticas Fundiárias o Conselho deverá ouvir as diretorias executivas, as quais terão a sua participação nestas competências condicionadas à realização de audiências públicas e consultas à parcela da sociedade interessada.

6.2 O princípio da participação: a participação social



Em um Estado Democrático de Direito, a participação da sociedade é elemento fundamental para a construção e controle da execução das Políticas Públicas da ANPF. O processo para tanto será garantido por meio de consultas e audiências públicas. Este caminho permite considerar a realidade brasileira, país de grande extensão territorial, miscigenação cultural, de uma gama de interesses que não permitem ações governamentais únicas para o País, região ou mesmo para um Estado. Há, sim, uniformidade das diretrizes da Política Fundiária que serão efetivas se as peculiaridades e demandas de microrregiões forem consideradas.

Deste modo seria garantida a participação da parcela da sociedade interessada em decisões que definem ações, metas e prazos para determinada microrregião, permitindo ainda a avaliação dos resultados para possíveis correções. É a democracia participativa viabilizando descentralização de decisões políticas, garantido a legitimidade da ANPF.

6.3 A função reguladora: o poder regulamentar

O Congresso Nacional permite que os órgãos reguladores exerçam a competência normativa nos limites da delegação constitucional. Mas, em respeito à independência dos poderes, mantém a prerrogativa de legislar de modo inaugural em caráter abstrato e geral.

No caso da ANPF o poder regulamentar (atos administrativos) deve limitar-se a cumprir as competências legais, em especial, disciplinar técnica e setorialmente as políticas fundiárias com a finalidade de enfrentar os problemas que, certamente, resultam de distorções de um longo processo fundiário que ainda não proporcionou oportunidades para inclusões.

Esta regulamentação deve considerar resultados socioeconômicos a serem estabelecidos para cada região do Brasil, tendo em vista as suas peculiaridades agrárias, agrícolas, ambientais e culturais.

Esta forma de intervenção tem respaldo no Art. 174 da CF/1988 e visa dialogar com os agentes (capital e trabalho) deste setor econômico que é de indiscutível interesse nacional, vez que é neste domínio que se possibilita a realização de princípios como a livre iniciativa, concorrência, valorização do trabalho. Em um mercado onde tais regras constitucionais se realizem, certamente, será possível diminuir as desigualdades sociais e econômicas.



Por meio deste poder normativo possibilita-se a concretização, de modo mais dinâmico, de um dos interesses públicos do Estado contemporâneo: viabilizar a convivência com a heterogeneidade e a complexidade das relações sociais neste campo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta deste estudo para criar uma Agência Nacional de Política Fundiária - ANPF tem objetivo primordial, apresentar alternativa de ação governamental para a efetividade da função social da propriedade privada rural.

A premissa é de que o constituinte de 1988 elevou, ao nível de política de Estado, as questões fundiárias (políticas agrícolas e a reforma agrária) e, portanto, vincula a todos os governos independentemente de suas opções político-ideológicas. Tal iniciativa, talvez, tenha buscado enfrentar a desilusão brasileira quanto às políticas de governo que tentam, há mais de 400 anos, amenizar os problemas sociais decorrente das distorções fundiárias, inclusive com aprofundamento das desigualdades de desenvolvimento socioeconômico regional. Esta morosidade provoca instabilidades sociais, políticas e econômicas.

Tais constatações autorizam buscar nos ideais da reforma do Estado (EC 19 de 1998) e nos argumentos de republicização uma estrutura administrativa que possibilite aos gestores maior autonomia para efetivar as políticas fundiárias de Estado.

O regime jurídico que atualmente atende a este desejo é o das agências reguladoras, autarquias especiais, cujo modelo foi construído para possibilitar maior autonomia gerencial e sem desconsiderar aspectos da democracia, incluindo a participação social direta nesta gestão.

A autonomia gerencial para a ANPF será assegurada: pela forma de escolha dos gestores do Conselho Deliberativo que deverão ser representantes das partes interessadas nas questões fundiárias (governo, proprietários e não proprietários rurais), após sabatina pelo Senado federal, pela garantia de mandato, orçamento próprio e, especialmente, por meio do poder regulamentar.

Quanto à participação social, se fará por meio das audiências e consultas públicas, para gerar oportunidades de discussão e de controle, legitimando as ações da agência.

Com esta proposta o Estado, por meio dos governos, poderá exercer o seu papel contemporâneo intermediando interesses heterogêneos próprios de uma sociedade complexa, em



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

que os direitos da propriedade privada e de inclusão socioeconômica (igualdade material) precisam conviver para viabilizar a governabilidade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Alexandra da Silva. *Princípios Estruturantes das Agências Reguladoras e os Mecanismos de Controle*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 38.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERCOVICCI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Senado Federal. Disponível em http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_13.07.2010/index.shtm. Acesso em 13/09/2011.

BRASIL. Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4504.htm. Acesso em 13/09/2011.

BRASIL. Lei 6.383, de 7 de dezembro de 1976. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6383.htm. Acesso em 13/09/2011.

BRASIL. Secretária de Comunicação de Governo – Governo Fernando Henrique Cardoso. Coleção de documentos da Presidência da República. *REFORMA AGRÁRIA: Um compromisso de todos*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/REFAGR3.HTM. Acesso em 13/09/2011.

BRASIL. Instituto Nacional da Reforma Agrária (INCRA). Apresentação institucional da Reforma Agrária. Disponível em: http://www.incra.gov.br/portal/index.php?Option=com_content&view=category&layout=blog&id=269&Itemid=289. Acesso em 13/09/2011.

DOMINGOS, João. Com controle de 26 superintendências, petistas transformam INCRA em feudo. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 11 de março de 2011. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,com-controle-de-26-superintendencias-petistas-transformam-incra-em-feudo,690786,0.htm>. Acesso em: 14 mar. 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado. O papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n 3, p. 253-257, maio de 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/cinco/regina5.htm>. Acesso em 13/09/2011.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. *Direito Agrário*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público e estrutura para um novo Estado in. *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Organizadores: Luiz Carlos Bresser Pereira e Peter Kevin Spink. Tradução de Carolina Andrade. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro; BUAINAIN, Antonio Márcio. *Ainda sobre a Reforma Agrária*. Disponível em <http://www.eco.unicamp.br/artigos/artigo56.htm>. Acesso em 13/09/2011.

SODERO, Fernando Pereira. *Direito Agrário e Reforma Agrária*. 2. ed. rev. e atual. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.



DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RELAÇÃO AO IDOSO*
THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE ELDERLY

Débora Rabelo de Paula **

Resumo: A pesquisa dentro da temática do Direito do Idoso, especificamente sobre os direitos fundamentais inerentes à essa parcela da população e sua efetividade, tem como substrato temas relacionados principalmente com o Direito Constitucional. O que se busca com o presente estudo é estabelecer quais as condições para que os direitos dos idosos estabelecidos constitucionalmente sejam efetivamente assegurados. Parte-se da premissa de que os direitos não pertencem a fases específicas do homem, mas a toda sua existência, pelo simples fato de sua condição humana. Passa-se a uma análise sobre a compreensão acerca do envelhecimento e a inserção do idoso na família e na sociedade, bem como os deveres desses sujeitos no que se refere ao amparo à velhice e ao asseguramento de uma vida digna, englobando-se também nessa seara o Estado, na elaboração de leis e na efetivação de políticas nesse sentido. Destaca-se ainda a abordagem constitucional e a produção legislativa nesse sentido com a promulgação da Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/1994) e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), bem como suas contribuições para a efetivação desses direitos.

Palavras-chave: Idoso. Efetividade. Direitos fundamentais. Estatuto do Idoso. Política Nacional do Idoso.

Abstract: The research within the theme of Elderly's Law, specifically on the fundamental rights inherent to this population and its effectiveness, has as its substract themes mainly related with Constitutional Law. This study aims to establish the conditions for which older persons' rights constitutionally established be effectively guaranteed. It starts with the premise that the rights do not belong to specific phases of man, but to his whole existence, simply because his human condition. Then, the study goes to an analysis of the understanding of aging and the inclusion of elderly in the family and society, also about the duties of these subjects in relation to the old aged support and assure a decent life. The research deals with the state in the development of effective laws and policies according to this context. Note the constitutional approach and the legislative process in this direction, also the contributions to the effectuation of these rights with the promulgation of the National Policy of Older Persons (Law No. 8.842/1994) and the Elderly Statute (Law No. 10.741/2003).

Keywords: Old aged. Effectiveness. Fudamental Rights. Elderly Statute. National Policy of Older Persons.

* Direito, Releitura do Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Estadual de Londrina, 2009.

** Pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina, e-mail para contato: deh.rabelo@hotmail.com.



INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe-se a desenvolver uma análise a respeito da efetividade dos direitos fundamentais assegurados ao idoso pela Constituição Federal de 1988 e demais legislações pertinentes.

O tema apresenta-se como problemática atual a ser discutida, considerando que pesquisas apontam que a população idosa mundial sofreu significativo aumento em comparação com os últimos séculos. Nessa esteira, o Brasil, segundo estudos realizados pelo IBGE, tem a expectativa de estar entre os seis países com maior número de idosos do mundo em 2025 (PEREIRA, 2006). Esse aumento na população idosa do país trará inúmeros impactos à sociedade e ao Poder Público, podendo ser minimizados com a crescente conscientização sobre a efetivação dos direitos dessa parcela e a implementação de políticas públicas nesse sentido.

Devido à preocupação latente, o idoso conta com uma abordagem constitucional, o que resta configurado pela análise dos artigos 229 e 230 da Constituição Federal, os quais estabelecem expressamente a prioridade ao amparo aos idosos, determinando deveres para o Estado, a sociedade e a família, no sentido de serem asseguradas as condições necessárias para a inserção de forma participativa do idoso no meio social e da consecução de seu bem-estar, bem como da proteção do direito a uma vida digna.

Assim, o presente trabalho busca compreender a extensão do envelhecimento e estabelecer quais as condições para que os direitos dos idosos sejam efetivamente assegurados, com a análise da legislação infraconstitucional pertinente, do conceito de idoso e iniciando-se com a apresentação de uma síntese sobre os direitos fundamentais e sua efetividade.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E EFETIVIDADE

Os direitos fundamentais se caracterizam por serem direitos intrínsecos ao próprio homem, são liberdades inerentes ao indivíduo, que se encontram intimamente ligados à proteção da dignidade humana em todos os seus aspectos.

Devido à sua relevância e o maior enfoque às realidades que se contrapunham à dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais começaram a ser matéria de declarações universais e passaram, posteriormente, para os preâmbulos das Constituições de diversos países,



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

tendo em vista a necessidade de assegurar esses direitos em face da arbitrariedade do próprio Estado. Assim, mencionam Araújo e Nunes Júnior (2008, p. 111), que a proteção a esses direitos constituiriam o resultado de conquistas humanitárias que foram sendo sucessivamente reconhecidas pelos mais variados ordenamentos jurídicos, razão pela qual, salienta-se que eles não surgem de um processo legislativo, mas o próprio legislador os reconhece e os constitucionaliza.

Com efeito, Paulo Bonavides (2008, p. 615) chega a afirmar que os direitos fundamentais são a bússola das Constituições, posto que norteiam toda a ordem jurídica, indicando meios que garantam a proteção e efetivação das liberdades individuais.

José Afonso da Silva (2006, p. 175-179) elenca oito expressões comumente utilizadas para designar os direitos fundamentais – direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem – sendo que o autor elege esta última como a expressão mais adequada para o estudo. Estabelece ainda que o qualificativo “fundamentais” caracterizara situações sem as quais o indivíduo não sobreviveria, bem como que o sentido da expressão “do homem” é o de que esses direitos devem ser reconhecidos e efetivados a todos, igualmente, não apenas formalmente reconhecidos.

Ocorre que, sendo o homem um ser em constante evolução, é possível estabelecer que as preocupações em atender às suas necessidades fundamentais também sofram significativas modificações no curso da história.

Assim, verifica-se que, uma vez delimitados os poderes do Estado em relação aos direitos e liberdades inerentes ao indivíduo e considerando o acelerado crescimento e desenvolvimento das relações econômico-sociais, a ordem jurídica passou a se preocupar com direitos que exigiam, não mais a omissão do Estado, mas sua presença em atividades prestacionais. Posteriormente, não apenas com a evolução do próprio homem, mas com o aperfeiçoamento da tecnologia, com a desigualdade gerada entre as nações desenvolvidas e em desenvolvimento e com os inúmeros conflitos internacionais, preocupou-se com uma nova geração de direitos que ali nascia, denominados direitos da solidariedade.

Diante desse panorama, é possível delinear o estudo dos direitos fundamentais de acordo com classificações que levarão em consideração ora o seu conteúdo, ora sua positivação



constitucional, e, por fim, sua evolução cumulativa (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2008, p. 110-111).

Sob o enfoque do conteúdo que os direitos fundamentais apresentam, deve-se atentar ao valor específico protegido por cada categoria. Sabe-se que a dignidade é o valor maior a ser defendido, assim, resta elencar as suas dimensões e reflexos como valores específicos a serem assegurados pelas diversas vertentes.

Já no que tange ao enfoque da positivação de tais direitos na esfera constitucional, deve-se primeiramente ressaltar que a nossa Constituição Federal de 1988 se perfaz muito peculiar neste aspecto, tendo em vista que reúne, por vezes, em um mesmo capítulo, direitos fundamentais de natureza diversa, bem como que apresenta direitos fundamentais de mesma natureza dispersos pelo texto constitucional. Assim, de acordo com a posição jurídica positiva de tais direitos na Carta Magna, evidencia-se a seguinte classificação: a) direitos individuais; b) direitos coletivos; c) direitos sociais; d) direitos de nacionalidade; e) direitos políticos; e f) partidos políticos.

Finalmente, sob o enfoque evolutivo cumulativo, cumpre tecer algumas considerações preliminares no sentido de se entender o próprio início desse processo de evolução.

A Declaração Francesa de 1789 imprimiu em toda a humanidade, de forma universal e histórica, o lema da liberdade, igualdade e fraternidade, o qual exprimiu todo o conteúdo dos direitos fundamentais do homem e estabeleceu até mesmo a sequência evolutiva de sua institucionalização em diversos países.

Os direitos fundamentais passaram então a se manifestar juridicamente em três dimensões simultâneas, a fim de substituir a universalidade abstrata do lema revolucionário francês por uma visão mais concreta desses ideais. Assim, a ordem jurídica de diversos Estados, que foram, de certa forma, influenciados consubstancialmente pelos valores revolucionários franceses, passou a tratar efetivamente sobre os valores formalmente apresentados, dando o caráter concreto de que necessitavam.

Desta feita, é possível identificar e relacionar os direitos da primeira, da segunda e da terceira geração, ou dimensão como preferem alguns autores, com os direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade.

A esse processo evolutivo corria conjuntamente um processo de acúmulo, sendo que cada dimensão posterior foi sendo acrescentada àquela que a antecedia, no sentido de aglomerar os valores que iam sendo constitucionalmente reconhecidos geração por geração.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Registre-se que Paulo Bonavides (2008, p. 570-572) reconhece a existência de direitos da quarta geração, os quais seriam traduzidos em direitos fundamentais da democracia, da informação e do pluralismo.

Além de serem exteriorizados pelos ideais da liberdade, da igualdade e da fraternidade, os direitos fundamentais possuem características peculiares que os definem precisamente e os distinguem dos demais direitos protegidos juridicamente. Esses caracteres envolvem o direito protegido, sendo capazes de darem ao intérprete meios seguros para a identificação de um direito fundamental mesmo que ele esteja inserido fora do título constitucional reservado especificamente a esse rol de direitos.

Por serem inerentes ao próprio homem, Canotilho (2003, p. 393) reconhece que tais direitos assumem caráter inviolável, intemporal e universal. Nessa mesma esteira, José Afonso da Silva (2006, p. 180-181) diz que suas características refletem o pensamento jusnaturalista, o qual indica que os direitos fundamentais são inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis.

Por todo o exposto, pode-se concluir que os aspectos que caracterizam e diferenciam os direitos fundamentais dos demais direitos existentes no ordenamento jurídico estão intimamente vinculados à própria natureza humana, uma vez que estabelecem e reservam a proteção mínima a uma categoria que reflete a dignidade da pessoa em si.

Importante frisar que os direitos fundamentais relacionam-se com a ordem jurídica no sentido de lhe imprimir um caráter de busca à proteção da igualdade, tendo em vista que o gênero humano não estabelece distinções nesse aspecto.

Ocorre que esse aparato, fundado na igualdade formal, deve ser concretizado no plano material, posto que para que a igualdade seja efetivada, devem ser respeitados direitos fundamentais de toda uma coletividade, no sentido de se buscar os meios para sua real aplicabilidade.

Nesse passo, evolutivamente, para darem concretude ao panorama formal apresentado pelas Revoluções e, conseqüentemente, pelos ordenamentos jurídicos que o implantavam, surgem os direitos fundamentais de amplitude social como oposição ao discurso meramente apresentado, cobrando uma postura concreta de modo a possibilitar a realização de tais preceitos.

Diferentemente dos direitos individuais, também conhecidos como direitos de defesa ou direitos negativos, que exigem do Estado um comportamento de abstenção, criando um



afastamento no que tange às relações individuais, os direitos sociais são aqueles que exigem uma atividade positiva do Estado no sentido de buscar a superação das carências da sociedade.

Historicamente, percebe-se que houve uma mudança significativa na concepção individualista do homem para uma abertura de consciência que ampliou a preocupação até então vigente a uma realidade social que clamava por medidas efetivas em prol de sua proteção.

Os direitos individuais, distintamente, relacionam-se com a liberdade de cada indivíduo, dispondo acerca das liberdades que já são intrínsecas a ele. Já os direitos sociais estendem-se ao coletivo, à união desses indivíduos que, detendo seus direitos individuais reconhecidos, necessitam de educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, dentre outros.

Ademais, vincula-se aos direitos sociais o objetivo de concretizar e assegurar a igualdade material, no que diz respeito a tratar os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade, conforme a máxima aristotélica. Pode-se dizer que se caracterizam por serem direitos discriminatórios com propósitos compensatórios (SARLET, 2007, p. 299). São direitos que, segundo Bonavides (2008, p. 564), nasceram abraçados ao ideal da igualdade, do qual não podem ser afastados, uma vez que tal princípio os ampara e estimula.

Ocorre que a produção dos efeitos esperados pelas normas constitucionais que definem os direitos fundamentais sociais encontra, por vezes, limitações no sentido da própria Constituição definir que as mesmas se fazem depender de legislação ulterior ou efetiva atividade do Estado para que sejam realmente aplicadas. Assim, de acordo com a classificação das normas constitucionais quanto sua eficácia apresentada por José Afonso da Silva, os direitos sociais compreenderiam normas de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta (SILVA, 2006, p. 180).

Em outras palavras, as normas que definem os direitos fundamentais prestacionais necessitam de uma lei integradora que possibilite a produção de seus efeitos, são normas que dependem de uma atividade legislativa, posto que, segundo Sarlet (2007, p. 309), estas normas apresentam baixa ou insuficiente densidade normativa. Além disso, caracterizam-se por serem normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelo Estado ou, ainda, imposições de concretização desses direitos ao legislador.

Nessa esteira, reforça-se o entendimento de que as normas desta natureza estão vinculadas às próprias exigências de um Estado Social de Direito, vez que se perfazem inerentes



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

à dinâmica de uma Constituição que impõe aos órgãos estatais, especialmente aos Poderes Legislativo e Executivo, a responsabilidade em realizar os programas, as finalidades e as tarefas nelas contidos.

Com efeito, a finalidade primordial dos direitos fundamentais sociais é assegurar ao ser humano condições materiais mínimas necessárias para uma vida digna através da presença do Estado como grande provedor de medidas compensatórias das desigualdades sociais.

Assim, pode-se inferir que para o desfrute de qualquer direito fundamental desta natureza exige-se dos poderes públicos uma ativa atuação (SILVA, 2006, p. 177), no sentido de que os direitos sociais determinam-se por serem direitos que aguardam prestações positivas por parte do Estado, de modo a possibilitar a garantia de pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades em busca de uma existência digna (SARLET, 2007, p. 300).

O §1º do artigo 5º da Constituição Federal, nesse sentido, estabeleceu que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, ou seja, determinou que a efetiva fruição das liberdades seja plena e direta. Ocorre que em relação aos direitos fundamentais sociais, a efetividade toma contornos diferenciados.

O termo “efetividade” refere-se ao próprio conceito de eficácia, que se encontra estritamente vinculado com a noção de aplicabilidade das normas jurídicas, bem como em relação à problemática da força normativa no estudo da Constituição.

Sarlet (2007, p. 247 e 249) estabelece a diferenciação da eficácia jurídica em relação à eficácia social. Nesse passo, a primeira estaria vinculada a um caráter de potencialidade, no sentido da norma vigente encontrar-se apta a ser aplicada ao caso concreto e gerar efeitos jurídicos na medida de sua aplicabilidade, sendo que a eficácia social estaria atrelada à noção de realizabilidade, englobando-se tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma quanto o resultado concreto decorrente da aplicação.

A efetividade, portanto, correlaciona-se à noção da eficácia social, posto que está ligada à noção de praticidade e realizabilidade das normas constitucionais. Nesse sentido, leciona José Afonso da Silva (2006, p. 249) que a eficácia social não se situa no plano da aplicação da norma, mas que se manifesta – ou não – após o momento da aplicação.

Dessa forma, busca-se apontar as condições para a efetiva aplicação dos direitos fundamentais sociais no plano fenomênico, vez que se apresentam como direitos que buscam concretizar as liberdades do indivíduo em prol de uma vida digna, com base na proteção e



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

garantia de uma igualdade material em que o próprio Estado é responsável pela consecução de prestações no sentido de garantir o patamar mínimo de sobrevivência à coletividade.

Bonavides (2008, p. 615), ao tratar sobre o tema, estabelece que a normatividade só é adquirida com a legitimidade, a qual vem a ser o estuário de todo o processo de concretização das normas constitucionais. Para isto, a eficácia constitucional dos direitos fundamentais exige a criação de pressupostos de uma consciência social acerca da certeza e da segurança inabalável dos mandamentos contidos na Constituição.

Assim, para que a sociedade sinta a real concretude desses direitos, são necessárias duas condições essenciais: a conscientização da própria coletividade em relação às características peculiares dos direitos que lhe são constitucionalmente assegurados e a atividade prestacional material do Estado no sentido de sua concretização, no que se refere especificamente aos direitos sociais prestacionais.

Preceitua Bonavides (2008, p. 621) que concretizar significa dilatar os conteúdos constitucionais, a fim de exauri-los, aperfeiçoá-los, executando os programas normativos no decurso do tempo.

Por serem direitos que constitucionalmente se limitaram a traçar princípios a serem cumpridos pelos órgãos estatais, como programas de suas respectivas tarefas, se faz necessária a consecução de tais premissas, o que autoriza ao Estado, no que tange à realização de seus fins sociais, estabelecer políticas públicas nesse sentido.

Ou seja, a concretização advém principalmente da execução do conteúdo normativo interposto pela Constituição em relação direta com a dinâmica da sociedade. Impõe-se reconhecer que concretizar direitos significa que o Estado, em suas funções específicas, deve garantir e executar os programas que o constituinte assim estabeleceu originariamente.

De fato, Sarlet (2007, p. 310, 328 e 518) diz que os direitos fundamentais existem apenas quando a lei e as políticas sociais os garantem, sendo que se realizam por meio da progressiva implementação e execução de políticas públicas, as quais são regidas pelo princípio da solidariedade social.

Assim, podem ser identificadas duas funções essenciais do Estado nesse sentido: primeiramente, cabe ao legislador observar as premissas constitucionalmente firmadas, exigindo-se dele uma atuação objetiva e positiva a fim de criar condições materiais e institucionais para o exercício dos direitos fundamentais, bem como de que incumbe ao Estado fornecer prestações



aos cidadãos com vistas a consolidar a dimensão concreta do cumprimento das imposições institucionais inerentes a esses direitos (CANOTILHO, 2003, p. 476).

Ocorre que para a garantia de um mínimo de dignidade ao indivíduo por meio de prestações estatais e a consequente efetivação desses direitos, o Estado, além de exercer a função legislativa, deve ainda executar políticas que, de certa forma, geram um custo para todo o aparato estatal. Desta feita, é necessário garantir uma reserva orçamentária para a plena efetivação dos direitos fundamentais.

Conclui-se, portanto, que alguns dos direitos fundamentais, por se tratarem de normas constitucionais que estabelecem programas e tarefas ao Estado, dependem de atividade direta prestada pelo poder público.

No que tange à eficácia social, a concretização desses direitos para a sociedade e especificamente aos idosos, acontece a partir da implementação de políticas públicas e do exercício do poder legiferante pelo Estado, o que está diretamente vinculado às condições materiais que o mesmo deve proporcionar.

Desta feita, a fim de delimitar o estudo à efetividade desses direitos em relação à população idosa, passa-se a tratar sobre suas peculiaridades, necessidades específicas e os critérios utilizados para definir o conceito de velhice, dentre outros aspectos.

2 DO IDOSO

Inicialmente, cabe mencionar que o idoso, por sua condição humana, é sujeito detentor de direitos. Ademais, ressalte-se que essa parcela da população merece atenção e cuidado mais acurados frente às necessidades específicas que ela apresenta em diversos aspectos.

Parte-se da premissa de que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos (CANOTILHO, 2003, p. 426), inclusive até a velhice. Ocorre que, mesmo que assegurada a igualdade formal através de lei, ainda existem situações que colocam os indivíduos em situação de desigualdade, pois os próprios destinatários e titulares dos direitos têm características diferenciadoras entre si. Por esta razão, surge o conceito da igualdade material, que pressupõe o tratamento igualitário para aquele que é igual e desigualmente aquele que se mostra desigual, na medida de sua desigualdade. Assim, diferentemente da estrutura lógica formal de identidade, a igualdade pressupõe distinções (CANOTILHO, 2003, p. 428).



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Nesse sentido, parte-se da premissa de que o idoso deve ser tratado de maneira diferenciada, uma vez que possui características e limitações próprias, as quais devem ser respeitadas para a garantia e efetividade de seus direitos fundamentais. Objetiva-se, através da compensação das desigualdades e de oportunidades, alcançar e proteger a dignidade da pessoa humana na sua velhice.

O Direito do Idoso começou a ser delineado pela Constituição Humanitária de 1988 que introduziu e impôs a todo ordenamento jurídico brasileiro a observância ao princípio da dignidade humana como um dos grandes pilares e fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da CF de 1988).

Ao garantir os direitos fundamentais da pessoa idosa, de modo a possibilitar a proteção de sua condição humana em consonância com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, o legislador constituinte pátrio seguiu coerentemente as orientações traçadas pela Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento de 1982 promovida pela Organização das Nações Unidas, sucedida pelo Plano de Ação Internacional traçado no ano de 1991 (SENA, 2005).

Assim, consciente de que o idoso apresenta necessidades próprias e para que ele pudesse, através do exercício desses direitos, usufruir com dignidade sua vida, a Constituição Federal estabeleceu que é dever do Estado, sociedade e família amparar a velhice, devendo agir de forma eficaz e empreendendo esforços em regime de cooperação eficiente para assegurar-lhe a participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida.

Desse modo, pode-se afirmar que compete à coletividade e aos órgãos estatais a responsabilidade em auxiliar que a essa parcela da população seja garantido um envelhecimento digno e saudável, devendo cada segmento assumir fielmente seu papel em prol do respeito e efetividade dos direitos do idoso.

Nesse passo, o “caput” do artigo 230 da Constituição Federal estabelece amplamente o dever que diz respeito à proteção à velhice; cabe questionar se o Estado, a sociedade e a família têm consciência de quais são os seus deveres face à garantia do direito à vida digna do idoso, bem como se estão suficientemente preparados para auxiliá-lo a enfrentar as suas necessidades específicas.



Logo, o presente estudo abordará os vários aspectos relevantes para a construção de um conceito próprio do que venha a ser o envelhecimento.

Cabe, portanto, para fins de compreensão sobre as peculiaridades dessa parcela da população, traçar os detalhes que caracterizam o envelhecimento e o idoso em si. Para tanto, se faz necessária a apresentação dos vários aspectos que integram seu conceito, uma vez que a velhice pode ser traduzida como o resultado e o prolongamento de um complexo processo (BEAUVOIR, 1990, p. 17).

Envelhecer, portanto, é consequência de um fenômeno dinâmico de mudanças irreversíveis e indeclináveis. Resumidamente, é um processo inerente à natureza do ser vivo, em particular, o ser humano, eis que, nos mais básicos ensinamentos da Ciência Biológica o indivíduo nasce, cresce, reproduz-se e morre.

Por outro lado, Rute Bacelar (1999, p. 19) estabelece que a Terceira Idade é o período de vida após os 60 anos, em que o indivíduo vivencia o processo de envelhecimento. A autora complementa afirmando que se trata de um conjunto de alterações físicas e psíquicas do organismo da pessoa e na sua maneira de interagir com o meio social, sendo que esse processo não se passa de forma idêntica em todos.

A dificuldade em se delimitar um conceito para a velhice está no fato de que esse processo atinge cada idoso de maneira muito particular, ou seja, não há uma unanimidade de procedimento, sendo que as respostas a esse conjunto de alterações são bem singulares.

Desse modo, a gerontologia, que é a ciência que estuda o envelhecimento com vistas a descrever sinteticamente, com a maior exatidão possível, as manifestações desse processo, desenvolveu-se nos planos biológico, psicológico e social (BEAUVOIR, 1990, p. 32), sendo que o caminho para a melhor definição do que venha a ser o envelhecimento, deve-se levar em consideração todos esses aspectos, além de outros já estabelecidos.

Em tempos mais remotos, a medicina tentava explicar a velhice como uma expressiva patologia que acometia o ser humano, tendo em vista que o declínio de suas faculdades fisiológicas era facilmente verificado, bem como que as respostas às causas externas eram reduzidas significativamente quando comparadas a situações anteriores em que o corpo encontrava-se, para eles, com menos idade e com mais saúde.

Inevitável afirmar que o corpo de um idoso sofre mais com as causas externas do que um físico mais jovem, porém não parece razoável comparar o envelhecer a uma patologia.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Alhures, já foi mencionado acerca da singularidade em que o processo de envelhecimento se apresenta aos indivíduos, porém, na tentativa de se estabelecer um marco para a caracterização da chamada “terceira idade”, surgem critérios cronológicos.

Alguns dos grandes pensadores da Antiguidade acreditavam que o envelhecimento era a consolidação do apogeu do ser humano, em que, nessa etapa da vida, o indivíduo atingiria a perfeição. Segundo Hipócrates, o homem atingiria seu apogeu aos 56 anos de idade, Aristóteles acreditava que a perfeição do corpo se completaria aos 35 anos e a perfeição da alma ao atingir os 50 anos, já Dante defendia que a velhice se faria presente aos 45 anos de idade (BEAUVOUIR, 1990, p. 20).

Atualmente, a ONU estabelece como critério para o envelhecimento o ingresso aos 60 anos de idade, critério este também adotado pela legislação brasileira, mais especificamente pelas leis nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e 8.842/1994 (Política Nacional do Idoso).

Não obstante a particularidade do processo de envelhecimento em cada pessoa, o critério cronológico demonstra uma objetividade resultante da coleta, estudo e levantamento de uma média dessa parcela da população, levando-se em consideração demais fatores influentes.

Esclareça-se que para fins do presente estudo, o idoso, amplamente considerado, é o sujeito titular de direitos que possui 60 anos ou mais, nos termos da legislação pátria referente.

No que tange ao aspecto social do envelhecimento, evidencia-se a problemática que envolve a perda ou a diminuição do espaço social sofrida pelo idoso, razão pela qual a própria Constituição Federal reserva um artigo para expressamente determinar que cabe ao Estado, à sociedade e à família imprimir esforços para a proteção à velhice frente às suas necessidades específicas e à diminuição do espaço social que tem sofrido essa parcela da população.

Pode-se inferir que, numa sociedade capitalista, ganha importância aquele indivíduo que se encontra ativamente produtivo, fato este que não corresponde com a realidade em que se encontra a maioria dos idosos, posto que, aposentados ou sem condições de exercer qualquer atividade, denominam-se excluídos do mercado produtivo.

De todo o exposto, pode-se concluir que o envelhecimento é um processo que envolve uma complexidade de aspectos, os quais interagem na tentativa de condensar um conceito do que venha a ser entrar na terceira idade ou ser considerado idoso.

Assim, passa-se a tratar a respeito da legislação pertinente ao tema relacionado ao idoso, apresentando as iniciativas por parte do Estado-Legislador no que tange à proteção e ao amparo à



velhice em âmbito constitucional e infraconstitucional, com vistas a imprimir maior efetividade aos direitos fundamentais dessa parcela da população.

3 DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS E LEGISLAÇÃO PERTINENTE

A preocupação com o envelhecimento foi inicialmente fomentada pelas organizações internacionais da Saúde e das Nações Unidas, as quais elaboraram pareceres conclusivos sobre o impacto do envelhecimento nos países em desenvolvimento e a necessidade de adoção de medidas para o enfrentamento dessa realidade. Os estudos priorizavam o incentivo ao envelhecimento saudável, na área da saúde, e o envelhecer com dignidade e com direitos assegurados, no campo social.

Tendo em vista as diretrizes traçadas e passando a se tornar uma preocupação não apenas na área social, mas também pelo próprio Estado, o tema relacionado ao idoso ganhou importância constitucional de forma mais expressiva com a Constituição Humanitária de 1988 que previu o amparo à velhice expressamente em seus artigos 229 e 230.

A temática está envolta, ainda, por outras disposições constitucionais que tratam a respeito da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), uma vez que ao idoso é assegurado o direito a uma vida digna. Ademais, devem os sujeitos elencados no artigo 230 – Estado, sociedade e família – unirem esforços em prol da defesa da vida dessa parcela da população, que se encontra por vezes desprotegida em relação a aspectos como a saúde física, limitações econômicas e a escassez de oportunidades.

Por se tratar de direitos fundamentais do próprio ser humano, podem ser também encontrados ao longo do rol constitucional dos direitos individuais (artigo 5º) e, principalmente, dos direitos sociais (artigo 6º).

A proteção contra a discriminação em relação à idade encontra substrato no próprio “caput” do artigo 5º da CF, que pontualmente determina que todos serão iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Pode ser considerado desdobramento do princípio da isonomia tratado alhures, no que tange ao mercado de trabalho em que o idoso possa estar inserido, a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de idade estabelecida no artigo 7º, inciso XXX.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Com efeito, constitucionalmente, é facultado ao maior de 70 anos exercer a soberania popular. O alistamento eleitoral e o voto é uma faculdade garantida ao idoso, nos termos do artigo 14, § 1º, inciso II, alínea “b”.

O bem-estar do idoso e a busca pelo envelhecer com qualidade são objetivos que se relacionam diretamente com ações que envolvam a seguridade social.

Nesse sentido, para a Previdência Social a idade avançada é considerada risco ou contingência social de primeira grandeza, pois o idoso encontra-se, na maioria das vezes, em um estado de necessidade permanente, uma vez que apresenta limitações visíveis no plano biológico e estrutural. A relação é tão tênue que ao se falar em aposentadoria, a primeira imagem que se vem à mente é o idoso, fato este que não está completamente destituído de razão, posto que a origem da palavra aposentadoria remete à noção de aposento, ou seja, local de descanso.

Assim, em seu artigo 201, inciso I da Constituição Federal, a Previdência atenderá, nos termos da lei, a cobertura dos eventos de doença, idade avançada, entre outros. Em seu §7º, inciso II, é expressamente assegurada a aposentadoria por idade, respeitados os requisitos carencial e etário de sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, e, no caso de trabalhador rural em regime familiar, de sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher.

Nessa mesma linha, a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, objetivando a proteção à velhice (artigo 203, inciso I), sendo possível ao idoso maior de 65 anos que comprovar não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, receber benefício assistencial nos termos da Lei nº 8.742/93; garantia essa prevista pelo inciso V do artigo 203 da CF.

Por fim, o artigo 229 estabelece o dever dos filhos maiores em auxiliar e amparar os pais na velhice, pobreza ou doença. Já o artigo 230 elastece o dever para além da família, responsabilizando a sociedade e o Estado em assegurar a participação do idoso na comunidade e protegendo seu direito à vida, sua dignidade e bem-estar.

O §1º deste artigo supracitado prevê que os programas a serem realizados deverão ser executados preferencialmente em suas residências, uma vez que se presume a dificuldade enfrentada pelo idoso em relação ao seu deslocamento para tanto, sendo que o §2º assegura a gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos, o que veio a ser tratado posteriormente pela Lei nº 10.741/2003 e regulado pelo Decreto nº 5.130/2004.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Ao idoso, portanto, a Constituição Federal de 1988 criou normas protetivas, de modo a possibilitar que todo o ordenamento jurídico esteja adstrito à preocupação com o amparo à velhice e à proteção à dignidade da pessoa idosa.

Os direitos dessa parcela da população estão intimamente ligados a uma prestação positiva pelo Estado, uma vez que muitos se apresentam como normas constitucionais programáticas de eficácia limitada, ou seja, além de estabelecerem programas e finalidades a serem implementadas pelo Estado, dependem diretamente de sua atuação, tanto material (recursos e políticas públicas efetivas) como formal (criação de leis), para que atinjam a eficácia esperada.

Desta feita, em relação aos direitos inerentes à terceira idade, o Legislativo iniciou um processo de normatização infraconstitucional sobre o tema, de modo a viabilizar o amparo à velhice estabelecido constitucionalmente, instituindo e indicando os deveres do Estado, da sociedade e da família nesse contexto.

Assim, em razão de várias reivindicações sociais em prol do idoso, o surgimento de documentos importantes, como as Políticas para a Terceira Idade nos anos 90 produzidas pela Associação Nacional de Gerontologia – ANG, que estabeleciam recomendações para o trato com os mais idosos (OLIVEIRA, 2007), e a ausência de regulamentação própria, foi aprovada em 1994 a Política Nacional do Idoso.

Até a promulgação da Lei nº 8.842/94, que instituiu a Política Nacional do Idoso, o Brasil não contava com qualquer proteção legislativa infraconstitucional nesse sentido; o que existia era apenas um conjunto de iniciativas privadas muito desarticuladas e alguns programas públicos assistenciais destinados a idosos carentes.

A Política Nacional do Idoso surgiu com a finalidade precípua de estabelecer diretrizes de ação do Poder Público na concretização dos direitos fundamentais da terceira idade, os quais eram vistos até então como normas com baixa densidade eficaz pela ausência de norma regulamentadora.

O objetivo foi traçar uma ação integrada entre Estado, sociedade e família para a criação das condições necessárias para a promoção da autonomia, integração e participação efetiva do idoso na sociedade (artigo 1º da Lei).

Com efeito, a Política Nacional do Idoso basilar-se na corresponsabilidade de todo corpo social e político para consecução dos direitos fundamentais da terceira idade, bem como no



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

respeito à múltipla dimensão do envelhecimento e no repúdio à discriminação de qualquer natureza.

Ademais, estabelece-se que o idoso deve ser o principal agente e o destinatário das transformações a serem efetivadas através dessa política. Assim, para sua concreta aplicação, perfazem-se necessárias formulações de políticas públicas relacionadas a benefícios, serviços, programas e projetos que visem a melhoria das condições de vida e de cidadania da população idosa, e inclusive políticas que propiciem a participação e inclusão do idoso no processo de formulação, realização e efetivação destas.

Insta ressaltar que a concretização dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas deve contar com a participação ativa dos estados e municípios na elaboração de projetos, definição de prioridades e levantamento de estratégias que respondam de uma maneira mais próxima e imediata às necessidades dos idosos no âmbito local, uma vez que incumbe a estes agentes a maior parcela de responsabilidade para que a concretude dos direitos fundamentais dos idosos se efetive, pois se encontram diretamente relacionados com a realidade em que a terceira idade está inserida.

Na sequência, em 1996, o Decreto nº 1.948 trouxe disposições regulamentadoras à Lei nº 8.842/94 e estabeleceu as competências dos órgãos e entidades públicas nessa seara.

Ocorre que, mesmo com a Política Nacional do Idoso, o ordenamento ainda precisava de ferramentas para maior sustentação e proteção aos direitos fundamentais do idoso, principalmente, no que se referia à conscientização da sociedade, do Estado e da própria família em relação à importância e ao respeito esperados quanto a esses direitos.

Nesse passo, é aprovada a criação do Conselho Nacional dos Direitos do Idoso por meio do Decreto nº 4.227/2002 que foi revogado posteriormente pelo Decreto nº 5.109/2004, o qual reestruturou o Conselho Nacional em consonância com o Estatuto do Idoso promulgado em 2003, delimitando suas competências, composição e funcionamento.

Posteriormente, com vistas à maior conscientização de todo o corpo social sobre sua função como corresponsável pela consecução dos direitos fundamentais da terceira idade, vem a lume o Estatuto do Idoso, materializado pela Lei nº 10.741/2003.

A exposição de motivos do Projeto de Lei do Estatuto sintetiza a preocupação existente com o respeito à cidadania do idoso e a necessidade de que a sociedade em geral reprima rótulos discriminatórios em relação ao idoso como um ser fraco e obsoleto, aceitando-o como uma



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

pessoa digna e detentora de qualidades inestimáveis, tendo em vista os inesgotáveis conhecimentos adquiridos ao longo da vida.

Inspirado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), o Estatuto do Idoso estruturou-se de forma similar, a fim de consolidar a Lei da Política Nacional e os decretos já existentes sobre o tema, os quais encontravam-se dispersos e, muitas vezes, ignorados pela população, sendo que não atingiam sua plena finalidade, pois encontravam-se esquecidos até mesmo pelos próprios destinatários de tais normas.

Buscou-se trazer os direitos dos idosos à consciência não apenas dos órgãos públicos e da sociedade em geral, mas também do próprio idoso, que desconhecia os direitos a ele assegurados tanto constitucional, como infraconstitucionalmente.

A significativa satisfação em relação à atuação dos Conselhos Tutelares criados pelo ECA, fez com que esse modelo fosse abrangido pelo Estatuto do Idoso, o qual estabeleceu e consolidou a criação dos Conselhos do Idoso em todas as esferas de governo, o que já vinha previsto pela Política Nacional do Idoso.

Uma das preocupações da Lei nº 10.741/03 foi a de adequar o ambiente familiar e os estabelecimentos públicos às características físicas, intelectuais e psíquicas inerentes à população idosa do país. Ademais, o advento do Estatuto do Idoso destacou a necessidade de se preparar as novas gerações para acolher e amparar a velhice, estando conscientes dos princípios básicos de convivência familiar e de respeito ao próximo, propiciando uma relação de respeito mútuo entre as relações existentes com a criança, o adulto e o idoso.

A sociedade é a grande responsável pelo lugar que o idoso ocupa atualmente no cenário social, tendo em vista que a imagem que ela faz do indivíduo é fator preponderante para o tratamento que lhe é destinado. Assim, se a velhice é vista como uma fase em que a pessoa pode contribuir para o crescimento dos demais, considerando suas vivências e experiência, o idoso terá um lugar de respeito no meio social, entretanto, se o envelhecimento é encarado como uma etapa penosa da vida, em que o indivíduo torna-se senil e incapacitado, inevitavelmente, a pessoa de idade será malvista e maltratada socialmente. Nesse sentido, Beauvoir (1990) estabelece que a involução senil de um homem produz-se sempre no seio de uma sociedade e do lugar que nela ocupa o indivíduo em questão.

Faz-se necessário o resgate dos valores sociais e do respeito ao idoso, tendo em vista que, além de se tratar de uma pessoa que detém dignidade, é um indivíduo que completa e



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

sedimenta toda a estrutura social. Debert (1999, p. 17) traça um paralelo entre o respeito que os mais antigos gozavam em períodos passados da História e a situação em que se encontram atualmente, concluindo que na sociedade moderna, o preconceito marca a velhice, situação em que os idosos se transformam em um peso para a família e para o Estado, o que se contrapõe com uma Idade de Ouro em que eles, dada sua sabedoria e experiência, eram membros respeitados na família e na comunidade.

O Estatuto do Idoso, além de reconhecer a importância da conscientização da sociedade sobre essa temática, estabelece os deveres desta para com o idoso, com base no artigo 230 da Constituição Federal. O artigo 3º da Lei nº 10.741/03 determina que é obrigação tanto da sociedade, quanto da família, da comunidade e do Poder Público assegurar a efetivação de seus direitos individuais e sociais.

Nesse contexto, a família assume papel essencial na vida do idoso e na concretização desses direitos. Esta instituição é a célula da sociedade, é o meio em que o idoso se coloca à vontade e se desarma de todos seus receios, pois, presume-se, que ali está recoberto de segurança e zelo. A entidade familiar deve ser o primeiro lugar em que os direitos dos idosos devem ser respeitados, pois é ela que estabelece o vínculo direto com o idoso, estando presente no seu dia-a-dia e presenciando as situações em que ele está inserido. Se o respeito for construído dentro de suas famílias, já se terá dado o primeiro passo à conscientização de toda a sociedade, de modo a possibilitar que o idoso goze dos reflexos dessa atitude nos demais segmentos com os quais se relacionar.

Ademais, dispõe a Lei nº 10.741/03 que o envelhecimento é um direito personalíssimo e sua proteção um direito social sob responsabilidade de todos. Cumpre mencionar ainda que o Estatuto reservou um título específico (título II) para a proteção aos direitos fundamentais do idoso, a fim de que sejam conhecidos e respeitados.

Não obstante, a produção legislativa pertinente ao tema tenha evoluído significativamente, alcançando a promulgação de um Estatuto próprio para a população idosa, ressalta-se que a plena eficácia social dos direitos fundamentais depende ainda e muito da conscientização dos vários segmentos da sociedade e da própria família, conjuntamente com uma atuação efetiva do Estado por meio da implementação das políticas públicas nesse setor, conforme já tratado oportunamente.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção aos direitos fundamentais dos idosos parte da premissa de que esses direitos não pertencem a fases específicas do homem, mas a toda sua existência, pelo simples fato de sua condição humana.

Com efeito, o valor maior a ser defendido é a dignidade do idoso, sendo que as demais gamas de direitos transparecem as suas próprias dimensões, ou seja, ao garantir uma vida digna, fica implícita a necessidade de se assegurar também as condições para sua concretização.

Assim, faz-se necessária a conscientização da própria coletividade sobre sua legitimidade nesse processo de concretização, bem como sobre a certeza e a segurança inabalável desses direitos, aliadas a uma atuação do Estado na consecução de atividades prestacionais de caráter material, bem como a uma atividade legislativa integradora das normas constitucionais de eficácia limitada.

Cumprе ressaltar que a concretização dos direitos fundamentais para a sociedade e especialmente para os idosos, acontece a partir da implementação de políticas públicas e do exercício do poder legiferante pelo Estado.

Ademais, a proteção ao direito do idoso busca alcançar a igualdade material, posto que a isonomia, nesse sentido, é compreendida como uma igualdade que pressupõe distinções com fins compensatórios, tendo em vista que o idoso apresenta características e limitações próprias, as quais justificam seu tratamento diferenciado.

Insta salientar que é dever do Estado, sociedade e família amparar o idoso, devendo agir de forma eficaz e empreendendo esforços em regime de cooperação eficiente para assegurar-lhe a participação na comunidade, defendendo sua dignidade e garantindo-lhe o direito à vida.

Nesse sentido, o Legislativo iniciou um processo de normatização infraconstitucional sobre o tema, de modo a viabilizar o amparo à velhice e garantir maior concretude aos direitos fundamentais dos idosos,

A Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/1994) trouxe como finalidade precípua diretrizes de ação para o Poder Público nessa seara e a cobrança de uma ação integrada entre Estado, sociedade e família para a criação de condições para a promoção da autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) buscou trazer os direitos dos idosos à consciência e conhecimento não apenas de todo corpo social e político, mas também ao próprio destinatário de tais direitos.

Desta feita, além da corresponsabilidade de todo corpo social e político, faz-se necessário determinar o idoso como o principal agente e o destinatário das transformações a serem efetivadas por meio da implementação de políticas públicas. Devem ser realizadas políticas que garantam benefícios, serviços e programas que visem a melhoria das condições de vida e a efetividade de seus direitos fundamentais, bem como políticas capazes de promoverem a participação e a inclusão do idoso no processo de formulação e efetivação desse mecanismo.

De fato, a concretização dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas deve contar com a participação ativa dos estados e municípios, uma vez que se encontram mais próximos às necessidades dos idosos no âmbito local.

A legislação infraconstitucional sobre o tema apresenta ainda como objetivo propiciar o respeito à múltipla dimensão do envelhecimento e o repúdio à discriminação de qualquer natureza.

Nesse passo, a família precisa ser o primeiro lugar em que os direitos da terceira idade devem ser respeitados e assegurados, pois é ela que estabelece o vínculo direto com o idoso. Se o respeito for construído dentro da entidade familiar, já se terá dado um grande passo em prol da conscientização da sociedade, de modo a possibilitar que o idoso goze dos reflexos dessa atitude nos demais segmentos com os quais se relacionar.

Não obstante a produção legislativa pertinente ao tema tenha evoluído significativamente, alcançando a promulgação de um Estatuto próprio para a população idosa, ressalta-se que a plena eficácia social dos direitos fundamentais depende ainda e muito da conscientização dos vários segmentos da sociedade e da própria família.

Logo, a efetividade dos direitos fundamentais do idoso necessita ainda de uma atuação efetiva do Poder Público, principalmente estados e municípios, por meio da implementação das políticas públicas nesse setor.



REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. Saraiva: São Paulo, 2008.

BACELAR, Rute. *Envelhecimento e produtividade: Processos de Subjetivação*. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches-FASA, 1999.

BEAUVOUIR, Simone de. *A velhice*. Tradução de Maria Helena Franco Monteiro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

DEBERT, Guita Grin. *A Reinvenção da Velhice: Socialização e Processos de Reprivatização do Envelhecimento*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

OLIVEIRA, Rita de Cássia da Silva. *O Processo Histórico do Estatuto do Idoso e a Inserção Pedagógica na Universidade Aberta* in Revista HISTEDBR On-line, Campinas, n. 28, p. 278-286, dez. 2007.

PEREIRA, Robson. *Brasil entra no clube dos 10 países com mais idosos* in O Estado de São Paulo, Vida&, 13 de abril de 2006, p. A18. On-line. Disponível em: <www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/57329>. Acesso em: 16 de março de 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SENA, Eduardo Cunha Alves de; CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. *Tutela constitucional da terceira idade: o resgate da dignidade humana da pessoa idosa*, dez. 2005. On-line. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7970>>. Acesso em: 16 de março de 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.



**ALTERNATIVAS PROPOSTAS PELA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS
SÓLIDOS PARA MINIMIZAR IMPACTOS ADVINDOS DOS RESÍDUOS DE ELETRO
ELETRÔNICOS**

**ALTERNATIVES PROPOSED BY THE NATIONAL POLICY OF SOLID WASTE TO
MINIMIZE HAPPENED IMPACTS OF THE ELECTRONIC RESIDUES OF ELECTRO**

Josyane Mansano*

RESUMO: Se encontrando o Estado de Direito Ambiental em conflituosidade, devido ao alto risco ocasionado pela má gestão do homem, é que se depara com a situação emblemática de que, hoje, o tratamento dos resíduos sólidos, em especial os resíduos oriundos dos equipamentos eletro eletrônicos, não é feita de forma a minimizar os impactos no ambiente. A recente legislação que dispõe sobre tratamento e disposição dos resíduos sólidos, de agosto de 2010, traz alternativas para solução deste problema, tais como implementar a coleta seletiva, as cooperativas de catadores, a reciclagem, bem como insere a responsabilidade compartilhada entre o Poder Público, fabricantes e toda a sociedade, para com o tratamento e disposição ecologicamente correta de tais resíduos. No caso dos resíduos sólidos eletrônicos, a rápida obsolescência destes, motivada pelo avanço em exponencial da tecnologia, bem como do consumo de supérfluos, faz com que a velocidade com que se tornam em resíduos não é a mesma com que passam pelo processo de reciclagem, é neste ponto que a logística reversa, que também é alternativa proposta pela nova legislação, vem com o intuito de ser solução para o problema. A logística reversa, por meio da reciclagem faz com que tais resíduos retornem para o interior das fábricas de modo a se tornar matéria prima secundária, a ser utilizada na fabricação de novos eletrônicos, não sendo assim esses resíduos dispostos no solo, nas águas, ou em aterros não controlados, de forma aleatória, contaminando o meio com seus metais pesados. As alternativas acima expostas trazem excelente retorno econômico, haja vista que a maioria dos metais existentes nesses resíduos eletrônicos são limitados na natureza, e por isso há vantagem competitiva para empresas que utilizam matéria prima secundária a partir da reciclagem ao invés de adquirir por meio da extração. Outro apelo ambiental e econômico a ser destacado também, é a inserção dos catadores de material reciclável do eixo econômico da sociedade por meio do trabalho que realizam. A manutenção do ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, como prevê a Constituição Federal em seu artigo 225, é meta a ser implementada com a participação de todos.

PALAVRAS CHAVE: Alternativas; Resíduo eletro eletrônico; Lei de Resíduos Sólidos.

Abstract: If finding the rule of law in Environmental conflict, due to the high risk caused by human mismanagement, is facing with the flagship situation that, today, the treatment of solid waste, in particular the waste from electronics equipment, is not made in order to minimize the impact on the environment. The recent legislation which States on treatment and disposal of solid

* Mestranda em Direito pela Universidade de Marília. Integrante do Grupo de Pesquisa “Meio Ambiente e Desenvolvimento Social”/CNPq. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Advogada e docente em Maringá-Pr.



waste, August 2010, brings alternatives for solving this problem, such as implementing the selective collection, the cooperatives, recycling, and inserts the shared responsibility between the public authorities, manufacturers and the whole society, to the treatment and disposal of such waste ecologically correct. In the case of electronic waste, the rapid obsolescence of these, motivated by the exponential advancement of technology, as well as superfluous consumption, causes the speed with which become waste is not the same with that pass. The reverse logistics through recycling causes such waste back to the interior of the factories so the becomes secondary raw material, to be used in the manufacture of new electronics, not so such waste disposed in soil, water, or in uncontrolled landfills, randomly, contaminating the environment with its heavy metals. The alternatives outlined above bring excellent economic return, given that most metals existing in those electronic waste are limited in nature, and so there's competitive advantage to companies using secondary raw materials from recycling instead of purchasing through extraction. Another call for environmental and economic, also to be highlighted is the integration of nut collectorde material recyclable economic axis of society through the work they perform. Maintenance of ecologically balanced environment for present and future generations, as provided for in the Federal Constitution in its article 225, goal is to be implemented with the participation of all.

KEY WORDS: Alternatives; Electronic electro waste; Solid waste law.

INTRODUÇÃO

Hoje, o estudo de ambiente abrange um conceito muito mais abrangente do que aquele que envolvia apenas o estudo dos seres vivos e suas relações com o meio. Isso porque, indo bem mais além, este estudo hoje envolve as atividades impactantes que lesionam o meio, no presente e que podem ser irreparáveis no futuro.

O homem que em sua vida em sociedade, consome desaceleradamente, não prevê as conseqüências dos resíduos gerados por esse consumo de massa. A sociedade de massa é que gerou esse consumo de massa, o que exigiu a criação de um direito de massa.

Uma das graves e grandes conseqüências do consumo de massa é o crescimento do volume de resíduos sólidos, entre os quais se destaca os resíduos provenientes dos eletro eletrônicos. Esse problema é ocasionado pelo consumo acelerado, em razão das constantes inovações e mudanças tecnológicas, posto que a cada dia novas marcas e modelos são colocados à disposição desse mercado capitalista e globalizado.

É necessário então internalizar as externalidades advindas do passivo gerado por estes resíduos. Isso porque ele não pode ser lançado indiscriminadamente no ambiente, como se resíduo orgânico fosse, pois sua decomposição não é rápida, bem como seus componentes são formados de metais pesados que em contato com o solo virão a contaminar o mesmo.



Tem-se que de forma exponencial esse resíduo eletrônico vai se formando ao redor da sociedade, e a situação tende só a piorar, dado que essa sociedade não está apta a lidar com seu próprio consumo e o descarte do que não é mais necessário.

Nesse contexto, algumas das alternativas propostas pela nova legislação, Lei 12.305/10, para um destino sustentavelmente viável para esses resíduos, tornaram-se a temática deste estudo.

O objetivo deste é mostrar como essas alternativas, tais como a responsabilidade compartilhada, a logística reversa, a coleta seletiva, as cooperativas de catadores e a reciclagem, podem minimizar os impactos advindos da destinação inadequada destes resíduos no ambiente. Como objetivos específicos, este trabalho visa caracterizar a possibilidade de recuperação energética desses resíduos, inserindo-os novamente no ciclo produtivo como matéria prima secundária, até porque a maioria dos componentes desse tipo de resíduo é limitada na natureza, e a reciclagem ou a logística reversa dos seus componentes é alternativa para sustentar a produção.

No que se refere à metodologia adotada, o presente estudo desenvolver-se-á por meio de um trabalho de pesquisa que orientará a identificação e seleção de fontes bibliográficas, documentos necessários ao seu desenvolvimento e pesquisa de campo.

1. AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO: MATIZES DO CONCEITO

Partindo do princípio que o ambiente deve ser compreendido não apenas sob o aspecto da natureza, mas por um complexo de ambientes que interagem entre si, como o ambiente cultural, o ambiente do trabalho, o ambiente empresarial, tem-se um longo caminho percorrido desde o conceito romano.

Foi um longo caminho da concepção romana que tratavam os recursos naturais como *res nullius* até o isolamento da categoria direitos difusos, que passou a tratar tais recursos como *res communes omnium*, como se lê no art. 225 da CF/88.

Na concepção de *res nullius*, os bens ambientais eram considerados coisas de ninguém e ninguém seria responsabilizado por sua degradação.

Só recentemente as questões da natureza passaram a ser objeto das ciências sociais.

Muito tem se falado atualmente em manter o ambiente sustentável para que assim possa interagir a sociedade presente e futura. Mas o conceito de ambiente ecologicamente equilibrado hoje, está longe daquele tradicionalmente feito pelas ciências naturais, ou seja, estudo dos seres vivos e suas relações com o meio, este conceito vai além.



Hoje definir ambiente ecologicamente equilibrado abraça não só as relações dos seres vivos com o meio, mas também o estudo das atividades impactantes desses seres com o lugar onde vive, com toda a sociedade envolta, isso em escala local e global.

No tocante ao consumo desacelerado do homem, a ação degradante deste com o meio é ainda mais preocupante, isso porque em decorrência desse consumo e posterior descarte, polui-se o ambiente com os resíduos gerados, desequilibrando-o, isso porque a quantidade de resíduo gerado por esse consumo é maior do que a que o planeta pode suportar.

No caso dos resíduo depositados e não tratados, isso que gera uma situação de risco para o homem e a sociedade em que ele está inserida.

Isso passa a exigir um disciplinamento pelo direito, e, é nesse intuito que passaram a surgir leis para tutelar este ambiente, como a Lei que trata da disposição e tratamento dos resíduos sólidos, que traz entre outros temas, alternativas para a manutenção do equilíbrio ambiental, tais como: a gestão integrada dos resíduos sólidos¹, a responsabilidade compartilhada², a logística reversa³, a coleta seletiva, o incentivo para a associação de cooperativas de catadores. Enfim, procura fechar o ciclo do destino final do resíduo sólido.

No caso específico de resíduos eletro eletrônicos a exemplo dos computadores, impressoras, celulares, baterias, carregadores, televisores, ar condicionados, máquinas fotográficas, este trabalho busca estudar alternativas para o tratamento e disposição adequada desses, no intuito de tentar minimizar impactos advindos da disposição inadequado no ambiente.

O passivo também é gerado ou deixado no ambiente pelas empresas fabricantes, seja na linha de produção, seja durante o ciclo de vida dos produtos. Isso porque tais empresas, até então nunca foram responsabilizadas nessa fase do ciclo de vida do produto, ou seja, no chamada pós-consumo.

¹ Art. 3º Lei 12.305/10: XI: gestão integrada de resíduos sólidos: conjunto de ações voltadas para a busca de soluções para os resíduos sólidos, de forma a considerar as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social, com controle social e sob a premissa do desenvolvimento sustentável.

² Art. 3º Lei 12305/10: XVII - responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos: conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos, nos termos desta Lei;

³ Art. 3º Lei 12305/10: XII - logística reversa: instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada;



Esse descompasso é gerado porque entre a relação: produção – consumo – descarte, falta gerir a forma mais eficiente e importante para completar o ciclo: a reciclagem.

Deve ser adotada para a solução de como tratar os resíduos, entre eles os REEE (resíduos eletro eletrônicos) sob uma visão sistêmica e um pensamento holístico considerando o todo, avaliando todas as possibilidades.

No caso da tecnologia dos eletrônicos, a velocidade é tamanha, que muitas vezes como num passe de mágica, o que é de mais autêntico e moderno, “de ultima geração” toma o lugar daquilo que recebe status de ultrapassado ou que se tornou obsoleto. Diante disso uma indagação é colocada: O que fazer com aquele computador ultrapassado, aquele celular “jurássico” grande demais em vista ao mais moderno, os carregadores, as baterias, e tudo mais?⁴

Para Leonardo Boff, “Se não moderarmos nossa voracidade e não entrarmos em sinergia com a natureza dificilmente sairemos da atual situação. Ou substituímos estas premissas equivocadas por melhores ou corremos o risco de nos auto destruir. A consciência do risco não é ainda coletiva.”⁵

Na definição desses contornos, parte-se da premissa de que, a partir de uma consciência coletiva com informação e democracia ambiental organizada podem vir a objetivar condições de um futuro possível, e assim conceituar ambiente ecologicamente equilibrado no presente como sendo aquele em que todos os seres vivos vivam em sinergia com os demais, onde o ciclo se fecha, da mesma forma como demonstra o *slogan* usado para se referir a reciclagem (setas que se seguem uma na outra formando um ciclo).

2 O RESÍDUO SÓLIDO PROVENIENTE DE MATERIAL ELETRO ELETRÔNICO (REEE)

2.1 O crescimento do mercado de eletrônicos e a importância da reciclagem do resíduo eletrônico.

⁴ MANSANO, Josyane e SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *Externalidades do desenvolvimento tecnológico e suas consequências face à sociedade de risco*. In VII jornada Luso-brasileira de Direito do Ambiente, 2010, Florianópolis. Anais 2179-1279, SC/UFSC, 2010, p. 577 – 599.

⁵BOFF, Leonardo. *Antropoceno uma nova era geológica*. Disponível em: <http://www.ecodebate.com.br>. Acesso em: 18. jan. de 2010.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

O resíduo de eletro eletrônico é advindo de componentes tais como dos computadores, impressoras, celulares, baterias, carregadores, televisores, geladeiras, aparelho de DVD, entre outros.

Segundo a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), tais resíduos podem ser definidos como: “qualquer dispositivo que usa uma fonte de energia elétrica, que chegou ao final da sua vida útil”.⁶

Previsões do Programa Ambiental das Nações Unidas (Unep), organismo ligado à ONU, prevê que “o resíduo eletrônico irá aumentar 500% em dez anos nos países em desenvolvimento e o Brasil está entre os que mais consomem e menos reciclam.”⁷

No Brasil esse aumento ocasionará crescentes danos ambientais e problemas de saúde, dado que a reciclagem do resíduo de eletro eletrônico ainda é deixada aos cuidados aleatórios do setor informal.

Em relação aos países da América Latina, países como Chile, estima-se que “cerca de 300 mil computadores de mesa e laptops tornem-se resíduos; Enquanto no ano 2020 a geração de equipamento obsoleto para chegar a 1,7 milhão por ano.”⁸

A questão é difícil de resolver, uma vez que a tecnologia veio para ficar, os eletroeletrônicos e eletrodomésticos são sinônimo de melhoria da qualidade de vida das pessoas, que economizam trabalho manual, deslocamento, tempo na realização de suas atividades; e para funcionar, todo aparelho eletroeletrônico tem em sua constituição algum metal pesado, usado para conduzir a corrente elétrica.

Esses produtos, portanto, possuem elementos tanto perigosos, como é caso do monitor de computadores, como também preciosos, tais como ouro, prata que compõem os circuitos eletrônicos destes. Esses elementos quando dispensados diretamente no solo na forma de resíduos são altamente poluentes e causam sérios danos à saúde humana.

Os metais pesados existentes nestes resíduos podem até ser em quantidades pequenas, todavia, sua disseminação no solo e na água contaminam áreas muito extensas. Um antigo computador 286, por exemplo, com 1600 pontos soldados, que correspondem a 4 gramas de solda de chumbo, pode levar à contaminação por arraste, uma área de 600 metros cúbicos de solo.

⁶ , Uca. *Plataforma Regional sobre Resíduos Electrónicos de PC em Latinoamérica y el Caribe*. In : Gestión de residuos electrónicos em América Lática. Santiago de Chile: Ediciones SUR, 2009, p. 11.

⁷ Disponível em: <http://www.unep.org.br>. Acesso em mar. 2011.

⁸ SILVA, Uca. *Plataforma Regional sobre Resíduos Electrónicos de PC em Latinoamérica y el Caribe*. In : Gestión de residuos electrónicos em América Lática. Santiago de Chile: Ediciones SUR, 2009, p. 15.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

A população mundial, hoje de 6,2 bilhões de pessoas deverá crescer 3,7 bilhões em vinte e cinco anos. Isso só tende a aumentar o problema que se tem hoje com relação ao destino dos resíduos de eletro eletrônicos, pois o aumento populacional também eleva o exponencial do consumo.

O Brasil, que é o quarto maior mercado de computadores pessoais do mundo, produz em uma cidade como São Paulo 1 kg por dia de lixo eletrônico por habitante⁹.

Com relação a quantidade de metais que compõem esses eletrônicos, produtos como chumbo e mercúrio, utilizado no visor do celular, o produto índio, composto nas pilhas, além de zinco, manganês e cádmio, são elementos abolidos no Brasil para composição de alguns componentes, devido a alta toxicidade, entretanto ainda são encontrados devido a produtos que entram pelo mercado negro.

O risco de contaminação de tais elementos pode ser sentido por todos, quando descartados de forma incorreta, no lixo comum, que segue para lixões a céu aberto ou aterros sanitários sem atividade controlada.

Em entrevista a IHU On – Line, Hugo Veit, que é Doutor em Engenharia de Minas, assim esclarece a respeito dos metais que compõem tais resíduos: “Se esses metais forem descartados de forma incorreta na natureza, eles vão contaminar o solo, o lençol freático, a água, e, de uma forma ou de outra, isso volta para nós”¹⁰.

E ainda arremata: “uma das formas para evitar a grande produção deste tipo de lixo é frear o consumismo, uma tarefa nada fácil. É difícil desmaterializarmos. Temos a vontade de sempre acompanhar a tecnologia, com equipamentos mais novos”¹¹.

A reciclagem é sem dúvida uma das melhores alternativas para minimizar os impactos que esses resíduos podem causar ao ambiente, além de ser fonte de renda para recicladores, inserindo-os economicamente na sociedade.

Além disso, é constante o aumento do valor de metais no mercado, isso só tende a incentivar processos de reciclagem desses eletro eletrônicos, fazendo com que os metais obtidos sejam novamente inseridos na linha de produção, como matéria-prima.

⁹ Dados extraídos do estudo feito pelo Grupo de trabalho E-48: Gestão de resíduos eletrônicos. Flavia Fascendini. Disponível em: <http://www.lixoeletronico.com.br>. Acesso em 01 de Jul. de 2010.

¹⁰ VEIT, Hugo. *Resíduo eletrônico: o que fazer?* Disponível em: <http://www.midia21.net/-o-que-fazer-entrevista-especial-com-hugo-veit>. Acesso em jun. 2010.

¹¹ VEIT, Hugo. *Resíduo eletrônico: o que fazer?* Disponível em: <http://www.midia21.net/-o-que-fazer-entrevista-especial-com-hugo-veit>. Acesso em jun. 2010.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Dados extraídos da obra: *Gestión de residuos electrónicos em América Lática*. Santiago de Chile, disponível na plataforma RELAC (Plataforma Regional de Resíduos Electrónicos en Latinoamérica y el Caribe), a respeito da viabilidade econômica advinda da reciclagem de tais resíduos, demonstra que:

Um estímulo para tais práticas adequadas são os preços dos metais, aumentando, em especial de cobre, níquel, ouro, prata, ferro e alumínio. Após ser extraído de computadores, estes metais podem ser vendidos no mercado local, em seguida, ser exportados aos mercados mundiais. A proporção de metais preciosos nas resíduos-e é importante: estima-se que 230 milhões de computadores e um bilhão de telefones móveis vendidos em 2006, as quantidades de ouro e prata alcançaram respectivamente 70 t e 235 t, correspondente em cada caso para cerca de 3% da produção mundial de mineração de dois metais.¹²

Dado que o crescimento em exponencial dos produtos eletro eletrônicos tende a aumentar a cada dia, devido ao consumo induzido pelo sistema capitalista, e que como já dito anteriormente, é difícil “desmaterializar” desse consumo, o que é visualizado por todos é a rápida obsolescência dos produtos, o que gera ainda mais consumo, tem-se que a problemática da destinação do resíduo gerado alcança a cada dia proporções gigantescas.

Quando jogadas no ambiente as substâncias químicas encontradas nos eletrônicos, como as descritas anteriormente, a exemplo de chumbo, cádmio, mercúrio, cobre, arsênio e outros, ao chover penetram no solo ocasionando contaminação de plantas e animais, e ao ingerir tais alimentos os seres humanos podem ser contaminados.

As formas de destinação desses resíduos devem ser monitoradas para evitar essa situação. Esse monitoramento começa antes de tudo com a reciclagem, seguindo da logística reversa, e para aqueles componentes que não se enquadrem nos dois processos anteriores devem ir para aterros tratados.

Outro destino que deve ser evitado é o da incineração. A nova legislação, por um “deslize”, deixou que passasse a técnica da incineração, como uma das formas de destinação do resíduo. Ocorre que neste sistema os efeitos são degradantes, devido a emissão de gases,

¹² BOENI, Heinz; SILVA, Uca; OTT Daniel. *Reciclaje de residuos electrónicos en América Latina. Panorama general, desafíos y potencial*. In : *Gestión de residuos electrónicos em América Lática*. Santiago de Chile: Ediciones SUR, 2009, p. 52.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

contribuindo assim para intensificação do efeito estufa. “A incineração do lixo produzido nas cidades tem sido contestada em diversas comunidades pelos efeitos da emissão de gases.”¹³

É por isso, que é de suma importância a reciclagem dos resíduos eletro eletrônicos, isso porque, se estes forem depositados nestes aterros descontrolados e abandonados, ou mesmo incinerados, as consequências serão letais para a saúde humana e principalmente para o meio.

Todavia, há de mensurar a quantidade resíduo eletrônico a ser depositado nestes aterros, haja vista a quantidade de metais pesados existentes em sua composição. Este resíduo poderá sim, ser destinado a um aterro após um pré-tratamento, se tornar não-reativo e não inflamável com baixo teor de solventes, óleos ou água.

A partir daí recuperar os metais que são componentes destes resíduos deve ser fundamental e implementado a partir do que propõe a legislação de resíduos atual.

A idéia é fazer com que com a implementação de políticas públicas relacionadas a problemática, possa fazer com que os resíduos oriundos dos componentes eletrônicos e descartados de forma aleatória na natureza, colocando cada vez mais em risco a sociedade, possam vir a ser “pesados, desmontados, separados e compactados, para assim serem transportados para empresas parceiras de transformação de resíduos para processamento dos componentes, visando assim à diminuição significativa dos impactos em face de sociedade de risco.”¹⁴

As alternativas propostas pela legislação atual referente aos resíduos, conforme se vera adiante, pretendem buscar soluções práticas e rápidas, e que de certa forma possam conscientizar fabricantes, revendedores, comerciantes e consumidores, para de forma ordenada minimizar o impacto ambiental gerado pela velocidade acelerada com que a tecnologia avança e o consumo elevado somando a esse ritmo rápido da invocação, o qual faz com que a produção de sucata cibernética também aumente nesta mesma velocidade.

O que se espera é que os novos consumidores, aqueles “conscientes”, estejam mais sensíveis quanto às questões ambientais, assim como empresas possam visualizar o enorme grau competitivo que podem ter a partir da implantação de sistemas logísticos no setor da produção, com matéria prima advinda da reciclagem.

¹³ LEITE, Paulo Roberto. *Logística reversa: meio ambiente e competitividade*. São Paulo: Prentice Hall, 2003, p. 23.

¹⁴ MANSANO, Josyane e SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *Externalidades do desenvolvimento tecnológico e suas consequências face à sociedade de risco*. In VII jornada Luso-brasileira de Direito do Ambiente, 2010, Florianópolis. Anais 2179-1279, SC/UFSC, 2010, p. 577 – 599.



O resultado disso é a conscientização do destino correto do resíduo, bem como uma postura de empresa ecologicamente correta, o que atrai a preferência dos consumidores. Há um aumento gradativo da consciência ecológica dos consumidores, que esperam que as empresas reduzam os impactos negativos de sua atividade ao meio ambiente. Isso tem gerado ações por parte de algumas empresas que visam comunicar ao público uma imagem institucional “ecologicamente correta”.¹⁵

Esse resíduo que até bem pouco tempo atrás era problema apenas para os países desenvolvidos, hoje prolifera para o mundo toda na mesma velocidade em que novos eletrônicos são produzidos e inseridos no mercado.

Longe de fazer qualquer “teoria da conspiração”, freando o desenvolvimento econômico e alavancando setores como emprego e renda, o que se pretende é uma dicotomia desse desenvolvimento atrelado a preservação ambiental, que caminhem lado a lado, caso contrário o homem se tornará vítima de seu próprio egoísmo. “Essa mudança é essencial para a permanência da vida na terra.”¹⁶

O que se pretende é que condições tecnológicas, industriais, formas de organização e gestões econômicas da sociedade, não estejam mais em conflito com a qualidade de vida.

3 RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA

A Política Nacional de Resíduos Sólidos ficou em tramitação por mais de 20 anos até ser aprovada em agosto de 2010. Além de avançar no tratamento e disposição dos resíduos sólidos, ela dispõe de princípios, objetivos e instrumentos, bem como diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos.

Dispõe ainda sobre as responsabilidades dos geradores e do poder público e aos instrumentos econômicos aplicáveis para destinação ambientalmente correta dos resíduos.

A Lei aborda a responsabilidade dos geradores de resíduos sólidos e do Poder Público, atribuindo a responsabilidade compartilhada destes, bem como de toda a coletividade. Esta

¹⁵ LACERDA, Leonardo. *Logística Reversa - Uma visão sobre os conceitos básicos e as práticas operacionais*. Disponível em: <http://www.sargas.com.br/site/artigos_pdf/artigo_logistica_reversa_leonardo_lacerda.pdf> Acesso em 03 de ago. 2010.

¹⁶ LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 21.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

cooperação entre Poder Público e comunidade visa a incentivar a implementação e efetivação das cooperativas de catadores e da coleta seletiva.

Enfim, tudo para dar destinação final ambientalmente adequada aos resíduos sólidos e rejeitos, os quais conforme já estudado podem ter sua destinação a reciclagem e aterro sanitário, respectivamente.

O art. 3º da lei, disciplina essa responsabilidade como sendo:

XVII - responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos: conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos, nos termos desta Lei;

É nesse contexto a Lei dos Resíduos Sólidos, ao elencar a responsabilidade compartilhada, trás a importância do Poder Público, das empresas e toda a coletividade sobre problemática enfrentada na destinação e tratamento dos resíduos sólidos.

A efetividade da responsabilidade compartilhada dependerá do nível de organização da sociedade civil. Há problemas que o Estado se revela, e efetivamente é incapaz de resolver. Entre eles se destaca a gestão dos resíduos sólidos urbanos onde o principal instrumento é a coleta seletiva.

O sucesso da coleta seletiva só será possível a partir da cooperação das comunidades, e organização do Poder Público. A sua efetividade permite que os resíduos possam chegar até as cooperativas de catadores ou até empresas de reciclagem, já separados e sem restos de resíduo orgânico.

E é de dentro das casas que começa este processo, na separação dos resíduos, a exemplo do plástico, vidro, papel e orgânico.

A operacionalidade do ciclo de vida dos produtos a partir da responsabilidade compartilhada, faz com que haja investimentos por parte dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes no desenvolvimento, na fabricação e na colocação no mercado de produtos aptos à reutilização, deixando o menor passivo possível no ambiente.

Sendo assim, à coletividade cabe o papel principal da separação dos materiais recicláveis para a coleta seletiva, ao Poder Público condições para a efetividade da coleta e cooperativas de



catadores e aos produtores a gestão pelo ciclo de vida dos produtos por eles colocados no mercado.

No caso dos produtores, empresas e revendedores, estes passam a fazer parte do monitoramento e serão responsáveis pelo ciclo de vida destes resíduos gerados. Até bem pouco tempo atrás depois que saia das lojas e posteriormente da vida das pessoas esses produtos na forma de resíduos ficavam órfãos de responsabilidade.

Hoje isso tende a mudar de acordo com o que propõe a lei nacional. Nos estados essa responsabilidade compartilhada já era prevista, mas não havia tamanha adesão como a que se espera a partir de agora.

3.1 A responsabilidade compartilhada no caso dos resíduos eletrônicos

Seja um dos objetivos da responsabilidade compartilhada, proposta pela lei de tratamento e destino dos resíduos, promover o aproveitamento destes, direcionando-os para uma nova cadeia produtiva, tem-se que no caso dos resíduos eletrônicos isso parece ser uma das principais e mais eficientes alternativas.

Isso porque, marcas atuantes no mercado de celulares por exemplo, como motorola, Nokia, Sony, estão vendo que assim como as vendas destes produtos é recorde, em quase todas as datas comemorativas do comércio (natal, dia das mães, dia dos namorados), o que fazer com o antigo aparelho também começou a preocupar os consumidores.

Esse dilema incentivou alternativas de recuperação energética dos resíduos oriundos, uma vez que o apelo ambiental por parte das empresas se tornou marketing usual.

Dessa forma algumas empresas, inclusive estas elencadas acima, começaram a desenvolver projetos como pontos de recolhimento de eletrônicos (como já ocorre com pilhas e lâmpadas), para que assim possam fazer a sua parte na responsabilidade ambiental por tudo aquilo que é colocado no mercado.

Essas ações por parte do setor empresarial trazem materialidade ao que a nova legislação propõe e demonstram sua responsabilidade perante a sociedade, dado que acima de tudo melhora a imagem da empresa. Isso porque o marketing ambiental está em alta.

A solidariedade proposta como forma de operacionalidade da reciclagem dos resíduos eletro eletrônicos tem papel fundamental para minimizar os impactos gerados em torno da sociedade.



Esta solidariedade só faz melhorar as chances de se preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações, como propõe a Constituição Federal em seu Art. 225.

A responsabilidade compartilhada exige para sua implementação, organização, cultura, trabalho e disciplina. É um mínimo de organização dos órgãos municipais, estaduais e Federal.

O sucesso desse processo é claro depende da iniciativa de todos os entes envolvidos desde o processo produtivo, o consumo e o poder fiscalizador, incentivador do Estado.

4 A LOGÍSTICA REVERSA – FLUXO REVERSO DO RESÍDUO

Os primeiros estudos sobre a logística reversa dos produtos começaram a partir da década de 70 e 80, com foco principal nos canais de distribuição reversos. Todavia, dado que o ciclo mercadológico dos produtos se reduz constantemente em razão da introdução de novos modelos, a partir da década de 90 a logística reversa se tornou mais visível no cenário empresarial.

Logística é a gestão de fluxos entre funções de negócio. Engloba entre outros, os fluxos de retorno de peças a serem reparadas, de embalagens e seus acessórios, de produtos vendidos devolvidos e de produtos usados/consumidos a serem reciclados.¹⁷

Em relação a estes produtos que devem ser reciclados, tem-se que como já visto anteriormente, no tocante a responsabilidade compartilhada, a Lei 12.305/10 também prevê como instrumento para destinação dos resíduos a logística reversa.

A logística reversa é um gerenciamento da cadeia de suprimentos. Ela prevê e operacionaliza o retorno dos resíduos para empresas que a partir de um sistema de reciclagem transformam estes em matéria prima secundária.

Este processo de logística é resultante do modelo de internalização das externalidades negativas advindas da produção e descarte dos produtos.

Para o autor Paulo Roberto Leite:

Com o aumento do descarte dos produtos de utilidade após seu primeiro uso, há um desequilíbrio entre as quantidades de resíduos descartados e as reaproveitadas, tornando o lixo urbano um dos mais graves problemas ambientais da atualidade.” O autor ainda acrescenta: “A logística reversa é a área da logística empresarial que planeja, opera e controla o fluxo e as informações logísticas correspondentes, do retorno dos bens de pós-venda e de pós-consumo ao ciclo dos negócios ou ao ciclo produtivo, por meio dos canais

¹⁷ LEITE, Paulo Roberto. *Logística Reversa: meio ambiente e competitividade*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010, p. 16.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

de distribuição reversa, agregando-lhes valor de diversas naturezas: econômico, ecológico, legal, logístico, de imagem corporativa, entre outros.¹⁸

A legislação indica quais os resíduos que devem fazer parte desse sistema de logística, visando um destino ambientalmente correto. Dispõe o art. 33:

Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:
VI - produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

O diferencial que deve ser considerado para a implantação do sistema logística por parte das empresas, além do apelo ambiental é a maior competitividade, que pode ser visualizada por parte da obtenção de matéria prima.

A utilização de matéria prima secundária a partir do processo logístico de resíduos que foram destinados a reciclagem tende a fomentar a chamada política dos 5R's: reduzir, reutilizar, reciclar, reeducar e replanejar. Dessa forma, conclui-se que o aumento da eficiência da logística reversa tende a incentivar a política descrita acima.

Um exemplo do sucesso do processo de logística reversa é o caso da Empresa americana Xérox, que a partir do canal reverso de reuso e remanufatura, desde 1960, coleta, desmonta, seleciona e reutiliza com ou sem remanufatura, componentes de maquinas usadas, utilizando-os em produtos novos de suas linhas, não deixando com isso de oferecer as mesmas garantias ao clientes.

Esse processo logístico reverso oferece aos mesmas garantias e repassa as economias de custos ao clientes, além de garantir um nível de competitividade elevado ao mercado.

Interagir economia e defesa do ambiente a partir de iniciativas como esta não só vai além das expectativas da efetivação da nova política de resíduos sólidos como também garante um desenvolvimento econômico ecologicamente equilibrado.

Na opinião Cristiane Derani, sobre a inter-relação entre meio ambiente e economia tem-se o seguinte apontamento:

¹⁸ LEITE, Paulo Roberto. *Logística Reversa: meio ambiente e competitividade*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2003, p. 26.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

A realização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pressupõe a obediência ao princípio da defesa do meio ambiente nas atividades econômicas. Sendo um direito fundamental a ser construído na atividade social, somente a atividade social – por conseguinte a atividade econômica- que contemple o princípio da defesa do meio ambiente poderá concretizá-lo. Assim, será conforme o direito aquela atividade que no seu desenvolvimento orienta-se na defesa do meio ambiente e, deste modo, contribui na concretização do direito fundamental social ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.¹⁹

Essa preocupação ambiental deve ser um diferencial competitivo, fomentado por meio de objetivos econômicos. Só assim, em um mercado globalizado, é que se poderá estruturar e implementar a logística reversa, conforme dispõe o Art. 33 da nova lei.

3.2 Alternativas para destinação do resíduo eletro eletrônico a partir da logística reversa

Devido a ânsia de lançamento de produtos eletro eletrônicos no mercado, que estão cada vez autênticos, com novos modelo, tamanhos, e com tecnologia mais avançada, faz-se necessária a logística reversa, para com todos esses produtos que de alguma forma foram substituídos, e agora fazem parte do montante de resíduos deixado nas cidades sem tratamento ambientalmente adequado.

Essa atitude faz parte do planejamento empresarial nos seus diversos níveis (estratégico, tático e operacional), e deve ser elaborado de acordo com a “visão holística de competir, colaborar e inovar, por parte da empresas fabricantes.”²⁰

No caso dos eletro eletrônicos, como já amplamente estudado, estes são vítimas de uma nítida redução no tempo de sua vida útil, tornando-se sutilmente ultrapassados.

Para J. D. Porter, com relação a temática tem-se o seguinte apontamento:

Em 1996, a produção de computadores nos Estados Unidos apresentou taxa de crescimento de 15% no ano e vendas de 26 milhões de unidades, tendo-se verificado uma quantidade de 79 milhões de computadores sucateados. Os dados apresentados por pesquisas do setor conduzem a uma relação de obsolescência de 2 para 3, ou seja, dois computadores são sucateados atualmente para cada três computadores produzidos, e fornecem estimativas de que essa relação seria de um computador sucateado para cada 1 produzido.²¹

¹⁹ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 100.

²⁰ LEITE, Paulo Roberto. *Logística Reversa: meio ambiente e competitividade*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010, p. 15.

²¹ PORTER, J. D. *Computers & electronics recycling: challenges and opportunities*. Rio de Janeiro: Abril, 1998.



A partir de dados como estes, conclui-se que no caso específico do resíduo eletrônico, o processo de logística torna possível o retorno dos bens ou de seus materiais constituintes ao ciclo produtivo dos negócios.

Assim, além de estratégia empresarial, é solução mais do que adequada para manter a sustentabilidade do ambiente.

A logística reversa, no caso de alguns desses resíduos, é oriundo do processo de recolhimento pelos fabricantes, (como leciona a responsabilidade compartilhada pelo destino de tal resíduo), e no interior das empresas esse passam por processos de reciclagem, desmanche, reuso, com o objetivo de aproveitar o maior número possível de materiais provenientes dos componentes.

O objetivo principal de fomentar esse processo logístico por partes das indústrias é mostrar que metais como ferro, níquel, prata, ouro entre outros, podem ter retorno econômico maior no pós venda, quando advindos da reciclagem por meio da logística.

Observa-se que a logística reversa é estratégia empresarial, operacional e ambiental, tornando-se holística em preocupações para com a eliminação das externalidades advindas da disposição dos resíduos eletro eletrônicos no ambiente.

Abaixo segue exemplos de iniciativas de logística reversa, provenientes de empresas do ramo de eletrônicos, citados por Paulo Roberto Leite:

A empresa Sony Eletronics anunciou, em outubro de 2000, um acordo com a empresa Waste Management Inc.,estabelecia um programa de coleta (*take back*) de seus produtos após o uso, sem ônus para o consumidor. O acordo inicialmente serviu para o Estado de Minnesota, mas deveria ser estendido aos demais estados norte-americanos, pois era a intenção da empresa reutilizar peças em condições de uso. A IBM criou o IBM's PC Recycling Services, que permite ao consumidor retornar os computadores e seus periféricos usados, no estado da Pensilvânia, por meio da UPS. A empresa Toshiba, nos Estados Unidos, realiza esses serviços com a UPS em todo o território americano. A Dell Computer e a Hewlett-Packard (HP) modificaram seus projetos de computadores, visando facilitar o trabalho de desmontá-los. A Nokia anunciou serviços de *take back* de telefones celulares em diversas partes do mundo.²²

Esse processo logístico possui também além dos fatores já mencionados anteriormente, outros decisivos para seu sucesso em escala nacional, quais sejam: fatores econômicos,

²² LEITE, Paulo Roberto. *Logística reversa: meio ambiente e competitividade*. São Paulo: Prentice Hall, 2003, p.24



legislativos, logísticos e tecnológicos, que juntos podem ser considerados determinantes e interferem na organização e estruturação dos bens que são reintegrados novamente no ciclo produtivo.

O objetivo econômico para implantação da logística reversa como já mencionado, é fato que impulsiona o retorno de matéria prima secundária para fabricação de novos eletrônicos. “A reintegração desses materiais no ciclo produtivo traz retornos financeiros significativos para as organizações.”²³

Quanto ao objetivo ecológico, o tema apesar de já estar exaurido no decorrer deste trabalho, pode-se dizer que o principal vetor que impulsiona o processo é a diminuição dos impactos que os resíduos eletrônicos provocam para o ambiente.

Quanto aos fatores legislativos, de bom alvitre salientar que a implantação e estruturação da Política Nacional de Resíduos Sólidos deve ser feita por parte dos municípios até 2014. Isso quer dizer que no tocante ao processo logístico realizado pelas empresas, se esta implementação for levada a cabo pelo Poder Público (estruturação da coleta seletiva e cooperativa de catadores), os produtos aptos ao processo logístico serão favorecidos no processo.

Quanto aos objetivos tecnológicos tem-se que a sua estruturação só vem a contribuir com a organização das cadeias reversas, permitindo com isso economia e viabilidade ao processo. Isso porque os custos da logística reversa é por parte de algumas empresas fator impeditivo do processo.

No caso dos resíduos eletrônicos, o objetivo principal é prolongar a vida útil dos mesmos, de modo que a partir da logística a matéria prima secundária advinda possa ser utilizado em um novo eletrônico, e este inserido no mercado.

Uma placa mãe, por exemplo, pode ser “diretamente reutilizada, remanufaturando-a em brinquedos eletrônicos ao invés de enviá-la para aterros, evitando assim o descarte da mesma no ambiente.”²⁴

A idéia é que o descarte desses produtos seja feita apenas em último caso.

Para melhor compreensão do descarte efetuado dos produtos gerando resíduos, importante distinguir os bens que podem ser objetos de reciclagem a partir do processo logístico reverso, no caso dos eletrônicos, caracterizados como bens de uso semiduráveis por terem duração média de

²³ Ibid. p. 107.

²⁴ RAVI, V.; SHANKAR, R.; TIWARI, R. M. Analyzing alternatives in reverse logistics for end-of-life computers: ANP and balanced scorecard approach. *Computers & Industrial Engineering*, 2005, p. 77.



alguns meses até anos, o tempo para sua transformação em resíduo pode ser aumentado devido ao avanço tecnológico atrelado ao consumo acelerado.

O autor Paulo Roberto Leite, trás uma classificação mais abrangente a respeito dos bens produzidos, classificando-os em três categorias: bens descartáveis, bens duráveis e bens semiduráveis.

Bens descartáveis: são os bens que apresentam duração de vida útil média de algumas semanas, raramente superior a seis meses. Essa categoria de bens produzidos constitui-se tipicamente de produtos de embalagens, brinquedos, materiais para escritório, suprimentos para computadores, artigos cirúrgicos, pilhas de equipamentos eletroeletrônicos, fraldas, jornais, revistas, entre outros.

Bens duráveis: são os bens que apresentam duração de vida média útil variando de alguns anos a algumas décadas. Constituem bens produzidos para a satisfação de necessidades da vida social e incluem os bens de capital em geral. Fazem parte dessa categoria os automóveis, os eletrodomésticos, os eletroeletrônicos, as máquinas e os equipamentos industriais, os edifícios de diversas naturezas, os aviões, as construções civis, os navios, entre outros.

Bens semiduráveis: são bens que apresentam duração média de vida útil de alguns meses, raramente superior a dois anos. Trata-se de uma categoria intermediária que, sob o enfoque dos canais de distribuição reversos dos materiais, apresenta características ora de bens duráveis, ora de bens descartáveis. Trata-se de bens como baterias de veículos, óleos lubrificantes, baterias de celulares, computadores e seus periféricos, revistas especializadas, entre outros.²⁵

No caso dos celulares, os quais são recordes de venda, o canal reverso deve ser ainda mais intensificado. Os serviços podem partir das autorizadas ou empresas terceirizadas. O consumidor poderá entregar o aparelho em um dos pontos de coleta, à operadora ou à magazine que revende o mesmo.

Os produtos retornados pelo varejista ou magazine são enviados para centros de maior tecnologia, conhecidos como CMTs. O varejista solicita a coleta e o lote é enviado ao CMT, isto proporciona um maior rigor e controle, isso porque esses produtos são controlados individualmente por meio de registro de um número de série, e então é aberta uma ordem de serviço (O.S).

A partir daí, no caso do reparo desses celulares, peças novas são enviadas pelas empresas, enquanto que as defeituosas são devolvidas, e quanto à sobra de materiais, se houver implica em auditoria.

²⁵ LEITE, Paulo Roberto. *Logística reversa: meio ambiente e competitividade*. Sao Paulo: Prentice Hall, 2003, p. 34.



Desse processo todo o que se pode concluir é que as empresas vem investindo em processos logísticos, principalmente no campo da informática, de modo a aumentar a produtividade e aderindo à crescente sensibilização ambiental.

Os consumidores também participam desse processo de sensibilização, quando “exigem um nível de serviço mais elevado das empresas e estas como forma de diferenciação e fidelização de seus clientes, investem em logística reversa.”²⁶

Diante da diferenciação obtida por meio da logística as empresas tendem a se destacar no mercado, tal como ocorre com a Sony, Nokia, Motorola, Dell, HP, Itautec, e isso valoriza a imagem institucional destas.

Segundo Paulo Roberto Leite:

A imagem corporativa vem ganhando espaço no ambiente competitivo, visto que as organizações buscam relacionamentos duradouros com os clientes, e estes devido à crescente consciência ecológica passou a exigir maior responsabilidade sócio-ambiental das empresas, e com isso a imagem institucional vem ganhando cada vez mais destaque.²⁷

Essa valorização corporativa atingida pelas empresas por meio da destinação ambientalmente correta dos produtos por ela colocados no mercado, faz com que a logística reversa seja alternativa a ser cada vez mais difundida, implementada e operacionalizada nos caso da destinação dos resíduos eletro eletrônicos.

5 COLETA SELETIVA E COOPERATIVAS DE CATADORES E RECICLADORES

A nova legislação incentiva a implementação e efetivação das cooperativas de catadores e da coleta seletiva, visando dar destinação final ambientalmente adequada aos resíduos sólidos e rejeitos.

O Decreto 7.405 de 23 de dezembro de 2010 institui o Programa Pró-Catador e o Comitê Interministerial para a Inclusão Social e Econômica dos Catadores de Materiais Reutilizáveis e Recicláveis em substituição ao Decreto de 11 de setembro de 2003.

²⁶ CHAVES, Gisele de Lorena D.; MARTINS, Ricardo Silveira. *Diagnóstico da logística reversa na cadeia de suprimentos de alimentos processados no oeste paranaense*. In: VIII Simpósio de Administração da Produção, Logística e Operações Internacionais (SIMPOI), ago. 2005, São Paulo. São Paulo: FGV, 2005, p.1.

²⁷ LEITE, Paulo Roberto. *Logística reversa: meio ambiente e competitividade*. Sao Paulo: Prentice Hall, 2003, p. 34



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Este programa tem como meta a expansão da coleta seletiva, bem como melhora das condições de trabalho dos trabalhadores do setor de recicláveis por meio de incentiva da coleta seletiva.

Segundo Paulo Roberto Leite, as vantagens obtidas por meio do sistema de coleta seletiva podem ser resumidas da seguinte maneira:

O sistema porta a porta domiciliar apresenta alta taxa de captura de matérias de embalagens e descartáveis em geral, quando comparado a outras formas, principalmente no caso de plásticos e vidros. Apresenta também taxa de captura de até 90% quando existe grande sensibilização da comunidade ou no caso de coletas seletivas urbanas por lei expressa (mais de 40% dos casos nos Estados Unidos e 100% em países europeus como a Bélgica, Holanda, Alemanha). Há uma melhor qualidade dos materiais coletados, uma vez que não ocorre mistura com os resíduos orgânicos. A redução da quantidade, e principalmente do volume da coleta de lixo urbana, alivia os sistemas de aterros e incineração. Muitas economias deverão ser obtidas pela substituição de matérias-primas novas pelos materiais reciclados.²⁸

A emancipação econômica dos catadores de materiais recicláveis e reutilizáveis é sem dúvida a mais importante vantagem do ponto de vista econômico.

Importante ressaltar que ser catador de material reciclável é profissão. Todavia, a concepção de muitos é que o catador incomoda, é pertencente das classes 5 e 6, tem um carrinho (de coleta) sem fiscalização e lento, atrapalhando o trânsito. No entanto ninguém quer fazer o que ele faz.

A organização e inserção destes trabalhadores na economia formal só tende a maximizar e dinamizar as economias locais e regionais possibilitando a inclusão destes.

A implementação dos processos de coleta seletiva, a qual segundo a Lei 12.305/10 deve ser feita por parte de todas as prefeituras do país até 2014, pretende inserir nos vários setores da sociedade esses trabalhadores que são atualmente marginalizados e distantes da segurança social.

O Poder Público, empresas e sociedade são indispensáveis para fortalecer os processos de inclusão social, estimulando as organizações destes trabalhadores, facilitando as relações entre estes e os órgãos públicos ou empresas, separando e classificando seus resíduos e possibilitando que o país possa ter um futuro sustentável, com organização e inclusão social que garanta o

²⁸ LEITE, Paulo Roberto. *Logística Reversa: meio ambiente e competitividade*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010, p. 73.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

fortalecimento do povo, especialmente os mais pobres e excluídos dos benefícios do consumo de cada dia.

A nova legislação trás em seu bojo algumas diretrizes a serem seguidas para a implementação das coletas, bem como das cooperativas de catadores.

Destaca-se, entre outros os artigos 15, V, 17, V, 18, Lei 12.305/10, que tratam do plano nacional, estadual e municipal respectivamente, de gestão integrada de resíduos sólidos, trazendo como meta a inclusão social e emancipação econômica de catadores.

Art. 15. A União elaborará, sob a coordenação do Ministério do Meio Ambiente, o Plano Nacional de Resíduos Sólidos, com vigência por prazo indeterminado e horizonte de 20 (vinte) anos, a ser atualizado a cada 4 (quatro) anos, tendo como conteúdo mínimo:

V - metas para a eliminação e recuperação de lixões, associadas à inclusão social e à emancipação econômica de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis;

Art. 17. O plano estadual de resíduos sólidos será elaborado para vigência por prazo indeterminado, abrangendo todo o território do Estado, com horizonte de atuação de 20 (vinte) anos e revisões a cada 4 (quatro) anos, e tendo como conteúdo mínimo:

V - metas para a eliminação e recuperação de lixões, associadas à inclusão social e à emancipação econômica de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis;

Art. 18. A elaboração de plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, nos termos previstos por esta Lei, é condição para o Distrito Federal e os Municípios terem acesso a recursos da União, ou por ela controlados, destinados a empreendimentos e serviços relacionados à limpeza urbana e ao manejo de resíduos sólidos, ou para serem beneficiados por incentivos ou financiamentos de entidades federais de crédito ou fomento para tal finalidade.

§ 1º Serão priorizados no acesso aos recursos da União referidos no caput os Municípios que:

II - implantarem a coleta seletiva com a participação de cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda.

Assim, espera-se que nas três esferas de governo, haja uma cooperação mútua para com a problemática da destinação do resíduo, a qual ainda perfaz na sua grande maioria destinada aos lixões a céu aberto.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Pesquisas recentes indicam que “cerca de 7% dos municípios brasileiros possuem programas de coleta seletiva, a um custo médio de U\$ 220/t, portanto, cinco vezes mais cara que a coleta de lixo.”²⁹

A nova legislação nesse caso vem incluir a obrigatoriedade de coleta seletiva. Espera-se que a implementação efetiva do sistema possa fazer diminuir esse custo médio, em cidades como São Paulo, por exemplo, a U\$ 70/t.

A escolha pelo sistema de coleta seletiva deve interessar não só ao Poder Público, sob a ótica da contabilidade acima descrita, mas sim a toda sociedade, pois a verdadeira contabilidade que deve ser levada em conta é a diminuição dos impactos causados pelos resíduos no ambiente.

O sucesso da coleta seletiva, para obtenção de índices como os visualizados acima, depende da participação efetiva de todos, Poder Público, Empresas e comunidade, principalmente no tocante a incentivos e recursos financeiros que facilitem sua consolidação, bem como a materialização das cooperativas de catadores.

A comunidade ajuda na separação do resíduo dentro das casas, para ter maior aproveitamento, e não haver, principalmente, mistura de material orgânico com inorgânico.

Partindo desse planejamento, o qual é também proposto pela Agenda 21, a idéia é que a partir da organização desses trabalhadores na reciclagem, surjam novas parcerias estratégicas de acompanhamento e retorno dos produtos, fechando o ciclo da reciclagem do produto.

Essas parcerias garantem a capacitação de trabalhadores externos e internos às empresas, gerando mão de obra qualificada, o que possibilitará aumento da demanda, novas atividades econômicas, e gerará renda e qualidade digna para um contingente importante da sociedade.

As prefeituras tem importante papel nesse processo, devendo promover programas e ações voltados à participação de todos os interessados em participar do processo de coleta. O art. 19 da Lei 12.305/10 assim disciplina:

Art. 19. O plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos tem o seguinte conteúdo mínimo: [...]

XI - programas e ações para a participação dos grupos interessados, em especial das cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda, se houver;

²⁹ LEITE, Paulo Roberto. *Logística Reversa: meio ambiente e competitividade*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010, p. 73.



A operacionalização da responsabilidade compartilhada, bem como da logística reversa, propostos pela nova legislação do resíduo sólido, só terá seguimento se a organização de cooperativas e associações de reciclagem for estimulada pelo Poder Público, como mostrado acima.

Conclui-se que para as populações que hoje ainda vivem e sobrevivem da coleta no interior dos lixões, a nova legislação que visa a erradicar estes, fará com que a redução, reutilização, reciclagem e tratamento adequado dos resíduos sólidos até sua disposição final ambientalmente correta garanta a qualidade de vida das futuras gerações.

Desta forma, a geração de emprego para esta população que já vivia a margem da sociedade, incluindo a mesma no eixo econômico do país, fará com que tudo se volte para o objetivo pretendido, ou seja, preservação do ambiente.

Portanto a dignidade da pessoa humana, prevista constitucionalmente como um de seus fundamentos em seu art. 1º, III, só será possível a partir da emancipação econômica e organização destes trabalhadores, e para tanto precisa ser “efetivamente” uma das metas dos planos de gerenciamento dos resíduos sólidos.

4.1 Cooperativa de catadores - Garimpagem urbana de resíduos eletro eletrônicos

Para que ocorra a devida separação dos resíduos, ou sucata eletrônica, como assim dizer, todo hardware que perdeu sua finalidade e seus acessórios, incluindo os bens periféricos (impressoras, scanners, etc.), ou mesmo os eletrodomésticos, necessário é a segregação desses do lixo comum, possibilitando a triagem.

A definição da estrutura de coleta e armazenamento dos resíduos eletro eletrônicos é que dará engrenagem ao processo todo, principalmente no tocante a garimpagem desse equipamentos, a qual será realizada no interior das cooperativas. A criação de “ecopontos”, por exemplo é uma alternativa de alguns municípios do país para entrega desses eletrônicos, os quais serão coletados posteriormente pelos catadores e desmontados ou garimpados para obtenção de metal.

A participação da comunidade no processo de seleção, separação e envio para coletores, demonstra que a responsabilidade compartilhada, proposta pela nova lei de resíduos, vem sendo utilizada na prática.

As cooperativas de catadores, tem nesse processo importância fundamental.



É no interior dessas cooperativas que será feito o levantamento dos possíveis compradores dos materiais coletados (plástico, vidro, materiais ferrosos e não ferrosos etc.), bem como o destino a ser dado após a reciclagem que serão utilizados como matéria prima secundária, e o destino a ser dado aos metais perigosos não sujeitos a reciclagem e que se tornarão rejeito.

A partir de campanhas de desmontagem e separação dos resíduos eletro eletrônicos, por exemplo fica mais fácil de ser realizada a reciclagem de tais resíduos, pois a partir de iniciativas como estas estes resíduos chegam ao centros e cooperativas de seleção e desmontagem respectivamente, sem estar misturados a outros resíduos, a exemplo do orgânico.

Disso conclui que se faz necessária a definição e estrutura de coleta, armazenamento e implementação das cooperativas de catadores, conforme dispõe da nova legislação que trata da disposição e tratamento dos resíduos sólidos.

As associações e cooperativas de catadores de resíduos eletro eletrônicos devem todavia, ser adaptadas para o trabalho com estes resíduos, de forma que os colaboradores possam ser capacitados para o recebimento e desmontagem dos mesmo, com o intuito de maior grau de aproveitamento dos materiais reciclados.

Essa capacitação irá maximizar o aproveitamento da atividade, incentivando as cooperativas nas principais metas a serem atingidas para com esta atividade, ou seja preservação ambiental dando destino ecologicamente correto aos resíduos eletrônicos e inclusão social dos catadores de material reciclável.

6 ALTERNATIVAS PARA RECICLAGEM DO RESÍDUO SÓLIDO ELETRO ELETRÔNICO

As etapas para reaproveitamento dos resíduos eletrônicos são similares para a maioria dos equipamentos, e consiste em desmontagem, segregação, reciclagem e recuperação, e por fim tratamento e disposição do material não recuperado.

A desmontagem, como demonstra a figura abaixo, consiste na remoção das partes contendo substâncias perigosas, tais como CFCs, Hg, das partes de contenham substâncias de alto valor no mercado, tais como cabos contendo cobre, aço, ferro e metais preciosos, (ouro, prata, níquel).



O risco ambiental que envolve esta etapa de desmontagem pode ocorrer quando da estocagem desses resíduos no solo, onde pode haver vazamento de óleos e CFCs das partes removidas.

A segregação de metais, entre eles ferrosos não ferrosos e também a segregação de plásticos, geralmente é feita no centro de triagens.

O problema é que este ciclo não se completa de forma ambientalmente correta como esperado, isso porque ao queimar este tipo de resíduo, o plástico que não evapora, queima, liberando gases poluentes ao ambiente.

Daí conclui-se que além de prever a responsabilidade compartilhada para com o destino dos resíduos, também se faz necessário escolher a melhor forma de dar destinação a tais resíduos, para não gerar um problema ainda maior.

Todavia, a queima a céu aberto não é uma das melhores alternativas, devido a quantidade de gás poluente gerado, uma saída seria uma queima controlada.

Outras alternativas para separação dos metais podem ainda ser elencadas tais como:

A hidrometalurgia: A ideia é lavar o resíduo para dissolver a parte metálica e levar os metais para uma solução iônica. Assim, podemos separá-los entre si. Outra rota é o processamento mecânico, onde se utiliza a diferença de propriedades físicas, isso porque alguns metais são mais pesados, magnéticos ou condutores. Ou ainda a eletrometalurgia, que, ao invés de conservar os metais na forma sólida, os dissolvem em uma solução iônica, onde pode-se reduzi-los a uma célula para que os metais possam ser separados.³⁰

A partir de então, o processo de reciclagem em si começa. Os materiais ferrosos, não ferrosos, plásticos e metais preciosos vão sendo separados, classificados e destinados a plantas específicas para recuperação.

Sem entrar no processo físico-químico do processo de reciclagem do resíduo eletro eletrônico, o que se pretende aqui é apenas apontar alternativas com grau poluente menos agressivo ao meio. Processos de reciclagem que visem o maior aproveitamento dos componentes eletrônicos, de forma a ter uma sobra ínfima de resíduo não aproveitável.

Para ilustrar a importância do processo de reciclagem, tome-se como exemplo uma placa mãe de um computador. Se a opção para reciclagem for pela queima (incineração), a parte

³⁰ VEIT, Hugo. *Resíduo eletrônico: o que fazer?* Disponível em: <http://www.midia21.net>. Acesso em jun. 2010, p. 45.



plástica irá evaporar e a parte metálica irá se transformar em liga metálica. A partir dessa liga é que o cobre composto na referida placa se separa do ferro e do alumínio.

Quanto aos plásticos que fazem parte da maioria dos componentes eletrônicos, tem-se alternativas de aproveitamento por meio da reciclagem mecânica, química e energética. “A reciclagem energética é baseada na ideia de que o plástico é originado do petróleo, e que, em princípio, ele é um combustível que pode ser queimado para a geração de energia.”³¹

Já para a reciclagem química, a idéia tem como fundamento principal a logística reversa, ou seja, pegar o plástico dos equipamentos e transformá-los novamente em um produto petroquímico, como se estivesse partindo do petróleo e usando-o para fazer plástico.

Por fim, a reciclagem mecânica é a mais utilizada. “Consiste em quebrar o plástico, pegar um tipo de polímero, cuidando para separar os plásticos por tipos, triturá-lo, e, com esse material moído, fazer uma peça plástica. Isso pode ser feito com 100% de material reciclado ou com um percentual de material novo.”³²

Após o processo de reciclagem, que só tem seu sucesso graças a implementação de iniciativas como coleta seletiva, a ação dos catadores implementada pelo Poder Público, os resíduos que não são aproveitados nesse processo vão para um tratamento diferenciado. Aí eles já estão na forma de rejeito e devem ser enviados para aterros sanitários controlados, como já visto anteriormente, para tratamento adequado.

Do exposto, fato é que os componentes eletrônicos apresentam vários elementos químicos tóxicos, os quais das diferentes formas, como citadas acima podem ser reaproveitadas.

Se para montagem de computadores são utilizados materiais dos mais diversos tipos, dentre eles combustíveis fósseis; produtos químicos e água, segundo dados de uma pesquisa coordenada pelo Prof. Ruediger Kuehr, da Universidade das Nações Unidas, uma coisa é certa, reaproveitar os materiais para que não precisem ser retirados *in natura* pode apresentar até mesmo vantagem econômica ao sistema de reciclagem.

Essa é a idéia. O reaproveitamento dos materiais constituintes dos resíduos eletrônicos apresenta alta rotatividade no mercado, dado que são produtos com alto valor quando advindos do garimpo, por exemplo. Esses produtos, por serem limitados na natureza, quando na extração

³¹ VEIT, Hugo. *Resíduo eletrônico: o que fazer?* Disponível em: <http://www.midia21.net>. Acesso em jun. 2010, p. 45.

³² *Ibid.*, p. 45.



tem o valor subfaturado. O que não ocorre quando os mesmos são obtidos por meio de processos de reciclagem ou de logística reversa.

CONCLUSÕES

Dado que a sociedade atual não está apta a lidar com seu próprio consumo e conseqüente descarte, é sabido que o ambiente é limitado e não pode sozinho lidar com a disposição de resíduo eletrônico, quando este é disposto sem tratamento adequado.

O mercado capitalista que a cada dia coloca novas marcas e modelos à disposição, faz com que, tudo que é de mais novo e moderno seja objeto de desejo, fomenta esse consumo, e não há tempo hábil para a natureza absorver o que é descartado. Nesse ponto faz-se necessário um ponto de equilíbrio entre o avanço em exponencial da tecnologia e consciência ambiental.

É amparado nesse problema, que a nova legislação que trata da disposição e tratamento dos resíduos sólidos, Lei 12.305/10, vem trazer em âmbito nacional, alternativas para minimizar os impactos advindos da disposição do resíduo no ambiente, para que este tenha tratamento e disposição adequados.

A implantação da responsabilidade compartilhada, entre Poder Público, fabricantes e sociedade, para com a destinação do resíduo também é um avanço na temática. Essa proposta faz com que, no caso específico dos resíduos eletro eletrônicos, estes após terminada sua vida útil sejam devolvidos para os fabricantes, para que este dê destino ao resíduo. O que se tem é que muitas vezes, pode este ser reaproveitado, ou reciclado para extração a partir dos componentes eletrônicos de matéria prima secundária.

Atitudes como estas evitam que os metais pesados, oriundos dos resíduos eletrônicos sejam dispostos aleatoriamente na natureza como se resíduo orgânico fosse, poluindo solo e os rios, trazendo no futuro conseqüências desastrosas à saúde humana.

O Poder Público tem papel fundamental para a engrenagem das propostas sugeridas pela nova legislação. O que se espera é que as atitudes sejam enérgicas, não adianta haver leis bem elaboradas em papel, se não há ação por parte dos órgãos governamentais em implementá-las, e a não colaboração dos organismos sociais em aderir e praticar no cotidiano de suas rotinas a atividade atinente em conter o aumento dos resíduos descartados.

A logística reversa, no caso dos resíduos sólidos eletrônicos, também é proposta a ser seguida por parte das empresas, dado ao retorno ambiental e econômico que proporciona. Isso



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

porque a partir desse processo além do reaproveitamento do resíduo por parte das empresas, devido ao processo logístico, este é inserido novamente no mercado após passar pelo processo de reciclagem. Além do apelo ambiental, o marketing ecológico é diferencial competitivo para a empresa.

Do presente estudo conclui-se que é visível os problemas gerados a partir da falta de disposição e destinação final dos resíduos sólidos eletro eletrônicos gerados a partir do consumo inconsciente da sociedade. Todavia, é tarefa de todos fazer com que esse resíduo deixado ao entorno da sociedade de massa não seja inerente ao impacto ambiental gerado.

Ao final espera-se que não precise mais impor ao fabricantes e consumidores a responsabilidade pelo resíduos gerados, e sim, que, dar destinação ambientalmente adequada, longe de ser disposição a céu aberto, seja seguido por todos, visando a preservação do ambiente sustentável para as presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

BOENI, Heinz; SILVA, Uca; OTT Daniel. *Reciclaje de residuos electrónicos en América Latina Panorama general, desafíos y potencial*. In : Gestión de residuos electrónicos em América Lática. Santiago de Chile: Ediciones SUR, 2009.

BOFF, Leonardo. *Antropoceno uma nova era geológica*. Disponível em: <http://www.ecodebate.com.br>. Acesso em: 18. jan. de 2010.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: [HTTP\:\:www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 02.11.2010.

_____. *Lei Nº 4191, de 30 de setembro de 2003, dispõe sobre a política estadual de resíduos sólidos e dá outras providências*. 2003. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: out.2010.

_____. *Lei Nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos*. 2010. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: out.2010.

_____. *Decreto 7.404, de dezembro de 2010. Regulamenta Lei de Resíduos Sólidos*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: out.2010.

CHAVES, Gisele de Lorena D.; MARTINS, Ricardo Silveira. *Diagnóstico da logística reversa na cadeia de suprimentos de alimentos processados no oeste paranaense*. . In: VIII Simpósio de Administração da Produção, Logística e Operações Internacionais (SIMPOI), ago. 2005, São Paulo. São Paulo: FGV, 2005.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limond, 2001.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

DERANI, Cristiane. Aplicação dos Princípios do Direito Ambiental para o Desenvolvimento Sustentável: In: TÔRRES Heleno Taveira (Org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

LACERDA, Leonardo. *Logística Reversa - Uma visão sobre os conceitos básicos e as práticas operacionais*. Disponível em: <<http://www.sargas.com.br/>>

LEITE, Paulo Roberto. *Logística Reversa: meio ambiente e competitividade*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.

_____. *Logística Reversa: meio ambiente e competitividade*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2003.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEITE, José Rubens Morato; BELTRÃO, Antonio F. G. *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LUSTOSA, Maria Cecília Junqueira. Industrialização, meio ambiente, inovação e competitividade. In: *Economia e meio ambiente: teoria e pratica*. Peter H. May, Maria Cecília Lustosa da Vinha (org.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

MANSANO, Josyane e SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *Externalidades do desenvolvimento tecnológico e suas conseqüências faze à sociedade de risco*. In VII jornada Luso-brasileira de Direito do Ambiente, 2010, Florianópolis. Anais 2179-1279, SC/UFSC, 2010.

PORTER, J. D. *Computers & electronics recycling: challenges and opportunities*. Rio de Janeiro: Abril, 1998.

RAVI, V.; SHANKAR, R.; TIWARI, R. M. *Analyzing alternatives in reverse logistics for end-of-life computer*. ANP and balanced scorecard approach. *Computers & Industrial Engineering*, 2005.

ROSA, Agostinho. *Fabricação de cada computador consome 1800 quilos de materiais*. Disponível em: <<http://www.inovacaotecnologica.com.br/>>. Acesso em jun. 2010.

SILVA, Uca. *Plataforma Regional sobre Resíduos Eletrônicos de PC em Latinoamérica y el Caribe*. In: *Gestión de residuos electrónicos em América Latina*. Santiago de Chile: Ediciones SUR, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 7 ed. Malheiros. São Paulo: 2007.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE
MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

VEIT, Hugo. *Resíduo eletrônico: o que fazer?* Disponível em: <http://www.midia21.net>. Acesso em jun. 2010. <http://www.unep.org.br>. <http://www.lixoeletronico.com.br>.



VARIG: DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL À FALÊNCIA

VARIG: FROM RECOVERY TO BANKRUPT

Juliana Hinterlang dos Santos*

Rita de Cássia Resqueti Tarifa Espolador**

Resumo: O presente artigo tem por escopo apresentar uma inovação trazida pela Lei 11.101/2005, que foi a possibilidade de recuperação judicial das empresas aéreas, algo terminantemente proibido pelo art. 187 do antigo Decreto-Lei 7.661/1945, que regulava a Concordata e Falência das empresas. Depois de analisar essa possibilidade, o artigo entra na parte prática analisando o processo de recuperação judicial, pelo qual passou a Viação Aérea Rio-Grandense, bem como a superação ou não de sua crise econômico-financeira. A VARIG foi a primeira grande empresa aérea brasileira a passar por um processo de recuperação judicial, sem sofrer qualquer possibilidade de convalidação em falência. O processo de recuperação teve fim em 01 de setembro de 2009, quando, por sentença, a empresa foi considerada recuperada, com pagamento dos credores e integral cumprimento do plano de recuperação judicial, por ela proposto. Mesmo após ser considerada recuperada, a própria VARIG (no plano de recuperação chamada Flex Linhas Aéreas S/A), reconheceu a impossibilidade de continuidade de suas atividades, o que a levou ao pedido de autofalência, com sentença em 20 de agosto de 2010. Diante disso, a análise do artigo está no processo e eventuais falhas, que levou a VARIG, empresa aérea tradicional brasileira, à falência.

Palavras-Chave: VARIG, Recuperação de Empresa, Falência.

Abstract: The scope of this paper is to present an innovation introduced by 11.101/2005 law, which was the possibility of bankruptcy of airlines, something strictly prohibited by art. 187 of 7.661/1945 Decree-Law, which regulated the concordat and bankruptcy of enterprises. After analyzing this possibility, the article goes on to the practice, analyzing the bankruptcy process by which Viação Rio-Grandense, as well as overcoming or not its economic or financial crisis. VARIG was the first major Brazilian airline to go through a process of reorganization, without suffering any possibility of transform into bankrupt. The recovery process ended on September 1, 2009, when, by court, the company was considered recovered, with payment of creditors and full compliance with the plan of reorganization, it has proposed. Even after being considered recovered, VARIG's own (in the recovery plan called Flex Linhas Aéreas S/A), recognized the impossibility of continuing their activities, which led to the voluntary bankruptcy, with the sentence on August 20, 2010. Therefore, the analysis of the article is in the process and any flaws that led to VARIG, traditional Brazilian airline, bankrupt.

Key-words: VARIG; Recovery of Company; Bankrupt.

* Discente do Curso de Pós Graduação em Direito Empresarial da Universidade Estadual de Londrina. Email: julianahinterlang@uol.com.br.

** Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Email: rita.tarifa@gmail.com.



INTRODUÇÃO

Após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, muitas empresas aéreas entraram em colapso em virtude da diminuição do número de passageiros nos voos e do aumento significativo no preço do barril de petróleo.

A princípio, as empresas aéreas não tinham nenhuma probabilidade de se recuperar e voltar ao mercado, em virtude da impossibilidade de impetrar concordata frente à legislação falimentar anterior, logo, ficavam à margem do direito, não restando outra alternativa que não a intervenção do Poder Executivo ou sua liquidação extrajudicial.

O tema básico do presente trabalho está ligado à recuperação judicial de empresas aéreas, mais especificamente ao caso da Viação Aérea Rio-Grandense – VARIG, que foi a primeira grande empresa a ingressar com o pedido de recuperação judicial após a mudança da legislação ocorrida em 09 de fevereiro de 2005.

De um ponto prático, buscou-se abordar a mudança da legislação, bem como sua importância e eficácia na recuperação da empresa já citada.

Ademais, o estudo apresenta uma análise crítica e detalhada do Plano de Recuperação Judicial da empresa aérea em caso, bem como sua reestruturação e situação atual, abordando, principalmente, como a legislação falimentar permitiu que a empresa continuasse no mercado, tendo em vista sua importância no transporte aéreo de pessoas.

O escopo precípuo do presente estudo está na análise da recuperação judicial da VARIG, usando para isso a nova legislação de recuperação de empresas e sua comparação com a anterior, abordando os principais aspectos, bem como as principais modificações, principalmente no campo da possibilidade de recuperação judicial às empresas aéreas.

O método de abordagem para a elaboração do trabalho foi o dedutivo, partindo-se do instituto da recuperação judicial e da falência, aplicando-os ao caso específico da empresa em tela. Com relação ao procedimento utilizado, este foi um estudo exclusivo do caso da VARIG.

Através da aplicação da Lei 11.101 ao caso da VARIG, pretendeu-se demonstrar a principal alteração trazida por esta nova lei, no que diz respeito à possibilidade de recuperação judicial das empresas aéreas, algo impossível de se pensar quando da vigência da lei anterior, tendo em vista a vedação trazida pelo Código Brasileiro da Aeronáutica.



DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

A concordata era o instituto previsto no Decreto-Lei 7.661/1945, para as empresas se manterem operacionais no mercado. Ocorre que, algumas empresas simplesmente não podiam ingressar com esse pedido, tendo em vista o que era previsto em legislação especial.

As companhias aéreas estavam entre as empresas que, embora comerciais, estavam impedidas de impetrar a concordata, tendo em vista o que previa o art. 187 da Lei 7.565/1986, lei esta que estabeleceu o Código Brasileiro da Aeronáutica, “Não podem impetrar concordata as empresas que, por seus atos constitutivos, tenham por objeto a exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infraestrutura aeronáutica”.

Antes da vigência do Código Brasileiro da Aeronáutica, o Dec.-Lei 669/1969 tinha em seu teor posicionamento semelhante, de onde se extrai perfeita crítica do ilustre doutrinador Fabio Konder Comparato ao dizer que:

Exemplo sugestivo do desfavor atual do instituto da concordata é o recente Dec.-Lei 669, de 3 de julho de 1969, que suprimiu-a para ‘as empresas que, pelos seus atos constitutivo, tenham por objetivo, exclusivamente ou não, a exploração dos serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica’, sob a excelente justificativa de que ‘a concordata, sendo um favor legal, que se dá à empresa estritamente comercial para continuar o seu negócio, não é de molde a ser admitida para a empresa de transporte aéreo, quando se tem em vista, acima do interesse comercial da empresa a regularidade e segurança de vôo’. Como se percebe, a concepção que o legislador atual faz da concordata não é das mais largas(...). Mas qual é, então, o remédio jurídico aplicável à insolvência desses comerciantes? O Remédio é simplesmente ... não ficar insolvente, o que talvez acabe sendo editado por Decreto-lei. (COMPARATO, 1970)

Como visto acima, o Código Brasileiro da Aeronáutica não permitia às concessionárias de serviço aéreo impetrarem concordata preventiva, o que era severamente criticado por muitos doutrinadores.

Se as empresas aéreas estivessem passando por problemas econômicos, a lei lhes conferia duas possibilidades, ou o regime especial de intervenção, ou a liquidação extrajudicial.

A primeira opção diz respeito à intervenção do Poder Executivo, sendo que, Rubens Requião (1995, p. 17) diz que “o Poder Executivo pode intervir nas empresas concessionárias ou autorizadas, cuja situação operacional ou econômica ameace a continuidade dos serviços, a eficiência ou a segurança do transporte aéreo”.



A liquidação extrajudicial poderá ser decretada pelo órgão do Poder Executivo e comumente sobrevém às empresas que estão sujeitas a autorização governamental para funcionamento, como ocorrem com as empresas aéreas.

Em síntese, o Decreto não previa a hipótese de recuperação (ou concordata, utilizando-se o termo da lei) para as empresas aéreas, de forma que jamais conseguiriam ingressar com o pedido, estando sujeitas apenas às hipóteses já mencionadas, de liquidação ou intervenção.

Com o advento da nova legislação falimentar fora permitido às companhias aéreas ingressarem com o pedido de recuperação judicial/extrajudicial.

O art. 198 da Lei 11.101/2005 diz que não podem requerer a recuperação judicial as empresas que eram proibidas de impetrar a concordata. Contudo, o art. 199 faz a ressalva quanto às sociedades de que diz respeito o art. 187 da Lei 7.565/1986, já citado.

Art. 198 – Os devedores proibidos de requerer concordata nos termos da legislação específica em vigor na data da publicação desta lei ficam proibidos de requerer recuperação judicial ou extrajudicial nos termos desta lei.

Art. 199 – Não se aplica o disposto no art. 198 desta Lei às sociedades a que se refere o art. 187 da Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986.

Bezerra Filho (2007. p. 136) diz que:

A recuperação judicial destina-se às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade, porém, de superação, pois aquelas em tal estado, porém em crise de natureza insuperável, devem ter sua falência decretada.

As empresas aéreas foram contempladas pela nova legislação falimentar com a possibilidade de se recuperarem judicialmente ou extrajudicialmente, como previsto no art. 199, uma vez que o referido artigo não fora vetado pelo Presidente da República quando sancionou o projeto da Lei de Recuperação de Empresa e Falências. Resta claro que, para que as empresas sejam beneficiárias de tal instituto, seja na forma judicial ou extrajudicial, devem preencher a todos os requisitos impostos pela legislação atual.

Tal inovação trazida pela legislação vigente foi de suma importância pra que a Viação Aérea Rio-Grandense (VARIG) pudesse tentar se recuperar, através do plano de recuperação judicial, tendo em vista que apresentava os requisitos estabelecidos em lei.

A atual legislação falimentar abriu inúmeras possibilidades de reestruturação às empresas economicamente viáveis que passam por problemas súbitos, mantendo as vagas de emprego e os pagamentos aos credores.



DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Histórico da VARIG

A ideia precursora quanto ao surgimento da empresa Viação Aérea Rio Grandense VARIG ocorreu em 1º de abril de 1927, na cidade de Porto Alegre, capital do Estado do Rio Grande do Sul, sendo que sua efetiva constituição aconteceu em 7 de maio de 1927 pelo alemão Otto Ernst Meyer, no mesmo dia, realizou-se a primeira assembleia geral, com a presença de 550 acionistas, tendo como capital constitutivo algo em torno de mil contos de réis.(FUNDAÇÃO RUBEN BERTA, 1996).

Após sua constituição, a VARIG experimentou o auge da companhia, abrindo escritórios em vários lugares do mundo, operando voos nacionais e internacionais, sendo assim, até o início da década de 90.

Em agosto de 1990, tem início a Guerra do Golfo, que trouxe aumento significativo no preço do barril do petróleo e grande recessão no setor aéreo. Para tentar se manter entre as grandes empresas, a VARIG vendeu aeronaves para bancos e empresas de leasing, pagando assim, aluguel para continuar a utilizá-las.(CRONOLOGIA DA CRISE DA VARIG, 2007)

Já no ano de 1994, a companhia passa por um processo de reestruturação, fechando escritórios no exterior, suspendendo pagamentos e dispensando funcionários. (FUNDAÇÃO RUBEN BERTA (1996). No ano de 1998, a dívida da Companhia chega a 2,5 bilhões. Em 1999, com a crise cambial, ocorrida no Governo Fernando Henrique Cardoso, a VARIG se viu em situação mais difícil, com o significativo aumento no valor dos contratos de leasing, devolvendo nesse período 12 aeronaves aos proprietários. (TURBULÊNCIAS DA VARIG, 2007)

A VARIG e a TAM assinaram, no ano de 2003, um memorando na tentativa de se unirem, porém isso não se concretiza e a VARIG perdeu a liderança para a TAM no mercado interno.(TURBULÊNCIAS DA VARIG, 2007)

Em 2005, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a Lei 11.101/2005, chamada “Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência” e imediatamente a VARIG protocolou o pedido no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que foi distribuído para a 8ª Vara Empresarial, sendo deferido em 22 de junho de 2005, e publicado no Diário Oficial do Estado do Rio de



Janeiro em 12 de julho de 2005, sendo este o objeto precípua deste estudo.³³

Do Plano de Recuperação judicial e seu processamento

Como destacado, a VARIG foi a primeira companhia aérea a obter o deferimento do pedido de recuperação judicial. Em 17 de junho de 2005 foi protocolado o pedido junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tendo sido deferido o pedido em 22 de junho e sua publicação no Diário Oficial em 12 de julho do mesmo ano, nos seguintes termos:

Isto posto, considerando presentes e atendidos os requisitos exigidos pelo artigo 51, da Lei nº 11.101, de 09.02.05, ratifico a nomeação da empresa CYSNEIROS VIANNA ADVOGADOS ASSOCIADOS como ADMINISTRADOR JUDICIAL, conforme fls. 1.659, (1) defiro o processamento da recuperação judicial; (2) determino a dispensa da apresentação de certidões negativas para que as devedoras exerçam suas atividades, exceto para a contratação com o Poder Público ou para o recebimento de benefícios ou incentivos fiscais creditícios, acrescendo, em todos os atos, contratos e documentos firmados pelas autoras, após o respectivo nome empresarial, a expressão "em Recuperação Judicial"; (3) ordeno a suspensão de todas as ações ou execuções contra as devedoras, na forma do art. 6º da mesma lei, tudo nos exatos termos do item III do respectivo art. 52; (4) determino às devedoras a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto durar a recuperação judicial, sob a sanção da lei; (5) ordeno a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e todos os Estados e Municípios em que as devedoras tiverem estabelecimento, conforme elas próprias também informarão no mesmo prazo de 48 horas acima referido; (6) determino, finalmente, a expedição de edital para publicação no órgão oficial, que conterá os requisitos dos três itens do § 1º do mesmo art. 52. (Íntegra do despacho disponível no site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro).

O deferimento do plano de recuperação judicial foi de suma importância para a companhia aérea, tendo em vista que, logo após a VARIG propôs à Vara de Falências do Distrito Sul de Nova Iorque (Processo nº 058-14400 rdd) uma medida judicial buscando estender os efeitos das decisões proferidas pelo juízo da 8ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro (vara esta responsável pelo processamento da recuperação) ao território norte americano, abrangendo, assim, os credores do país. Pedido este que também foi deferido.

O PRJ (Plano de Recuperação Judicial) da empresa trouxe os motivos, pelos quais a Companhia apresentou problemas financeiros e optou por se reestruturar sob a égide da Lei de Recuperação de Empresas, dentre eles:

³³ Dados Constantes no Plano de Recuperação Judicial da VARIG, disponível em <www.varig.com.br> Acesso em 16 de maio de 2007, hoje não mais disponível para consulta.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

i) a guerra de preços no mercado nacional de serviços aéreos de transporte de passageiros; ii) a crescente volatilidade no preço de querosene para aviação; iii) a incapacidade de reduzir, a curto prazo, os custos de pessoal e outros de natureza operacional; e iv) o risco de perda iminente de aeronaves em função do atraso no pagamento dos arrendadores.³⁴

Tais motivos levaram a empresa a um prejuízo líquido, no ano de 2004, que chegava a quase R\$ 87.200.000,00 (oitenta e sete milhões e duzentos mil reais). No ano seguinte, isso contando apenas o primeiro semestre, a dívida chegou a R\$ 394.000.000,00 (trezentos e noventa e quatro milhões de reais).

Sendo a maior e mais conhecida companhia aérea brasileira, embora endividada, apresentava grande relevância sócio-econômica, o que é um dos pilares fundamentais na nova legislação.

A crise financeira na companhia aconteceu em razão de diversos fatores, o PRJ apresenta alguns deles:

Até 1985, as tarifas aéreas eram controladas e estabelecidas pelo Governo Federal com base em análises que levavam em consideração os custos das empresas aéreas. [...] Entre 1985 e 1992, como resultado dos vários planos de estabilização econômica e da política do Governo para o setor da aviação civil, os reajustes tarifários concedidos não observaram os parâmetros estabelecidos e contidos nos cálculos preparados pelo Sindicato Nacional das Empresas Aéreas (SNEA) e encaminhados ao Governo Federal. Um déficit foi criado entre os níveis tarifários calculados e demonstrados pelo SNEA, que refletiam os aumentos de custos do setor e aqueles aprovados pelo Governo. [...] A perda foi estimada em R\$2.346 milhões).

A introdução do câmbio flutuante em 1999 e subsequente desvalorização do Real resultaram em impactos substanciais no preço interno do querosene da aviação, bem como nos custos de manutenção e arrendamento de aeronaves. [...] um efeito secundário das desvalorizações foi a redução das taxas de ocupação dos vôos internacionais, causada pela diminuição do poder de compra dos brasileiros, medido em dólares norte-americanos.

Somam-se a esses fatores, o não gerenciamento por parte do Governo Federal no que diz respeito ao aumento da competição no mercado interno, os atentados terroristas de 11 de setembro, a invasão do Iraque e a epidemia da Síndrome Aguda Respiratória (SARS).

Com todos esses problemas, a VARIG, com o apoio de empresas renomadas no mercado, entre elas Fundação Getúlio Vargas, *Lufthansa Consulting GmbH* (LCG) e *UBS Securities LLC* e Banco UBS S.A, propôs o plano de recuperação judicial que abrangeu três

³⁴Dados extraídos do Documento Oficial (Plano de Recuperação Judicial da Empresa VARIG) obtido no site da companhia à época do deferimento do pedido. Site hoje não mais disponível para consulta.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

setores: caberia uma reestruturação operacional, uma financeira e, por fim, reestruturação do passivo e contingências tributárias e previdenciárias.

Na primeira situação, qual seja, reestruturação operacional, a proposta da *Lufthansa* foi no sentido de cindir a companhia VARIG em duas, sendo que a primeira ficou sendo chamada Flex Linhas Aéreas S/A e a segunda, VRG Linhas Aéreas S/A.

Quanto à reestruturação financeira, proposta pelo UBS *Securities LLC* e Banco UBS, foi dividida em duas fases. Sendo que a primeira foi a criação de uma Unidade Isolada de Negócio – VRG Linhas Aéreas S/A – com transferência de parte dos ativos, e a segunda, a recuperação da VARIG propriamente dita.

E, por fim, para a reestruturação do Passivo e Contingências Tributárias e Previdenciárias, contratou-se o serviço da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

A FGV ao analisar as ações judiciais contra a União Federal (em razão de prejuízos que lhe foram causados pelo congelamento das tarifas aéreas no período entre 1986 e 1991) verificou-se que os prejuízos chegaram perto de R\$2.236 milhões, valor este que deveria ser acrescido de juros e correção monetária a partir de 1995.

O crédito da União Federal era de R\$3.412,8 milhões, sendo que R\$1.716,1 milhões relativos a dívida previdenciária e R\$1.696,7 milhões relativos a impostos.

A VARIG buscou um acordo com a União Federal a fim de compensar os créditos advindos das ações tarifárias, com o passivo tributário e previdenciário, além das contingências. Todavia, necessário se faz aguardar o trânsito em julgado das sentenças favoráveis à companhia.

A FGV apurou ainda o crédito que a companhia tinha junto aos Estados da federação, crédito esse advindo do pagamento do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviço. No período compreendido entre 1989 e 1994, a VARIG pagou aos Estados tal imposto, ocorre que, no ano de 1996 o STF (Supremo Tribunal Federal) declarou que este imposto não era devido, de sorte que os Estados envolvidos deveriam devolver os valores recebidos. Todavia, com exceção do estado do Rio de Janeiro, os demais Estados se recusaram à devolução, o que levou a companhia a ingressar com ações judiciais que somavam R\$599 milhões, além dos juros e correção monetária desde dezembro de 2001.

A partir dessas análises, A FGV verificou que a companhia dispunha de dinheiro (embora não disponível em algumas situações) para se manter operante no mercado, enquanto o Plano de Recuperação Judicial era cumprido.



Com base nos dados apresentados pelas três empresas contratadas, iniciou-se a reestruturação da VARIG.

Para compreender a situação atual da VARIG necessário se faz um reporte ao momento da apresentação do plano recuperação judicial. Tal documento previa a venda da VarigLog (Varig Logística S.A. – transporte de cargas) e da VEM (Varig Engenharia e Manutenção S.A), ambas eram subsidiárias integrais da VARIG. A primeira empresa foi vendida à TAP (Transportes Aéreos Portugueses), enquanto a segunda, à Volo Brasil (constituída pelo fundo de pensão *Mattin Patterson* e mais três investidores brasileiros – Marco Antônio Audi, Luiz Eduardo Gallo e Marcos Haftel), o que garantiu o pagamento de credores internacionais.(LAGE, 2009).

A LRF prevê a hipótese de constituição de subsidiária integral como meio hábil a promover a recuperação de uma empresa. No caso da VARIG, essas subsidiárias já existiam, já haviam sido constituídas antes dos problemas econômico-financeiros que levaram à companhia à implementação do Plano de Recuperação Judicial. Todavia, com a necessidade de captação de recursos para manter a companhia operante, foram ambas vendidas.

A VarigLog e a VEM faziam parte do grupo VARIG, porém eram independentes, logo, puderam ser vendidas. A venda foi uma tentativa de trazer novo capital para a companhia e possibilitar sua recuperação.

Após a separação da VarigLog e da VEM, a companhia em recuperação foi cindida em duas companhias, sendo que uma delas ficou conhecida como Flex Linhas Aéreas S.A., ou “Velha Varig”, que ficou responsável pelos passivos da VARIG e a outra VRG Linhas Aéreas S.A, ou “Nova Varig”, que ficou com a parte operante da empresa.

Da Cisão da Empresa

Os credores da VARIG aprovaram em assembléia a proposta de divisão da VARIG em duas companhias, sendo que uma delas (VRG Linhas Aéreas S.A) foi a leilão.

No Plano apresentado pela empresa Alvarez e Marsal (responsável pela recuperação judicial da companhia quando do afastamento da Cysneiros Vianna Advogados Associados) a companhia poderia ser vendida de duas formas. Na primeira hipótese a companhia teria toda a sua parte operacional vendida, englobando rotas nacionais e internacionais, excluindo-se as



dívidas que ficariam com a atual empresa, ou somente a parte com as rotas domésticas, nessa hipótese, os débitos ficariam com a parte internacional que não seria vendida. O valor mínimo estimado para essa operação era de US\$860 milhões. (PORTES, 2006)

A principal exigência dos possíveis compradores era a não transferência dos passivos junto com a nova companhia. Dessa forma, os ativos seriam transferidos, livres dos ônus das dívidas.

Em leilão ocorrido em 20 de julho de 2006, com a presença somente da VarigLog (ex-subsidiária de transporte de cargas) a mesma ofereceu o valor mínimo, na época, US\$24 milhões, algo equivalente a R\$52,3 milhões, e arrematou a VARIG (VRG Linhas Aéreas S/A). A empresa participou do leilão utilizando o nome Aéreo Transportes Aéreos S/A.(SPITZ, 2006).

A VarigLog passou a possuir então a marca VARIG e a Rio Sul, bem como as rotas domésticas e internacionais. A Antiga VARIG (Flex Linhas Aéreas) tem à sua disposição um avião, a linha São Paulo – Porto Seguro e as operações da Nordeste.

Além do valor ofertado no leilão, a VarigLog teve de aportar US\$75 milhões na companhia aérea, no prazo de 48 horas após a homologação da venda, a fim de garantir o fluxo de caixa da Flex Linhas Aéreas S/A e pagar pelo uso do Centro de Treinamento de Tripulantes.(SPITZ, 2006).

Situação Atual

A Flex Linhas Aéreas S/A permaneceu em recuperação judicial até o ano de 2009, ou seja, quatro anos sob o resguardo do judiciário. Após encerrado o processo de recuperação, a companhia voltou ao controle da Fundação Ruben Berta, que era a principal acionista da companhia quando da implementação do plano. Mesmo com o encerramento da recuperação, as obrigações referentes ao plano de recuperação judicial continuam sendo acompanhadas pela 1ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro.

Três anos após o pedido de recuperação judicial, a Flex tinha pago menos de 1% das dívidas. Conforme apurado pelo jornal Folha de São Paulo, em reportagem de 14 de junho de 2008, “os últimos dados oficiais da companhia estimam o total do passivo em aproximadamente R\$ 7 bilhões. Ninguém sabe hoje o tamanho exato das dívidas porque, além da correção monetária, existem discussões na Justiça.”(LAGE, 2008).



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Em entrevista ao mesmo jornal, o juiz Luiz Roberto Ayoub, responsável pelo processo de recuperação da VARIG, afirmou que “já foram pagos cerca de R\$30 milhões referentes ao pagamento de debêntures (títulos de dívida). O valor foi destinado majoritariamente ao AERUS, fundo de pensão dos funcionários da companhia, e também a alguns credores com garantias”.

A juíza Márcia Cunha, que também acompanha o caso, ainda na mesma reportagem, afirmou que havia previsão do pagamento de 25% das dívidas trabalhistas, em um curto prazo. “Será difícil saber o tamanho das dívidas da VARIG. Muitos trabalhadores não aderiram ao plano, cobraram direitos na Justiça do Trabalho e buscaram a sucessão de dívida trabalhista”. A Justiça do Trabalho vem reconhecendo a sucessão seguidamente, mas falta a decisão de tribunais superiores. “Se no final for reconhecida a sucessão, a nova VARIG e a GOL terão de assumir”, segundo o advogado Álvaro Quintão.

A Flex ficou operando como empresa aérea de fretamento destinado a operadoras e agências de turismo nacionais e internacionais.

A VRG Linhas Aéreas S/A, que a princípio foi comprada pela VarigLog, em 28 de março de 2007 foi vendida para a Gol Linhas Aéreas Inteligentes S/A. A seguir, será abordada de forma mais aprofundada a questão da incorporação da Varig pela Gol.



DO PEDIDO DE FALÊNCIA

Antes de adentrar ao mérito da falência da empresa, é necessário esclarecer que a VARIG Linhas Aéreas S/A que continuou em recuperação judicial pelo período de 4 anos e depois veio a pedir sua autofalência, não se confunde com a VARIG que foi incorporada pela GOL Linhas Aéreas Inteligentes S/A.

A primeira é a que se chamou Flex Linhas Aéreas S/A, sendo tratado do pedido de falência dessa empresa e não da VRG Linhas Aéreas S/A que continua a existir sob o domínio da GOL, sendo que esta é a proprietária da marca VARIG, dos seus voos nacionais e internacionais, bem como do programa de fidelidade smiles.

A Flex continuou operante por mais ou menos 5 anos e, após esse tempo, o administrador judicial verificou que, embora tenha passado pelo plano de recuperação judicial, embora tenha sido declarada por sentença sua recuperação e a possível continuidade da companhia, não era possível manter a empresa no mercado nacional.

Em razão disso, em comum acordo, optaram por pedir a autofalência da empresa, nos seguintes termos:

Varig S/A – VIAÇÃO AÉREA RIO GRANDENSE, Rio Sul Linhas Aéreas S/A E Nordeste Linhas Aéreas, representadas pelo administrador judicial, que exerce, igualmente, a função de Gestor Judicial, nos termos do art. 65 da Lei 11.101/2005, requerem sua falência, ao fundamento de que as empresas não possuem solvabilidade. Informa que, em que pesem os esforços efetuados durante o período de recuperação judicial, não foi alcançado ponto de equilíbrio econômico e financeiro e que as empresas operaram sempre sob prejuízo. O Gestor Judicial acrescenta que não vislumbra qualquer possibilidade de se equilibrar a situação patrimonial e financeiras das sociedades, pelo que, confessa falência.

A fls. 88/90, o Gestor Judicial informa que a continuidade dos serviços de rádio prestados pelas requerentes encontra-se seriamente ameaçada, por atrasos no pagamento dos salários dos operadores que, por duas vezes, já ameaçaram entrar em greve. Acrescenta que a paralisação desse serviço causaria a interrupção do tráfego aéreo onde as estações são de classe “A”, aquelas que orientam os pilotos nas decolagens e pousos. Requer seja permitido descontinuar a prestação do serviço, com comunicação ao Centro Integrado de Defesa Aérea e de Controle de Tráfego Aéreo para que assuma as atividades ou as transfira para outra empresa. Requer, ainda, autorização para alugar os equipamentos por doze meses, pois sua retirada imediata afetaria o tráfego aéreo dos aeroportos atingidos.

Parecer do Ministério Público a fls. 92/99, onde opina pela decretação da falência e pela concessão de autorização para que o Administrador Judicial paralise a prestação dos serviços das rádios e proceda a locação dos



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

equipamentos para a permissionária escolhida pelo Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo.

Como se percebe do trecho da sentença acima, não foi possível para a Flex sua recuperação, mesmo com a implementação do plano judicial, sendo assim, outra alternativa não restou a não ser a decretação da falência, nos seguintes termos:

DEFIRO O PEDIDO, para decretar, hoje, às 12 horas, com base no art. 94, I e III, da Lei 11.101/05, a falência de VARIG S/A – VIAÇÃO AÉREA RIO GRANDENSE CNPJ nº 92.772.821/0001-64, RIO SUL LINHAS AÉREAS S/A CNPJ nº 33.746.918/0001-33 E NORDESTE LINHAS AÉREAS S/A CNPJ nº 14.259.220/0001-49, com estabelecimento na Av Almirante Silvio de Noronha, 361/365, Centro. Determino a continuação do negócio referente às atividades de treinamento de aeronautas e de comunicação de rádio categoria “A”, esta pelo período de duas semanas. Determino o fechamento dos estabelecimentos não implicados na continuação das atividades acima definidas, com lacre, no prazo máximo de 48 horas, pelos Oficiais de Justiça. (Márcia C. S. A de Carvalho)

A decretação de falência da companhia foi a forma, mais viável, encontrada para o regular pagamento dos credores e o encerramento das atividades da Viação Aérea Rio-Grandense, uma das maiores companhias aéreas brasileiras.

Em que pese os esforços dos administradores para manterem a VARIG entre as grandes empresas aéreas brasileiras, foi impossível, ainda que com a implementação do plano de recuperação judicial, mantê-la no mercado.

Embora a empresa possua um grande volume de dinheiro a receber, advindas de suas ações contra o Estado, não possui, atualmente condições de arcar com as suas atividades, com a circulação das aeronaves que ainda lhe restam, bem como com o pagamento dos seus colaboradores. E mais, não consegue pagar seus credores e seus custos de operação, tendo em vista que não conseguiu atrair novos investidores.

Sendo assim, ao pedir a sua autofalência, a VARIG faz o que prevê a lei de Recuperação de Empresas e Falência, em seu art. 105, quando não há mais possibilidade de continuidade das atividades.



CONCLUSÃO

Com a análise da nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências, conjuntamente com a análise do plano de recuperação judicial da Viação Aérea Rio-Grandense, há que se concluir que as alterações trazidas por esta nova norma jurídica foi de grande benefício para as empresas aéreas como um todo, mas principalmente para a VARIG.

Tendo em vista que a antiga legislação não permitia às empresas aéreas impetrarem o pedido de concordata, do ponto de vista das empresas, a principal modificação trazida pela lei 11.101/2005 diz respeito à possibilidade das mesmas de ingressarem com o pedido de recuperação judicial, instituto este que substituiu a concordata.

A nova legislação foi de suma importância para a companhia em análise, posto que, se não fosse possível a recuperação judicial, outra alternativa não restaria a não ser a liquidação extrajudicial, o que acarretaria em perda de inúmeros postos de trabalho, perda para os credores e principalmente para a economia brasileira, que não contaria mais com uma empresa de grande renome no cenário nacional e internacional.

Ao deferir o processamento da recuperação judicial, o juiz do caso acreditava na recuperação da empresa, posto que se assim não fosse, teria indeferido o pedido. E, com o deferimento, a VARIG pode por algum tempo respirar, para, em seguida fazer sua reorganização financeira, operacional, além da reestruturação do passivo e das contingências tributárias e previdenciárias.

Todavia, a recuperação não ocorreu, embora o contrário conste em sentença. E, em razão disso, concluí-se que, o pedido de autofalência foi a melhor solução dada ao caso VARIG, pois a partir de agora, com liquidação dos ativos, poderá haver o pagamento dos credores e a liquidação da empresa como um todo, de forma legal.

REFERÊNCIAS

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência Comentada: Lei 11.101/2005: Comentário artigo por artigo**. 4. Ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

BRASIL. Dec.-Lei 669, de 03 de julho de 1969. Exclui do Benefício da Concordata as Empresas que Exploram Serviços Aéreos ou Infra-Estrutura Aeronáutica e dá Outras Providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 de julho de 1969.

BRASIL. Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro da Aeronáutica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 de dezembro de 1986, ratificada em 30 de dezembro de 1986.

BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a Recuperação Judicial, Extrajudicial e a Falência do Empresário e da Sociedade Empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2005, edição extra. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2005/lei/L11_101.htm. Acesso em: 2 de julho de 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. **Aspectos Jurídicos da Macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

ESTADÃO. **Turbulências da VARIG**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/especiais/turbulencias-da-varig,19150.htm>. Acesso em 20 de maio de 2007.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Cronologia da Crise da VARIG**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u108398.shtml>. Acesso em: 18 de maio de 2007.

FUNDAÇÃO RUBEN BERTA. **De homens e ideais**: os cinquenta anos da Fundação Ruben Berta. São Paulo: Prêmio, 1996.

LAGE, Janaína. **Velha VARIG pagou menos de 1% das dívidas**. Folha de São Paulo: Caderno Dinheiro. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u412389.shtml>. Com acesso em: 14/06/2008.

_____, Janaína. **VarigLog entra com pedido de recuperação judicial**. Folha de São Paulo: Caderno Dinheiro. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u529086shtml>. Acesso em: 08 de março de 2009.

PORTES, Ivone. **Credores e trabalhadores fecham acordo de cisão e leilão da VARIG**. Folha de São Paulo: Caderno Dinheiro. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u107557.shtml>. Acesso em: 28 de junho de 2006. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 16. Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

SPITZ, Clarisse. Folha de São Paulo: **Sozinha em leilão, VarigLog fica com VARIG por US\$24 milhões**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u109537.shtml>. Acesso em 20 de junho de 2006.



SER HUMANO NA ERA DA REPRODUTIBILIDADE TÉCNICA

Marcos Nalli*

Resumo: Nosso propósito é buscar apresentar algumas possibilidades de reflexão que permitam articular o homem, sua natureza, e o advento das novas tecnologias. Ora, as novas tecnologias – a biotecnologia, a genética, a nanotecnologia e as ciências informacionais – parecem convergir no sentido de forçar a se repensar a própria natureza humana tomando-a também como uma espécie de artefato. Procuraremos estabelecer, por fim, algumas pistas reflexivas sobre os objetos e artefatos tecnológicos, principalmente em função de sua natureza protética, como mediadores políticos e éticos.

Palavras-chave: Ser humano; reprodutibilidade técnica; protética, novas tecnologias; mediadores político-éticos.

INTRODUÇÃO

Alguma advertência prévia. O título é uma provocação. Talvez nem mais e nem menos que uma provocação. Parcialmente, sua ideia veio do título de um famoso artigo do filósofo alemão Walter Benjamin, “A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica”, escrito entre 1935 e 1936, em pleno auge do fascismo e do nazismo na Alemanha. Nesse famoso texto, Benjamin observa que, embora a obra de arte sempre foi reproduzível, algo novo começa a se dar com a reprodutibilidade técnica: primeiramente liberando a mão do processo reprodutivo imagético, o que o tornou mais rápido, apenas afeito a apreensão do olhar; e desde o século XIX, a reprodução sonora alcançou um padrão de qualidade e incorporou como seus objetos toda a obra de arte musical. Ainda assim, há um traço típico da obra de arte, que faz dela autêntica, que escapa da mais perfeita reprodução, isto é, o “aqui e agora do original”, a “esfera da autenticidade” da obra de arte (Benjamin, 1985, p. 167). Há, neste sentido a perda gradativa do que ele designou por “aura”.

Generalizando, podemos dizer que a técnica da reprodução destaca do domínio da tradição o objeto reproduzido. Na medida em que ela multiplica a reprodução,

* Doutor em Filosofia pela UNICAMP (2003), com Pós-Doutorado em Epistemologia Histórica pela École des Hautes Études em Sciences Sociales – EHESS-Paris, França (2008). Professor do Departamento de Filosofia e do Mestrado em Filosofia da UEL – Paraná. Autor do livro *Foucault e a Fenomenologia* (São Paulo: Loyola, 2006) e de artigos e capítulos, prioritariamente sobre Michel Foucault.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

substitui a existência única da obra por uma existência serial. E, na medida em que essa técnica permite à reprodução vir ao encontro do espectador, em todas as situações, ela atualiza o objeto reproduzido. Esses dois processos resultam num violento abalo da tradição, que constitui o reverso da crise atual e a renovação da humanidade (Benjamin, 1985, p. 169).

Este abalo da tradição se faz notar, por exemplo, com o advento da fotografia, na qual a foto como objeto se caracteriza por exigência de reprodução. A foto é o primeiro objeto de arte que quebra a estreita relação existente entre a arte e a teologia ritualística que era subjacente à toda obra de arte até então. Pela reprodutibilidade técnica, o objeto de arte se dá o tempo todo, e sua existência depende de modo inexorável de que seja continuamente reproduzido – “A obra de arte reproduzida é cada vez mais a reprodução de uma obra de arte criada para ser reproduzida” (Benjamin, 1985, p. 171); e a isto Benjamin interpretou como uma forma de emancipação, justamente por que, ao se liberar de uma teologia do ritual, que lhe conferia uma espécie de aura, sua autenticidade agora tem que ser transformada de modo a ser oriunda da práxis política; o que faz da obra de arte, uma criação da coletividade, sujeita à exposição e difusão. Aliás, na era de sua reprodutibilidade técnica, a obra de arte, por se oriunda, ou por se assentar fundamentalmente em sua reprodutibilidade técnica, tem que ser necessariamente objeto de reprodução e, pois, de exposição e difusão massiva. Está aí, por assim dizer, a sua “razão de ser”.

DESENVOLVIMENTO

E o que o título tem a ver com a questão, deveras importante, proposta por Benjamin? Ainda temos que pensar o que mais há de provocativo no título... Começamos por sua parte final, sobre a noção de reprodutibilidade técnica, como se a expressão “ser humano” fosse óbvia e escapasse a toda sorte de questões. Será mesmo? Primeiramente, tomamos a expressão como um nome, como um substantivo, como um signo com o qual designamos algo. Se seguirmos a lógica usual para casos assim, diríamos que a exatidão semântica de tal signo advém da objetividade e permanência “natural” e inexorável desse ente que é designado por tal expressão, isto é, esse ente – que facilmente identificamos a nós mesmos – e que o nomeamos “ser humano”. Mas se aqui digo “ser humano” é justamente para não dizer tão rapidamente “humano” ou “homem”: mais do que enfatizar o substantivo masculino “humano”, que também pode ser utilizado para generalizar e caracterizar todo um coletivo, incluindo aí os gêneros masculino e feminino, e até os trans-



gêneros, o que queremos é enfatizar o verbo “ser”, intransitivo, mas também auxiliar. No infinitivo, o verbo deixa de sê-lo e passa a ser nome, isto é substantivo. De qualquer modo, ao substantivá-lo, o que se faz é neutralizar a sua temporalidade; mas não eliminamos – assim me parece – sua natureza semântica peculiar neste caso, isto é, sua propriedade aspectual: quero dizer com isto que ao dizer “ser humano”, posso compreender na expressão um sentido processual, que se dá no tempo e na história, que parece implicar uma lógica teleológica cujo fim é dado, ou processualmente visado, na expressão, indicado pelo vocábulo “humano”. Assim, a unidade sintagmática “ser humano” não indica um fato natural, um dado pronto e acabado, mas um processo com fim bem demarcado. Ser humano, portanto, é usado aqui não para designar o humano propriamente dito, mas aquele ente que é cada um de nós, que somos todos nós, que agimos de múltiplos modos para nos fazermos efetivamente humanos. Se quisermos ainda brincar um pouco mais com a ideia, não somos humanos em ato; mas tão somente em potência. E mais, em possibilidade: podemos nos tornar humanos; podemos fazer de nós mesmos seres humanos. Não se trata, agora com este outro verbo, “poder”, conjugado no presente do indicativo, de indicar nossa força, nossa capacidade; também isso, mas de que esta força nos lança para um fim que não é o da certeza e da inevitabilidade, mas para o intrincado caminho da possibilidade, poderíamos até dizer, da sorte, da chance e da probabilidade: a possibilidade de que temos, de que poderemos nos tornar humanos é tão forte, tão grande, que não apenas é possível como é até provável que isto ocorra... Que nos tornemos humanos. Isto quer dizer então que não o somos? Talvez... Senão, vejamos.

Durante eras, séculos, gerações inteiras, esforçamo-nos em criar taxonomias, classificações, hierarquias, diferenciações dos mais variados tipos e espécies. Estavam implicadas nesses esforços muitas coisas, dentre elas o esforço de ver e de ler toda a realidade, e toda a natureza por meio de classificações e diferenciações entre gêneros e espécies, geralmente por estruturas binárias. É assim que dividimos o real em céu e terra; em terra e mar; em luz e trevas; em orgânico e inorgânico; em animal, vegetal e mineral; em simples e complexo; em natural e artificial; em normal e anormal; em saúde e doença; em natural e artificial.

A relação do homem, do animal humano com os artifícios sempre foi uma constante histórica. Já na *Teogonia* (590-593) de Hesíodo encontramos a referência ao mito de Prometeu. Tendo os deuses olímpicos atribuído ao titã Epimeteu, irmão de Prometeu, a incumbência de criar os animais e a Prometeu a tarefa de supervisionar a criação dos seres vivos, aquele se pôs à tarefa



criadora de modo a distribuir velocidade, astúcia, fortaleza, dissimulação a todos os animais criados, de modo que ao criar os primeiros homens não lhe restava mais outra matéria-prima senão o barro. O sentido o mais evidente dessa história é que o homem é dentre os animais, o mais fraco, o mais desprovido de recursos que lhe possam garantir subsistência e sobrevivência diante dos desafios e das ameaças da natureza. Vendo tamanha limitação, parece que Prometeu se comove com a fragilidade humana e astutamente rouba de Zeus o fogo para em seguida dar-lhe aos homens – o que teve conseqüências muito sérias ao infrator, sendo brutalmente punido. Que ideia emerge daqui? O que o presente, o fogo, representava aos frágeis e indefesos humanos?

Como toda a antropologia biológica sabe categoricamente, o animal humano, dentre todos os animais, é um dos mais frágeis ao nascer. Suas medidas são desproporcionais, ele nasce desprovido de pelos que possam lhe proteger do frio, ele leva muito tempo para aprender a engatinhar e a andar, o que por si já é um risco para si mesmo e para sua mãe que tem que carregá-lo, acalentá-lo, aquecê-lo, alimentá-lo, e que se torna, dia após dia num pesado fardo para sua genitora, não consegue se comunicar, apenas chora e seus genitores levam muito tempo até aprenderem a interpretar – e ainda assim com grande possibilidade de erro e de stress oriundo desse erro – seus choros e berros; nos primeiros meses passa a maior parte do tempo, inclusive, dormindo. Não sabe se alimentar, não sabe onde se livrar de seus dejetos. Os genitores precisam estar o tempo todo atentos a tudo o que ocorre com o indefeso e prematuro animal, para garantir minimamente sua preservação e, de um ponto de vista evolutivo, também da possibilidade de perpetuação de sua espécie. Ainda que segundo alguns antropólogos e biólogos, o que caracteriza o humano seja seu telencéfalo desenvolvido e seu polegar opositor, leva muito tempo após o seu nascimento até que o telencéfalo se desenvolva e que o filhote de humano consiga usar a contento seu polegares opositores para fazer jus às funções que se esperam deles, e para as quais eles foram moldados. Portanto, praticamente desde que o filhote humano nasce, seus genitores recorrem a expedientes artificiais, como a roupa e a manta, para proteger sua cria.

Tais expedientes artificiais podem ser entendidos perfeitamente como próteses. Mas as próteses são de vários tipos, não apenas em relação a sua funcionalidade, mas também em relação ao sentido que assume nas vidas humanas. A roupa e a manta que os genitores humanos se valem para aquecer e proteger seu filhote, e certamente a si mesmos, são como que uma segunda pele. Mas também é um código, uma mensagem, cifrada em alguns aspectos e explícita em outros. Pode-se pela *segunda* pele, isto é, a roupa, demarcar diferenciações sócio-econômicas, ou mesmo



culturais e religiosas. Os calçados que se usa são como que cascos que permitem ao ser humano pisar e transitar nos mais diferentes pisos, mas também podem ser evidente instrumento de aprimoramento e refinamento da silhueta, realçando seus traços eróticos e mesmo conclamando e incitando às relações eróticas. Os óculos são como que olhos melhorados e que conferem ao seu usuário uma visão, às vezes mais refinadas e acuradas que a de outros indivíduos não usuários. O que dizer então do binóculo, do telescópio e do microscópio, do carro e do avião. As próteses são assim como que extensões do corpo humano, ou extensões de funções do corpo humano. A faca, por exemplo, que é com seu cabo, uma extensão do braço e da mão, enquanto sua lâmina é um refinamento e aguçamento dos dentes. Neste sentido, os artefatos tomados como próteses cujo fim explícito é possibilitar ou aprimorar alguma ação, algum comportamento, ou algum feito humano, apontam para a incompletude do ser humano; mas como também se deve notar, segundo o historiador da arquitetura Adrian Forty:

A mais valiosa aplicação da protésica é, de longe, na estética do design, onde ela oferece algumas percepções úteis. Se considerarmos os objetos como extensões do corpo, resulta então que eles podem dar em troca prazer ao corpo – como membros e órgãos suplementares eles oferecem prazeres auto-eróticos que complementam os prazeres que nos dão os nossos órgãos naturais. Os artigos que pertencem à categoria geral da estética são, por definição, coisas cuja proximidade com o nosso corpo permitimos: eles tocam a nossa pele, passamos os dedos por eles, aproximamo-los dos nossos lábios. [...] os artigos da alta-costura podem aumentar a sensação do nosso próprio corpo, oferecendo sensações novas e variadas e jogando com os contrastes entre apertado e solto, entre peso e leveza, entre coberto e descoberto, entre aspereza e maciez e entre contrastes de texturas [...] Da mesma forma, usar uma chave de parafusos não é apenas um trabalho, também estimula a consciência da sensação do tacto, nem o ato de beber de um copo é apenas a satisfação da sede, mas também nos dá experiências sensoriais nos lábios, na mão e nos olhos. O cabo da chave de parafusos com um melhor acabamento transmite uma sensação diferente da de um cabo com um acabamento mais grosseiro. O copo de Vidor mais fino e mais transparente transmite ao ato de beber uma sensualidade que não se encontra se bebermos por um copo mais grosseiro ou por uma xícara de plástico (Forty, 2006: 29s).

Para além do aspecto protético, os avanços tecnológicos que assistimos desde meados do século XIX apontam-nos para uma outra dimensão, certamente já prenunciada na tese da prótese como extensão do corpo e de sua funcionalidade. Se a incompletude do animal humano parece só ser superada mediante os aprimoramentos cinéticos obtidos com as próteses, a própria integridade humana (no sentido de sua completude visada e não no sentido de uma dignidade ou sacralidade



da pessoa humana) só parece ser alcançada a partir do mais íntimo entrelaçamento entre natureza e artificialidade. O que caracteriza em termos biológicos um organismo, um ser vivo? De certo modo, todo organismo, desde os mais simples e unicelulares, até os mais complexos – que em geral, e presunçosamente, acreditamos ser nós mesmos – desenvolvemos basicamente três funções, que obviamente podem variar ou se diferenciar ganhando outras tantas nuances e funções, mas comumente entrelaçadas com essas três funções: buscar alimentos, fugir de toda e qualquer ameaça, e procurar perpetuar a espécie, seja pela divisão celular, seja pela cópula sexual. O animal humano, para conseguir atender tais funções-demandas, provavelmente devido à sua fragilidade bio-evolutiva, tratou de se valer de todos os meios artificiais que logo dispôs. E logo, pelo menos em termos da temporalidade evolutiva dos organismos, o animal humano desenvolveu aprimoramentos cada vez mais radicais aos seus primeiros utensílios-próteses. Em pouco tempo alterou de modo tão significativo seu bioma natural que criou outro só para si, a cidade e a vida urbana. Alterou seus códigos e criou códigos artificiais mais elaborados cujo fim seria justamente o de reger sua vida no seio urbano. Formulou o Direito, e nele, criou estratégias jurídicas curiosas, como por exemplo o conceito de pessoa, ou do início da vida. O animal humano criou para si algo mais complexo, mais etéreo, menos material, mais difuso e extremamente poderoso: a Cultura, que tem a capacidade, inclusive, de domesticar o animal humano. Aqui, faço minhas as poderosas e polêmicas ideias já enunciadas pelo filósofo alemão Peter Sloterdijk.

Entre setembro e novembro de 1999, na Alemanha, ocorreu um acirrado debate motivado pelo ensaio publicado pelo filósofo Peter Sloterdijk, *Regras para o Parque Humano: uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo*. Como bem observa o filósofo alemão, este debate provocado pela des-contextualização e pela desconstrução jornalística e midiática, culminando numa situação escandalosa (o “escândalo Sloterdijk-Habermas”, como se referiam os franceses à polêmica), foi um dos efeitos deletérios decorrentes do ensaio de Sloterdijk, originalmente uma palestra em Basileia e Elmau, entre os anos de 1997 e 1999. Ainda segundo Sloterdijk, esse efeito se dá a partir de um dos trechos finais do ensaio no qual apontou para:

Alguns problemas que podem ser levados quanto aos desdobramentos futuros da espécie decorrentes da emergência das novas possibilidades de intervenção biotécnica. Levantei ali a questão de se, a longo prazo, algo como um planejamento explícito de características no plano da espécie seria de algum modo possível, e se o nascimento opcional (com sua contrapartida, a seleção



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

pré-natal) poderia se tornar uma nova prática em assuntos de reprodução, no âmbito de toda a espécie [...] e na mesma passagem acrescentei que é sob a forma de questões temerárias como essa que se descortina à nossa frente o horizonte evolucionário. Essas questões foram transformadas por alguns jornalistas em prescrições (Sloterdijk, 2000: 62).

Sem ater aos motivadores da polêmica, é preciso considerar uma outra idéia enunciada por Sloterdijk, porém pouco tematizada:

Certamente, a leitura (Lesen) teve um imenso poder na formação humana – e, em dimensões mais modestas, continua a tê-lo; a seleção (Auslesen), contudo – seja como for que tenha sido levada a cabo – sempre funcionou como a eminência parda por trás do poder. Lições e seleções têm mais a ver entre si do que qualquer historiador da cultura quis ou pôde levar em conta e, ainda que nos pareça impossível por ora reconstruir de forma suficientemente precisa a conexão entre leitura e seleção, considerar que essa conexão, enquanto tal, possui algo de real, é mais que uma simples hipótese descompromissada (Sloterdijk, 2000: 43-44).

Ou seja: a distância entre educação – no sentido atribuído pelos humanistas, isto é, de educação pela formação humana – e tecnologia, especialmente as tecnologias que afetam direta ou indiretamente a natureza e condição humana, como as biotecnologias, não é tão grande como se pode supor a princípio. E essa distância, ou melhor, sua proximidade, fica bem menor se levarmos em conta seus aspectos políticos.

A afirmação de Sloterdijk é polêmica e escandalosa: à tese já clássica (e de certo modo agastada) da oposição “educação ou barbárie”, ele a embaralha propondo uma outra relação: educação e técnica. Não como uma nova oposição, mas sugerindo à educação, à sua definição, outros elementos que lhe são constitutivos, notadamente sua natureza técnica. A oposição “educação ou barbárie”, ou se preferirmos “educação ou bestialidade” se ampara na tese de que pela educação, nos humanizamos e somos retirados de um estágio ou condição de embrutecimento e barbárie:

O humanismo, como palavra e como assunto, sempre tem um ‘contra quê’, uma vez que constitui o empenho para retirar o ser humano da barbárie. [...] Quem hoje se questiona sobre o futuro da humanidade e dos meios de humanização deseja essencialmente saber se subsiste alguma esperança de dominar as atuais tendências embrutecedoras entre os homens. Quanto a isto, tem uma perturbadora importância o fato de que o embrutecimento, hoje e sempre, costuma ocorrer exatamente quando há grande desenvolvimento do poder, seja



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

como rudeza imediatamente bélica e imperial, seja como bestialização cotidiana das pessoas pelos entretenimentos desnibidores da mídia. [...] O tema latente do humanismo é, portanto, o desembrutecimento do ser humano, e sua tese latente é: as boas leituras conduzem à domesticação (Sloterdijk, 2000: 16-17).

Não precisamos projetar um futuro, tenebroso ou glorioso, para vermos a coerência da leitura do filósofo alemão. A nossa história recente já nos dá várias provas dessa relação que assustou tantos jornalistas e alemães, provavelmente ainda muito afetados e marcados por sua história recente, notadamente às voltas com a ascensão de Hitler e os desdobramentos da Segunda Guerra. Mas será que com tais desdobramentos, instalou-se uma cesura entre educação e técnica? O texto de Sloterdijk parece sugerir-nos que não. A domesticação humana como o traço latente da formação educativa ainda mantém suas amarras com a questão das novas tecnologias que nos convidam a projetar um novo futuro ao homem; um futuro onde os recursos às avançadas tecnologias não nos contrapõem à natureza, mas colocam-nos todos, homem e natureza, numa relação imbricada de adulteração e manipulação de nossas condições elementares.

Os arautos das novas tecnologias não mais se perguntam como alterar a natureza, como afetá-la e como constrangê-la às nossas vontades. Não se trata mais de se inquirir como ter a natureza à mão, mas de como imitá-la, de como emulá-la. O grande desafio das novas tecnologias, até para superar os seus limites, é de como desenvolver estratégias tecnológicas que emulam a natureza. Na informática, o desafio consiste em fazer com que as informações, baseadas em bits, possam ser processadas e repassadas entre as partes componentes de um sistema a partir dos elétrons (computação quântica). Não está mais em jogo a corrida pelo mapeamento genético; a questão agora reside em como reescrever as informações genéticas a partir das mais variadas cartografias, manipulando as ordens de cada unidade molecular numa seqüência de DNA (genômica). Em pouco tempo, poderemos dispor de nanocomputadores de DNA ou RNA, cuja função será rastrear e monitorar nossos corpos de tal modo a auxiliar e garantir-nos uma condição saudável, isto sem considerar as possibilidades de novos implantes biomecânicos (são algumas das propostas audaciosas da nanomedicina e da bioengenharia e biotecnologia). A emulação da natureza deverá ter como um de seus impactos mais significativos a alteração de nossa natureza constitutiva. As novas tecnologias, assim, concorrem em direção a uma nova formação do homem, uma nova *Bildung*, que nos constituirá, não mais no sentido preconizado pelo humanismo clássico, iluminista em sua crença cega no poder da razão



(universalizada porque singular), mas numa nova cultura, uma cultura eminentemente tecnológica, da qual a educação poderá fazer parte. Aliás, se os exercícios variados do processo educacional assumirem sua condição formativa, em particular, sua condição selecionadora, ela inevitavelmente será parte constitutiva desse projeto de fazer ser, de constituição do humano.

Agora, outro aspecto se faz aqui pertinente e que não pode ser desconsiderado. Se a educação tem um caráter seletivo, uma das formas que ela pode assumir como formação, então a questão que se coloca é: o que a educação seleciona? E enquanto seletiva, como se relaciona com as tecnologias em geral? Não há como negligenciar, principalmente se considerarmos a contraposição mais evidente – e que tentamos de modo sumário apresentar aqui, porém numa tônica menos alarmante – com a eugenia, que se trata de um movimento seletivo bastante peculiar, no qual se almeja intensificar e afetar o próprio processo de seleção natural, outrora preconizado pelo naturalista Charles Darwin e exposto por ele em sua *A Origem das Espécies* (1859). E esta seleção se deveria aplicar de modo intensivo não sobre os seres vivos em geral, mas em um animal de modo bastante particular: o homem. A zootecnia se especializaria aqui numa antropotecnia. As tecnologias seriam, assim como a educação, uma especiação da cultura, enquanto forma de cultivo e modo de produção. Foucault, em *Vigiar e Punir (Surveiller et Punir)*, já identificava esse fenômeno, entendido por ele como uma das conseqüências da matriz disciplinar que afeta toda a tessitura social (Foucault, 1987: 261) e condiciona e produz as multiplicidades: o preso, o doente, o louco, o idoso, o soldado, o educando. A educação e a escola, como um dos vetores possíveis das relações de poder que permeiam as sociedades contemporâneas, seleciona e produz nossa alma, nossa “realidade-referência” reclamada como nossa condição indelével e primeira por todos os humanismos. Nossa alma, nossa subjetividade, não é uma condição, uma causa antecedente ou um fim às relações sociais e políticas; é um efeito de poder.

Esta alma real e incorpórea não é absolutamente substância; é o elemento onde se articulam os efeitos de certo tipo de poder e a referência de um saber, a engrenagem pela qual as relações de poder dão lugar a um saber possível, e o saber reconduz e reforça os efeitos de poder. Sobre essa realidade-referência, vários conceitos foram construídos e campos de análise foram demarcados: psique, subjetividade, personalidade, consciência, etc.; sobre ela técnicas e discursos científicos foram edificados; a partir dela, valorizaram-se as reivindicações morais do humanismo. Mas não devemos nos enganar: a alma, ilusão dos teólogos, não foi substituída por um homem real, objeto de saber, de reflexão filosófica ou de intervenção técnica. O homem de que nos falam e que



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

nos convidam a liberar já é em si mesmo o efeito de uma sujeição bem mais profunda que ele. Uma ‘alma’ o habita e o leva à existência, que é ela mesma uma peça no domínio exercido pelo poder sobre o corpo. A alma, efeito e instrumento de uma anatomia política; a alma, prisão do corpo (Foucault, 1987: 31s).

Isto obriga-nos a voltar ainda uma vez mais ao ponto no qual se buscava polemizar a definição de humano, contra certa concepção humanista; aliás, bastante recorrente. Esta concepção, salvaguardadas as devidas proporções, suas versões e estilos argumentativos, assentase na tese geral, porém questionável, de uma suposta dignidade ou sacralidade do ser humano³⁵ diante de todos os demais seres vivos e, até mesmo, diante de todo o meio ambiente. Assim, o que garantiria algum sentido e relevância ética na preservação das variadas espécies de seres vivos e na conservação do meio ambiente como um todo seria a dignidade e superioridade – seja como ser vivo, seja enquanto criatura de alguma divindade, como nas religiões judaico-cristãs e islâmicas – do ser humano. A preservação de qualquer ser vivo e de toda natureza só se justificaria, pois, pela preservação da integridade, da dignidade e da qualidade de vida do humano. Um exemplo, para atermo-nos ao esforço de pensar a partir dos avanços recentes em tecnologia, pode ser encontrado facilmente no artigo “Ética e humanismo em nanotecnologia”, de Henrique Toma:

Os avanços no conhecimento exigem que o homem se adapte continuamente a novos preceitos e valores, embora isso não pareça óbvio. O homem já tem o poder bélico para destruir o mundo. Ironicamente, até mesmo sem tocar em armas, já pode levar nações à desgraça pelo exercício dos jogos econômicos. O que acontecerá quando tanto poder for exacerbado? [...] Assim, sob o ponto de vista evolutivo, é importante não dissociar a ciência da consciência humana. Tal descompasso colocará em risco a sobrevivência da humanidade. Essa linha de

³⁵ Um exemplo bastante patente dessa tese pode ser encontrada no documento de trabalho intitulado “Reflexão Ética Sobre a Dignidade Humana”, de 5 de janeiro de 1999, divulgado pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, em Portugal, onde se lê (p. 10): “Em resumo, o termo Dignidade Humana é o reconhecimento de um valor. É um princípio moral baseado na finalidade do ser humano e não sua utilização como um meio. Isso quer dizer que a Dignidade Humana estaria baseada na própria natureza da espécie humana a qual inclui, normalmente, manifestações de racionalidade, de liberdade e de finalidade em si, que fazem do ser humano um ente em permanente desenvolvimento na procura da realização de si próprio. Esse projecto de auto-realização exige, da parte de outros, reconhecimento, respeito, liberdade de acção e não instrumentalização da pessoa. Essa auto-realização pessoal, que seria o objecto e a razão da dignidade, só é possível através da solidariedade ontológica com todos os membros da nossa espécie. Tudo o que somos devido a outros que se debruçaram sobre nós e nos transmitiram uma língua, uma cultura, uma série de tradições e princípios. Uma vez que fomos constituídos por esta solidariedade ontológica da raça humana e estamos inevitavelmente mergulhados nela, realizamo-nos a nós próprios através da relação e ajuda ao outro. Não respeitáramos a dignidade dos outros se não a respeitássemos no outro”. O documento pode ser consultado na íntegra no sítio eletrônico do Conselho (<http://www.cneqv.gov.pt/CNECV/pt/default.htm>).



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

pensamento não é nova, e tem preocupado muitos cientistas e humanistas desde o início do século passado. Um reflexo disso foi o surgimento do humanismo, como uma filosofia progressiva de vida que, sem apelar para o sobrenatural, direciona nossa habilidade e responsabilidade para viver plenamente dentro da ética, almejando sempre o melhor para a humanidade (Toma, 2004: 89-90).

Ora, o sentido de afirmar algo assim consiste em tomar como ponto de partida a defesa prévia do humano dotado, caracterizado por uma essência, sagrada, natural, pouco importa, mas que deve ser tratada como inviolável como um bem em si mesmo que antecede e baliza toda e qualquer conduta no sentido de sua autopromoção, ou que veta qualquer indício de comprometimento da integridade e dignidade dessa essência. Isto é facilmente confirmado pela leitura do Código de Nuremberg – sobre as diretivas para experimentação em seres humanos – em especial a diretiva 6: “O grau de risco a ser assumido não deve jamais exceder aquele determinado pela importância humanitária do problema a ser resolvido pelo experimento”. Ou em outros contextos teóricos, porém compartilháveis, o núcleo ético assenta-se na noção de pessoa que, segundo as palavras de Lucien Sève (1994: 86) “na sua acepção ética, a única em que a palavra não é substituível por nenhuma outra, a pessoa é a forma-valor igualmente ascrita a todos os indivíduos, na sua qualidade de pertencentes ao gênero humano”. É nessa forma-valor que a humanidade se constitui, eticamente, como dignidade, segundo a fórmula kantiana, presente na *Metafísica dos Costumes* (apud Sève, 1994: 156).

Entretanto, antes mesmo de afirmarmos que é o homem, a humanidade, a pessoa, ou o sujeito – todos esses termos que nos valem, séculos a fio, para dignificarmos e valorarmos o que somos diante de todas as coisas, animadas e inanimadas e, inclusive diante de toda a natureza – o valor primeiro e último, o fundamento último de uma ética que deve nos municiar contra os perigos de uma má ciência ou de uma má tecnologia, ou ao menos de seu mau uso, uma pergunta se coloca como fundamental, uma vez que ela é, inevitavelmente capciosa e, geralmente, titubeamos diante de seus caprichos: o que somos nós que nos intitulamos humanos? A esta pergunta, as respostas foram muitas. E todas implicam em vários riscos.

A pergunta pela natureza, ou pela essência, ou pela dignidade, ou pela sacralidade do homem só se faz fundamental, não porque possamos realmente fundar a partir de sua resolução uma ética consistente ou forte. Ela se faz fundamental justamente porque, diante dela, não temos como não titubear e vacilar. A tentativa honesta de respondê-la só pode se dar sob o signo da insuficiência e a da incerteza. Contudo, constatar este limite, talvez nos obrigue a pensar que,



num sentido edificante, diante dessa caprichosa pergunta, a resposta deve ser uma outra pergunta: o fundamental não é perguntar pelo que sou, mas o que faço com o que eu sou. Não importa qual seja a minha natureza, se sou determinado mecanicamente, ou se sou organismo – não mais determinado pelas leis físicas que para um filósofo podem ser representadas pelo princípio de causalidade, mas pelas leis teleológicas da preservação do indivíduo ou da espécie, ou seja pela seleção natural – ou ainda, se sou um autômato psicológico, cujo caráter e conduta expressam os reforços (positivos ou negativos) que recebo, ou ainda numa outra vertente psicológica, são como os rastros de minha natureza neurótica. E daí? O que faço, tudo, decorre de determinismos? E se for, e daí? Será que existe apenas um efeito para cada causa? Ou várias causas possíveis para um determinado efeito? Em suma: o que pode sustentar uma exata e estreita relação entre causa e efeito, que determina nossa condição? Portanto, talvez a questão ética fundamental – não por que é a mais básica, elementar ou primeira, mas por que nos faz pensar numa práxis e numa poiésis, isto é, em modalidades de agir e de produzir – não resida em como salvaguardo a natureza humana (qual natureza?), mas o que faço, eu que sou humano, de minha e com minha humanidade. Pois como bem nos lembra o poeta português Mário de Sá-Carneiro que, em fevereiro de 1914, escreve:

Eu não sou eu nem sou o outro,
Sou qualquer coisa de intermédio:
Pilar da ponte de tédio
Que vai de mim para o outro.

Portanto, a condição humana “singular” se determina fundamentalmente na interação com um outro, não importa muito que tipo de intermédio (se tedioso ou não como é a opção do poeta), e até mesmo, pois, num ambiente sócio-cultural. Não há uma determinação subjetiva, egocêntrica, da subjetividade; mas de certo modo, também não há uma determinação alocêntrica, isto é determinada a partir, centrada, no outro. Não é a partir de uma subjetividade, seja a minha própria ou a de um outro, que se põe a questão da determinação de minha subjetividade, seja de um ponto de vista ontológico, antropológico, ético ou mesmo sócio-político. A idéia central aqui é a determinação a partir da interação, a partir da intermediação, efetiva ou possível. É, portanto, no limite da subjetividade, nos pontos de tangenciamento entre as subjetividades que se deve pôr questões sobre a própria determinação da subjetividade e da possibilidade de se pensar e agir



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

eticamente. E isto é ainda mais patente e emergente diante das provocações advindas dos mais recentes avanços tecnológicos, realizados ou prometidos, previstos ou inesperados.

Contudo, refletir sobre essa questão, não se realiza obrigatória e necessariamente a partir da determinação de um padrão de conduta. Não é o estabelecimento de padrões normativos ou deontológicos que devem marcar tal postura ética. Não que estejamos impedidos de pensar no sujeito, ou no homem, ou na pessoa, na sua dignidade; ou mesmo impedidos de pensar em normas. Mas até que ponto resolvemos efetivamente as coisas com definições éticas sobre o que é bem e mal, justiça e injustiça, dever e liberdade? E até mesmo em que medida resolvemos eticamente os impasses tecnocientíficos com uma definição, qualquer definição, prévia do que é ser humano e sua respectiva dignidade? Muitas vezes, somos pegos de surpresa e desafiados pelas novidades tecnológicas que chegam numa rapidez estupenda: seqüenciamento do genoma humano, ovelha Dolly, transgênicos, terapias com células tronco, clonagem de embriões, tecido sintético, *drug delivery*, máquinas biomecânicas, próteses nanotecnológicas... Será que, realmente, definições prévias podem dar conta desses desafios?

Essa presunção ontológica e a-histórica do humanismo, geralmente vem acompanhada de uma presunção a definir padrões e condutas morais a partir de preceitos legislativos ou normativos, cuja única diferença é se o móvel é externo (as leis de um país, p. ex.) ou interno, ou seja, determinados pela autonomia da razão, ante as desventuras fáticas por que passamos todos nós. Não há, grosso modo, como não ver nisso a influência de certo *aufklärer*: Imanuel Kant. A tese kantiana de se conceituar a liberdade como o respeito a uma máxima que, por sua pretensão de universalidade, se faz lei: “age de tal sorte que a máxima da tua vontade possa ao mesmo tempo sempre valer como princípio de uma legislação universal” (sigo a transcrição de Angèle Kremer-Marietti, 1989). Ou como Kant mesmo afirma: “A liberdade do arbítrio é a independência de sua determinação por impulsos sensíveis; este é o conceito negativo da mesma. O positivo é: a faculdade da razão pura de ser por si mesma prática. Especificamente aí, isto só é possível submetendo a máxima de cada ação às condições de aptidão para converter-se em lei universal” (Kant, 1994: 213).

Como alternativa à tese kantiana da liberdade enquanto autonomia, isto é, a capacidade racional de prescrever para si mesma leis que devem ser configuradas como válidas não para um indivíduo, mas para todos, isto é, universalmente, gostaríamos de propor uma concepção de liberdade caracterizada como autocracia. Esta outra concepção não contradiz nem invalida



aquela, apenas focaliza um outro aspecto já presente ali ainda que de modo pouco explorado: em vez de se focar na máxima de cada ação, lança-se sobre o próprio ato criador de criar máximas morais (ou não) e de correlacioná-las com ações. É a liberdade, não de se guiar por normas de pretensão universal, mas a liberdade de poder criar para si mesmo regras de conduta. Acreditamos que podemos buscar suas pistas num outro filósofo: Michel Foucault.

Foucault não nos apresenta de forma tão sistemática – o que, de qualquer modo, não é motivo de constrangimento teórico, uma vez que se trata de um pensador prolífico em idéias instigantes, contudo pouco dado a maiores sistematizações teóricas – uma concepção sua de ética. Todavia, estudos recentes têm se mostrado bastante contundentes no sentido de verificar no filósofo um esforço de abordagem ética. Ela reside principalmente a partir de seus trabalhos em torno dos dois últimos volumes de sua *História da Sexualidade*, publicados em 1984 e, provavelmente, ela apresenta alguma de suas principais marcas no curso conhecido como *A Hermenêutica do Sujeito*, ministrado no Collège de France em 1981/1982.

Tentarei formular, a partir desse momento um esboço mínimo de sua concepção ética para, em seguida, retomar o pano de fundo dos desafios nanotecnológicos, tentando uma aplicação (forçada talvez, porém instrumentalizada e não necessariamente correta em sua hermenêutica) da ética foucaultiana.

O fundamental, tanto para compreendermos minimamente o filósofo francês, bem como para podermos instrumentalizá-lo teoricamente, consiste em notar que, a despeito das primeiras aparências, Foucault fala de seu real interesse (1994: 383): “... estou muito interessado nos problemas sobre as técnicas de si e coisas deste tipo”. Ou seja, seu objetivo mais radical consistia em inventariar e analisar genealógicamente as maneiras pelas quais as pessoas se voltam sobre si mesmas num sentido de se cuidarem. A questão não é exclusivamente a máxima socrática “conhece-te a ti mesmo” (*gnôthi seauthón*), mas a sua inserção num contexto mais amplo que é o do cuidado, o cuidado pela vida, pela própria vida e, assim, por decorrência, o cuidado de si – o que os gregos chamavam de *epiméleia heautoû*, e os latinos *cura sui*. É esse o tema geral de seu curso no ano letivo 1981/1982, *A Hermenêutica do Sujeito* (2004: 4 e 597) – texto chave para entendermos, senão conclusivamente, ao menos significativamente suas reflexões éticas.



E à noção de “cuidado”, Foucault relaciona com a de “técnica”. Especificamente com a noção grega da *technè tou biou* (1994: 390), a arte,³⁶ a técnica da vida, do viver; a técnica pela qual gerimos e configuramos nossas vidas, fazendo delas obras de arte – daí que, neste sentido, nosso poder de configurar nossas vidas, pode ser interpretada mediante a fórmula da estética da existência. Mas é uma arte que seu exercício deve ser moldado, treinado (1994: 404): “nenhuma técnica, nenhum talento profissional pode ser adquirido sem prática; e não se pode aprender a arte de viver, a *technè tou biou*, sem uma *askêsis* que deve ser considerada como uma aprendizagem de si por si.”

Obviamente, não devemos apressadamente esperar das reflexões foucaultianas alguma espécie de analogia com as reflexões da teoria crítica (especialmente Horkheimer e Adorno com sua *Dialética do Iluminismo*) ou a heideggeriana acerca da técnica. Sobre este último, Foucault observa em seu caderno de anotações (de 1980), para uma conferência em Berkeley, que “Para Heidegger, é a partir da *technè* ocidental que o conhecimento do objeto selou o esquecimento do Ser. Retornemos à questão e perguntemo-nos a partir de quais *technai* se formou o sujeito ocidental e foram abertos os jogos de verdade e erro, de liberdade e coerção” (*apud* Gros, in Foucault, 2004, p. 634s).

Ou seja, a despeito das diferenças entre os gregos e os latinos em relação à nossa modernidade, é possível perceber no jogo genealógico da contraposição, na existência de éticas modalizadas por técnicas variadas que não só regulamentam, mas que primordialmente realizam, ou permitem realizar, multifacetadas maneiras de constituição dos indivíduos como sujeitos, e como sujeitos éticos – não em termos ontológicos e a-históricos, mas fundamentalmente em termos históricos, onde nós, como indivíduos e sujeitos, podemos constituir-nos nossas identidades e diferenciações. Introduzimos assim a noção de “diferença” que se faz pertinente para pensarmos uma projeção ética de nossas vidas – no presente caso, amparado pelas reflexões foucaultianas. E, desse modo, não há como se furtar em estabelecer um equacionamento teórico entre relações de poder e conduta ética.

E como essa atualização ética de nossa singularidade pode se realizar a partir dos desafios que as novas tecnologias nos afrontam quase que diariamente? Pelo menos um aspecto

³⁶ É importante não esquecermos que a noção de “arte” tem mais o sentido de artesanato, ofício artesanal, quase uma bricolagem, que qualquer parentesco com as belas artes. Por isso Foucault trabalha indistintamente com as noções de “arte” e “técnica”, a despeito mesmo de sua expressão um tanto vaga de “estética da existência”, que muitas vezes fica subordinada à noção de “hermenêutica do sujeito”.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

precisa ser considerado como um dos traços distintivos das implicações das novas tecnologias, em nossa singularização ética. Sob o signo das novas tecnologias e de seus feitos, as mediações virtuais (e, pois realizáveis) que se estabelecem entre os indivíduos singulares, e entre os indivíduos e a sociedade em geral, são mediações indiretas, mediadas pelos feitos tecnológicos. A interação ética que travo comigo mesmo e com o outro passa necessariamente, no caso específico das novas tecnologias, pela mediação dos artefatos por elas projetados e produzidos. Não há propriamente nenhuma novidade nisso, posto que a interação ética mediada por artefatos é algo relativamente comum a partir das tecnologias mais recentes, com as quais temos convivido pelo menos desde as primeiras décadas do século XX.

Essas mediações são as mais variadas e não cabe aqui inventariarmos suas tipologias. Basta para nós atentarmos ao fato de que simbolicamente naturalizamos os artefatos, tornando-os fatos – e como tais, deixam de ser objeto de discussão e disputa, e passam a ser o próprio fiel da balança numa disputa qualquer, conferindo ao vencedor o direito de verdade e justiça. Bruno Latour (1999, 2003) tem trabalhado bastante este aspecto. Principalmente nas disputas intelectuais travadas no momento mesmo do estado de arte das ciências e engenharias quando a natureza é ‘acionada’ como parceira definitiva e aporte de objetividade de um dos lados da contenda. Porém, mais interessante do que percebermos que podemos reclamar para nós que a natureza jogue a nosso favor, é perceber que para que isso ocorra, a natureza não é uma realidade dada de antemão, e muito menos os objetos que científica e tecnologicamente apreendemos (seja a partir de sua concepção e construção, seja a partir de sua manipulação para atingir outros fins). A natureza e “seus” objetos são, sob certo sentido, artefatos, construtos. Há uma concepção ontológica de realidade, das coisas, e de nossa inserção humana pressuposta aqui. Assim como não somos dotados de uma natureza, de uma essência, de uma condição fundamental, as coisas em geral e a natureza como um todo também não. O que, certamente, deixa a grande maioria da comunidade científica desconcertada. Afinal, o objeto de seu conhecimento científico não é algo dado, passível de ser descoberto; mas algo a ser construído, concomitantemente à construção de seu conhecimento sobre tal coisa – a descoberta científica se dá na construção tecno-científica do fato (mas isto é uma outra reflexão que as nanotecnologias nos suscitam e que não cabem neste momento).

Um outro aspecto a ser considerado: enquanto mediador os artefatos tecnológicos “funcionam” como uma espécie de extensão da ação humana. Basta lembrarmos da situação



extremada da destruição de Hiroshima e Nagasaki pelas bombas atômicas *Little Boy* e *Fat Man*, respectivamente; principalmente pelo fato de que o homem sabia dos efeitos nefastos das armas atômicas e rapidamente devastadores por ocasião do lançamento de *Fat Man*. Claro que não precisamos sempre pensar em situações-limites de extrema periculosidade e que implicam na óbvia ameaça de nossa integridade humana. Tampouco em transformar toda a reflexão ética num cálculo entre riscos e vantagens, na qual, muitas vezes, os riscos são supervalorizados; e caminhamos em direção a uma perspectiva fatalista de nossas vidas, nos momentos presente e futuro. É necessário, para governarmos a nós mesmos conferir aos riscos sua real dimensão e lugar. Para isso, como observa Dupuy (2004: 60):

É preciso compreender que 1) os riscos nada mais são que um tipo de efeitos dentre muitos outros, e certamente nem os mais importantes nem os mais interessantes; 2) o cálculo dos riscos, que é o único método de avaliação considerado, é completamente impróprio para a apreensão normativa da maior parte dos efeitos.

Mas é também fundamental perceber que os efeitos, preconizados e imprevistos, a despeito de sua natureza benéfica ou deletéria, pertencem à condição mesma dos artefatos. Por isso, os artefatos tecnológicos em geral – e os nanotecnológicos, os biotecnológicos, os genéticos e os informacionais em particular, como epígonos dos novos avanços tecnológicos – são mediadores das ações humanas e, nesse sentido, o conhecimento desses efeitos, bem como seu controle, é parte integrante do governo de si e do governo dos outros.

CONCLUSÃO

Os efeitos nanotecnológicos (mas perfeitamente aplicável a todas as novas tecnologias) têm, para além de sua evidente faceta tecnológica; ou melhor: imanente à sua faceta tecnológica, os nanoartefatos também têm sua faceta ética e política. Projetar, conceber, fabricar nanoartefatos é agir social e coletivamente. Portanto, é agir com os outros, sobre os outros e consigo mesmo. E a liberdade de ação, mediada pelos nanoartefatos, é o exercício autocrático, de poder sobre os outros, com os outros e sobre si mesmo. E como se trata de uma condição simultaneamente individual e coletiva, porquanto eminentemente social, é uma ação mediada não apenas pela concepção e fabricação em sentido estrito dos artefatos em escala nanométrica, mas que também



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

depende da recepção e re-ação do coletivo afetado por esses mediadores nanotecnológicos. Assim, cientistas e nanotecnólogos devem levar em conta também as reações, favoráveis ou não, da sociedade em geral, personificada ou representada por um coletivo específico (como a comunidade dos cientistas a que pertencem) ou mais ampla, como por exemplo a interlocução com outros especialistas de outras áreas (filósofos, cientistas sociais, jornalistas, dentre outros), e com a sociedade civil como um todo, representada por ONG's (*Greenpeace, ETC Group*, e outros) e demais organismos pró-cidadania. Enfim, várias são as possibilidades de ações e inter-relações autocráticas, isto é livres e éticas, consideradas relevantemente cada situação de mediação nanotecnológica. O importante é que não se perca a condição pública e coletiva da ação livre, especialmente os cientistas e nanotecnólogos, sem decair em presunções epistemocráticas – isto é, que seu conhecimento sobre o nanomundo os proteja ou os libere de quaisquer questionamentos da sociedade, da qual eles pertencem, e de que estejam liberados de esclarecer e informar a sociedade como um todo. Portanto, que se busquem sempre ações livres, democráticas, públicas; que as novas tecnologias, enquanto formas de viver e de agir, sejam sempre exercícios de liberdade.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Walter. A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica. In: *Obras Escolhidas*. Vol. I: magia e técnica, arte e política. São Paulo: Brasiliense, 1985.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA. *Reflexão ética Sobre a dignidade humana*. Portugal: CNECV, 1999.

DUPUY, Jean-Pierre. Le problème théologique-scientifique et la responsabilité de la science. 2004. (localizado no sítio eletrônico http://formes-symboliques.org/article.php?id_article=66#nb17).

FORTY, Adrian. Design industrial e prótese. In: AFONSO, Rui Braz & FURTADO, Gonçalo (coord.). *Arquitectura – máquina e corpo: Notas sobre as novas tecnologias na arquitectura*. Porto (Portugal): FAUP, 2006.

FOUCAULT, Michel. *A Hermenêutica do Sujeito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FOUCAULT, Michel. À propôs de la généalogie de l'éthique: um aperçu du travail en cours. *Dits et Écrits*. Tome IV. Paris: Gallimard, 1994.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1987.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE
MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

KANT, Imanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos, 1994.

KREMER-MARIETTI, Angèle. *A Ética*. Campinas: Papyrus, 1989.

LATOUR, B., *Ciência em Ação*. São Paulo: Editora Unesp, 1999.

LATOUR, Bruno. Pasteur et Pouchet: Hétérogenèse de l'Histoire des Sciences. In: SERRES, Michel (org.). *Éléments d'Histoire des Sciences*. Paris: Bordas, 2003.

SÈVE, Lucien. *Para uma Crítica da Razão Bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

SLOTERDIJK, Peter. *Regras para o Parque Humano: uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo*. São Paulo: Estação Liberdade, 2000.

TOMA, Henrique. Ética e humanismo em nanotecnologia. *Parcerias Estratégicas*. Brasília, v. 18, 2004.



DEFINIÇÃO DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS
Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

DEFINITION OF INTERESSET TRANSINDIVIDUAL
Diffuse, collective and individual homogeneous

Mariana Gasbarra Daniel*

Resumo: O presente trabalho busca trazer as definições acerca dos interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) fulcrado na concepção normativista de relação jurídica, esquematizando todo o raciocínio da matéria a partir desta concepção, em que pese existir corrente doutrinária que possui outra visão. Na doutrina brasileira, a discussão sobre o tema é extremamente divergente em seus mais variados aspectos. Desta forma pretende-se apontar o cerce em que consiste a principal falha legal ou normativa, e que se superada, questões como tais, tornar-se-ão ultrapassadas.

Palavras-chave: definição; interesses transindividuais; relação jurídica.

Abstract: This paper seeks to bring about the definitions of transindividual interests (diffuse, homogeneous collective and individual) with the core normative conception of legal relationship, since the Brazilian doctrine, the discussion on the subject is extremely divergent in its various aspects. Thus it is intended to point the fence which is the primary taint legal or normative, and are overcome, such as issues, will become outdated.

Keywords: definition; collective interests, legal relationship.

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro os conflitos de massa necessitam de novas concepções normativas, vislumbrando um ordenamento que possa efetivamente solucionar divergências relativas aos problemas sociais genéricos, visto que não é adequado aplicar nesse âmbito os institutos tradicionais do processo civil, de caráter individual.

Inicialmente, algumas questões preliminares devem ser analisadas. A doutrina em geral traz a discussão a respeito da semântica das palavras: direitos ou interesses transindividuais, o que será analisado no presente estudo, posteriormente cuidar-se-á da concepção de relação

* Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduanda, *latu sensu*, em Direito do Estado – Direito Constitucional pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Aluna Especial do programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL).



jurídica e por fim, serão analisadas as definições.

1. GENERALIDADES

1.1 Acepções (Direito ou interesse)

A legislação pátria utiliza a palavra direito e interesse como sendo expressões sinônimas, não tendo o legislador trazido melhor posição sobre o tema.

Rodolfo de Camargo Mancuso conceitua interesse coletivo como a síntese dos interesses individuais, pois no momento em se opera a síntese, os componentes individuais originários se desvanecem, passando ao plano secundário.

Prevalece, doutrinariamente, o uso da expressão interesse, nos textos que tratam de temas concernentes a contingentes mais ou menos vastos de indivíduos, porque a expressão direito evoca uma posição positivada, atributiva de certa situação de vantagem a um titular definido, ao passo que os interesses tuteláveis na jurisdição coletiva podem porventura não estar previstos expressamente no ordenamento, bastando que se mostrem compatíveis com ele. (MANCUSO, 2007, p. 91/92)

Como principal argumento, tem-se que o termo direito está umbilicalmente ligado ao aspecto subjetivista e, tipicamente, inserido no plano individual a partir da concepção tradicional de relação jurídica. *“A ideia de direito subjetivo..., dependente do binômio direito-dever, vinculada à concepção tradicional de relação jurídica – que deve ser superada para se tratar de interesses coletivos”*. (BELINETTI, 2005, p. 668)

Neste sentido, é o entendimento do professor Luiz Fernando Belinetti (2005, p. 666/667) que traz a seguinte definição de interesse: *“relação de reciprocidade entre um indivíduo e um objeto que corresponde a uma determinada necessidade daquele. Para a sua perfeita utilização pela ciência jurídica, deve-se ressaltar essa idéia de relação entre um ente que experimenta uma necessidade e aquele que é capaz de satisfazê-la”*.

Oportuna à afirmação que se pode extrair deste contexto de que o termo interesse concebe uma noção de vontade coercitiva, ou não, do cumprimento de um dever jurídico em favor de um grupo de pessoas acerca de um objeto com utilidade indivisa.



1.2 Tipologia da relação jurídica

A adoção da teoria adequada acerca da relação jurídica é necessária para se desenvolver corretamente os conceitos pertinentes aos interesses transindividuais, ou seja, a base de desenvolvimento do raciocínio e conceitos atinentes a matéria, se não forem construídos sob uma base coerente, será impossível o desdobramento do conteúdo.

O desapego da concepção tradicional de relação jurídica (sujeito ativo, sujeito passivo e objeto – coisa ou comportamento humano) é de suma importância para que possamos construir um raciocínio lógico e sem obstáculos.

Segundo o professor Belinetti (2005, p. 667), para se atingir uma definição adequada dos direitos transindividuais, no âmbito material, é imprescindível que se adote a concepção kelsiana de relação jurídica visto que, a partir da concepção normativista, *“o escopo das ações coletivas é a imposição ao réu do dever jurídico de respeito a interesses coletivos “lato sensu”, derivando a legitimidade para a propositura dessas ações diretamente da lei, sem referência a direitos subjetivos individuais.”*

As relações jurídicas se formam pela incidência de normas jurídicas em fatos sociais. Em sentido amplo, os acontecimentos que instauram, modificaram ou extinguem relações jurídicas denominam-se fatos jurídicos.

Na teoria pura do direito, Kelsen afirma que a relação jurídica acontece entre as normas; chefe da corrente normativista, a relação jurídica não consiste num vínculo entre pessoas, mas entre dois fatos entrelaçados por normas jurídicas.

Partindo do pressuposto de que a sociedade é um sistema estruturado de ações significativamente relacionadas, a relação jurídica não se mostra como relação entre indivíduos, mas relação entre os papéis sociais a eles correspondentes.

Do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito, isto é, dirigido às normas jurídicas, não são tomadas em linha de conta as relações entre indivíduos, mas apenas relações entre normas - pelos indivíduos criadas e aplicadas - ou entre os fatos determinados pelas normas, dos quais a conduta humana apenas representa um caso especial, se bem que particularmente significativo. Com efeito, não são os indivíduos mas as suas ações e omissões, não são as pessoas mas determinada conduta humana - e não apenas esta mas também outros fatos (estes, porém, apenas em conexão com a conduta humana) - que formam o conteúdo das normas jurídicas. Esta idéia tem expressão, até certo ponto, na definição da relação jurídica - não como relação entre o sujeito do



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

dever e o sujeito do direito, mas como relação entre um dever jurídico e o direito reflexo que lhe corresponde. (KELSEN, 1999. p. 116)

A despeito de uma concepção normativa para a relação jurídica, Kelsen não nega a base social, material da norma jurídica, a saber, a conduta humana. Assim, a concepção do autor, da relação jurídica como relação entre normas e não entre indivíduos, acaba por abranger a noção básica de dois ou mais polos aos quais se contrapõem as situações jurídicas ativa e passiva.

Avança, contudo, para além disso. Segundo Kelsen, a par das relações jurídicas que contrapõem direitos a deveres, há as relações entre sujeitos de deveres, estabelecidas por "normas de competência", ou entre titulares de direitos em ambos os pólos da relação.

Para esses casos, a definição tradicional de relação jurídica como estabelecida entre sujeitos se torna insuficiente.

A ordem jurídica institui relações, não apenas entre sujeitos jurídicos (no sentido tradicional da palavra), isto é, entre o indivíduo que é obrigado a uma determinada conduta e o indivíduo em face do qual aquele é obrigado a tal conduta, mas também entre o indivíduo que tem competência para a criação de uma norma e o indivíduo que tem competência para a aplicação dessa norma, bem como entre um indivíduo que tem competência para a criação ou aplicação de uma norma e o indivíduo a quem essa norma impõe um dever ou confere um direito. (...) São, porém, em primeira linha, relações entre sujeitos de deveres: os sujeitos do dever de criar ou produzir normas jurídicas e os sujeitos dos deveres por essas normas estabelecidos, e só em segunda linha relações entre os sujeitos do dever de criar ou aplicar normas jurídicas e os sujeitos dos direitos (*berechtigungen*) estabelecidos por essas normas. E estes direitos não são reflexos daqueles deveres, isto é, dos deveres dos órgãos de criar ou aplicar normas jurídicas, mas reflexos dos deveres que são estatuídos por essas normas. (KELSEN, 1999. p. 117)

Conceber a relação jurídica como relação entre normas é o melhor tratamento em relação aos interesses transindividuais; as normas de estrutura, que definem a competência para criar ou aplicar o direito, dividindo a sociedade entre os que criam e aplicam o direito e aqueles a quem as normas jurídicas são dirigidas, estabelecem, de fato, relações jurídicas entre os referidos sujeitos.

Ocorre que tais relações não contrapõem um direito a uma obrigação: os competentes para a criação do direito têm um dever de cumprir com suas competências funcionais, ao passo que a quem o direito se dirige também têm dever, a saber, o dever de abstenção da violação da competência, o dever de respeito à ordem criada por quem é competente.



Tomar a relação jurídica como simples relação entre normas, porém, abrange não apenas os casos contemplados pela definição tradicional, como também os a que ela não se presta (inserindo-se neste rol, inclusive, os interesses transindividuais).

Desta forma é que se entende necessário o rompimento com o modelo clássico (no âmbito material) ou tradicional de relação jurídica quando se tratar de interesses transindividuais.

2. DEFINIÇÃO DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

2.1 Definição Legal

O legislador brasileiro cuidou do assunto, trazendo para o ordenamento jurídico, através da Lei nº 8.078/90 – intitulada como Código de Defesa do Consumidor – as possíveis definições de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, respectivamente no artigo 81, incisos I, II e III.

Por expressa determinação legal, as definições legais de interesses difusos e coletivos são aplicáveis a todas as situações em que é reclamado o exame desses conceitos e não apenas às lides de consumo.

São interesses difusos cujos titulares não se pode determinar. A ligação entre os titulares se dá por circunstâncias de fato. O objeto desses direitos é indivisível, não pode ser cindido.

Interesses coletivos, os titulares são indeterminados, mas determináveis, ligados entre si, ou com a parte contrária, por relação jurídica base. Assim, como os direitos difusos, o objeto desse direito também é indivisível.

Interesses individuais homogêneos são aqueles cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é cindível. O que caracteriza um direito individual comum como homogêneo é sua origem comum; acrescentado pelo CDC, foi a permissão da defesa coletiva desses ‘direitos’ em juízo. Artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor. **I** - ...os transindividuais, de natureza indivisível e de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. (interesses difusos); **II** - ...os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. (interesses coletivos); **III** - ...os decorrentes de origem comum. (interesses individuais homogêneos).

Segundo Belinetti (2005, p. 668), “é importante lembrar, como já acentuado por Nelson Nery Jr., que os doutrinadores tem cometido um erro metodológico ao fazerem a exemplificação



desses interesses quando afirmam que o interesse atinente ao meio ambiente é difuso, o do consumidor coletivo e o de indenização por prejuízos particulares individual.” Sobremaneira, a lógica nos leva concluir que este equívoco metodológico pode vir a infringir interesses transindividuais em seu sentido amplo, visto que a caracterização desses interesses será determinada no caso concreto, dependendo ainda do tipo de tutela postulada em juízo.

Noutras palavras, o que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se utiliza quando se propõe a competente ação judicial, ou seja, o tipo de pretensão que se deduz em juízo, visto que o mesmo fato pode dar ensejo à pretensão difusa, coletiva e individual. (NERY JUNIOR, 1999. p. 117/118).

2.2 Definição de interesses difusos

Hodiernamente, está doutrinariamente delimitado as características do interesse difuso, sendo este o interesse que abrange um número indeterminado de pessoas unidas pelo mesmo fato, porém esta afirmação deve ser melhor trabalhada.

Rodolfo de Camargo Mancuso classifica interesses difusos como sendo interesse metaindividuais que não atingiram um grau de agregação e organização suficientemente necessário para sua “aferição” institucional frente a determinadas entidades ou órgãos. (MANCUSO, 2004, p. 296)

No entendimento de Nelson Nery Junior (2001, p. 207) interesses difusos são aqueles que *“atingem número indeterminado de pessoas, ligadas por relação pertencentes a grupo ou categoria de pessoas determináveis, ligadas por uma mesma relação jurídica base. Assim, a indeterminação dos titulares seria a característica básica dos interesses difusos, enquanto que a determinabilidade acusaria de coletivo o direito ou interesse. Ambos seriam de natureza indivisível.”*

No conceito do professor Luiz Fernando Belinetti (2005. p. 668), tem-se que “os interesse difuso podem ser caracterizados a partir de dois aspectos: a) aspecto subjetivo – sob esta perspectiva, vislumbra-se as características da indeterminação dos membros do grupo ao qual o interesse pertine, bem como a inexistência de relação jurídica base entre tais pessoas. b) Aspecto



objetivo – a característica é a indivisibilidade do bem jurídico, ou seja uma única ofensa prejudica a todos e uma solução a todos beneficia.”

Traz, ainda, o professor Mancuso, um conceito analítico de interesses difusos: “*São interesses metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, resta em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo, podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido.*”

Contudo, essa indivisibilidade acaba por solucionar todo o problema atinente ao assunto, muito embora parte da doutrina assim não entenda, a prática jurídica tenha gerado interpretações que procuram fragmentar o exercício dessas ações, redundando no artigo 16 da LACP11, com a redação dada pela lei 9494/97, que “*data venia*” me parece inconstitucional, por vulnerar os princípios constitucionais da isonomia e do devido processo legal. Como exemplos podem ser indicadas as seguintes situações: Poluição de água (interesse genérico da população na preservação do meio ambiente); propaganda enganosa (interesse genérico dos consumidores em não serem a ela submetidos). Por essa razão, o termo titular utilizado na definição legal me parece inadequado, pois faz referência a direito subjetivo individual. Além disso, o uso do plural, embora não seja tecnicamente inadequado, pode levar a interpretações errôneas. (BELINETTI, 2005. p. 668).

Pode-se concluir, portanto, nas palavras do professor Belintetti (2005. p. 668) que: “*Seria melhor que a lei conceituasse os interesses difusos como os transindividuais, de natureza indivisível, que sejam pertinentes a um grupo indeterminado de pessoas, ligadas por circunstâncias de fato.*”

2.3 Definição de interesses coletivos

De início pode-se afirmar que assim como os interesses difusos, também os interesses coletivos, encontram na doutrinariamente sua delimitação teórica e certas características, como sendo interesses pertencentes a grupos ou categorias de pessoas determináveis, possuindo uma só base jurídica.

Seguindo os mesmos critérios doutrinários acatados pelo professor Belinetti, mencionando os interesses coletivos em subjetivos e objetivos passamos a então a defini-los.



No conceito do professor Luiz Fernando Belinetti tem-se que quanto ao “Aspecto subjetivo: A existência de relação jurídica base entre os membros do grupo (“titulares”) ou com a parte contrária, bem como a determinabilidade dos membros do grupo (“titulares”). ...Aspecto objetivo: Indivisibilidade do bem jurídico, significando que uma única ofensa prejudica a todos e uma solução a todos beneficia. É importante salientar que a relação jurídica base é preexistente à lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico, e pode ocorrer entre os membros do grupo (sociedade, condomínio) ou entre eles e a parte contrária (contribuintes, alunos de uma escola, funcionários de uma empresa, contratantes de um segurador com o mesmo tipo de seguro, etc...). Às vezes ambas podem ser vislumbradas, prevalecendo a segunda, por ser mais ampla.” (BELINETTI, 2005. p. 668)

Podemos dizer então que, ao contrário dos interesses difusos, os interesses coletivos gozam dos mesmos requisitos objetivos e subjetivos porém neste caso há a ‘pré’ existência de relação jurídica base, visto que, esta relação preexistente é “o elemento em função do qual o interesse se estabelece”.

Faz ainda uma importante observação o professor supracitado que “deve-se notar também que não se confunde com a relação jurídica derivada da lesão ou ameaça ao bem jurídico. Essa relação vai se formar com o violador do bem jurídico, e se traduzirá em interesses (ou direitos) individuais, o que demonstra não se confundir, portanto, o interesse coletivo com esses interesses individuais. Porém, o interesse coletivo também não se confunde com essa relação jurídica base” (BELINETTI, 2005. p. 669). Pois, o interesse pode ser comum a um grupo em razão de um único vínculo entre todos.

Assim sendo e pertinente a afirmação de que a determinabilidade advém dessa existência prévia de relação jurídica baseada entre os sujeitos e que, esse vínculo prévio entre os componentes do grupo que pretendem a preservação do interesse coletivo não se confunde com a soma de interesses ou titularidades de interesses individuais, mas sim, a um mero fato que torna o interesse coletivo mais delimitado do que os interesses difusos.

Como justificativa plausível para a afirmação acima exarada seria que os interesses coletivos beneficiariam determinada parte de uma sociedade (consistindo na síntese dos interesses dos componentes do grupo) e não a ela difusamente como um todo ante a indivisibilidade do bem jurídico; “...um único agravo a todos ofende e uma única solução restaura o interesse coletivo para todos”. (BELINETTI, 2005. p.669)



É exatamente por isso que na hipótese da ação coletiva ser movida por associações, em que há uma relação jurídica base entre os seus sócios – que serão beneficiados pelo respeito ao interesse coletivo – não raro ocorrerá a proteção de pessoas não pertencentes a essas associações ou sociedades. Imagine-se, por exemplo, uma ação movida pela Associação de Pais e Alunos de uma Escola, em que serão beneficiados mesmo aqueles alunos não filiados à associação.

Circunstância que decorre do fato de que o interesse coletivo se estabelece em face da relação jurídica base entre os beneficiários e a parte contrária e não em face da relação jurídica entre eles próprios.

Por isso, parece-me inclusive que o termo titular usado na definição legal (embora aqui já se fale em interesse do grupo e em titular e não titulares) também é inadequado, pois traz a referência a direitos subjetivos individuais. (BELINETTI, 2005. p.669)

Fica claro, portanto, a partir do exemplo supracitado, que, toda a estrutura trazida pela doutrina em geral fora desenvolvida a partir de uma base estrutural antiquada (relação jurídica), não conseguindo elucidar exatamente o que se teria por coletividade, assim, portanto, conclusão acertada para esta questão seria entendermos conforme exposição do professor Belinetti o seguinte conceito de interesses coletivos “transindividuais de natureza indivisível, que sejam concernentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base preexistente.”. (BELINETTI, 2005. p.669)

Desta forma, passa-se a analisar a seguir, os interesses individuais homogêneos.

2.4 Definição de interesses individuais homogêneos

A doutrina majoritária entende esta categoria de interesses transindividuais como aqueles que se caracterizam por serem divisíveis, terem por titular pessoas determinadas ou determináveis e uma origem comum, de natureza fática.

Diferente dos interesses difusos porque possuem sujeitos determinados ou determináveis, e seu objeto é divisível. O liame entre os titulares dos interesses individuais homogêneos não é a relação jurídica com a parte contrária, mas a origem fática comum. Segundo a doutrina em geral, os interesses individuais homogêneos seriam um feixe de interesses individuais, agrupados por uma origem comum, e que, por isso mesmo, podem ser objeto de tutela coletiva.



Contudo, este não é o posicionamento mais acertado, visto que a partir do conceito acima, os legitimados agiriam, em hipótese de interesses individuais, por meio de substituição processual.

Seguindo esse raciocínio, em recente artigo (RePro 101) Ada Pellegrini Grinover, após analisar as *damage class action* do sistema norte-americano, afirma que os requisitos específicos dessas ações – prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre questões de direito ou de fato individuais; superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença – também poderiam ser aplicados no direito brasileiro, devendo ser exigidos nos requisitos de admissibilidade. *Apud* BELINETTI, 2005. p.669.

Seguindo o raciocínio do que parte da relação jurídica kelsiana, ter-se-á a seguinte definição de interesses individuais homogêneos “divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permite serem tratados englobadamente e de forma indivisa por derivarem de uma origem comum”. (BELINETTI, 2005. p.669)

Deve-se destacar que estes não se confundem com os interesses individuais das pessoas integrantes do grupo, pois o seu objeto é que seja cumprido o dever jurídico de recomposição dos interesses individuais de todos os prejudicados pela atividade danosa.

Esta portanto, adequada ao microsistema de normas que tratam dos interesses de massa ou interesses transindividuais.

Ainda sustenta Belinetti, que, “o descumprimento do dever jurídico de respeito a determinado interesse difuso ou coletivo poderá gerar lesões individuais”, pois a seqüela destas lesões irá integrar o rol do interesses individuais homogêneos com a intenção de se fazer cumprir o dever jurídico.

A grosso modo, a ação visando a defesa de interesse individual homogêneo efetivamente pode ser vista como a *damage class action* brasileira, porém entendendo-o como um autêntico interesse coletivo “*lato sensu*”, em que a legitimidade para agir é derivada da lei, sem cogitar-se da figura da substituição processual.

Feito tal esclarecimento, utilizando a mesma metodologia empregada para a identificação dos interesses difusos e coletivos, os interesses individuais homogêneos podem ser assim caracterizados: 1.º – Aspecto subjetivo: Origem comum, consistente na existência de relação jurídica base com a parte contrária, e a determinabilidade dos componentes do grupo a que diz respeito o interesse (“titulares”). 2.º – Aspecto objetivo: Indivisibilidade do bem jurídico, pois embora existam várias ofensas, são elas visualizadas englobadamente – daí a indivisibilidade, porquanto um único provimento a todos aproveita, e a partir



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

dele cada um pode individualizar o seu interesse em ações individuais, embora eventualmente a própria execução possa ser coletiva, como previsto em nosso direito positivo no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor. (BELINETTI, 2005. p.670)

Há dissenso em relação à doutrina predominante, que traz como característica a divisibilidade; posto que “sempre que se puder vislumbrar a relação jurídica base, gerando esse bem jurídico indivisível, cabível será a ação coletiva”, independentemente de qualquer outro requisito, pois, a exigibilidade de requisitos para a formação destes interesses so encontrariam sua razão se desenvolvidos a partir daquela clássica concepção tradicional de relação jurídica (acertadamente para direitos individuais mas não no contexto de interesses metaindividuais).

Pode-se afirmar, portanto que a relação jurídica ocorre entre determinados membros de um grupo específico e o sujeito passivo. “É que diferentemente dos interesses coletivos, tem origem nas relações jurídicas derivadas da lesão ao bem jurídico, que, como já visto, vão se formar com o violador do bem jurídico, e se traduzirão em interesses individuais. Porém, acentue-se, o interesse individual homogêneo também não se confunde propriamente com essas relações jurídicas base, mas representa a sua síntese”. (BELINETTI, 2005. p.670)

Ensina o professor Belinette que a “a determinabilidade decorre exatamente da existência da relação jurídica base, embora não se trate propriamente de titulares do interesse, mas sim de componentes do grupo ao qual a preservação do interesse individual homogêneo beneficie” e que “essa determinabilidade dos componentes do grupo implicará em titularidade de interesses individuais, que serão beneficiados com o reconhecimento do interesse individual homogêneo”.

Desta maneira, define-se interesse individuais homogêneos como sendo os “interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permite serem tratados coletivamente, como uma utilidade indivisa, por derivarem de uma origem comum, decorrente de relações jurídicas base que nascem posteriormente à lesão a um bem jurídico protegido por um interesse difuso ou coletivo”.

CONCLUSÃO

Institutos como legitimidade, coisa julgada, prescrição que são aplicadas ao direito individual, não podem ser aplicadas do mesmo modo quando o processo tutela direitos que ultrapassam a esfera da individualidade, os direitos transindividuais.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Assim, se faz necessário rever a base teórica que engloba e que serve de alicerce para a tutela dos interesses transindividuais.

De maneira simples, sucinta e breve, pretendeu-se demonstrar que o primeiro passo para um coerente desenvolvimento teórico do tema estaria em adotar a correta concepção de relação judicial que irá influenciar todos os institutos relativos a esses ‘direitos’.

O presente trabalho buscou trazer as definições acerca dos interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) com fulcro na concepção normativista de relação jurídica, visto que, na doutrina brasileira, a discussão sobre o tema é extremamente divergente em seus mais variados aspectos. Desta forma pretendeu-se apontar o cerce em que consiste a principal pecha legal ou normativa, e que se superada, questões como tais, tornar-se-ão ultrapassadas.

REFERÊNCIAS

BELINETTI, Luiz Fernando. *Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individual homogêneos in Estudos de direito processual civil*. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.



**PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, RAZOÁVEL DURAÇÃO DO
PROCESSO E INCENTIVO À SOLUÇÃO PACÍFICA DOS CONFLITOS: RUMO A UM
ESTADO DE CONSCIÊNCIA**

**DESIGN OF THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE, REASONABLE LENGTH OF
PROCESS AND THE INCENTIVE OF PEACEFUL CONFLICT RESOLUTION:
TOWARD A STATE OF CONSCIOUSNESS**

Mayna Marchiori de Moraes*

Rozane da Rosa Cachapuz**

Resumo: Uma das formas de garantir direitos, especialmente quando feridos, é buscar a tutela jurisdicional do Estado. Ocorre que, hodiernamente, o atraso na prestação jurisdicional é fato notório, sendo certo que a duração do processo continua a ser um dos males contemporâneos do processo civil. É sensato dizer que o dever do Estado não se resume a uma mera resposta jurisdicional, pois exige a prestação de uma tutela efetiva. As normas processuais desenvolvem-se segundo as necessidades de uma sociedade em expansão, como ocorre atualmente no Brasil. E, sendo constatada a ineficácia da norma que se destina a regulamentar o processamento de atos para entrega da pacificação social pelo Estado, se torna necessária uma reforma processual no ordenamento jurídico brasileiro. Em razão disso é que tramita nas Casas Legislativas do Congresso Nacional o Projeto do novo Código de Processo Civil, que objetiva privilegiar a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal. Espera-se demonstrar por meio deste estudo os reflexos positivos trazidos pelo Projeto de Lei nº 166 de 2010, no que concerne ao prisma constitucional da razoável duração do processo bem como ao incentivo da lei processual às formas de solução pacífica das controvérsias, que são técnicas efetivas de se chegar a um fim do conflito existente *inter partes*, porém são pouco utilizadas no Estado contemporâneo.

Palavras-chave: Princípios constitucionais; Processo Civil; Instrumento; Estado Democrático de Direito; Solução Pacífica dos Conflitos.

Abstract: One way of securing rights, especially when wounded, is to seek judicial review of the state. It happens that, in our times, the delay in adjudication is a notorious fact, given that the duration of the process continues to be one of the evils of contemporary civil procedure. It is sensible to say that the State's duty is not just a mere response to court, because it requires the provision of an effective supervision. The procedural standards are developed according to the needs of an expanding society, as currently occurs in Brazil. And being found the ineffectiveness of the rule intended to regulate the processing actions for delivery by the state of social peace, it calls for a procedural reform in the Brazilian legal system. As a result, that clears the Legislative Houses Project of the new Code of Civil Procedure, which aims to focus on simplicity of language and action procedure, the speed of the process and effectiveness of the result of the

* Aluna regular (bolsista CAPES) do Programa de Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); marchiorima@hotmail.com

**Doutora em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo(PUC/SP); docente do Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL; rozane_cachapuz@hotmail.com



action, in addition to stimulating innovation and modernization procedures by ensuring respect for due process. Expected to demonstrate through this study, the positive impact brought by Bill No. 166, 2010, regarding the light's constitutional reasonable duration of process as well as the encouragement of procedural law to the ways of peaceful settlement of disputes, which are techniques effective to reach an end of conflict in inter parts, but are little used in contemporary state.

Keywords: Constitutional principles; Civil Procedure; Instrument; Democratic State of Law; Pacific Settlement of Disputes.

INTRODUÇÃO

O Direito situa-se no âmbito da sociedade que, ao fazer opção pela democracia, institui o Estado Democrático de Direito, o qual se apresenta explicitamente compromissado com a realização de um conjunto de valores considerados indispensáveis à realização do *bem comum*. Diante disso, os fundamentos e objetivos explicitados no preâmbulo, no artigo 1º e 3º da Constituição Federal, com anseios humanos por justiça, liberdade, solidariedade, igualdade, segurança, paz e cidadania, demonstram que a positivação das normas não é fruto do acaso, mas resultante de muitas lutas, ao longo de gerações e de séculos, em busca da conquista e defesa desses valores que se pretendem realizar no Estado Democrático de Direito. O esforço de reconstrução, melhor dito, de construção da democracia no Brasil, ganhou ímpeto após o fim da ditadura militar, em 1985. Uma das marcas desse esforço é a voga que assumiu a palavra cidadania, sendo que esta, literalmente, teve repercussão popular, substituindo o próprio povo na retórica política.

O fenômeno da cidadania é complexo e historicamente definido, tornando-se costume desdobrar a cidadania em direitos civis, políticos e sociais, sendo cidadão pleno aquele titular destes direitos. Tem-se, portanto, que a cidadania é condição da pessoa natural que, como membro de um Estado, se acha no gozo dos direitos que lhe permitem participar da vida política.

O Estado, ao suprimir do particular o poder de fazer justiça pelas próprias mãos, assumiu a jurisdição e, em razão disso, ele é obrigado a prestar a tutela jurisdicional quando regularmente invocado. A jurisdição é uma das funções básicas atribuída ao Estado de direito que a exerce através do Poder Judiciário, na pessoa de um juiz legalmente investido nas suas funções e no limite de sua competência, o qual aplica a lei ao caso concreto posto à sua apreciação, de forma imperativa, a fim de emitir provimento justo.



A jurisdição possui eficácia vinculativa plena, solucionando a lide, declarando ou realizando o direito em concreto. Trata-se, pois, de atividade pela qual o Estado-Juiz, em substituição às partes, e com desinteresse na lide, decide a quem cabe o direito, declarando-o ou fazendo-o ser concretizado, possuindo poderes coercitivos para tanto. O Estado-Juiz emprega a legislação, produto do Poder Legislativo, como fonte fim para a atividade jurisdicional.

O escopo da jurisdição possui duas divisões, uma imediata e outra mediata. A primeira consiste na realização dos interesses que ficaram insatisfeitos, enquanto a segunda se dirige à integração do direito objetivo. Verifica-se, pois, que a jurisdição tem por missão substituir as partes, solucionando a lide, possuindo também, a função de reintegrar a eficácia do direito objetivo, ou seja, assegurar ao pretendente aquilo que lhe seria por direito caso a lei fosse respeitada.

A Constituição Federal de 1988 possui força normativa com o condão de constitucionalizar o direito privado, irradiando valores esculpidos nos princípios e regras constantes no texto constitucional para todo o ordenamento jurídico pátrio. A constitucionalização, o aumento considerável no número de demandas e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.

Nesse diapasão, é imperioso afirmar que todas as normas devem observância à Constituição, pois o preceito normativo deve estar em consonância com a autoridade constitucional. O princípio da supremacia constante na Carta Magna exige que todas as situações jurídicas obedeçam aos preceitos nela inseridos, sob pena da conduta não ser considerada constitucional (SILVA, 2008).

A temática desse trabalho está inserida no âmbito de compreensão do que se entende por razoável duração do processo, conforme garantido pelo artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal e de como os meios alternativos de solução de conflitos podem ser excelentes formas de efetivar o direito, tudo consoante o disposto na Carta Magna, no projeto do novo Código Processual Civil, nas leis esparsas e na doutrina.

1 DAS FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

No início da vida da sociedade humana a solução para os conflitos sociais, pequenos ou grandes, isto é, entre indivíduos, entre sociedades ou entre Nações, ocorria como consequência do uso da força por um – que era o mais forte – em prejuízo do outro, que era o mais fraco. Não havia negociação que levasse a um ponto final do conflito. Não havia também nenhuma discussão a respeito do direito de um ou de outro. Aliás, não havia nem mesmo direitos reconhecidos, a não ser o “direito” do mais forte de, pela força, fazer valer sua vontade diante do mais fraco.

Pode-se afirmar que nas fases primitivas inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2007, p. 27). A repressão aos atos criminosos se fazia em regime de vingança privada e, quando o Estado chamou a si o *jus punitivis*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas.

Esse método de solução de conflitos foi chamado de autotutela. Para Wambier e Talamini (2010, p. 93) o uso da técnica da autotutela é uma solução egoísta e parcial, porque resulta tão somente da imposição da vontade de apenas um dos litigantes. A solução de litígios pelo método da autotutela tinha duas características próprias: *a*) a solução não era dada por um juiz distinto dos próprios envolvidos no conflito; e *b*) a decisão quanto ao conflito era imposta por um dos litigantes ao outro (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2007, p. 27). Era considerada uma forma muito primitiva de solução de conflitos, em que não havia satisfação ou reconhecimento do direito de qualquer uma das partes, mas somente a imposição da solução do mais forte ao mais fraco, que a isso se submetia, por falta de alternativa.

Depois desse período, em que prevalecia essa já referida e hoje abandonada forma extremamente primitiva de buscar a solução de conflitos sociais, surge a fase da autocomposição dos interesses em conflito.

A autocomposição dos interesses em conflito é método de solução de controvérsias que ocorre quando cada um dos lados do litígio, ou seja, cada um dos litigantes, no todo ou em parte, reconhece o direito do outro, sacrificando, ao menos em parte, seu próprio interesse em favor de uma solução para o litígio.

Em seguida, optou-se pela solução vinda de um terceiro, aparentemente desinteressado no resultado do litígio entre as partes e, assim, passou-se a uma fase em que a arbitragem, de um



modo ainda muito rudimentar e simples, funcionou como método de solução de conflitos sociais. As partes em litígio escolhiam um terceiro, um sacerdote, um sábio, alguém que poderia dizer aos litigantes qual seria a melhor solução. E os litigantes a essa decisão se submetiam, cumprindo aquilo que o árbitro houvesse definido.

Finalmente, como fruto da civilização, da idéia de Estado de Direito regido por leis e não apenas pela vontade do mais forte ou do soberano, veio à tona a figura do juiz, do magistrado, como alguém capaz de, em lugar das partes litigantes, resolver o conflito de interesses, aplicando-lhe a melhor solução.

2 ACESSO À JUSTIÇA

O direito de acesso à Justiça, tradicionalmente reconhecido como sendo o direito de ação para defesa de direitos individuais, foi ampliado pela Constituição Federal de 1988, alcançando a via preventiva, fazendo constar em texto expresso que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão.

As expressões ‘lesão’ e ‘ameaça de lesão’ garantem o livre acesso ao Judiciário tanto pela tutela jurisdicional preventiva como a repressiva, não podendo o legislador, ao elaborar lei, criar mecanismos que impeçam ou dificultem o acesso ao Judiciário. Em decorrência do princípio em análise, não mais se admite no sistema constitucional pátrio a chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado como previsto na CF/69.

O acesso a justiça está disponível a toda sociedade e, em decorrência disso, na contemporaneidade, a principal preocupação dos legisladores e estudiosos do direito é a busca pelo equilíbrio da duração do processo e da eficiência na prestação da tutela jurisdicional aos cidadãos que têm garantido tais prerrogativas na Constituição Federal.

Conforme lembra Medina (2004, p. 34), “[...] a sobrecarga de processo faz a justiça tornar-se lenta e atrasada, e, conforme bem ilustrou Rui Barbosa, na sua clássica ‘Oração aos Moços’, ‘justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta’”. Assim, o Estado mostra-se ineficaz quando não soluciona os litígios de forma satisfatória.

Tal problemática ensejou várias reformas na legislação processual, já que a base de todo o sistema está alicerçado nos princípios constitucionais, garantidos pela Carta Magna. A busca por um processo justo que seja capaz de proporcionar segurança jurídica efetiva em um tempo



hábil tornando um compromisso do poder público aos jurisdicionados deve ser uma incessante luta pelo aperfeiçoamento da tutela e aparelho jurisdicional.

Exatamente em nome da efetividade da tutela jurisdicional hodierna é que tramita atualmente, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 166 de 2010, que pretende – dentre inúmeros objetivos – privilegiar a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal.

3 A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO PROCESSUAL

A relação entre a Constituição e o processo ocorre, nos sistemas processuais modernos, a partir de preceitos constitucionais basilares, pois são estes que dão o norte de observância obrigatória ao legislador para formular leis consideradas constitucionais (GRECO FILHO, 2007). Além disso, conforme ensina Humberto Theodoro Junior (2009, p. 3), a Constituição Federal descreve regras sobre os direitos individuais que tem nítida correlação com o direito processual, como por exemplo: o do tratamento igualitário das partes do processo (que assegura a todos o direito de submeter toda e qualquer lesão de direitos à apreciação o Poder Judiciário); as normas que garantem o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; o princípio da razoável duração do processo e os meios para assegurar a celeridade de sua tramitação.

O princípio da razoável duração do processo foi acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/04, que principia a consagração do direito individual a uma atividade jurisdicional de razoável duração e a instrumentalização do processo, a qual garanta a celeridade da função jurisdicional.

O direito processual é um instrumento para realização de valores, especialmente de valores constitucionais, sendo considerado conjunto de princípios e normas legais regulamentadoras do exercício da função jurisdicional (SANTOS, 2007). A tramitação de um processo em conformidade com a lei, bem como a harmonia com as garantias constitucionais, gerará uma consequência processual que se traduz numa decisão.

Nesse sentido, Luiz Rodrigues Wambier (2010, p. 64) assevera que o princípio do devido processo legal, esculpido na Constituição Federal, significa o processo cujo procedimento e consequências tenham sido previstas em lei e que estejam em sintonia com os valores



constitucionais. A efetividade da tutela jurisdicional depende da sistemática jurídica, isto é, de promoção de meios de ordem infraconstitucional, a fim de que tais garantias (devido processo legal e acesso à justiça) tenham aplicabilidade efetiva no caso concreto.

A garantia esculpida na Constituição Federal do princípio do devido processo legal abrange outros princípios, de suma importância, como o da garantia do juiz natural e do juiz competente, a garantia do acesso à justiça, da ampla defesa, do contraditório e da razoável duração do processo.

Nessa seara, tem-se que todo processo deve dar a quem tem o direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele deve receber. Essa máxima se dá em prol da efetividade do processo e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça.

4 DA JURISDIÇÃO

É cediço que os indivíduos e grupos de indivíduos envolvem-se costumeiramente em conflitos, e muitas vezes tais conflitos necessitam de intervenções judiciais para chegarem a uma solução. Dessa forma, o processo torna-se um meio pelo qual se chega a um fim determinado, nem sempre do modo que as partes desejavam, e não raro, em tempo superior ao almejado.

Essa é a atividade da jurisdição, parcela do poder estatal, que consiste também, além de poder, numa técnica de solução dos conflitos de interesses, pelo método da heterocomposição. Isso porque na Jurisdição “[...] um terceiro substitui a vontade das partes e determina a solução do problema apresentado” (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 84).

Por meio da jurisdição, o Estado ativamente substitui as atividades das partes que estão envolvidas no conflito trazido à apreciação. Não cumpre a nenhum dos envolvidos dizer com quem está a razão; nem podem, senão excepcionalmente, invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se.

Por ser o direito obra da civilização humana, sua compreensão só é possível no contexto desta, a qual se constrói ao longo da história. É esta que possibilita a percepção do elaborar do direito nas variadas épocas e lugares, bem como as contribuições vindas do passado para a construção do presente manifestando-se sua evolução em razão de fatores políticos, econômicos e sócio-culturais revelados por meio da história da humanidade.



Ocorre que, quando esta põe no centro de sua investigação a vivência jurídica de povos e épocas do passado para que se compreenda e se aproveite, de alguma forma, seu legado às gerações hodiernas, nasce desse empenho a história do Direito, capaz de revelar dimensões do fenômeno jurídico ao longo do tempo porque registra a experiência jurídica do ser que é também histórico, por ser capaz de fazer e contar sua própria história, sendo ser humano no âmbito das civilizações, culturas e vivências jurídicas por ele experimentadas.

Dessa forma, observa-se que o fenômeno jurídico somente se manifesta em sociedade, pois é nesta que ocorrem as relações intersubjetivas, produzidas por sujeitos dotados de liberdade. Encarrega-se o direito de disciplinar o comportamento humano por meio de normas jurídicas que, em sua modalidade de regras, qualificam modelos de conduta realizando a convivência ordenada. Assim sendo, o direito positivo não descreve como as pessoas comportam-se umas perante as outras, mas sim, prescreve como devem se comportar em suas relações bilaterais e atributivas, se fazendo necessário como elemento ordenador, por meio de normas destinadas à proteção dos valores que orientam o sentido do convívio social.

Todos esses conceitos são relevantes para se compreender o universo das relações humanas, os valores desenvolvidos em sociedade e em sua evolução histórica, para que possam ganhar sentido no âmbito da convivência humana e estarem em consonância com a realidade social, ajustando-se às necessidades humanas.

5 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A Carta Magna prevê os princípios da razoável duração do processo, da celeridade processual e da efetividade. Entretanto, a morosidade dos órgãos do Poder Judiciário na prestação de uma tutela efetiva às partes, em tempo útil e justo, é uma questão extremamente relevante no estado contemporâneo.

O acúmulo de processos, os efeitos da globalização sem o proporcional investimento na informatização, a defasagem de recursos destinados ao Poder Judiciário, a ausência de leis mais eficazes e a falta de estímulos efetivos à conciliação, mediação e arbitragem, são alguns dos fatores que geram o atraso na prestação jurisdicional.

No Brasil, não é raro as partes aguardarem mais de dois ou três anos para que a sentença proferida pelo magistrado transite em julgado. O legislador processual, preocupado em garantir a



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

aplicabilidade de princípios constitucionais como o da ampla defesa, do contraditório e da igualdade – esquecendo de ponderar, muitas vezes, os demais princípios, também constitucionais, como o da celeridade, efetividade e razoável duração – previu a possibilidade de recurso para praticamente todos os atos processuais, o que, sem dúvidas, procrastina a obtenção do direito material.

A necessidade de mudança no sistema processual brasileiro para tornar o processo mais célere em prol dos indivíduos, bem como da coletividade, é fato notório, para que se possa atender ao princípio da dignidade da pessoa humana em todos os setores.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, moderna e progressista, no que concerne aos direitos fundamentais, é também inovadora em muitos aspectos. O artigo 5º, §§1º e 2º da Carta Magna, além de inovar, também veio ampliar o leque de direitos fundamentais reconhecidos aos cidadãos. Nesse contexto, conforme já mencionado, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou ao artigo 5º da Carta Maior, o inciso LXXVIII, que traduz a garantia de duração razoável do processo, como corolário da garantia de acesso à justiça.

Entretanto, é preciso considerar que a simples lei, ainda que lançada no texto constitucional, não é suficiente para resolver as mazelas da administração da justiça no país, notadamente se a novel garantia não se fizer implementar, efetivamente, com uma profunda reforma do Poder Judiciário, abrangendo a máquina judiciária e a própria legislação, em particular, as leis processuais.

A proclamação dos direitos constitucionais, inclusive o do acesso à justiça, reveste máscara retórica. Pois há, por vezes, uma hipócrita tranquilidade de consciência, quando se remetem os cidadãos para os tribunais que, em derradeiro percurso, farão justiça. Não desconhecendo que, para isso, os lesados deverão arcar com excessivo dispêndio para alcançar solução.

Em entrevista ao jornal Estado de São Paulo, em 31 de maio de 2010, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux afirmou que o reclame atual da população é a morosidade da Justiça. A duração do processo continua a ser um dos males contemporâneos do processo civil. As declarações fundamentais de direitos humanos garantem que todo homem faz jus a um processo justo em que a decisão ocorra em um prazo razoável. O país que não cumpre referido prazo é um país que tem a justiça inacessível.



Diante da atual situação do Poder Judiciário que ocasiona a morosidade da justiça e considerando a constante evolução social marcada pela complexidade das relações sociais, torna-se imprescindível a criação de instrumentos e o aperfeiçoamento daqueles já existentes, para que a tutela jurisdicional seja efetiva e o processo cumpra sua missão, com uma prestação judicial mais célere, justa e adequada na atividade de pacificar os conflitos, como instrumento da jurisdição (MARINONI; MITIDIERO, 2010).

Os integrantes do Poder Judiciário devem assumir o desafio do momento histórico e produzir algo de concreto para multiplicar a sua capacidade de resolver conflitos, pacificar a sociedade e aumentar as alternativas para a solução harmônica das diferenças. Isso será, verdadeiramente, ampliar o acesso à justiça.

Uma tutela efetiva e tempestiva proporciona maior satisfação e justiça para a sociedade, ideal almejado por todos, tendo em vista que hoje o acesso à justiça é amplo e irrestrito, permitindo não só a defesa de direitos lesados, mas também aqueles ameaçados, conforme destaca o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal. Surgiu dessa forma, além do conjunto de normas, a necessidade de sua aplicação de forma coerente.

Assim, para legitimar o exercício da jurisdição, realizar corretamente o Direito e efetivar a democracia sem impor sacrifícios injustificados para as partes é preciso que o processo tenha uma duração apenas suficiente para a prática dos atos necessários. O direito à duração razoável, a celeridade e a eficiência na prestação da tutela jurisdicional são, pois, direitos fundamentais, implícitos em todo Estado Democrático de Direito e que, atualmente, infelizmente, não alcançam a realidade da justiça brasileira.

6 DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Após a edição da Carta Magna, documento protetor do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da existência e da proteção dos direitos humanos, seguiram-se várias reformas do próprio Código de Processo Civil, com a implantação tópica de modificações e a criação de institutos jurídicos novos, cuja finalidade era não só a da simplificação do processo, mas também e principalmente, acelerar a prestação jurisdicional, tornando-a mais econômica e mais efetiva no alcance de resultados práticos para os jurisdicionados.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Com a socialização do direito constitucional, fez-se necessário traçar novos paradigmas voltados à concretização do direito fundamental da celeridade processual, razoável duração do processo, instrumentalidade e o princípio da eficiência, adaptando-se às novas concepções que valorizam o social, revelando a existência de direitos difusos e coletivos.

Algumas das mais importantes alterações já sofridas foram: Lei nº 8.952/94 (disciplina a tutela antecipada e a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer); Lei nº 9.079/95 (Processo monitorio); Lei nº 9.099/95 (derroga a antiga Lei de Pequenas Causas e disciplina os Juizados Especiais); Lei nº 9.245/95 (altera o procedimento sumário); Lei nº 9.307/96 (Lei da arbitragem); Lei nº 10.444/02 (alterações relativas à tutela antecipada, ao procedimento sumário, à execução forçada), Lei nº 11.419/06 (dispõe sobre a informatização do processo judicial), Lei nº 12.008/09 (prioridade na tramitação de procedimentos judiciais e administrativos às pessoas que especifica).

Ocorre que, mesmo após as reformas, o Código de Processo Civil encontra-se em desconformidade com princípios constitucionais basilares, dentre eles, o consagrado princípio da razoável duração do processo e, em razão disso, não tem sido raro falar em crise do processo civil ou crise do Poder Judiciário.

Surgiu, dessa forma, o atual projeto do novo Código de Processo Civil, cheio de inovações perquiridas pelos operadores do direito, objetivando a sistematização do instrumento e adequando-o aos princípios constitucionais. Exemplo disso é o constante no artigo 4º do referido projeto, em que há previsão de que “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa”.

Conforme artigo publicado em 08 de outubro de 2010 pelo Jornal O Estado do Paraná por Teresa Arruda Alvim Wambier, um dos objetivos do Código de Processo Civil projetado é o de inverter esta escala de valores: relevante deve ser o mérito, não o processo. Portanto, este tem que ser, necessária e drasticamente, simplificado. Não há discordância no que tange a esta necessidade.

Atualmente, o legislador se preocupa em elaborar normas que explicitem os objetivos do sistema jurídico não mais se limitando a regradar condutas (MEDINA, 2011, p. 145). Conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2010, p. 23), o processo civil deve servir ao cidadão, a tutela jurisdicional deve ser subjetiva e objetivamente adequada, atendendo de forma



concreta as necessidades das pessoas que vão a juízo em busca do direito material por elas afirmado, devendo o sistema atentar para as exigências de cada indivíduo.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito e democracia nada mais é do que o direito do indivíduo influir decisivamente no resultado de um procedimento. Os poderes que possui o juiz em relação ao direito material não significa a redução da atuação das partes envolvidas, mas, antes, impõe a ampliação de sua participação ativa no processo (*status activus processualis*), bem como sua cooperação junto a figura do magistrado (artigo 5º e 8º do projeto do novo Código de Processo Civil) (MEDINA, 2011).

Nesse contexto de participação é que o novo projeto do Código de Processo Civil incentiva o uso das técnicas alternativas de solução de conflitos, com a possibilidade de, concomitantemente, satisfazer às necessidades da sociedade resolvendo-lhes as pendências e ainda desobstruir o sistema, permitindo que este possa se dedicar, efetivamente, aos litígios que envolvam interesses públicos, direitos indisponíveis ou ainda, causas com grau de complexidade elevado. Depreende-se, portanto, que a conscientização do Poder Judiciário e da classe envolvida no âmbito jurídico sobre a importância do uso das formas pacificadoras dos conflitos tem se tornando cada vez mais recorrente no estado contemporâneo.

7 O INCENTIVO DA UTILIZAÇÃO DOS MEIOS DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAIS DE CONFLITOS COMO FORMA EFETIVA DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

A insuficiência dos movimentos até hoje lançados não deve ser mais causa impeditiva da utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, eis que eficazes, céleres, de comum senso e menos onerosos.

Conforme já defendido em outras oportunidades, a cidadania, direito de liberdade garantido ao indivíduo de participação na sociedade através da autonomia da vontade, concede ao indivíduo total liberdade de optar a forma de resolver seus conflitos de interesses, seja pela conciliação, arbitragem, mediação, transação ou mesmo, por meio do sistema judiciário (CACHAPUZ, 2000, p. 40).

Na conciliação, as partes buscam o conciliador, que não necessariamente precisa ser um bacharel em Direito, mas deve ter reputação ilibada e conduta profissional e social compatível com a função, para que este possa, intervindo no mérito da questão, posto que tem autoridade ou



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

conhecimento para administrar o litígio, adequar os interesses das partes, de modo a garantir um acordo mais próximo de suas pretensões. A autonomia da vontade das partes, no entanto, impera, não havendo que se falar em imperatividade da sugestão do conciliador.

Já a arbitragem, muito se assemelha à forma tradicional de solucionar os conflitos, já que neste caso a decisão é tomada por terceiro, mas é imposta por este aos litigantes. Não há obrigatoriedade alguma na escolha desta técnica de solução extrajudicial de conflitos, ou seja, as partes, de comum acordo, escolhem um terceiro que decidirá o impasse.

Pela lei brasileira, o árbitro é juiz de fato e de direito, ou seja, o árbitro profere uma sentença arbitral e essa sentença é título executivo judicial, sem necessidade de homologação pelo Poder Judiciário, tanto que o art. 475-N do CPC a arrola como um dos títulos executivos judiciais. A arbitragem é produto de um negócio jurídico que se chama convenção de arbitragem, havendo duas espécies: cláusula compromissória e compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é um pacto que as partes celebram quando da efetivação de um contrato, o qual deve versar sobre direitos disponíveis. Ocorrendo algum tipo de controvérsia em relação ao objeto do contrato, em razão do acordo anteriormente realizado, ficará excluída a hipótese de submeter o conflito resultante deste instrumento ao Poder Judiciário, ou seja, os contratantes previamente renunciam à solução judicial e optam, desde já, pela solução arbitral.

Já o compromisso arbitral, ocorre quando o conflito já existe, sendo considerado um acordo de vontades por meio do qual os litigantes instituem o juízo arbitral, indicando e delimitando a controvérsia, nomeando os árbitros e fixando as condições de processamento da arbitragem. O compromisso arbitral também pode servir para regular uma cláusula compromissória incompleta.

A opção dos indivíduos de valerem-se das formas extrajudiciais de solução de conflitos significa que eles escolheram agir como pacificadores sociais, buscando um bem comum, por meio do uso da liberdade e da democracia, cooperando, dessa forma, com a sociedade global.

A mediação é uma técnica não adversarial de resolução de conflitos, por meio da qual as partes interessadas buscam auxílio de um terceiro, imparcial e devidamente capacitado, que as ajuda a resolver o conflito, aliviando as pressões irracionais que as partes estão sofrendo, para que elas possam compreender melhor as reais circunstâncias do problema, possibilitando, dessa forma, uma análise equilibrada dos fatos.



O mediador não deve fazer proposta de acordo, ele não decide a controvérsia, sua função é encaminhar a proposta, ajudando as partes a resolverem o conflito instaurado. E além da função de ouvir e apaziguar as partes, traz consigo a função de induzi-las a identificar os pontos principais da controvérsia, a acomodar seus interesses aos da parte contrária, a explorar fórmulas de ajuste que transcendam o nível da disputa, facilitando as resoluções dos conflitos que ambas desejam resolver.

A mediação é um processo extrajudicial e dinâmico que visa auxiliar externamente não somente o Poder Judiciário, mas também as partes, tentando mostrar os aspectos positivos do acordo mediante intenso diálogo e estímulo para que os interessados encontrem suas próprias soluções frente ao problema em que estão envolvidos.

Importante ressaltar que a mediação só gera bons resultados se houver colaboração entre as partes envolvidas, eis que se trata de um método baseado na cooperação mútua. O acordo advindo da mediação produzirá os efeitos jurídicos próprios de sua matéria e poderá ser reduzido a termo e homologado por sentença caso as partes assim prefiram.

O projeto do novo Código de Processo Civil está sendo elaborado para que a interpretação e a incorporação das normas venham a corroborar com os direitos fundamentais, bem como incentivar a pacificação social – escopo da Jurisdição – através de meios alternativos de solução de conflitos, entre eles, a conciliação e a mediação, sendo sua estimulação um dever dos magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, conforme preconiza o artigo 145 do projeto.

As exigências esculpidas no referido projeto são oriundas de um modelo constitucional de processo justo, o papel atual das codificações, a técnica legislativa própria destinada aos códigos vigentes, sendo inolvidável iniciá-los a partir de eixos teóricos próprios às linhas de força do Estado Constitucional.

Assim, o projeto do novo Código de Processo Civil, atualmente em discussão nas Casas Legislativas, está trazendo inovações e apresentando soluções para problemas recorrentes no Poder Judiciário, especialmente quanto ao volume de processos e o grande lapso temporal para a entrega da tutela jurisdicional pelo Estado, incentivando, nessa linha de raciocínio, a solução pacífica das controvérsias como forte meio auxiliar no combate à morosidade processual e incentivo à conciliação das partes.



Surge assim, a necessidade de estudo teórico e prático das inovações trazidas nesse novo projeto, onde os legisladores pretendem adequar a nova lei processual, até mesmo quanto à informatização dos atos processuais, para o fim de atender às normas e princípios constitucionais balizadores do ordenamento jurídico com a conseqüente concretização dos direitos fundamentais processuais civis previstos na Constituição Federal.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 é um marco, como documento protetor do princípio da dignidade humana, fundamento da existência e da proteção dos direitos humanos. Neste contexto, este trabalho traz à baila uma discussão sobre novos paradigmas voltados à concretização do direito fundamental da celeridade processual, razoável duração do processo, instrumentalidade e o princípio da eficiência com a atual realidade da justiça brasileira, por meio dos usos das técnicas extrajudiciais de solução de conflitos.

Após a edição da Carta Magna seguiram-se várias “mini-reformas” do próprio Código de Processo Civil, com a implantação tópica de modificações e a criação de institutos jurídicos novos, cuja finalidade era não só a da simplificação do processo, mas também e principalmente a da sua efetividade, como meio hábil à tutela de direitos.

Entretanto, mesmo com as reformas realizadas na seara processual, houve um aumento significativo no número das demandas nesses últimos tempos e, em razão disso, o acúmulo de serviço dos magistrados também aumentou de forma considerável, cabendo ao Estado, detentor do monopólio da jurisdição, desenvolver mecanismos para que o processo suplante esta crise e volte a se posicionar como instrumento eficaz da pacificação social.

Em razão disso, não há dúvidas sobre a importância e relevância da profunda reforma que está ocorrendo no processo civil brasileiro, inclusive, com a revogação do atual Código de Processo Civil e a vigência de um novo Código, que regulamenta uma sistematização mais moderna do processo, para o fim de adequar o instrumento à efetiva aplicação do direito material.

Um dos objetivos precípuos da reforma é a busca pelo equilíbrio de uma duração razoável do processo e da eficiência na prestação da tutela jurisdicional, garantias estas, previstas na Carta Maior. É a busca de um processo justo que seja capaz de proporcionar segurança



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

jurídica efetiva em um tempo hábil tornando um compromisso do poder público aos jurisdicionados uma incessante luta pelo aperfeiçoamento do aparelho jurisdicional.

Para legitimar o exercício da Jurisdição, realizar corretamente o direito e efetivar a democracia sem impor sacrifícios injustificados para as partes é preciso que o processo tenha uma duração apenas suficiente para a prática dos atos necessários.

O direito à duração razoável, à celeridade e à eficiência na prestação da tutela jurisdicional são, pois, direitos fundamentais, implícitos em todo Estado Democrático de Direito e que, atualmente, não alcançam a realidade da justiça brasileira prevista na Constituição. Sendo o direito em questão situado no âmbito de uma sociedade que, ao fazer opção pela democracia, institui o Estado Democrático de Direito, este apresenta-se explicitamente compromissado com a realização de um conjunto de valores considerados indispensáveis à realização de um bem comum.

A idéia de um sistema judicial ampliado através da introdução de múltiplos programas para resolver as disputas por meios de métodos alternativos de pacificação social, os quais poderiam ser utilizados antes ou durante o transcurso de uma ação judicial são vertentes que devem ser analisadas e observadas, pois o mau aproveitamento do tempo e do talento dos magistrados com questões de menor complexidade jurídica é injustificável.

Como se pode observar, a busca por meios alternativos de solução de conflitos atende, sobretudo, a um ditame democrático, caracterizado pela necessidade de dar efetividade aos direitos fundamentais e de prover a sociedade de um aparato administrativo mais célere e menos burocrático, mais dirigido a satisfazer o interesse público que a desvirtuá-lo em nome da lei e, especialmente, de torná-lo mais aberto à participação popular.

Um dos objetivos que orientou a Comissão a elaborar o Projeto de Lei nº 166 de 2010 foi a intenção de criar condições para que o juiz possa proferir uma decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa, onde teve ênfase a mediação e a conciliação (artigos 107, inciso IV, 134 a 144 e 333, §1º do projeto do novo Código de Processo Civil).

Assim, o projeto do novo Código de Processo Civil, atualmente em discussão nas Casas Legislativas, está trazendo inovações e apresentando soluções para problemas recorrentes no Poder Judiciário, especialmente quanto ao volume de processos e o grande lapso temporal para a entrega da tutela jurisdicional pelo Estado, incentivando, nessa linha de raciocínio, a solução



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

pacífica das controvérsias como forte meio auxiliar no combate à morosidade processual e incentivo à conciliação das partes.

REFERÊNCIAS

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei nº 9307/96*. São Paulo: Editora LED, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

FUX, Luiz. Entrevistado por Felipe Recondo. *Mudança no processo civil pode reduzir em 50% o tempo de ações*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias>>. Acesso em: 07 set. 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil: processo de conhecimento*. 25. ed. Saraiva: São Paulo, 2007. v. 1.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Um novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/>>. Acesso em: 07 set 2011.



**AS DEMOCRACIAS LIBERAIS CONTEMPORÂNEAS:
UMA ESPÉCIE DE SANTA DE ALTAR DE QUEM JÁ NÃO SE ESPERAM
MILAGRES?**

**THE CONTEMPORARY LIBERAL DEMOCRACIES: A KIND OF SAINT ON THE
ALTAR FROM WHOM NO MIRACLE CAN BE EXPECTED?**

Rafael Caetano Cherobin*

Resumo: Este artigo tem por objetivo refletir sobre as democracias liberais contemporâneas a partir da concepção *materialista* da história formulada por Marx e Engels, embora não se limite a dialogar com esses autores. Parte do pressuposto de que a ordem econômica vigente na maioria dos países ocidentais é predominantemente neoliberal e que as garantias formais de participação política – os direitos políticos – não implicam necessariamente na concretização da premissa maior do espírito democrático de que o povo formula conscientemente a própria lei. Discute a partir daí a maneira como a cultura e o pensamento podem funcionar como mecanismos para que se mantenha a ordem vigente, inclusive como isso repercute também no direito.

Palavras-chave: materialismo histórico, cultura, consciência, democracia e direito.

Abstract: The purpose of this paper is thinking about contemporary liberal democracies by the materialist conception of the history formulated by Marx and Engels, although it is not limited in dialoguing with these authors. It assumes that the current economic order in the most western countries are predominantly neoliberal and the formal guarantees of politic participation – the politic rights – do not mean necessarily in the achievement of the biggest premise of the democratic spirit that the people formulate consciously the own law. Thereafter it discuss the way the culture and the thought can works with mechanisms to keep the current order, including how it echoes in law as well.

Keywords: historical materialism, culture, consciously, democracy and law.

INTRODUÇÃO

Jean Paul Sartre (in: FANON, 1962, Prefácio) há algumas décadas atrás, escreveu: “É preciso explicar por que o mundo de hoje, que é horrível, é apenas um momento do longo desenvolvimento histórico [...]”. A frase inconformada do filósofo é antiga, contudo, sua veracidade atual é uma evidência. Os dados da última década a atestam. Segundo a Organização

* Graduado em direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI); mestrando em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), na linha de pesquisa em filosofia, teoria e história do direito; rafaelderobin@hotmail.com



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Mundial de Saúde, em 2002, a pobreza foi a principal *causa mortis* do mundo. A renda dos 1% mais ricos superava a renda dos 57% mais pobres na esfera mundial e os 15% mais ricos concentravam 85% da renda mundial, enquanto que os 85% mais pobres detinham apenas 15% da renda mundial (PIOVESAN in FLORES, 2009, p. 20). A fome também assola milhões de pessoas. Para Hélder Muteia (2011), representante das Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação, “1 bilhão de pessoas passam fome no mundo e 10 milhões morrem de fome por ano. Destes, 3 milhões são crianças”.

A maior perplexidade em tais números de concentração da renda e de desigualdade social é que eles não são tão somente a expressão da conjuntura de países subdesenvolvidos, em que a democracia ainda não amadureceu e nos quais os direitos humanos são notoriamente violados. Resultam também de indicadores de países em desenvolvimento, ditos democráticos e que possuem constituições consideradas avançadas na promoção dos direitos humanos, como ocorre no caso brasileiro. Conforme dados do Instituto de Estudos do Trabalho e Sociedade (2007), existiam no Brasil 10,7 milhões de indigentes e 46,3 milhões de pobres. Por outro lado, no documento-base da campanha da fraternidade (2005) constava que 5 mil famílias brasileiras – 0,01% da população – tinham em mãos patrimônio de R\$700 bilhões (média de R\$140 milhões por família).

Com efeito, questiona-se, como em um regime democrático, na qual deve predominar a vontade da maioria, pode a mesma maioria aceitar que uma enorme parte de sua população viva em execráveis condições de pobreza, enquanto que uma minoria usufrua de boa parte do total da riqueza produzida? Como tal lógica econômica e social, na qual os dados indicados são incompatíveis com qualquer princípio ético de igualdade ou de liberdade, é aceita pela população como normal ou desejável? Qual o alcance das democracias liberais contemporâneas?

A questão parece apontar que a democracia depende de mais atributos do que a garantia dos direitos políticos habituais (sufrágio universal, eleições diretas, alternância dos governantes no poder, etc). Depende igualmente da consciência dos cidadãos da realidade do mundo à sua volta bem como da maneira pela qual ele opera para que assim possam se expressar. A partir dessa premissa, portanto, objetiva-se neste artigo refletir, sem grandes eixos metodológicos, sobre a relação entre o pensamento e a *práxis* nas atuais democracias liberais e capitalistas. Como a consciência pode perder de vista sua realidade concreta? Como os saberes associam-se a determinada ordem social tão desigual e conseguem influenciar na mentalidade das pessoas?



Como tais fenômenos repercutem também no direito? Enfim, trata-se de um pequeno ensaio sobre essas indagações, que apesar de amplas e complexas, na qual dificilmente se colocará termo a elas, merecem um constante refletir.

Para tanto, partiu-se neste artigo da concepção *materialista* da história de Marx e Engels, embora o texto não deixe de buscar diálogo com outros autores e a considerar outras questões sobre as formas de dominação pelas idéias. No primeiro ponto fez-se uma breve síntese da concepção *materialista* da história de Marx e Engels. Em seguida, tratou-se da cisão entre o pensamento e a *práxis*. Na sequência, da possível tensão entre a filosofia e a política. E, por fim, analisou-se a repercussão de tais fenômenos no direito.

1 A CONCEPÇÃO *MATERIALISTA* DA HISTÓRIA

A concepção *materialista* da história e das sociedades formulada por Marx e Engels veio, em seu tempo, como uma contraposição tanto a autores alemães, que em suas análises tendiam a cair em abstrações filosóficas sem considerar a realidade empírica que conduz os homens a ser o que eles são, em que o nome mais marcante provavelmente seja o de Hegel (MARX; ENGELS, 2007, p. 44), bem como a autores franceses e britânicos, que embora empíricos, reduziam suas reflexões aos fatos políticos e religiosos, o que levava à reprodução das justificativas “primeiras” das ações políticas e religiosas, sem perceber que essas mesmas ações estavam inevitavelmente atreladas à dinâmica mais profunda da sociedade civil. Assim, acabavam por não revelar a verdadeira face dos acontecimentos porquanto não demonstravam aquilo que estava por detrás das grandes decisões.

No fundo, o método dos franceses e britânicos servia muito mais a uma justificação conformista do presente do que realmente a entender como uma sociedade se constitui e opera (MARX; ENGELS, 2007, p. 33). Em oposição, o que propunham os autores, portanto, era que a análise da condição humana tivesse uma base *material*, ou seja, que fosse considerado em primeiro lugar o aspecto terreno do movimento empírico dos homens no mundo. A história e a sociedades são realizadas por homens de carne e osso que possuem necessidades e desejos contingentes (não há um sentido metafísico) e movimentam-se por essas mesmas razões, fatores que se evidenciam apenas quando se analisa a sociedade civil (MARX; ENGELS, 2007, P. 42-



43). Em suma, como salientou Marx (2005, p. 59), “não se trata de trazer a existência empírica à sua verdade, mas, antes, de trazer a verdade a uma existência empírica”.

Nessa análise *material* da história e das sociedades humanas, por conseguinte, buscaram entender as formações das primeiras sociedades para a partir daí seguir todo o percurso histórico de transformações sociais até o momento em que escreviam, pois dessa forma, conseguiriam finalmente encontrar uma base *material* para explicar a condição humana que visualizavam já que entenderiam as causas que levaram os homens a viver como o faziam. Queriam voltar às origens das primeiras sociedades para achar pressuposto delas e a partir daí entender o que impulsionou as ações humanas que conseqüentemente alteraram o curso da história das sociedades, reorganizando-as incessantemente ao longo do tempo.

Constataram então que primordialmente os homens não deveriam ser diferentes dos outros animais, provavelmente colhiam diretamente da natureza os alimentos necessários à subsistência e procriavam perpetuando a espécie. Porém, em algum momento posterior, por alguma razão, os homens não se limitaram mais a retirar diretamente da natureza aquilo que ela oferecia e começaram também a trabalhar e a produzir seus próprios meios de vida, levando os Autores a concluir que a categoria trabalho, portanto, seria a principal característica dos seres humanos, aquela que os distingue dos outros animais. Desse modo, para Marx e Engels (2007, p. 32-33) o homem é um ser que trabalha.

No entanto, não apenas isso, pois decorre do trabalho não apenas a eficácia na reprodução da vida humana, todavia é ele também o principal pressuposto que levou os homens a se reunirem para viver em sociedade e a construírem, conseqüentemente, uma história humana (MARX; ENGELS, 2007, p. 32-34). Isso porque concomitantemente ao trabalho dos homens sobre a natureza, modificando-a e visando à manutenção da vida, eles também passaram a fazê-lo em conjunto, através de uma cooperação entre indivíduos, onde cada um possui uma função específica. Dessa forma, o trabalho é o pressuposto da origem das primeiras sociedades humanas, que por sua vez, acabam por condicionar os homens, atribuindo a eles, por isso, uma história. Os homens possuem história porque quando nascem submetem-se de antemão a uma relação dupla com o mundo, uma com a natureza – igualmente aos outros animais – e outra com o mundo dos homens, com a sociedade anteriormente organizada ao seu nascimento, que atua como um poder acima e independente do indivíduo, traduzindo-se numa relação necessária na qual os homens são submetidos e condicionados (MARX; ENGELS, 2007, p. 34, 38). Por isso somos sujeitos



históricos, pois não somos condicionados unicamente pelas forças da natureza, porém também por forças sociais que estão desenvolvidas antes do nascimento, bem como iremos também impactar no modo de viver das gerações futuras (MARX; ENGELS, 2007, p. 43). E, essa história humana, que surge com a formação das sociedades, existe porque o homem trabalha – socialmente – para reproduzir a vida. A reprodução da vida através do trabalho social é, por conseguinte, o pressuposto das sociedades e da história.

Sob a ótica de Marx e Engels (2007, p. 42-44), a cooperação econômica que permite a reprodução da vida é o único ou, pelo menos, o principal motivo que levou (e ainda leva) os homens a se reunirem para viver, pois antes mesmo da cultura, das religiões, do Estado e do direito, os homens necessitam trabalhar para que a vida se perpetue, e o fazem em conjunto, isto é, socialmente, sendo que as referidas instituições sociais estejam sempre em função da economia. Surgiram para atender a determinado modo de cooperação econômica anterior, que é o fundamento último de toda vida social – daí dizer que a *infraestrutura* (modo de produção econômico) determina a *superestrutura* (todas as outras instituições sociais).

É digno de nota que os Autores entendiam que desde as primeiras sociedades até o momento em que escreviam seus trabalhos, todas as sociedades humanas sempre tinham sido organizadas naturalmente e não de forma voluntária, ou seja, não se constituíram por meio de um “interesse geral” racionalmente planejado, porém como expressão das relações de força que se confrontaram em um determinado período histórico (MARX; ENGELS, 2007, p. 37). Conseqüentemente, as *infraestruturas* sociais surgidas pela força resultou em *superestruturas* decorrentes de modelos econômicos erigidos através da dominação de uns sobre outros, de maneira que essas mesmas *superestruturas* estavam sempre em consonância com as *infraestruturas* que lhe deram origem, de modo que para Marx e Engels, todas as instituições sociais até então surgidas na história não eram mais do que reflexo de uma dominação econômica; o Estado, o direito, as religiões, etc, serviam à manutenção do *status quo*. Em conclusão, toda cultura até então nada mais era que uma justificação da dominação do homem pelo homem.

Relativamente à maneira pela qual as forças sociais históricas condicionam as consciências dos homens, resta colocar ainda que o próprio trabalho em sociedade altera o mundo sensível, criando ao lado do mundo natural um mundo artificial, seja no aspecto exterior (os prédios, as ruas, os carros, etc), seja nas relações humanas (os valores sociais), sendo que toda



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

essa realidade concreta influencia em nosso modo de perceber a existência, em nossa consciência (MARX; ENGELS, 2007, p. 31, 34-35). Em outras palavras, a consciência é essencialmente um produto social. Sobre este ponto escreveram os Autores:

[...] descobrimos que o homem tem também “consciência”. Mas esta também não é, desde o início, consciência “pura”. O “espírito” sofre, desde o início, a maldição de estar “contaminado” pela matéria, que, aqui, se manifesta sob a forma de camadas de ar em movimento, de sons, em suma, sob a forma de linguagem. A linguagem é tão antiga quanto a consciência – a linguagem é a consciência real, prática, que existe para os outros e que, portanto, também existe para mim mesmo; e a linguagem nasce, tal como a consciência, do carecimento, da necessidade de intercâmbio com os outros homens. Desde o início, portanto, a consciência já é um produto social e continuará sendo enquanto existirem homens. A consciência é, naturalmente, antes de tudo a mera consciência do meio sensível *mais imediato* e consciência do vínculo limitado com outras pessoas e coisas exteriores ao indivíduo que se torna consciente; [...] (MARX; ENGELS, 2007, p. 34-35).

Significa dizer que o homem não é uma *mônada* auto-suficiente, porém que se encontra vinculado inexoravelmente ao mundo à sua volta, que aquilo que se encontra em sua consciência responde ao mundo sensível que lhe cerca.

Em síntese do que descrevemos até agora, pode-se deduzir a seguinte sequência de idéias: os homens trabalham e por isso formaram as sociedades, que visam, antes de qualquer outra coisa, a cooperação econômica; uma vez que as sociedades estejam formadas - que possuam um modo de produção econômico -, elas influenciam na consciência dos homens concomitantemente com a natureza, o homem torna-se desse modo um ser social. Além disso, o fundamento que justifica as sociedades é a satisfação das necessidades humanas, a reprodução da vida, sendo que todas as outras instituições sociais, a religião, o Estado, o direito, etc, vieram posteriormente e em função da premissa maior de reproduzir a vida. Ora, se a base econômica de uma sociedade orienta todos os outros aspectos sociais e se todas essas outras instituições sociais, por seu turno, condicionam a consciência dos homens, então é lógico deduzir que a *infraestrutura* também determina, ou pelo menos influencia, na consciência dos homens. Por isso, para Marx (1988, p. 76), a emancipação dos homens se dá pela *práxis*, pela transformação real do mundo, sobretudo do modo de produção econômico, e não pela consciência. A consciência do homem é essencialmente um produto do meio em que vive.



Independentemente da querela sobre a ortodoxia dos Autores, se quiseram realmente levar ou não essa leitura economicista da realidade até um determinismo econômico, pode-se tecer algumas considerações a partir das idéias descritas até agora. Em primeiro lugar, embora seja bastante questionável que a cooperação econômica seja o fundamento principal das sociedades humanas - Freud (2010, p. 41) destaca o amor (*Eros*) como o motivo principal que leva os homens a se reunirem em sociedade -, ainda assim não deixa de ser um aspecto relevante na constituição delas e na maneira pela qual organizam e produzem sua cultura. Mesmo que seja um exagero imaginar que o Estado, o direito, a religião, e a cultura como um todo, estejam sempre a serviço de interesses econômicos e que foram criados unicamente como instrumentos de dominação, de qualquer modo não deixam de ser dispositivos de poder, físico ou moral, e que muitas vezes se acham de fato imbricados a interesses econômicos. Em segundo lugar, mesmo que não seja absoluto que as sociedades até o momento tenham sido “sociedades naturais”, isto é, que não tenham sido em nenhum aspecto fundadas em um “interesse geral”, ainda assim é bastante evidente que os “interesses individuais” – nomeadamente os econômicos – prevalecem na maioria das vezes sobre o “interesse geral”, seja no interior das sociedades, seja nas relações entre os países, em que a violência se manifesta absurdamente na defesa desses mesmos privilégios. E, em terceiro lugar, mesmo que a consciência humana não seja escrava do meio e muito menos que todos os pensamentos humanos sejam guiados por interesses econômicos e, por conseguinte, que a emancipação do homem também possa ser realizada por um trabalho de cultura – pelo pensamento -, afinal, assim como a explicação do cérebro não define a consciência também a explicação do meio não a revela em sua totalidade, ainda é certo a premissa de que os homens são seres sociais, que a sociedade tem influência na formação da consciência, de modo que a modificação das instituições sociais, nomeadamente as econômicas, impactariam na mentalidade e no comportamento das pessoas.

2 A CISÃO ENTRE O PENSAMENTO E A PRÁXIS

A partir desse resumo sucinto da concepção *materialista* da história de Marx e Engels, à guisa de algumas considerações próprias, pode-se então chegar ao ponto em que segundo os Autores foi o componente que permitiu o surgimento das *ideologias* (que compõem os valores



que prevalecem em uma sociedade) a que se busca refletir neste breve ensaio: a diferenciação entre trabalho material e trabalho espiritual.

Segundo suas considerações sobre o início das primeiras sociedades, a divisão das funções decorrentes de uma cooperação econômica começou como algo extremamente primitivo, uma cooperação e divisão do trabalho definida inicialmente no ato sexual e, em seguida, por outras disposições naturais, como a força corporal, as necessidades, as casualidades, etc, mas que se desenvolveu até que finalmente alcançasse um grau em que fosse possível diferenciar o trabalho material (destinado à reprodução da vida) do trabalho espiritual (não ligado diretamente à reprodução da vida). Daí em diante a consciência pôde então ganhar autonomia em relação a *práxis*, conforme deduziram os Autores:

A partir desse momento, a consciência *pode* realmente imaginar ser outra coisa diferente da consciência da *práxis* existente, representar algo realmente sem representar algo real – a partir de então, a consciência está em condições de emancipar-se do mundo e lançar-se à construção da teoria, da teologia, da filosofia, da moral etc. “puras”. Mas mesmo que essa teoria, essa teologia, essa filosofia, essa moral etc. entrem em contradição com as relações existentes, isto só pode se dar porque as relações existentes estão em contradição com as forças de produção existentes [...] (MARX; ENGELS, 2007, p. 35-36).

O trabalho espiritual, que forma as *ideologias*, em algum momento desvincula-se do trabalho material, destinado à reprodução da vida, e adquire, por sua vez, a função de justificar no plano das idéias as bases econômicas de determinada sociedade, de modo que os interesses da classe economicamente dominante estejam, por conseguinte, em harmonia com as idéias dominantes, ou que, havendo contradição entre as idéias em uma época, traduz-se que as relações existentes estão em contradição com as forças de produção existentes e vislumbra-se assim o embrião de uma transformação social (MARX; ENGELS, 2007, p. 47).

À parte das já mencionadas ressalvas que se pode fazer a essa leitura economicista das idéias que predominam em uma sociedade, como se todo o mundo das idéias se ligasse de alguma forma a sustentar interesses econômicos de classe e, por outro vértice, há também de se reconhecer que as idéias de uma época não são neutras e puras de interesses próprios, inclusive de interesses econômicos - aqui serve o alerta do que preconizava Freud (2010, p. 183): “apenas sei com certeza que os juízos de valor dos homens se derivam sem exceção de seus desejos de felicidade” -, o que se pretende refletir é como ocorre esse isolamento das idéias do mundo real



(da *práxis*) que justamente assim permite que muitas vezes os “interesses privados” materializados camuflem-se de “interesse geral” no plano das idéias, conforme defendiam os Autores. Enfim, como as idéias, que influenciam na formação da consciência dos homens, podem estar desconectadas da realidade *material*?

Kant (2008, p. 48) formulou a capacidade dos homens de elaborarem *proposições sintéticas*, que significa dizer, conseqüentemente, que nossa mente tem vida para além da realidade sensível, porquanto somos capazes de formular pensamentos independentes daquilo que nos chega de modo mais imediato pelos sentidos. Somos, portanto, capazes de teorizar sobre a realidade sensível bem como de imaginar coisas que não existem, de ter idéias, sendo que isso só é possível por causa da linguagem, que permite a construção de pensamentos em cadeia, formando assim uma sequência lógica.

Desse modo, mesmo que se deixe de lado o fato de que somos capazes de imaginar coisas que não corresponda em nada à realidade propositalmente (um romance literário, por exemplo) ou que nossas teorizações sobre a realidade possam estar equivocadas, ou ainda, que não existe de fato uma cisão entre a realidade sensível e a consciência, mesmo deixando-se de lado essas questões, há um aspecto interessante que talvez possa ajudar a entender como é possível o isolamento entre a dimensão das idéias e a *práxis* existente. É que as teorias e filosofias - que visam explicar o fenômeno, ou prescrever algo a partir do fenômeno - uma vez que sejam formuladas em cadeias de pensamentos, dentro de uma sequência lógica, quando bem elaboradas, têm a capacidade de seduzir muito facilmente o leitor ou o ouvinte. É como se a teoria ou a filosofia adquirisse autonomia por causa de sua lógica intrínseca, independentemente do fenômeno. O leitor desatento esquece que tem diante de si apenas tinta e papel, assim como o ouvinte não se dá conta que não percebe mais do que sons emitidos pela boca de outrem. E, ao invés do questionamento sobre se determinada teoria realmente corresponde à realidade – ainda que de modo relativo - ou se as prescrições filosóficas seriam viáveis aos homens, acaba-se por questioná-las apenas no que concerne à sua lógica interna, sobretudo quando alguma teoria ou prescrição filosófica são formuladas a partir de outra teoria anterior que possua autoridade. Afinal, é mais cômodo aceitar um pensamento pronto e coerente – nomeadamente quando possui a autoridade de um grande pensador – do que se desdobrar sobre as impermanências, incoerências e infinitudes reais da dimensão humana. Assim como Descartes (1962, p. 48) constatou que é mais confiável que num triângulo seus três ângulos são iguais a dois retos do que



a existência de todo o mundo sensível, pois nós conhecemos realmente aquilo que é criado por nossas cabeças, também é mais sedutor se perder nas nuances do próprio pensamento lógico. Por fim, resulta que as discussões teóricas e filosóficas muitas vezes se percam em contendas de pura lógica e não tratem mais do mundo real.

Outrossim, não é raro que aqueles que propugnam algo não estejam de fato preocupados com o mundo, porém empenhados em vencer com suas idéias e interesses. Muitas vezes as teorias ou as prescrições filosóficas não se perdem em raciocínios de lógica “distantes da realidade” inocentemente, mas servem convenientemente aos desejos pessoais, como Marx referiu-se à obra de Hegel, por exemplo:

O verdadeiro interesse não é a filosofia do direito, mas a lógica. O trabalho filosófico não consiste em que o pensamento se concretize nas determinações políticas, mas em que as determinações políticas existentes se volatizem no pensamento abstrato. O momento filosófico não é a lógica da coisa, mas a coisa da lógica. A lógica não serve à demonstração do Estado, mas o Estado serve à demonstração da lógica (MARX, 2005, p. 38-39).

Quando isso ocorre, o saber intelectualizado corre o risco não apenas de estarem divorciados da realidade, de encontrarem-se inocentemente idealizados sob a forma de discursos abstratos provenientes das vidas das próprias mentes, mas de não discutirem mais que egoísmos e narcisismos, porquanto neles não há verdadeiramente interesse pelo sofrimento alheio, isto é, não se destinam a mudar o mundo nesse sentido, embora, por outro lado, apresentem-se cheios de boas intenções, resultando, por último, que tais saberes constituem-se em elaborados discursos sem sujeito, pois escondem *quem* realmente estão por detrás deles, já que os sujeitos - que desejam no fundo algo bastante profano, seus próprios desejos -, aqui, não se revelam, mas ocultam-se – quase sempre com arrogância, daí o famoso desdém dos homens de cultura pelo “povão” - no saber “universalista”, “neutro”, “objetivo”, “científico”, mas que aos olhos atentos, tais sofismas não deixam de apontar com frequência sujeitos portadores de egos – egoístas - bem visíveis, pois afinal, o que importa nesses casos, é, em uma palavra, a vida privada. O saber transforma-se, por conseguinte, numa espécie de mercadoria fetichizada³⁷.

³⁷ Marx (1988, p. 70-71) observou o fetichismo das mercadorias dentro da economia burguesa. Para ele, a excitação provocada no consumidor por um produto à venda não se dá em função do valor de uso da mercadoria, isto é, de acordo com sua utilidade. Pelo valor de uso, alguma coisa só tem valor se servir para algo, se aquele que a detém puder usá-la com alguma finalidade. Ou seja, a avaliação do valor é subjetiva. Não há diferença entre os bens, qualquer bem produzido, em última instância, não passa de matéria modificada pela mente e pelo corpo do homem que serve para algo. O que importa é a utilidade que tem para o possuidor. Conseqüentemente, o bem está em função



De outra face, é interessante notar que às vezes esse egoísmo em forma de pensamento – tão evidente para alguns – muitas vezes se acha igualmente encoberto para a própria pessoa, que de fato acredita que discursa para o bem de todos, mas que se fosse preciso, provavelmente não estaria disposta a “abrir mão” de seus próprios interesses. Aqui serve bem o alarde de Nietzsche (2009, p. 7): “Nós, homens do conhecimento, não nos conhecemos”. Por isso também Marx e Engels (2007, p. 48) não deixaram de reparar que é justamente nos momentos de conflito real que os discursos pretensamente neutros assumem, então, suas verdadeiras faces, que conforme a análise mais economicista dos Autores, coincidem com os interesses da classe dominante.

O problema não está logicamente em cada um defender suas posições e interesses, mas o rodeio, o engodo, a farsa, que muitas vezes contribui para sustentar um estado de dominação penoso a uma grande parcela da população. O egoísmo apresenta-se como solidariedade, as contradições sociais são ocultadas sob valores universais, até que finalmente os valores reais que predominam na cultura³⁸ já não sejam mais percebidos. E, quanto mais desintelectualizada for

do homem, de suas necessidades pessoais. Uma roupa de grife não é diferente de uma outra roupa qualquer, a não ser em função da melhor qualidade do tecido, etc, porém não por causa da marca, do que ela representa para os outros. Por conseguinte, a excitação que a roupa de grife na vitrine causa no consumidor não é fruto da excitação subjetiva do seu nervo óptico ante o raio luminoso, pois a roupa não passa de matéria objetiva que pode ou não servir para algo. Segundo Marx, a excitação existe porque os produtos podem ser trocados no mercado, a partir desse momento, a roupa se transforma em mercadoria – representa um valor de troca além do valor de uso - e adquire, por isso, um caráter social: ela representa uma parcela do trabalho total, ou seja, figura algo mais do que sua utilidade, pois reflete a relação social dos produtores com o trabalho total, o quanto cada um possui do total, que por sua vez, determina a posição social. Quem olha alguém vestido com uma roupa de grife não vê apenas uma vestimenta, vê algo mais, vê um valor social objetivado na roupa. A roupa ganha vida independente, transforma-se numa coisa fisicamente metafísica. Por fim, o fetichismo dos produtos resulta em relações sociais entre as coisas – porque o trabalho é global e há troca de mercadorias - e em relações reificadas entre as pessoas – porque o homem passa a viver em função dos bens e não o contrário.

Analogamente, pode-se sugerir igualmente que as teorias e as prescrições filosóficas também possuam atributos sociais à semelhança das mercadorias. Não servem apenas para teorizar o mundo – ainda que de forma relativa - ou prescrever algo coerente às pessoas, não possuem unicamente essa finalidade virtuosa. Além dessas coisas, parece que também tornam-se “vendáveis” como uma mercadoria. O próprio produto do trabalho intelectual representa ele mesmo um valor independente da utilidade original que propõe na medida em que pode ser “negociado” no mercado e por conta disso reflete atributos sociais ao seu criador ou reproduzidor à maneira de uma mercadoria, que possui algo mais do que seu valor de uso. A partir daí pode-se então inverter os papéis, não é mais a intelectualidade que serve às necessidades do homem, mas o homem que vive em função de uma intelectualidade previamente definida por seus atributos sociais correspondentes, na qual ele necessita por vezes transpor para o papel sob a forma da abstração e da lógica para esconder sua real finalidade. Neste caso específico, as teorias e prescrições filosóficas aquirem vida autônoma da realidade *material* porque são “negociadas” socialmente, enquanto que seus criadores ou reproduzidores não desejam que elas sejam avaliadas conforme as qualidades/utilidades *materiais* de seus conteúdos. Por sua vez, essa intelectualidade viciada pode servir às mais distintas metas além dos interesses econômicos de classe ressaltados por Marx, a outros desejos egóicos como fama, *status* intelectual, títulos acadêmicos, *best-sellers*, prêmio nobel, emprego de comentarista político de televisão, funções bem remuneradas em grandes empresas, altos cargos no Estado, etc.

³⁸ Por cultura entende-se aqui os valores predominantes que normatizam a conduta humana.



uma população - algo ordinário nas sociedades de massas - tanto maior será a capacidade de persuasão e sedução.

Nesse sentido, é como se a cultura, que segundo Freud (2010, p. 141-143) tem sua principal finalidade em internalizar no inconsciente certos valores éticos para que seja contido os impulsos agressivos dos homens, a fim de que a obra de *Eros* não seja desperdiçada, requer verdadeiramente para tanto, conter os impulsos agressivos dos dominados e disfarçar as agressões permanentes dos dominantes, independentemente de se tratar de interesses econômicos ou outros quaisquer, pois essa mesma cultura, que ainda se encontra tão presente, não é uma cultura qualquer, ela é menos a cultura do “interesse geral” do que a dos “interesses privados”, ou seja, essa cultura não emergiu de outra forma senão igualmente pela violência, e continua a perpetuá-la veladamente. Algo que não escapou a Nietzsche:

[...] algumas ideias devem se tornar indelévels, onipresentes, inesquecíveis, “fixas”, para que todo o sistema nervoso e intelectual seja hipnotizado por essas ideias “fixas” – e os procedimentos e modos de vida ascéticos são meios para livrar tais ideias da concorrência de todas as demais, para fazê-las “inesquecíveis”. Quanto pior “de memória” a humanidade, tanto mais terrível o aspecto de seus costumes; em especial a dureza das leis penais nos dá uma medida do esforço que lhe custou vencer o esquecimento e manter *presentes*, nesses escravos momentâneos do afeto e da cobiça, algumas elementares exigências do convívio social (Nietzsche, 2009, p. 46-47).

Portanto, os valores predominantes da cultura levam os homens à aceitação passiva do convívio social na qual se encontram, enquanto que por outro lado, tal forma de convívio social estagnada, na maioria das vezes, encontra-se consubstancializada na dominação de uns sobre os outros.

3 A TENSÃO ENTRE A POLÍTICA E A FILOSOFIA

Além do que foi colocado até aqui, há ainda outro aspecto importante sobre os saberes: a sua relação conflituosa com a política. A política é o espaço da construção do mundo social, nela, a pluralidade se expressa³⁹, o palco onde os homens discursam, expõem-se e mostram

³⁹ Como examina Hanna Arendt (2007, p. 15), trata-se do espaço da *ação*, ou seja, a atividade que corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que os homens e não o homem, vivem na Terra e habitam o mundo. Esta pluralidade é, portanto, a *condition per quam* de toda a vida política.



verdadeiramente *quem*⁴⁰ são, bem como reparam a alteridade, os outros, e constroem a realidade não apenas em função de si. Mesmo no totalitarismo, em que a pluralidade é reduzida ao mínimo, pois toda a vida é volatizada em uma forma de pensar, por isso a política também é devorada, ainda assim trata-se do predomínio do pensamento de alguém sobre os demais, isto é, ainda não se extingue em absoluto a consideração pelos outros, mesmo que essa consideração seja justamente para fazê-los renunciarem à própria vida.

Nesse contexto, a democracia é o regime propriamente político. Justamente por ser anti-metafísica⁴¹, abre sempre espaço ao novo, à invenção da realidade, não há encerramento do ser humano e da vida. Os homens promulgam e obedecem à própria Lei em conjunto e autonomamente. Também é o regime da não-violência, pois na democracia o homem não necessita dela para se auto-inventar e defender seus interesses. A violência nada mais é do que conseguir aquilo que se deseja por meio da força, desconsiderando a vontade do outro, e como na democracia a discordância é reduzida a um mínimo porque considera o “interesse geral”, isso ajuda a promover a paz. A política deixa de ser entendida como um poder de dominar a fim de submeter os outros à própria vontade e passa a ser entendida como meio para satisfazer à *vontade-de-vida*⁴² em comunidade. No próprio ato democrático - no discurso livre que revela o sujeito – reconhece-se o outro, de modo a arrefecer o egoísmo que atropela a dignidade e os sentimentos dos demais. A reciprocidade se entrelaça à convivência pacífica.

Essa consideração a respeito da política é importante porque vai manifestar uma tensão entre política e filosofia, examinada por Hanna Arendt. Pois, se por um lado, a “ação política inaugura, efetivamente, o domínio da pluralidade” (ARENDR; PAZ, 2007, p. 68) ao mesmo tempo em que “não podemos contar com o resultado da ação” (ARENDR; PAZ, 2007, p. 92), portanto, a política é fundamentalmente um processo imprevisível de construção da realidade em conjunto e não um produto da idéia, por outro lado,

o exame da natureza do pensamento, essa atividade puríssima localizada fora do âmbito da *vita activa*, mostra que ela se realiza através do diálogo silencioso que

⁴⁰ Para Hanna Arendt (ARENDR; PAZ, 2007, p. 86), “A ação provoca o aparecimento não de um “quê”, mas de um “quem” – a personalidade de alguém”.

⁴¹ Segundo Kelsen (2000, p. 161-167), a democracia é a forma de governo resultante de um relativismo filosófico, que reconhece a incapacidade de se formular juízos absolutos sobre a marcha dos homens no mundo.

⁴² O termo *vontade-de-vida* foi retirado da obra “20 teses de política”, de Henrique Dussel (2007, p. 25-26), que reconhece no ser humano um ser vivente e gregário, isto é, um ser que deseja permanecer vivo junto com os outros, e não sozinho.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

o ego mantém consigo mesmo. Os filósofos descobriram, desde muito cedo, que o pensar envolve sempre um desdobramento de si. Ao pensarmos, não estamos sozinhos, pois fazemos companhia a nós mesmo. Ao mesmo tempo, o pensamento provoca a suspensão do diálogo com os outros homens (ARENDDT; PAZ, 2007, p. 68-69).

Como se pode observar, a atividade de pensar suspende o diálogo com os outros homens para um diálogo com o próprio ego e, quando tal atividade segue em demasia sem retornar ao mundo do homem, ela também pode submergir, tanto por já estar deslocada da realidade, quer dizer, da realidade política, que deve considerar o homem como ele é realmente – o homem histórico - e não o homem idealizado, tanto porque a radicalização da suspensão do diálogo pode se transformar numa sublimação da realidade e surgir daí o pensamento metafísico e fundamentalista.

Por conseguinte, suscita que há dois riscos aparentes ao pensamento filosófico relativamente à política. No primeiro caso, o filósofo visualiza o mundo, constata uma realidade que não lhe agrada, e em seguida passa a idealizar outra realidade para o mundo, o *dever ser*. Porém, como sua vontade é fruto de uma idealização utópica, pois o pensamento já seguiu até perder de vista a realidade *material*, ele não consegue encontrar meios reais para torná-la efetiva, a realidade do mundo está a anos-luz da imagem sublimada, então o filósofo tende a se desiludir, afasta-se da política, e torna-se passivo ante o mundo concreto, ao mesmo tempo em que se inclina a desprezar os homens “comuns”, que não compartilham de sua idealização. A tendência é culpar os homens, sobretudo os “vulgares”, por não estarem “conscientes” de sua “prisão”. Foi isso que Marx e Engels detectaram em Feuerbach:

[...] - pois se detém ainda no plano da teoria -, e não concebe os homens em sua conexão social dada, em suas condições de vida existentes, que fizeram deles o que eles são, ele não chega nunca até os homens ativos, realmente existentes, mas permanece na abstração “o homem” e não vai além de reconhecer no plano sentimental o “homem real, individual, corporal”, isto é, não conhece quaisquer outras “relações humanas” “do homem com o homem” que não sejam as do amor e da amizade, e ainda assim idealizadas. Não nos dá nenhuma crítica das condições de vida atuais. Não consegue nunca, portanto, conceber o mundo sensível como a *atividade* sensível, viva, e conjunta dos indivíduos que o constituem, e por isso é obrigado, quando vê, por exemplo, em vez de homens sadios um bando de coitados, escrofulosos, depauperados e típicos, a buscar refúgio numa “concepção superior” e na ideal “igualização no gênero”; [...] (MARX; ENGELS, 2007, p. 32).



O outro risco é o pensamento conceber, a partir da idéia sublimada, uma teoria ou prescrição filosófica encerrada em si mesma sobre o mundo, ou seja, imaginar que a mente de um único homem seja capaz de organizar a marcha dos homens no universo para “todo o sempre”, esquecendo-se da outra face, de que o pensamento cessa no exato momento em que uma teoria ou prescrição filosófica transforma-se em “*verdade*”, de modo que aquele que mais glorifica a capacidade do pensamento deve em seguida renunciá-lo, pois sua própria criação não permite outro pensamento além daquele já enunciado, como percebeu Hanna Arendt:

Na história da filosofia, desde os gregos, essa crença se refletiu na idéia de que a experiência contemplativa é uma via muito mais adequado para se chegar à verdade do que qualquer procedimento discursivo. Dessa forma, não se percebeu que, se a atividade de pensar devesse alcançar, ao final de um processo, alguma visão da verdade, ela necessariamente se interromperia. Sabemos que, ao contrário, o pensamento recomeça incessantemente, sem nunca atingir um objetivo (ARENDETT; PAZ, 2007, p. 104).

De qualquer modo, uma vez produzida tal “*verdade*”, ela pode torna-se então uma espécie de produto fetichizado, que ao contrário da utopia da primeira situação, por vezes tem o poder de seduzir platéias até que, finalmente, ganhe vida independente do criador; são as correntes de pensamento que transformam-se em dogmas e que podem até mesmo culminar no holocausto, seja em nome da “raça pura”, seja em nome da “eficiência econômica” e da “liberdade”.

Ressalta-se aqui, no entanto, que o risco não está no pensamento *em si*, na sua retirada da *vita activa*⁴³, todavia reside na sua desconexão com a realidade e principalmente com os outros homens, e que desse modo possa, ou tornar-se utópico e paralisar a *ação*, vira *niilismo*, renúncia à vida, ou, degenerar-se em “*verdade*”, a obstruir a continuidade do pensamento, e desse modo encontrar forças para expandir-se devastadoramente, pois, a capacidade de expansão do pensamento totalitário decorre exatamente da obstrução do pensamento crítico, inovador, que jamais cessa, em oposição, por conseguinte, à teoria ou à prescrição filosófica que se transforma em um produto encerrado.

4 A IDEOLOGIA REPERCUTIDA NO DIREITO

⁴³ A própria Hanna Arendt (ARENDETT; PAZ, 2007, p. 95) afirmou: “Estou me referindo ao pensamento como uma atividade e, nessa medida, não partilho do ponto de vista dos que acham que se trata de alguma forma de inação”.



Por último, é interessante notar que a desvinculação entre o pensamento e a *práxis* também atinge o direito. Isso é possível porque a ordem jurídica igualmente se consubstancializa na linguagem e, conseqüentemente, é capaz de através de sua lógica intrínseca adquirir autonomia em relação ao mundo *material*. Também no direito, faz-se possível isolar a *práxis* das regras em forma de linguagem. Conforme salienta Giorgio Agambem (2004, p. 59): “a gramática, produzindo um falar sem denotação, isolou do discurso algo como uma língua, e o direito, suspendendo os usos e os hábitos concretos dos indivíduos, pôde isolar algo como uma norma”.

Tal constatação orienta que conhecer *realmente* o direito é explicitar o entrelaçamento entre a realidade *material* das relações humanas e o agrupamento complexo de regras escritas ao qual estão submetidas. No entanto, quando tal leitura é conturbada e as leis⁴⁴ adquirem uma lógica interna autônoma dissociada da *práxis*, podem, nesse caso, ter o papel de ocultar pela linguagem das regras os privilégios privados, que se encontram, desse modo, legitimados implicitamente pela própria ordem jurídica. A teoria crítica dos direitos humanos de Joaquín Herrera Flores, por exemplo, opõe-se justamente ao “*abstractum*” dos direitos que esconde o “*concretum*” da exploração do homem pelo homem:

[...] quando falamos de direitos humanos como se tratasse de um “fato”, podemos chegar, inclusive, a confundir os cidadãos e as cidadãs de um determinado entorno político e cultural, pois pode ser que *creiam* que, com o simples fato de que suas expectativas se converteram em normas, já têm assegurado o acesso aos bens para cujo acesso essas normas *deveriam ser* criadas.

O sistema de valores hegemônico em nossos dias é majoritariamente neoliberal e, por conseguinte, coloca por cima as liberdades funcionais ao mercado e por baixo as políticas públicas de igualdade social, econômica e cultural. Desse modo, a aplicação efetiva das normas reconhecidas nas constituições ou nos diferentes ordenamentos não serão aplicadas em benefício de um acesso igualitário aos bens, mas em função dos “valores” que afirmam tal sistema econômico [...] (FLORES, 2009, p. 46-47).

Como se pode reparar na observação de Herrera Flores, o direito positivo apresenta-se como algo dado a - todos - os homens, ocultando que a satisfação desses mesmo direitos a - todos - os homens depende de uma base *material* que na maioria das vezes não existe de fato. A dignidade humana, por exemplo, depende da satisfação de bens materiais e imateriais e isso só

⁴⁴ Entende-se por leis aqui o conjunto total de regras de uma ordem jurídica, a constituição, leis complementares, leis ordinárias, jurisprudências, etc.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

pode ser concretizado conforme as próprias relações *materiais* de produção, na divisão do trabalho e na repartição do produto do trabalho global, enquanto que, por outro lado, o modo de operar dessas relações *materiais* de produção de uma sociedade não vem exatamente explícito na ordem jurídica.

No caso brasileiro, a exploração real é detectada pela diferença absurda na distribuição da renda. Conforme a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2008), os 10% da população ocupada com os rendimentos mais baixos detinham, em 2008, 1,2% do total dos rendimentos de trabalho, enquanto os 10% com os maiores rendimentos concentravam 42,7% do total das remunerações. Onde está a universalidade dos direitos humanos promulgadas na Constituição Cidadã, portanto? Como poderão ser satisfeitos os direitos sociais à saúde, à educação, à habitação, ao transporte, etc, quando o salário mínimo atual, determinado pela lei nº 12.382/2011, está fixado em R\$545,00? Enfim, poderiam ser transcritos mais e mais dados aqui, mas isso não seria necessário, a própria realidade do desamparo e suas conseqüências trágicas apresentam-se diariamente diante dos olhos. O que interessa aqui, sobretudo, é tentar entender, como fizeram Marx e Engels quando construíram sua concepção *materialista* da história, como ocorre a dominação “impessoal” por meio do Estado, do direito e da lei; como as pessoas que acreditam viver em um país democrático e detentor de uma constituição avançada na promoção dos direitos humanos não percebem que milhões dos seus cidadãos são obrigados a morrer antes do tempo?

Marilena Chauí, com base no pensamento de Marx, cita outro exemplo interessante sobre o ocultamento da exploração pelo direito:

A verdade das colocações de Marx transparece quando examinamos tanto a declaração dos direitos do homem de 1789 quanto a declaração dos direitos humanos de 1948, pois em ambas a propriedade privada é declarada um direito do homem e do cidadão, sem que se distingam propriedade privada individual e propriedade privada dos meios sociais de produção. Em outras palavras, não há distinção entre o direito aos bens necessários a cada um e o direito ao instrumento de exploração econômica que impede a existência do primeiro direito e torna impossível reconhecê-lo e respeitá-lo. Assim, em nossas sociedades, a lei e o Estado, que devem proteger a propriedade privada, porque esta é um direito do homem e do cidadão, só poderão defendê-la contra os sem propriedade, de sorte que a defesa do direito de alguns significa a coerção, a opressão, a repressão e a violência sobre outros, no caso, sobre a maioria (CHAUI, 2006, p. 10-11).



Por outro lado, o jurista que seria justamente aquele mais capaz de realizar a tarefa de “apontar o dedo” às intenções subliminares da ordem jurídica, isto é, de desenrolar o novelo da normatividade da relação entre *práxis* e direito, acaba muitas vezes por ser o primeiro a encrespá-lo. O estudo das leis positivas sem a racionalidade *material* intrínseca daquele mesmo conjunto de leis resulta que as reflexões dos juristas corram o risco de avaliarem unicamente a lógica interna da ordem jurídica de uma sociedade, ou seja, as leis (escritas) e as normas (de conduta humana concreta) podem se dissociar ante as veredas do pensamento lógico e os juristas caírem no risco de servirem à manutenção de uma ordem jurídica que é produto da dominação, mas que ao mesmo tempo obedece a uma teoria lógica de direito bastante atrativa intelectualmente.

CONCLUSÃO

Este pequeno ensaio sobre a relação entre a democracia e a consciência partiu do pressuposto de que as garantias institucionais de participação política não asseguram por si só a concretização do espírito democrático de que o povo é quem deve promulgar conscientemente a própria Lei, pois, para que isso ocorra verdadeiramente, faz-se necessário que os homens voltem seus olhares para o mundo e para sua relação com os outros homens, e, desse modo, revelem claramente *quem* são e o que desejam de fato. A democracia depende do enlace entre o pensar e a vida *material* contingente, que no fundo é aquilo que realmente existe.

Em outras palavras, quando a conexão entre os saberes e a *práxis* é dissipada sob a forma do pensamento lógico e abstrato autônomo, que possui outros fins para além daquilo que aparenta, a própria democracia pode estar arruinada, pois a Lei já não será mais produto de uma “vontade geral” crítica e reflexiva, e sim da vontade de alguns poucos e geralmente em benefício deles mesmo, embora apresente-se como a expressão da vontade da maioria, porquanto a mesma maioria acaba por reproduzir o discurso dominante justamente por estar desconectada de sua realidade *material*.

Nesse sentido, o esforço intelectual hoje talvez esteja justamente em conseguir (re)unir esses dois componentes, pensamento e *práxis*, sobretudo porque trata-se de uma tarefa cada vez penosa ante a crescente burocratização da vida social, organizada por atividades e saberes cada vez mais especializados, em que a linguagem técnica e científica não encontra respaldo tão facilmente entre as diferentes áreas. Além disso, o volume “inflacionado” e difuso de informações, de leis, etc, resulta numa mitigação da capacidade dos homens de organizarem e



relacionarem os dados para que uma análise mais global seja feita. Há ainda os efeitos da globalização e do fluxo internacional de capitais cada vez mais livres e rápidos, a afastar os conflitos, os debates, e as decisões, para além do olho e do braço humano, como enfatiza Zygmunt Bauman (1999, p. 24), tornando a dominação, conseqüentemente, cada vez mais imperceptível, uma vez que o drama humano submerge sob a forma de dados estatísticos impessoais. Em suma, todos sabem que os problemas do mundo existem, mas não é tão simples apontar suas causas, facilitando a tarefa da *ideologia* neoliberal hegemônica. Por outro lado, qualquer voz dissidente transparece como “pensamento alternativo”, na maioria das vezes visto pejorativamente como algo utópico, retrógrado, radical, anti-democrático, etc.

O resultado é que quanto mais os homens “perdem o chão” de suas vidas e desanimam diante de uma realidade ininteligível, maior deverá ser a desconfiança em relação à democracia e o direito que dele provém, como sentia o eminente escritor José Saramago (2006) quando dizia: “tudo se discute neste mundo, menos uma única coisa que não se discute, não se discute a democracia. A democracia está aí como se fosse uma espécie de santa de altar de quem já não se esperam milagres”.

REFERÊNCIAS

AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARENDT, Hanna. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____; PAZ, Octavio. *A duas vozes*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007.

CHAUÍ, Marilena. Direitos humanos e educação. In: Congresso sobre direitos humanos, 2006, Brasília, Brasil.

DESCARTES, René. *Discurso sôbre o método*. Tradução de Paulo M. de Oliveira. 8. ed. São Paulo: Atena Editôra, 1962.

MUTEIA, Hélder. Discurso proferido no Fórum Internacional de Estudos Estratégicos para Desenvolvimento Agropecuário e Respeito ao Clima, realizado no Brasil (FEED). 2011. Disponível em: <<https://www.fao.org.br/dmsm.asp>>. Acesso em: 08 set 2011.

DOCUMENTO-BASE DA CAMPANHA DA FRATERNIDADE. 2005. Disponível em: <<http://www.consciencia.net/mundo/desigual.html>>. Acesso em: 30 ago 2011.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

DUSSEL, Henrique. *20 teses de política*. Traduzido por Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Expressão popular, 2007.

FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FREUD, Sigmund. Tradução de Renato Zwick. Revisão técnica e prefácio de Márcio Seligmann-Silva. Ensaio bibliográfico de Paulo Endo e Edson Sousa. *O mal-estar na cultura*. Porto Alegre: L&PM, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE): Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. 2008. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1455&id_pagina=1>. Acesso em: 30 ago 2011.

INSTITUTO DE ESTUDOS DO TRABALHO E SOCIEDADE (IETS). 2007. Disponível em: <http://www.iets.org.br/article.php3?id_article=915>. Acesso em: 08 set 2011.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do Direito de Hegel*. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. Supervisão e notas de Marcelo Backes. São Paulo: Boitempo, 2005.

_____; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas (1845-1846)*. Supervisão editorial de Leandro Konder. Tradução de Rubens Enderle, Nélio Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. *O capital: crise da economia política*. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. v. 1.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SARAMAGO, José. Comentário sobre a democracia em evento. Trecho do documentário “Encontro com Milton Santos ou: o mundo global visto do lado de cá”, de Silvio Tendler. 2006. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=m1nePkQAM4w>>. Acesso em: 30/08/2011.

SARTRE, Jean Paul. Prefácio. In: Frantz Fanon. *Os condenados da Terra*. 1962. Trecho do documentário “Encontro com Milton Santos ou: o mundo global visto do lado de cá”, de Silvio Tendler. 2006. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=58Exmp1IWM>>. Acesso em: 30/08/2011.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE
MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

ZYGMUNT, Bauman. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel.
Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.



**O PAGAMENTO DE TRIBUTOS COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO ÀS POLÍTICAS
PÚBLICAS**

THE PAYMENT OF TAXES AS A MEANS OF REALIZATION OF PUBLIC POLICIES

Raquel de Naday Di Creddo*

RESUMO: O trabalho teve por objeto a importância social de pagar tributos. De natureza explanatória, centra-se na análise dos direitos humanos e sua relação com a tributação e a real necessidade nos dias atuais. Tem por objetivo justificar o caráter necessário do pagamento de tributos em prol da coletividade, baseando-se no princípio da solidariedade, no intuito de proporcionar a todos vivência digna, pautados em políticas públicas para garantir sua efetividade, materializando direitos à sociedade. Para que essas políticas tenham possibilidade de realização é imprescindível lastro monetário junto aos cofres públicos, que são angariados através da tributação por parte do Estado, traduzindo o dever de contribuir no interesse de ver realizados os bens mais caros para os Homens.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Políticas Públicas. Tributos.

ABSTRACT: This work aimed the social importance we must pay taxes. With an explanatory nature, focuses on evolutionary analysis of human rights and its relation to taxation, and the real requirement for their existence nowadays. Aims to justify the necessary character of tax payment on behalf of the community, based on the principle of solidarity, in order to provide decent living to everyone, guided by public policies to ensure its effectiveness, materializing rights society. For those policies have chances of achievement is essential the ballast to the public coffers which are raised through taxation imposed by state, reflected in the duty to contribute in order to see accomplished the most important goods for Men.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Public policy; Taxes

INTRODUÇÃO

Os tributos consistem na medida compulsória de arrecadação de verbas públicas cujo objetivo originário é custear as políticas públicas. Tais atividades da Administração consistem em meios pelo qual esta realiza os Direitos garantidos pela Carta Magna aos cidadãos. Sendo imprescindíveis atividades de fiscalização e defesa dos interesses do Estado na arrecadação.

Não existe brasileiro que nunca tenha questionado, ainda que a si mesmo, a necessidade do pagamento de tributos, sua destinação, sua efetiva aplicação e sobre ele não tenha apresentado críticas severas e até mesmo preconceituosas.

* Especializanda em Direito do Estado – Concentração em Direito Tributário pela Universidade Estadual de Londrina-Paraná - UEL; raquel.dicreddo@yahoo.com.br



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Questionamentos e críticas são práticas naturais do ser humano, que traduzem sua forma mais tradicional de adquirir conhecimento e aprimorar aquilo que traz pré-concebido do conhecimento ordinário.

Diante de tantos questionamentos e críticas sente-se a importância em aprofundar os estudos referentes à relação existente entre o Estado de Direito, a Administração Pública e a efetivação dos direitos constitucionais do cidadão, em razão dos tributos pagos pela sociedade.

Quanto à forma de governo eleita, adota o Brasil o formato republicano, que compreende um tipo de governo fulcrado na igualdade formal dos cidadãos, de modo que os detentores do poder político exerçam-no em caráter eletivo, representativo, transitório e de maneira responsável.

Neste viés, ocorre a outorga de uma parcela de liberdade individual, para que o Estado, por meio de seu representante possa atuar na defesa dos interesses dos Homens em prol da coletividade.

Essa ideia de disposição de parcela da liberdade vem formatada nos moldes objetivos da denominada “Teoria do Contrato Social” que ganha seu expoente com Jean Jacques Rousseau na obra intitulada com o mesmo nome da teoria abordada, dentro do qual se observam as primeiras manifestações coletivas voltadas à solidariedade.

Os Direitos Fundamentais, visualizados desde a Antiguidade, adquirem seu expoente máximo com o Cristianismo, momento em que os Homens passam a se preocupar com estes, e rumam à sua proteção ante o aumento da opressão pelo Estado.

Os estudos realizados para a elaboração do presente trabalho permitiram uma compreensão humilde da existência dos Direitos Cidadãos, ainda que em caráter abstrato e/ou subjetivo, que pouco a pouco foram positivados ante os conflitos entre Estado e sociedade.

Com a retomada gradual da consciência da carga valorativa que o ser humano possui, a qual fora perdida pela humanidade no decorrer dos tempos, passa-se ao reconhecimento dos direitos humanos, solidificados junto à consciência desses direitos no íntimo de cada pessoa que está dominada e/ou sob o jugo da dominação. É, portanto, a concretização da ideologia que reflete a (re)consciência da individualidade que possui o ser.

No momento em que a sociedade clama pela efetivação dos direitos cidadãos, ou mesmo chamados de humanos, vislumbra-se a ocorrência de prestações estatais, hoje consubstanciadas



nas políticas públicas, em que o Estado concede ao indivíduo condições de ter vida autônoma e digna.

Obviamente que tal prestação não poderia ser simplesmente iniciada pelo Estado sem qualquer lastro monetário, uma vez que, a atuação estatal em prol da sociedade exige recursos financeiros. Ora, se a exigência é de efetivação dos direitos fundamentais, os quais tem por alcance toda a sociedade, que recebe seus efeitos tanto no campo individual quanto coletivo, resta evidenciado a essencialidade da participação de todos para que adquiram a força necessária à viabilização.

Assim, imprescindível que houvesse “contribuição” por parte de todos os membros da sociedade, a medida de sua capacidade para equilíbrio e igualdade na busca do bem comum.

Neste âmbito o Estado passa a ter como uma de suas fontes de renda para efetivação das políticas públicas, e conseqüentemente garantia dos direitos fundamentais, a tributação.

A história demonstra que nem sempre os tributos tiveram caráter social; os tributos tem origem nos tempos em que seu pagamento estava vinculado à submissão e humilhação, uma vez que eram pagos pelos vencidos de guerra.

Em evolução, a organização do Estado em Sociedade evidencia a necessidade de se manter a cobrança de tributos, porém nesse momento os representantes públicos, preocupados em se manter no poder, usam de uma força externa à humanidade, de caráter inclusive divino, porém, aqui já se via a necessidade de emprego das verbas arrecadadas em prol da coletividade.

Ao imposto cabe a compreensão e aceitação por parte dos cidadãos considerando o seu caráter instrumental que norteia a relação entre Estado e indivíduo.

Em vistas de uma boa compreensão do texto, necessária se torna a explanação de conceitos genéricos sobre o tema abordado, ao que se pode vislumbrar diversas conceituações, levando à opção pelas correntes majoritárias das doutrinas.

O trabalho não pretende esgotar o assunto, muito menos apresentar posição irretocável, mas sim expor uma pesquisa simples, que almeja de maneira despretensiosa apresentar o estudo realizado em torno da necessidade social do pagamento de tributos, contribuição solidária, e busca de melhores realidades sociais.



1 DIREITOS FUNDAMENTAIS CONJUGADOS À REALIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O ASPECTO TRIBUTÁRIO DA RELAÇÃO

Entende-se por Direitos Fundamentais aqueles que são indispensáveis à sobrevivência digna, ou seja, a expressão “Direitos Fundamentais” traduz e demonstra que todos os cidadãos possuem direitos que são importantes para a existência da vida humana, que revelam a moral a ser preservada na garantia de uma sociedade igualitária, justa e digna.

Consoante formula Brega Filho “[...] os direitos fundamentais seriam interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar a todas às pessoas. É o mínimo necessário para a existência da vida humana”. (BREGA FILHO, 2002, p.66)

Nas palavras de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano:

Os Direitos Fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. [...] possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade [...], nas suas necessidades [...] e na sua preservação. (ARAÚJO; SERRANO, 2006, p.110-111)

Consoante teorizou Bobbio, os direitos fundamentais são compostos pelos direitos de primeira, segunda e terceira gerações bem como suas demais variações, e traduzem respectivamente as liberdades individuais, os direitos sociais, e os direitos da coletividade. Tais composições de direitos fundamentais traduzem todos aqueles que foram firmados e efetivados paulatinamente nas cartas constitucionais em garantia da sobrevivência digna dos membros da sociedade.

Deste modo, falar de direitos fundamentais significa abordar tudo aquilo que é mais caro à sociedade para que esta possa se desenvolver tanto no campo social, como no campo econômico e cultural, aperfeiçoando-se com o surgimento de novas necessidades humanas, de acordo com as modificações estruturais da sociedade.

Os direitos fundamentais por sua vez são determinados com base em princípios advindos daquilo que a sociedade almeja ver assegurado. Esses são traduzidos nos termos dos princípios de interpretação constitucional, como arrolam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano (2006, p.83-90), por exemplo, da igualdade, legalidade, direito à vida, à honra, à imagem, limites à retroatividade da lei, do devido processo legal, presunção de inocência, dentre muitos outros.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Nesse aspecto se observa que todos os princípios norteadores de direitos específicos se voltam para a dignidade da pessoa humana, ou seja, buscam proporcionar uma melhor condição de vida em sociedade, retomando o princípio da dignidade humana e o respeito entre os seres conviventes.

As garantias fundamentais por sua vez consistem em disposições assecuratórias em defesa dos direitos e limitam o poder, como explica Moraes (2007, p.28-29), as garantias traduzem o caráter instrumental de proteção aos direitos, de modo que os cidadãos tenham condições de exigir dos poderes públicos a proteção dos direitos previstos.

É no aspecto da exigibilidade dos poderes públicos, na realização dos direitos fundamentais, que estão inseridas as políticas públicas, pois são medidas estatais para a efetivação desses direitos.

Desta maneira, as políticas públicas perfazem uma ação positiva do Estado na realização dos fundamentos e objetivos da unidade federativa, garantindo a sua soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais e pluralismo político.

Como ensina Frischeisen é por meio da implementação das políticas públicas, visando à consecução dos direitos previstos na Constituição, que se tem os instrumentos de consolidação da cidadania e construção da igualdade, “de fato são as políticas públicas que representam a eficácia social do direito do cidadão a obter prestações positivas do Estado”. (Frischeisen, 2000, p.76)

À realização de políticas públicas por parte do Estado com vistas à efetivação dos direitos fundamentais constitucionais é necessário o lastro monetário, quer dizer, para qualquer atividade do Estado em prol do cidadão é preciso que possua recursos financeiros para custear as obras e medidas adotadas no fim a que se propõe. Por sua vez o Estado obtém recursos para elaboração e estabelecimento de políticas públicas principalmente através arrecadação em tributos.

Em trânsito pela órbita dos tributos, tem-se a definição apresentada pelo art. 3º do Código Tributário Nacional como sendo:

Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.



Retomando o contexto do artigo de lei acima apresentado resta demonstrado que o tributo é realizado por meio coercitivo, sendo a medida que o Estado encontra para que todos contribuam com a arrecadação e ajuntamento de recursos que serão destinados em medidas que garantam a promoção das tutelas constitucionais. Tal medida arrecadatória por sua vez deve ter cobrança mediante previsão de lei, para garantir a lisura desta ação.

Usando dos ensinamentos de Scaff (2007, p.11-12) é possível verificar que não existe nenhum direito que independa de custos, e altos custos devem ser sustentados por todos. A manutenção do aparelho judiciário e do sistema de segurança pública possui um alto preço e precisam ser financiados através de um sistema tributário forte e ágil.

Ao que se vê, portanto, é que a relação entre direitos fundamentais, políticas públicas e pagamento de tributos é indissociável, uma vez que os direitos fundamentais são realizados por meio das políticas promovidas pela Administração na busca de uma sociedade igualitária e justa e estas por sua vez só podem ser realizadas quando o órgão público possui recursos financeiros para tanto, o que, via de regra se obtém por meio da atividade de tributação do Estado.

2 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO FUNDAMENTO À RELAÇÃO TRIANGULARIZADA PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, POLÍTICAS PÚBLICAS E TRIBUTAÇÃO

No sentido denotativo do termo “solidariedade” (HOUAISS, 2004, p.2602, “c) tem-se por explicação o “caráter, condição ou estado daquele que é solidário”, enquanto que solidário é definido como “em que há responsabilidade recíproca ou interesse comum”. Assim, em uma fusão de conceitos advindos do dicionário é possível determinar que solidariedade é o caráter, condição ou estado daquele que contribui, juntamente com seus companheiros em prol de um interesse comum.

Ora, a solidariedade se traduz em todos os âmbitos do relacionamento humano, seja ele familiar, na vizinhança, na comunidade ou ainda na área jurídica e esboça muitas vezes uma característica pessoal que expandida atinge toda a sociedade, como abrilhanta Rosso (2008, p.15), é o amor em ares de subjetividade que se disfarça no vocábulo “solidariedade”.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

É na busca do bem comum, interesse comum da sociedade, que se aplica o princípio da solidariedade, pois visa a ação da coletividade em prol de um propósito maior, o propósito que traduz o bem comum em igualdade e dignidade a todos os membros sociais.

No âmbito jurídico, mais precisamente em face do Direito Tributário, o embasamento da aplicação do princípio da solidariedade encontra-se na filosofia, demonstrando que o ser humano sente um dever inato em colaborar com o meio em que vive, aprimorando-o, haja vista a característica e o instinto gregário que o direciona, de modo que, mesmo em seu egoísmo o homem colabora com o todo para receber algum benefício.

Diante das disparidades entre as realidades fáticas dos Homens, principalmente no que tange ao acesso aos direitos fundamentais foi indispensável que se buscasse um ponto equilíbrio entre os seres, que se traduz nas características humanas, em que as necessidades físicas, morais e psicológicas são iguais para todos.

Rosso em sua obra determina que “o sistema tributário brasileiro tem bases calcadas neste princípio, visto que aquele que paga seus tributos não tem uma compensação direta e imediata por aquilo que despendeu[...]” (Rosso, 2008, p.94)

Portanto, é pelo dever de solidariedade, elemento motivador dos legitimados sociais, a aplicação positiva de tal princípio, e que se compulsiona o pagamento de impostos. São as atividades *pro-societati* que exigem uma contraprestação de todos os beneficiados para ocorrerem.

Nesta toada, na relação Estado x Contribuinte, a significação individual do tributo sucumbe à significação geral, pois a consciência individual tende a se basear em motivos egoísticos, dispersos do bem estar comum. A partir do momento em que a idéia da norma tributária é assimilada como uma necessidade de sobrevivência chega-se à certeza de que a significação dos tributos está acima dos interesses meramente individualistas, pois a tributação é primordial ao arcabouço social. (CARDOSO, 2010, p.6)

Visualiza-se o pagamento de tributos como dever social, encarando a atividade contributiva “como a ‘outra face’ dos direitos fundamentais” (ROSSO, 2008, p.94) fulcrado no princípio da solidariedade, ou seja, torna-se um dever pagar tributos para que o Estado possa fomentar suas atividades na garantia dos direitos fundamentais.

Não basta existir uma carta de direitos, que reconheça tudo aquilo que é fundamental ao Homem, se ela for inefetiva. É pela efetividade dos direitos constitucionais, que o ente estatal



exige a contribuição de todos, é a responsabilidade recíproca de uns para com os outros, tanto da ação do Estado para a sociedade, como também a recíproca da sociedade para o organismo-mor, e ainda ao conjunto de obter uma sobrevivência equilibrada.

Para que os membros sociais tenham acesso àquilo que lhes consigna uma vida de qualidade, o Estado desenvolve políticas públicas, medidas de cunho social, para atender as necessidades básicas do ser humano, utilizando verbas auferidas da própria sociedade através dos tributos.

É por meio das políticas públicas que a Administração trilha seus fundamentos e atinge seus objetivos, e essas políticas para serem realizadas consistem em despesas para o corpo administrativo que as promove.

A atividade arrecadatória do Estado não se faz tendo em vista o enriquecimento dos representantes investidos em cargos da Administração Pública, em que pese o mau uso das funções nisso acarretar, mas sim, aumentar o lastro de dinheiro público para custear as atividades estatais, tanto em suas obras, como no pagamento de executores dessas atividades (ALBUQUERQUE, 2007, p.41)

Assim, se existe uma ação em prol da arrecadação por parte do Estado, esta tem seu fundamento na concretização do bem comum, na disseminação da igualdade para todos os membros sociais, realizando os direitos dos cidadãos.

O Estado atua, por meio de seus representantes, como gestor dos interesses sociais, cujas atividades são elaboradas no âmbito da Administração Públicas, que estuda, analisa, e determina as políticas de atuação e salvaguarda dos interesses da população, bem como gerencia o dinheiro a ser aplicado na efetivação das políticas determinadas.

É pelo princípio da solidariedade que se firmou o entendimento da necessidade da contribuição compulsória pelos membros que compõem a sociedade de acordo com a sua capacidade monetária. É o dinheiro auferido pela arrecadação tributária devidamente empregada que satisfaz as necessidades sociais, por meio de medidas estruturadas em políticas organizadas pela própria administração.

o tributo deve atender a uma função tipicamente social, pois ele é criação do povo para atender ao povo. Por outro lado, a arrecadação tributária também serve para abastecer os cofres públicos do Estado, de forma a permitir que este último realize os gastos necessários para realizar as necessidades públicas.(CARDOSO, 2010, p.3)



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Como ensina Scaff (2007, p. 33-35) não é necessário que se aloquem todos os recursos públicos disponíveis para sua implementação, mas é imprescindível que sejam disponibilizados recursos públicos bastantes e suficientes, de forma proporcional aos problemas encontrados e de forma progressiva no tempo, de modo que as deficiências para o exercício das liberdades jurídicas sejam sanadas através do pleno exercício das liberdades reais, ou, por outras palavras, para o exercício pleno das capacidades de cada indivíduo ou coletividade de indivíduos.

Por tal óptica os recursos obtidos podem ser empregados para atender necessidades diversas, mas tem seu fundamento de existência na realização dos Direitos Fundamentais do Homem, no caráter de humanidade de uns indivíduos para com os outros.

Em atividade sintética, visualiza-se que ao Estado, cujos representantes foram legitimados através da escolha dos populares, cabe a realização de medidas que vertam no sentido de promover a vida em sociedade, dada a natureza gregária do ser humano. Porém, é necessário o envolvimento direto dos legitimadores para que vejam suas necessidades supridas.

Se todos concedem a administração coletiva da vida em sociedade ao ente estatal, admitem, ainda que tacitamente a necessidade de colaborar para que o escopo de tal sistema seja atingido, qual seja, uma sociedade igualitária, livre e justa.

Nesse contexto é que se verifica a relação íntima entre o princípio da solidariedade e direitos fundamentais, uma vez que aquele se traduz no dever que a sociedade tem em colaborar para que se vejam aplicados estes mencionados direitos, os quais abrangem genericamente as necessidades humanas para sobrevivência digna.

Tais direitos poderão ser realizados no momento em que a Administração planejar suas atividades sociais (para as quais foram legitimados seus representantes) e após ter ao seu alcance o orçamento necessário, realize atividades positivas no sentido de ver realizado seu escopo.

Diante de tais constatações, é necessário, porém que possuam sujeitos que exerçam a defesa dos interesses do organismo-mor (Estado) quando se verificar a falta de colaboração ou ainda quando se verificar que órgãos diversos da Administração Pública atuam de maneira contrária aos direitos do cidadão, enfoque sobre o qual aborda na seqüência deste trabalho.



3 A EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR MEIO DA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA

Como já exposto, é imperioso ao Estado a garantia dos direitos fundamentais, uma vez que este, por meio das atividades da Administração, desenvolve políticas públicas, e movimentando todo o aparelho administrativo e judiciário na arrecadação de finanças para tal realização.

Neste sentido assevera Cardoso “no Brasil, em que sua Lei Fundamental busca a propiciar desenvolvimento social e econômico ao mesmo tempo, é inquestionável que tributação e políticas públicas caminham juntas.” (CARDOSO, 2010, p.6).

Seria de caráter paupérrimo dizer que o único interesse do Estado é cobrar impostos, bem como atribuir a função de “cobrador de impostos” ao representante judicial do ente estatal, e diante dessa visão limitada tornar-se-ia piegas qualificar tal atividade como essencial à justiça, afinal, como um mero cobrador de impostos pode ser erigido a realizador de atividades indispensáveis à Justiça?

Pautando-se pelas ideias do doutrinador retromencionado (CARDOSO, 2010, p.7), quando o Estado elabora políticas públicas, e interfere na economia através da cobrança de tributos, devidamente respaldado pela Constituição Federal, cuida para que o desenvolvimento pátrio não siga sem qualquer direção, mas em caminhos específicos almejando um fim.

Humberto Ávila (2006, p.21-23), menciona que a Constituição instituiu as limitações com a intenção de especializar o objeto da fiscalização das relações tributárias, não deixando ao arbítrio das legislações ordinárias a ânsia arrecadatória desmedida que poderia resultar a quantidade excessiva de objetos a serem fiscalizados

Não se quer dizer com isso que todas as atividades que advém da Administração Pública estão dotadas absolutamente de bondade visando o bem comum (CARDOSO, 2010, p.3) como se vê diariamente nos telejornais nos casos de desrespeito ao dinheiro público, pois estas advem de seres comuns, passíveis de erros e dotados de distorções de caráter.

Analisando particularmente alguns problemas do país, conjugado aos ensinamentos dos autores até então estudados, verifica-se que o retardo na concretude dos objetivos do Estado e atingimento do bem comum está diretamente relacionado ao aspecto corruptivo e a gama de programas sociais, considerando os mais cotados pontos que inflam o sistema tributário e impedem o desenvolvimento.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

O artigo publicado por João Mellão Neto, trazido na obra de Santi (2008, p.17), narra astuciosamente a “lei do morcego inteligente”:

Segundo ela, os morcegos prudentes sabem a exata quantidade de sangue que podem sugar de um boi a cada dia. Esse volume seria o máximo suficiente para suprir as suas necessidades de alimentação e o mínimo possível para que o boi possa recompô-la até a sugada seguinte. Morcegos gulosos, segundo a lei, sugam sangue demais, matam o boi de fraqueza e acabam morrendo depois de inanição. (MELLÃO NETO, 2005, in SANTI, p.11-12)

Interpretando essa teoria observa-se que o aumento das alíquotas dos impostos é determinante para o aumento da arrecadação total. Quando se atinge o máximo da cobrança dos impostos menor se revela a arrecadação, pois a capacidade contributiva da sociedade não é compatível, e assim, os homens optam pela dívida ou pela sonegação, o que não refletiria uma falha moral, mas uma característica de sobrevivência, aplicando em si mesmas o princípio do não-confisco.

Na conclusão da “lei do morcego inteligente”, Mellão Neto apresenta a ideia de na vida real, o boi não morre, mas se esconde do morcego.

Por conseguinte, se os cidadãos deixam de honrar com seu compromisso contributivo, a atividade de contraprestação do ente estatal para efetivação dos direitos fundamentais fica prejudicada

Uma sociedade construída com bases em um conceito de justiça tributária que produza justiça social rende benefício a todos porque promove a coesão social e gera vínculos de segurança, diminuindo a marginalidade e a violência. É um modelo que também estimula o dinamismo econômico porque amplia mercado interno. Assim, possibilitará uma vida mais rica e mais plena para todos. (ANANIAS, 2008, única página)

O Estado arrecada para satisfação dos direitos fundamentais previstos inicialmente e já aí se configura seu caráter social, visto que é determinado em prol de toda coletividade para satisfação dos interesses comuns. Se tal contribuição é determinada ao gozo do interesse coletivo, vê-se a imperatividade do princípio da solidariedade, uma vez que em prol do todo se despender valores. Porém tais despesas não devem ser tão incisivas a ponto de onerar aqueles que pouco conseguem para o seu próprio sustento, estando em condição de receber e não de participar, fazendo prevalecer aqui a individualidade sob a óptica do princípio da capacidade contributiva.



Portanto, havendo capacidade de contribuir sem prejuízo da sobrevivência digna, nada mais cabível do que a participação para a concreção dos objetivos do Estado determinados desde o início de sua formação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito se vê atividades isoladas do Estado, por meio de seus órgãos e agentes, principalmente da Administração Pública e pouco se considera quanto aos seus objetivos.

Toda atividade prestada tem uma razão de ser, e influencia na cadeia das atividades garantistas de sociedade justa, igualitária e digna. Não se defende aqui, em momento algum, que esta é a realidade atual da sociedade, mas sim aponta e defende suas bases teóricas na busca da maior lisura na atuação funcional das atividades públicas.

Para que seja possível a efetivação de todas as medidas, imperioso se faz a separação dos setores públicos especializados nas atividades garantistas dos direitos do cidadão. Assim ocorre quando se atribui funções de tributação, elaboração de políticas públicas, administração do tesouro etc.

No momento da divisão por especialidades se quebra a figura objetiva da função primordial do Estado, gerando assim uma “miopia” quanto à figura do Estado, da Administração e de seus representantes.

Acredita-se que atentar para o cerne da questão que envolve o motivo pelo qual os cidadãos pagam impostos, torna possível a promoção à conscientização quanto a solidariedade que atinge a todos, bem como fomentar a cobrança de investimentos efetivos na garantia dos direitos do cidadão.

Isso é que se busca quando se traça um paralelo entre direitos fundamentais, políticas públicas e tributação, defendendo que o Estado não pode deixar de arrecadar, do contrário não teria condições materiais de por em prática o que garante a Lei.

A evidenciação da imprescindibilidade do princípio da solidariedade encontra fundamento à medida que aguça os sentidos da responsabilidade que cada ser humano tem em participar do coletivo, em ver que, em qualquer posição social que esteja contribui para a construção das políticas públicas e no fortalecimento da assistência social a medida de sua capacidade contributiva. Em face da solidariedade, portanto, é que os tributos são coercitivos,



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

visando a contribuição de todos para o aperfeiçoamento da sociedade. São as políticas públicas a união entre a tributação e direitos fundamentais.

A coercitividade do pagamento dos tributos ocorre pelo fato do ser humano ainda não ser capaz de superar sozinho o individualismo interno. A formação social do mundo moderno tende ao individualismo e a acumulação de riquezas, em face às opressões sofridas e do desenvolvimento do pensamento capitalista. É necessário que uma “mão forte” mantenha a opção inicial feita nos primórdios do agrupamento humano, para que esse sentimento de proteção não se perca ante os devaneios egoístas.

Não se defende aqui o sistema socialista de governo, porque até mesmo ele tem em si a concentração de poder na mão de poucos, enriquecimento da classe dominante e estagnação econômica da classe dominada. O que se pretende é a colaboração com a melhoria moral, social e econômica uns dos outros, não sendo necessário que para tanto as pessoas se privem de buscar melhores condições nestas esferas.

Restou evidente que as atividades do Estado tem suas bases teóricas no bem comum, que para ser alcançado necessitou de positivação de direitos e garantias fundamentais, os quais são realizados e materializados pelas políticas públicas. Estas por sua vez são dispendiosas aos cofres públicos, e para tanto necessita de investimentos de toda comunidade que vai ser beneficiada, o que se determina o princípio da solidariedade em movimento. E para conjugação de todos os objetivos é fundamental a presença de agentes que atuem nessa tarefa como agentes sociais e políticos.

Em última menção, insta salientar que ainda há muito a ser modificado na defesa dos interesses do cidadão, principalmente naquilo que diz respeito ao desvio de verbas e aplicação destas aos interesses particulares e de particulares, é necessário antes de tudo educação social e incessante fiscalização, para que as contribuições não sejam obrigações vazias de fundamentos.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marconi Costa. *Direitos Fundamentais e Tributação*- a Norma de Abertura do §2º, do art. 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988. IN SCAFF, Fernando Facury. (org.). *Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Tributário na Constituição e no STF*. 7ªed. atual. – Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*.12ª Ed.rev.atual. – São Paulo: Saraiva, 2006

ANANIAS, Patrus. *Os Impostos e o Princípio da Solidariedade*. Postado em 06.06.2008. <<http://www.mds.gov.br/noticias/artigo-os-impostos-e-o-principio-da-solidariedade-ministro-patrus-ananias>> (último acesso em 01.11.2010)

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*: de acordo com a Emenda Constitucional n.51 de 14.02.2006. 2ªed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 11ªed. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 6ªed.atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*; tradução de Carlos Nelson Coutinho. 13ªed. – Rio de Janeiro: Campus, 1992

BRASIL. *Código Tributário Nacional*.
<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/codtributnaci/ctn.htm>. Último acesso 19.05.2010

_____. *Constituição Federal*.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Último acesso em 19.05.2010

_____. Lei 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm> (último acesso em 30.10.2010)

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*: conteúdo jurídico das expressões.1ªed. – São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos*. IN: BUCCI, Maria Paula Dallari; et all (coord). *Direitos Humanos e*



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Políticas Públicas. São Paulo, Pólis, 2001 (Caderno Pólis, 2).
[http://www.comitepaz.org.br/download/Direitos Humanos e Políticas Públicas.pdf](http://www.comitepaz.org.br/download/Direitos_Humanos_e_Políticas_Públicas.pdf) (último acesso em 15.10.2010)

_____. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMARGO, Daniel Marques de. *Os direitos fundamentais*.
[www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2678/OS DIREITOS FUNDAMENTAIS](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2678/OS_DIREITOS_FUNDAMENTAIS); último acesso em 17.05.2010.

CARDOSO, Alenilton da Silva. *A tributação em prol do desenvolvimento*. Sem data de elaboração.

http://www.principiodasolidariedade.com.br/artigos_pdf/a_tributacao_em_prol_do_desenvolvimento.pdf (último acesso em 12.09.2010)

_____. *A Função Social do Tributo*. Sem data de elaboração.
http://www.principiodasolidariedade.com.br/artigos_pdf/a_funcao_social_do_tributo.pdf (último acesso em 12.09.2010)

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 25ª ed.rev.ampl.- São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; SILVA JÚNIOR, João Gomes da. *Direito Tributário: teoria, jurisprudência e questões*. 2ª ed. - Salvador: Jus Podium, 2008.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. *A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado*. Elaborado em 10.2000.
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2527>; último acesso em 18.05.2010

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. – São Paulo: Max Limonad, 2000.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 18ªed. – São Paulo: Atlas, 2009.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*; elaborado no instituto Antonio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 83ª ed. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2004

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11ª ed. rev. atual. ampl. – São Paulo: Método, março/2007.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 26ªed. atual. pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto; 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006;

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7347/85 e legislação complementar*. 10ªed.rev.atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

MELLÃO NETO, João. *MP 232 – Chegou a hora do basta*. 2005. In: SANTI, Eurico Marques Diniz de.(coord.). *Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico*. 1ªed., 2ª tiragem – São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de pagar impostos*. – Coimbra: Almedina, 2004.

QUADROS, Marivete Bassetto de. *Monografias, Dissertações & Cia: caminhos metodológicos e normativos*. 2ªed. rev. – Curitiba: Tecnodata Educacional, 2009.

ROSSO, Paulo Sérgio. *O princípio da solidariedade e o Sistema Tributário*.2008. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho-PR, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. <http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>. Último acesso em 19.05.2010.

SANTI, Eurico Marques Diniz de; CANADO, Vanessa Cahal. *Direito Tributário e Direito Financeiro: reconstruindo o conceito de tributo e resgatando o controle da destinação*. In:

_____. (coord.). *Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico*. 1ªed., 2ª tiragem – São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2º ed.rev.atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. (org.). *Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo Tributário: A Função Fiscal*. 2ªed. 4ª tiragem. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4ª ed. rev. Atual. – São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª Ed, rev.atual. – São Paulo: Malheiros, 08-2005.

SILVA, Cléber Demétrio Oliveira da. *O Princípio da Solidariedade*. Elaborado em 10/2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9315/o-principio-da-solidariedade/1> (último acesso em 01.11.2010)

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade*. Disponível em http://www.aatr.org.br/site/uploads/publicacoes/o_papel_das_politicas_publicas_no_desenvolvimento_local.pdf (último acesso em 04.08.2010)



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE
MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 15ªed.atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VASCONCELLOS, Mércia Miranda. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos na Realidade Latino Americana: reflexões filosóficas sob a perspectiva da Ética da Libertação*. 1ªed.- Curitiba: Juruá, 2010.



**APLICAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA EM FACE DA TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**APPLICATION OF INHIBITORY TUTELAGE AGAINST THE
ILLEGAL OUTSOURCING IN THE PUBLIC ADMINISTRATION**

Taís Lavezo Ferreira*

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo apresentar o desafio na contemporaneidade consistente em combater a lamentável terceirização ilícita na Administração Pública brasileira, isso mediante a aplicação da tutela inibitória. Retrata a maneira como a terceirização se propalou no país, as previsões legislativas acerca da questão na esfera pública, bem como aspectos específicos da terceirização ilícita no serviço público, demonstrando os bens jurídicos violados por essa prática. Aborda também a tutela inibitória, demonstrando ser a tutela jurisdicional adequada à defesa de interesses considerados invioláveis pelo ordenamento jurídico, trazendo suas características essenciais e sua diferenciação no âmbito jurídico. Por fim, evidencia a importância e essencialidade da utilização da tutela inibitória como tutela jurisdicional hábil a impedir, de forma preventiva e eficaz, a terceirização ilícita no serviço público.

Palavras-chave: Terceirização. Administração Pública. Acesso à justiça. Tutela inibitória.

Abstract: This paper aims to demonstrate the challenge in contemporary consistent in combat illegal outsourcing in the Brazilian government, this through the application of inhibitory tutelage. It portrays how outsourcing has spread across the country, legislative forecasts about the issue in the public sphere, as well as specific aspects of illegal outsourcing in public service, ie, outsourcing of core activities of the entities and public agencies, demonstrating the legal interests violated by the practice. It also discusses the inhibitory tutelage, showing that the appropriate judicial protection of the interests considered inviolable by the law, bringing their essential characteristics and its differentiation in the legal sense. Highlights the importance and essentiality of the use of inhibitory tutelage as an tutelage that can hinder, preventive and effective, illegal outsourcing in public service.

Keywords: Outsourcing. Public Administration. Access to justice. Inhibitory tutelage.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública brasileira, sobretudo na década de 1990, passou a adotar posturas gerenciais em detrimento da excessiva burocracia até então presente, almejando propiciar maior eficiência e qualidade no trato da coisa pública.

* graduanda do 5º ano de Direito Matutino da Universidade Estadual de Londrina; tais_lf@hotmail.com



Nesse contexto, a terceirização no serviço público, permitida pelo ordenamento jurídico, passou a ganhar maiores proporções na Administração Pública brasileira, dada a flexibilidade que proporciona, além de permitir maior focalização do ente público em suas atividades nucleares.

Todavia, lastimavelmente, muitos entes públicos passaram a utilizar-se indevidamente da terceirização, transferindo a terceiros atividades nodais do Poder Público e, assim, realizando terceirização ilícita.

Referida prática lesiona diversos preceitos administrativos e, o que é pior, constitucionais, atinentes à lisura da Administração Pública e a direitos sociais dos trabalhadores, gerando inclusive prejuízos à sociedade.

Torna-se necessário, diante desse cenário, provocar o Poder Judiciário para alcançar tutela hábil a impedir efetivamente que esse ilícito ocorra, continue a ocorrer ou venha a se repetir no âmbito público.

Nesse liame, a tutela inibitória surge como forma de prestação jurisdicional adequada para combater eficazmente a terceirização ilícita na Administração Pública, dada sua capacidade de prevenir o ilícito, sua repetição ou continuação, mediante a determinação de obrigações de fazer ou não fazer, sob pena de multa.

Destarte, o presente trabalho buscará abordar o desafio na contemporaneidade consistente em combater a terceirização ilícita na esfera pública por meio da aplicação da tutela inibitória, trazendo conceitos e abordagens legislativas e doutrinárias desses institutos, bem como os aspectos processuais relevantes.

1. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A terceirização constituiu-se num fenômeno adotado tanto pelo setor privado quanto pelo setor público como um instrumento hábil a assegurar um sistema de trabalho mais dinâmico, flexível e eficiente, proporcionando a focalização da empresa ou ente público em atividades essenciais, mediante o repasse a terceiros de tarefas meramente acessórias e instrumentais.

Terceirização está relacionada à concessão de determinada atividade do processo produtivo da empresa ou ente público a um terceiro – que não está inserido na estrutura empresarial –, dando ensejo ao modelo trilateral de trabalho (empresa prestadora ou fornecedora,



empregado e empresa tomadora de serviços), em contraposição ao modelo bilateral clássico, formado entre empregado e empregador (GODINHO, 2010, p. 414).

No Brasil, a terceirização na esfera pública passou a ser utilizada com maior robustez a partir da década de 90, com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que se pautava exatamente na flexibilização do aparato estatal, almejando retirar-lhe o caráter essencialmente burocrático e verticalizado, vale dizer, o governo buscava fazer com que a Administração Pública passasse de “Administração Pública Burocrática” para “Administração Pública Gerencial”.

Em 1998, reforçando a intenção do Estado Brasileiro em flexibilizar o aparato estatal, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 19, que implementou na Carta Maior a denominada “Reforma Administrativa”, conferindo um cunho mais gerencial à Administração Pública, o que pode ser evidenciado pela inserção da eficiência como princípio administrativo constitucional e pela previsão dos contratos de gestão e metas de desempenho (Constituição Federal, art. 37, §8º).

1.1 Desestatização e Terceirização

É imprescindível para o desenvolvimento do tema em epígrafe esclarecer a diferença entre desestatização e terceirização, o que possibilitará delimitar precisamente a terceirização no serviço público brasileiro.

Conforme mencionado há pouco, a Administração Pública brasileira, sobretudo na década de 90, demonstrou interesse em diminuir a prestação direta de atividades pelos entes estatais, a fim de que o Estado pudesse se concentrar nas atividades públicas centrais, transferindo atividades acessórias a terceiros, por meio da terceirização, o que favorece a flexibilidade e economicidade.

A desestatização, por sua vez, tem seu fundamento no art. 2º, §1º, da Lei n. 9.491/1997, que estabelece haver desestatização nas seguintes hipóteses: a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade; b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade; c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

A desestatização, portanto, está calcada no ideal de Estado Subsidiário, almejando diminuir o tamanho da máquina pública, ao transferir para a esfera privada responsabilidades antes consideradas essencialmente estatais, bem como ao restringir a atividade do Estado em matérias essencialmente privadas (intervenção do Estado na economia).

A desestatização especificamente relacionada ao serviço público está elencada na alínea “b” supra transcrita, por meio da qual o Estado transfere à iniciativa privada atividades de sua responsabilidade, que são os serviços públicos em sentido estrito (CF, art. 175), e atividades econômicas de titularidade privada explorada de forma subsidiária e complementar pelo Estado em regime de direito privado (CF, art. 173).

Acerca do tema, assim explicita Amorim (2009, p. 95):

A desestatização consiste, portanto, num conjunto de mecanismos institucionais voltados à retração da presença do Estado no espaço econômico, podendo manifestar-se de duas formas: 1) pela “descentralização por colaboração”, através das figuras da concessão e permissão, em que o Estado transfere à iniciativa privada a gestão operacional e a execução material dos “serviços públicos propriamente ditos”, e 2) pela cessação da intervenção estatal num específico domínio econômico privado, mediante a devolução à iniciativa privada da exploração de uma atividade econômica cuja titularidade já lhe é atribuída prioritariamente pela Constituição.

Impende ressaltar, outrossim, que a alínea “a” do preceptivo legal transcrito trata da privatização, que é apenas uma das formas possíveis de desestatização, correspondendo à venda de ativos do Estado (RAMOS, 2001, p. 42).

Com o intuito de se possibilitar a precisão da desestatização de serviços na Administração Pública brasileira, bem como, ao final, alcançar a distinção proposta entre desestatização e terceirização, há de se reportar a alguns conceitos básicos acerca de desconcentração e descentralização administrativas.

A Administração Pública direta é composta pelas pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), podendo atuar de forma concentrada (um único órgão), ou desconcentrada (fracionamento de uma mesma entidade política em diversos órgãos).

Pode, ainda, a Administração Pública exercer suas atividades de forma descentralizada, transferindo a titularidade ou a simples prestação dos serviços que lhe competem a outras



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

peças, públicas ou privadas, mediante o controle e fiscalização estatal (BARRETO, 2006, p. 220).

Di Pietro (Direito Administrativo, 2009, p. 410) esclarece que a descentralização na Administração Pública pode ocorrer de três maneiras: descentralização territorial (referente aos territórios federais previstos no art. 33 da Magna Carta), descentralização por serviços e descentralização por colaboração.

A descentralização por serviços ocorre quando o Poder Público, por meio de lei, cria pessoas jurídicas, ou autoriza sua criação, de direito público ou de direito privado, outorgando-lhes atribuições específicas para a execução de um serviço público, sob controle estatal. Essas pessoas jurídicas – autarquias, fundações governamentais, empresas públicas e sociedades de economia mista – que compõem a Administração Pública indireta, recebem outorga legal, possuindo a própria titularidade do serviço público por elas prestado.

No caso da descentralização por colaboração, a Administração Pública transfere apenas a execução de determinado serviço público a pessoas jurídicas da iniciativa privada, mantendo a titularidade em poder do ente estatal delegante. Essa delegação do serviço público a particulares ocorre mediante contrato administrativo ou ato administrativo unilateral, realizando-se sob a forma de concessões ou permissões de serviço público (MEIRELLES, 2008, p. 345-347).

Diante do exposto, para favorecer o entendimento acerca do campo de alcance da desestatização e terceirização, é mister trazer a lume ensinamento advindo da doutrina administrativa francesa acerca dos níveis de gestão do serviço público, relatados por Di Pietro (Parcerias na Administração Pública, 2002, p. 182-183) – fazendo menção ao autor francês Gilles J. Guglielmi –, bem como por Dora Maria de Oliveira Ramos (2001, p. 118-120):

- a) gestão estratégica: corresponde à função mais elevada, relacionada à direção e estratégia do serviço público, à concepção superior de sua prestação e à definição de seus objetivos. Esse nível de gestão pertence invariavelmente ao Poder Público, que é dotado do poder de decisão, em última instância, acerca de questões maiores envolvidas na prestação do serviço. A gestão estratégica, assim, é indelegável ao particular, sob pena de configurar-se flagrante inconstitucionalidade;
- b) gestão operacional: trata-se da função intermediária, concernente à regulação e otimização do serviço, com o escopo de assegurar sua continuidade, logística, resolução de conflitos, faltas, urgências e operação pelo melhor custo;



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

c) execução material da prestação: é a função mais concreta, consistindo na realização material de atividades complementares a um serviço público. O prestador do serviço, que meramente executa a atividade, atua em nome do gestor operacional, inexistindo vínculo contratual entre aquele e o público usuário.

Desse modo, deduz-se que o Poder Público sempre detém a gestão estratégica do serviço público, exercida pela Administração Pública direta, ou, ainda que mais raramente, pela Administração Pública indireta – descentralização por serviços -, quando o ente político transfere a mencionada gestão à entidade criada, nos termos que a lei determinar (RAMOS, 2001, p. 117).

Pela concessão e permissão de serviços públicos – descentralização por colaboração e forma de desestatização – o Estado transfere à iniciativa privada (concessionária ou permissionária) a gestão operacional e a execução material do serviço público perante seus usuários, os quais, em regra, remuneram diretamente o ente privado por meio da tarifa. A gestão estratégica, por sua vez, sempre estará a cargo do Poder Público.

No caso da terceirização no serviço público, o contrato administrativo de prestação de serviços apenas repassa ao particular a execução material específica de determinada atividade administrativa, considerada auxiliar às competências dos órgãos ou entes públicos contratantes, que são os gestores operacionais. O prestador de serviços, portanto, apenas exerce atividade material acessória que lhe foi atribuída pelo gestor operacional, não detendo qualquer tipo de poder de gestão.

Em suma, considerando as explanações acima delineadas, vislumbra-se a nítida diferença entre desestatização e terceirização: a) a desestatização está pautada no Estado Subsidiário, buscando diminuição do tamanho do Estado mediante transferência à iniciativa privada de atividades tipicamente estatais ou por meio da redução da intervenção do Estado em atividades essencialmente privadas; b) a terceirização, por sua vez, almeja impedir o crescimento desmesurado do Estado, permitindo que o órgão ou ente público focalize-se nas atividades nodais de sua competência, transferindo a terceiros a execução material de atividades meramente acessórias, o que possibilita maior centralização do Poder Público no exercício de suas competências institucionais.

1.2 Bens jurídicos aviltados pela terceirização ilícita na Administração Pública brasileira



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Há de se ressaltar, preliminarmente, que a permissão legal para a contratação de terceiros pela Administração Pública, exclusivamente em atividades acessórias e instrumentais, tem por escopo a focalização dos entes e órgãos públicos em atividades fulcrais de suas competências institucionais, com a conseqüente melhora na prestação dos serviços de interesse público, pois que há a transferência a terceiros de tarefas que não fazem parte de suas dinâmicas nucleares.

A terceirização em atividades-fim da Administração Pública, em contrapartida, representa grave afronta a diversos princípios administrativos e constitucionais, bem como a direitos fundamentais dos trabalhadores.

A terceirização no serviço público é relativizada em relação à esfera privada, mormente, porque o seu exercício deve visar sempre à consecução de fins de interesse público. Qualquer desvio em relação a esse objetivo - como no caso de, por exemplo, se almejar primeiro redução de gastos, utilizando-se da terceirização ilícita - constitui afronta aos princípios administrativos da finalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, que são essenciais e obrigatórios para a Administração Pública.

A terceirização ilícita avilta, ademais, o princípio da organização funcional da Administração Pública. Conforme acentua Amorim (2009, p. 205-206): “A democracia exige que as funções públicas sejam exercidas por pessoas físicas integradas permanentemente nas instituições estatais, profissionalizadas para a realização eficiente de suas tarefas, sujeitas a um regime jurídico de deveres e prerrogativas que lhes imponham e assegurem a atuação orientada à realização do Direito”.

A partir disso, deduz-se que a terceirização é uma forma residual de prestação de serviços públicos, incidente apenas em atividades periféricas, visto que as atividades essenciais devem obrigatoriamente ser prestadas por servidores públicos de carreira, que legitimamente assumiram essa posição, sob pena de flagrante ilegalidade.

A terceirização ilícita lesiona, outrossim, os princípios administrativos constitucionais veiculados no *caput* do art. 37 da Carta Maior, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, podendo-se incluir, ainda, o princípio do concurso público, previsto no inciso II do mesmo artigo.

O princípio da legalidade, de observância inexorável pela Administração Pública, estabelece que o administrador público apenas pode fazer aquilo que a lei lhe permite, vale dizer,



sua esfera de atuação sempre ocorrerá dentro dos limites impostos pela lei. O uso da terceirização em atividades nodais do aparato administrativo, ou em atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, representa, nitidamente, violação aos limites impostos pela Magna Carta e legislação infraconstitucional a esse fenômeno, afrontando de forma explícita o princípio da legalidade.

O princípio da impessoalidade está relacionado à objetividade no tratamento da coisa pública, estabelecendo que tanto a própria Administração Pública quanto seus servidores devem atuar sem subjetivismos ou preferências pessoais, tendo em vista a necessidade de se alcançar a realização do interesse público. O princípio da moralidade, por sua vez, quer significar que a conduta administrativa deve ser pautada em retidão, honestidade e probidade. A esses dois princípios, alia-se o princípio da publicidade, que, por permitir a ampla divulgação dos atos administrativos, minimiza a realização de condutas contrárias à impessoalidade e moralidade públicas.

Referidos princípios, quando se trata de realização de serviços públicos, encontram-se estritamente relacionados ao princípio constitucional do concurso público. A contratação de terceiros apenas é admitida pela legislação para mera execução material de atividades acessórias, fora dessas hipóteses os serviços públicos deverão ser realizados por servidores públicos de carreira, legitimamente aprovados em certame público – salvo nos casos de cargos em comissão e contratação temporária para atender necessidade de excepcional interesse público, que possuem características peculiares – ou por particulares mediante colaboração (concessão e permissão).

Nesse esteio, a contratação de terceiros em atividades tipicamente executáveis por servidores públicos de carreira afronta, além da exigência constitucional de certame público: a) a impessoalidade na seleção de agentes que deverão atuar nos serviços públicos, vez que o certame público apresenta os meios mais hábeis possíveis para filtrar as pessoas mais preparadas para atuar na coisa pública, o que, evidentemente, não é possível por simples licitação, em regra na modalidade “menor preço”; b) a moralidade administrativa, porquanto a prática da terceirização ilícita pode ser uma forma de mascarar interesses ilegítimos do administrador público que a implementa.

O princípio da eficiência, em regra, justifica a utilização da terceirização no serviço público. A Administração Pública, visando a alcançar uma postura gerencial em detrimento da burocracia exacerbada, passou a implementar mecanismos da esfera privada a fim de atuar de



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

forma mais eficiente e com menores custos, mormente após a Emenda Constitucional n. 19/1998. A terceirização, nessa esteira, seria uma forma de alcançar os melhores resultados possíveis na execução dos serviços públicos.

Contudo, consoante explanado alhures, o fim precípua de qualquer atividade exercida no âmbito público é a consecução de fins de interesse coletivo. Isso evidencia que a busca pela eficiência na prestação de serviços públicos apenas será admissível quando compatível com o interesse público. Isso é ratificado por Dora Maria de Oliveira Ramos (2001, p. 138) ao mencionar que a Administração Pública deve adotar os “melhores meios legais” para alcançar os fins públicos.

Denota-se, diante disso, que a terceirização pode lesionar a própria eficiência que a justifica quando, sob o pretexto de alcançar o melhor resultado possível, acabar ocasionando a prestação insuficiente e precária dos serviços públicos, mediante a contratação de pessoas sem capacitação profissional e sujeitas a ampla rotatividade para prestar atividades centrais do órgão ou ente público contratante.

Há de ressaltar, ainda, que a prática ilícita em epígrafe lesiona a própria sociedade, que tem o direito à prestação eficiente e qualificada de serviços e atividades públicas que são de incumbência do Estado, isso pelo fato de os cidadãos serem atendidos por pessoas desqualificadas, contratadas por meio de instrumento ilicitamente firmado.

Demais disso, urge destacar que a terceirização em atividades centrais do ente ou órgão público provoca a desvalorização do valor social do trabalho, que é princípio constitucional e fundamento da República Federativa do Brasil e da Ordem Econômica brasileira, previsto na Carta Maior no art. 1º, inciso IV, e no art. 170. O valor social do trabalho significa reconhecer o trabalhador como ser humano, em sua individualidade, considerando que o trabalho por ele exercido possui relevância social, na medida em que permite sua existência digna.

José Afonso da Silva ensina que:

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Que isso significa? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. (2007, p. 788)



É exatamente por isso que Administração Pública em hipótese alguma poderá utilizar-se de relações de trabalho ilícitas a pretexto de promover o desenvolvimento nacional com maior eficiência, pautando-se no art. 3º, inciso II, da Constituição Federal, porquanto os valores sociais do trabalho possuem impreterível primazia sobre todo e qualquer intuito de lucro ou vantagem econômica.

Por derradeiro, insta mencionar que a terceirização ilícita representa grave afronta a direitos fundamentais dos trabalhadores, mormente porque a terceirização de atividades-fim nada mais é do que mera intermediação de mão de obra (*merchandage*), que representa violação ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, pelo fato de submeter a força de trabalho à negociação por terceiros, tratando-a como reles mercadoria.

Não há dúvida de que a terceirização, lícita ou ilícita, representa, de certo modo, violação aos direitos sociais dos trabalhadores previstos na Carta Maior, porquanto, em regra, dificulta a inserção do trabalhador no ambiente de trabalho, dada a transitoriedade da atividade exercida, bem como confere remuneração mais baixa aos terceirizados.

Todavia, quando realizada em consonância com os ditames legais, a terceirização proporciona benefício ao Poder Público, que passa a desempenhar com maior precisão e eficiência suas atividades, além de assegurar aos empregados terceirizados a satisfação dos direitos trabalhistas, sobretudo mediante a fiscalização que a Administração Pública exerce sobre os contratos que formaliza.

No caso da terceirização em atividades públicas centrais, contudo, por todo exposto, denota-se que nenhum benefício é auferido, quer seja pelo terceirizado ou pela Administração Pública, muito ao revés, além de lesionar direitos sociais constitucionalmente garantidos, há cruel e inestimável afronta aos princípios administrativos e constitucionais relatados, além de nítida precarização das relações de trabalho – mera intermediação de mão de obra - evidenciada pela inadmissível lesão ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, considerando a necessidade de se alcançar tutela hábil a impedir que essa lastimável prática continue a ocorrer no âmbito público, a seguir serão tecidas explanações acerca da tutela inibitória, a fim de demonstrar, no decorrer do presente estudo, sua importância e efetividade no combate à terceirização ilícita na Administração Pública.



2. TUTELA INIBITÓRIA

Diante da triste realidade acima exposta, que evidencia a frequente utilização pela Administração Pública de terceirização ilícita, será estudada no presente item a tutela inibitória, considerada tutela jurisdicional adequada para a problemática em epígrafe, dada a possibilidade de, por meio dela, alcançar-se a prevenção do ilícito.

Tutela inibitória pode ser conceituada como uma espécie de tutela específica preventiva, prestada por meio de um processo autônomo de conhecimento, que tem por escopo impedir a prática de um ilícito, sua repetição ou continuação.

Sua importância consiste no fato de efetivamente apresentar-se como um procedimento autônomo, voltado a evitar a probabilidade da prática de ato ilícito, sendo, portanto, essencial ao Estado, na medida em que apresenta mecanismos de prevenção que permitem concessão eficaz de tutela a direitos.

Ela é eficaz na prevenção do ilícito porquanto veicula obrigações de fazer ou não fazer sob pena de multa, utilizando esta como meio de coerção indireta, a fim de compelir o réu a voluntariamente cumprir as obrigações estabelecidas, incidindo a multa apenas no caso de descumprimento, ao contrário da tutela ressarcitória, que exige dolo ou culpa, porquanto determina o ressarcimento de um dano que efetivamente ocorreu.

Exatamente por isso a tutela inibitória é voltada para o futuro, por estabelecer obrigações de fazer e não fazer sob pena de multa, almejando impedir preventivamente a prática, continuação ou repetição do ilícito. Aliás, a inibitória não perde sua natureza preventiva se utilizada apenas para obstruir a repetição ou continuação do ilícito, porquanto não busca reintegrar ou reparar o direito violado, mas sim preveni-lo.

Nesse sentido se manifesta Joaquim Felipe Spadoni (2002, p. 75), ao observar que o cabimento da ação inibitória “independe da temporalidade do ilícito a ser inibido, isto é, se ele se consumará em ato único, ou em ato continuativo, ou repetitivo”.

Referida tutela é prestada por meio da ação inibitória, de cognição exauriente, não obstante seja possível concedê-la antecipadamente, no curso do processo, como tutela antecipatória.

O fundamento maior da tutela inibitória, inclusive para ser prestada atipicamente – não apenas em casos expressamente previstos pela lei –, encontra-se na Constituição Federal, no bojo



de seu art. 5º, inciso XXXV, ao assegurar o direito de acesso à justiça, estabelecendo que “nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Isso porque, trazendo direitos invioláveis, bem como assegurando tutela jurisdicional em caso de ameaça a direito, a Magna Carta revela ser mister o exercício de uma ação preventiva que possa impedir o ilícito, sua repetição ou continuação, e não apenas ressarcir dano que já ocorreu.

Ressalte-se que a tutela inibitória é voltada contra o ilícito e não precisamente contra o dano, sendo, por isso, preventiva. Tem-se que ilícito é distinto de dano, existindo independentemente deste. O dano, em verdade, é apenas uma consequência eventual do ato contrário ao direito, como ensina Marinoni (Tutela inibitória, 2003, p. 47):

A distinção entre ilícito e dano abriu as portas para a doutrina esclarecer que a tutela preventiva objetiva impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. A diferenciação entre ilícito e dano não só evidencia que a tutela ressarcitória não é a única tutela contra o ilícito, como também permite a configuração de uma tutela genuinamente preventiva, que nada tem a ver com a probabilidade do dano, mas apenas com a probabilidade do ato contrário ao direito (ilícito).

Assim, basta a probabilidade de ocorrência do ilícito para a concessão da tutela inibitória, prescindindo, portanto, de dolo e culpa, porque são elementos essenciais apenas ao ressarcimento de dano.

A mencionada distinção entre ilícito e dano é essencial na medida em que o ordenamento jurídico não pode se preocupar apenas em reparar o dano já consumado, mas também – e principalmente - em impedir que atos contrários ao direito venham a ocorrer. Isso porque há direitos que, pela sua natureza, são invioláveis, não podendo ser reintegrados pecuniariamente.

Os fundamentos jurídico-processuais para aplicação da tutela inibitória individual e coletiva são, respectivamente, o art. 461 do Código de Processo Civil e o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor.

Feitas essas considerações, no próximo capítulo será demonstrada o desafio na contemporaneidade consistente em aplicar a tutela inibitória para combater a deprimente terceirização ilícita na Administração Pública.



3. APLICAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA EM FACE DA TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A terceirização em atividades-fim representa uma lamentável prática que, infelizmente, vem ocorrendo com frequência no âmbito da Administração Pública brasileira.

Essa ilícita forma de contratação enseja lesão a princípios administrativos e constitucionais de relevância ímpar dentro do ordenamento jurídico brasileiro, além de provocar violação a direitos fundamentais dos trabalhadores, sobretudo à dignidade da pessoa humana.

Torna-se evidente, assim, como desafio na contemporaneidade, a necessidade de se alcançar mecanismo hábil a proporcionar tutela que impeça essa prática assaz deletéria aos trabalhadores, à sociedade e ao próprio Estado Brasileiro, a fim de impedir esse ilícito antes que ele venha ocorrer, ou, ocorrendo, que se obstrua sua continuação ou repetição.

O ordenamento jurídico vigente, ao prever constitucionalmente o direito fundamental de acesso à justiça, assegura que seja prestada a quem de direito a tutela jurisdicional adequada e efetiva de acordo com a situação de direito material apresentada.

A tutela inibitória, nesse diapasão, diante da iminência ou da prática de terceirização em atividades nucleares do órgão ou ente público, exsurge como a tutela jurisdicional adequada ao combate dessa ilegal e deprimente contratação de serviços. Isso porque, apresentando caráter preventivo, evidenciado sobretudo por ser voltada para o futuro, a inibitória assegura a proteção efetiva a direitos fundamentais e de relevância ímpar, na medida em que possibilita impedir a prática do ilícito, sua repetição ou continuação, antes mesmo de qualquer dano.

Como não é voltada contra o dano, mas sim contra o ilícito, a tutela inibitória pode ser veiculada em ação inibitória de modo a impedir preventivamente a prática ilícita a partir de dados que evidenciarem a iminência de terceirização ilícita, como, por exemplo, no caso de ser publicado edital de licitação tendo como objeto a contratação de serviços afetos a atividades-fim do órgão ou ente público.

Demais disso, considerando a natureza dos direitos e princípios aviltados pela terceirização ilícita, será possível pleitear liminarmente em ação com pretensão inibitória a concessão de tutela inibitória antecipada, com o escopo de impedir a prática, continuação ou repetição de lesão a interesses considerados invioláveis pelo ordenamento jurídico.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

A inibição da terceirização ilícita no âmbito público, outrossim, liminarmente ou em sentença, é realizada mediante a determinação pelo magistrado de obrigações de fazer ou não fazer sob pena de multa diária – *astreintes* -, o que assegura a efetividade do comando judicial em razão da coerção indireta que é exercida sobre os agente públicos que atuam em nome do ente ou órgão público, a fim de que cumpram voluntariamente as obrigações veiculadas, isso mediante a necessária e imprescindível consciência de que suas condutas devem sempre estar vinculadas à realização de fins de interesse público, conforme determina o ordenamento jurídico.

Ademais, tendo em vista a natureza dos direitos violados pela terceirização ilícita na Administração Pública, qual seja, direitos transindividuais, instrumento claramente eficaz para pleitear tutela inibitória em face dessa prática ilegal no âmbito público é a ação civil pública, que permite o alcance de tutela coletiva, impedindo eficazmente que direitos e princípios constitucionais e infraconstitucionais sejam lesados pela mencionada prática deletéria.

É importante ressaltar que os bens jurídicos protegidos em ação civil pública proposta em face da terceirização ilícita no serviço público possuem nítida natureza de direitos difusos:

- a) ao se vislumbrar lesão a direitos de todos os potenciais candidatos a ingressar em cargo ou emprego público que foi ilicitamente ocupado em razão de terceirização em atividade-fim da Administração Pública;
- b) ao constatar potencial lesão a direitos de inúmeras pessoas da sociedade que forem atendidas por aqueles que não possuem a necessária e devida qualificação para exercer a atividade pública realizada;
- c) pelo fato da terceirização ilícita violar princípios administrativos e constitucionais de observância obrigatória para a consecução de fins de interesse de toda sociedade, como a moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e legalidade;
- d) ao se considerar que a terceirização ilícita, por representar mera intermediação de mão-de-obra (*merchandage*), lesiona direitos fundamentais dos presentes e futuros empregados da empresa interposta, que exerçam ou venham futuramente a exercer atividades por instrumento ilicitamente firmado.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Impende obtemperar, nesse diapasão, que o combate em face da terceirização ilícita na Administração Pública tem sido feito de maneira bastante louvável pelo Ministério Público do Trabalho, no exercício de seu dever constitucionalmente previsto, consistente em defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis – art. 127, *caput*, da Carta Maior. O art. 129, inciso III, da Constituição Federal estabelece, ainda, como função institucional do Ministério Público, promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Nessa esteira, convém trazer a lume Ação Civil Pública ajuizada pela Procuradoria do Trabalho no Município de Londrina em face do Município de Cambé (processo n. 01104-2007-242-09-00-5), tendo entre seus objetos a concessão de tutela inibitória para que o ente Público se abstenha de contratar profissionais para a consecução dos Programas Saúde da Família, Agentes Comunitários de Saúde e Agente de Combate à Dengue e outras Endemias por meio de empresa ou qualquer outra entidade que atue como intermediadora de mão de obra.

Na fundamentação, o Ministério Público ressalta que os serviços prestados mediante o convênio e o termo de parceira celebrados, respectivamente com a Associação de Pais e Amigos de Excepcionais (APAE) daquele Município e com o Centro Integrado de Apoio Profissional (CIAP) para prestação de atividades-fim do ente público – serviços de saúde -, representavam mera intermediação de mão de obra, isto é, terceirização ilícita no serviço público.

Em verdade, o convênio e termo de parceria celebrados pelo Município apenas mascaravam o repasse a terceiros de atividades-fim que necessariamente deveriam ser por ele prestadas, o que ocasionava locação de serviços públicos essenciais, conduta cabalmente inadmissível.

A mencionada ação foi julgada procedente pelo MM. Juízo, sendo ratificada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, bem como concedida a tutela inibitória mencionada supra. Eis a ementa do acórdão proferido:

TRT – PR – 14.11.2008 - Recurso Ordinário n. 01104-2007-242-09-00-5 - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PARCERIAS. Organizações Sociais (OSs) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's) compõem o chamado terceiro setor, a quem incumbe, em tese, suprir a atuação deficiente do Estado e do mercado, em especial na área social. O verdadeiro objetivo das entidades, porém, vem sendo desvirtuado, em larga escala, para fazê-las funcionar como meros instrumentos de terceirização de serviços que, embora



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

calcada em lei, produz os mesmos efeitos danosos da intermediação ilícita de mão-de-obra que tanto se combate. O combate a endemias pode, de certa forma, ser considerado de natureza transitória, na medida em que é noção do senso comum que endemias devem ser combatidas o mais rapidamente possível. Para o ente público, todavia, ações regulares de prevenção de doenças e promoção da saúde não são necessidades transitórias, até porque indispensáveis para que cumpra o comando constitucional de prestar serviço público de saúde. O correto, portanto, é que mantenha quadro próprio e fixo de servidores que possam ser direcionados, temporariamente, ao atendimento de situações emergenciais. Recurso a que se nega provimento para manter a vedação de contratação de agentes de saúde sem a prévia aprovação em concurso público.

Desse modo, por todo exposto, torna-se cristalina a imprescindibilidade da tutela inibitória no combate à terceirização ilícita na Administração Pública, considerando constituir-se na tutela jurisdicional hábil a impedir que os ilícitos provenientes dessa prática, que aviltam essenciais princípios administrativos e constitucionais além de direitos fundamentais dos trabalhadores, venham a ocorrer, repetir-se ou protelar-se no tempo.

CONCLUSÃO

O Poder Público possui a responsabilidade constitucionalmente prevista de prestar serviços de interesse de toda sociedade, isso em consonância com a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A adoção de formas mais flexíveis de administração pública e prestação de serviços em benefício do Estado, para maior eficiência e efetividade na gestão da coisa pública, não pode ser utilizada como uma forma de burla à Constituição Federal e legislação infraconstitucional, mas sim como forma de promover maiores benefícios à sociedade.

A terceirização em atividades basilares da Administração Pública acarreta prejuízos inadmissíveis, não apenas para o Estado, mas também para os trabalhadores e para a própria sociedade, ao lesionar direitos e princípios de suma importância previstos, sobretudo, na Carta Maior.

É evidente, nesse contexto, como desafio na contemporaneidade, a necessidade de se impedir que essa prática deplorável continue a ocorrer, o que pode ser proporcionado mediante uma tutela efetivamente preventiva.

A tutela inibitória, pelas suas diversas características – preventiva, processo de conhecimento autônomo, cognição exauriente, possibilidade de tutela antecipatória -,



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

indubitavelmente é a tutela jurisdicional adequada para garantir o efetivo acesso à justiça no caso de terceirizações ilícitas no âmbito público.

Destarte, por todo o exposto, é cristalina a imprescindibilidade da aplicação da tutela inibitória em face da terceirização ilícita na Administração Pública, como forma de impedir que bens jurídicos invioláveis e de importância ímpar continuem a ser aviltados no âmbito público, local onde necessariamente deveriam ser respeitados e assegurados.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no Serviço Público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009.

BARRETO, Alex Muniz. *Direito Administrativo*. São Paulo: CL Edijur, 2006.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. *Recurso Ordinário 01104-2007-242-09-00-5*. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/public_acaoman.do?evento=Editar&chPlc=3142777&procR=AAB9IGABoAACL6%2FAAF&ctl=12068>. Acesso em: 20 mar. 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



**SOBREINTEGRAÇÃO E SUBINTEGRAÇÃO NA MODERNIDADE BRASILEIRA:
análise a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**

**And SOBREINTEGRAÇÃO SUBINTEGRAÇÃO MODERNITY IN BRAZIL: analysis
from the systems theory of Niklas Luhmann**

Vanessa Vilela Berbel*

RESUMO: O presente artigo lida com o problema da inclusão e exclusão vivenciado pelo “caso brasileiro”, tomando como cânone teórico a visão funcionalista radical de Niklas Luhmann. Para tanto, busca-se, primeiramente, traçar os postulados da teoria luhmanniana, para, ao final, indicar como Marcelo Neves e Orlando Villas Bôas Filho a utilizaram para discutir a problemática da subintegração e sobreintegração no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Niklas Luhmann, teoria dos sistemas, inclusão, exclusão, modernidade brasileira.

ABSTRACT: This contribution deal with the problem of inclusion and exclusion experienced in Brasil, by the use of the radical functionalism of Niklas Luhmann. At first, is traced the postulates of Luhmann’s teory,for, in the end, discuss how Marcelo Neves and Orlando Villas Bôas Filho apply these concepts to analyze the Brazilian case.

KEY-WORDS: Niklas Luhmann, systems teory, inclusion, exclusion, brasilian modernity.

INTRODUÇÃO

Para tratar do tema da sobreintegração e subintegração à luz da teoria da sociedade luhmanniana, faz-se necessário, primeiramente, superar dois obstáculos epistemológicos que impediram a sociologia clássica de analisar a contento a sociedade moderna.

O primeiro pressuposto é a pressuposição de que exista uma multiplicidade territorial de sociedades; segundo modelo luhmanniano de observação da sociedade, é possível concebê-la para além das concepções territorialistas, caracterizando uma erronia falar em “sociedade brasileira, americana, européia, etc. Isso pois, formada pela comunicação, a sociedade não mais encontra barreiras geográficas, mas abre-se a um horizonte maior, traduzindo-se em “sociedade mundial”.

Conforme ensina Luhmann, a sociedade se caracteriza pela diferenciação funcional, o que pressupõe admitir a autonomização dos subsistemas parciais como constituinte da estrutura

* Mestranda pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo- FADUSP/USP.Professora de curso de graduação e pós-graduação em Londrina/Pr. vanessa.berbel@usp.br



da sociedade moderna. Em contrapartida, a sociedade em si, enquanto sistema totalizante omniabarcados dos sistemas parciais, é o *locus* em que todas as comunicações se reproduzem, na medida em que estabelece a ordem que pauta as relações entre os diversos subsistemas e pré-seleciona suas possibilidades de comunicação. Portanto, a sociedade passa a ser vista a partir do seu caráter de sistema social, definindo-se como sistema social conglobante de sistemas sociais parciais; em outros termos, “sistema social por excelência e condição de possibilidade de outros sistemas sociais”⁴⁵.

Deste modo, a sociedade moderna adquire significado extremamente inovador ao ser libertada das barreiras territoriais que tradicionalmente eram erigidas como seu elemento formador, desenvolvendo, assim, um grau de complexidade sem precedentes.

Contudo, o significado da diferenciação territorial resiste pela interdependência do sistema político e do sistema do direito formada pela figura do Estado, a qual apenas se justifica pelo fato de que esta segmentação ainda parece ser a melhor maneira de aperfeiçoar sua própria função. Essas formas de diferenciação convivem dentro do sistema macrocomunicativo da sociedade mundial; deste modo, a par da diferença existente entre sistema/ambiente que delimita a sociedade mundial e opera de maneira universalista, ou seja, como *um corte sobre o mundo*, existe a diferenciação funcional interna decorrente da formação dos sistemas parciais que a compõem. Assim, torna-se possível, dentro do conceito de sociedade global, tratar da relação existente entre os sistemas-parciais, observando as operações *sistema-a-sistema* em determinados limites territoriais.

1 SOBREINTEGRAÇÃO E SUBINTEGRAÇÃO NA MODERNIDADE BRASILEIRA: análise a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann

Dentre as possibilidades de relações sistêmicas (*sistema-a-sistema*), encontra-se o entrelaçamento do direito e da política que formam o conceito de Estados; com isso, torna-se possível, dentro do conceito de sociedade mundial, observar-se a diferenciação funcional entre as diversas regiões do globo, tais como o “caso brasileiro”.

⁴⁵ GIACOMINI, Bruna. A perspectiva funcionalista: poder e sistema político em Niklas Luhmann. In GIUSEPPE, Duso (org.). O Poder: história da filosofia política moderna. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005, p. 474.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

O observador, ao eleger a distinção regional para a realização de sua análise, pode, então, problematizar a bifurcação existente dentro da sociedade mundial que faz com que alguns Estados sejam catalogados como “centrais/desenvolvidos”, por possuírem nível ideal de diferenciação sistêmica para a estabilização da democracia, em contraposição aos denominados Estados “periféricos/ subdesenvolvidos”, que permanecem em estágio de diferenciação funcional insatisfatório.

Portanto, apesar da sociedade moderna ser auto-referencial e autopoietica - para usar a expressão de Luhmann - na medida em que se baseia em suas próprias comunicações e diferencia-se do seu entorno, pode-se afirmar que, em relação à relação dos sistemas parciais da política e do direito, que formam o conceito de Estado, a diferenciação territorial, em termos analíticos, permanece.

Superado o debate a respeito da diferenciação do campo de observação, tem-se ainda a necessidade de superação do segundo obstáculo epistemológico: “a sociedade formada por seres humanos de carne e osso”.

Abandona-se a tentativa de explicar a sociedade enquanto acordo entre os indivíduos - que acarretaria a aceitação da discutível premissa de simetria dos estados subjetivos (condições racionais próprias a todo e qualquer ser humano) - passando sua constituição a não mais depender de respostas individuais, mas sim de uma operação sistêmica⁴⁶.

A teoria sociológica luhmanniana rompe com a concepção clássica de sociedade enquanto agrupamento de homens; ao invés de incluí-lo, exclui o ser humano (de carne e osso) deste conceito; cria-se uma possibilidade de racionalidade social independentemente da racionalidade individual. O homem, apesar de encerrar um sistema psíquico em si (conforme percebido pela biologia), não é estruturalmente idêntico à sociedade enquanto sistema social. Nesta perspectiva “homem e sociedade são reciprocamente ambiente. Cada um é para outro demasiadamente complexo e contingente.”⁴⁷, do que decorre a necessidade de se pensar a sociedade em termos mais abstratos, a partir de seu caráter de sistema social abrangente.

⁴⁶ Sobre o tema, ver: BÔAS FILHO, Orlando Villas. O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. São Paulo: Max Limonad, 2006.

⁴⁷ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro Ltda., p. 169.



Destarte, com base na teoria dos sistemas é possível descartar o apego ao postulado de que a sociedade necessite de alguma pré-disposição do sujeito, de sua intenção, vontade ou racionalidade de consciência para, então, analisá-la de maneira autônoma, lastreada tão somente na *comunicação*⁴⁸. Propõe-se, portanto, analisar a sociedade enquanto sistema organizado e reproduzido por meio de estruturas internas que a diferenciam do meio; com isso consegue-se diferenciar os sistemas psíquicos (regidos pela consciência e estudados pela psicologia, biologia, medicina etc.) dos sistemas sociais (regidos por comunicações e estudados pela sociologia, política, direito, etc.) enquanto estruturas distintas de assimilação da experiência que se baseiam, respectivamente, na consciência e na comunicação.

Cumprido destacar, que a exclusão do ser humano do conceito de sociedade não o torna irrelevante à teoria dos sistemas. Ao contrário, conforme sintetiza Gabriel Cohn, o conceito de sociedade a ser trabalhado por Niklas Luhmann, após reformular as idéias centrais de Parsons, apesar de não incluir dentro do sistema social o ser humano de carne e osso, visualiza-o no ambiente (entorno) social, outorgando-lhe um campo de destaque para a análise:

A sociedade é um sistema que, como todos os sistemas, se define pela diferença que é capaz de manter em relação a um ambiente, que por sua vez inclui outros sistemas. Entre os sistemas incluídos no ambiente da sociedade está o sistema psíquico, cujos portadores são seres humanos. Os homens, portanto, não fazem parte da sociedade, mas do seu ambiente. Entretanto, o sistema psíquico não é irrelevante para o sistema social. Pelo contrário, é indispensável. Sem o seu concurso o sistema social teria de absorver níveis de complexidade incompatíveis com o seu bom funcionamento.⁴⁹

Vê-se, portanto, que a teoria luhmanniana foi injustamente acusada de anti-humanista por retirar o indivíduo do conceito de sociedade, na medida em que os mesmos compõem seu ambiente e, assim, tornam-se elementos indispensáveis para a diferenciação funcional da sociedade. De fato, se a sociedade, para tornar-se autoreferencial e autopoietica, precisa, ante de tudo, distinguir-se do meio, certo é que não poderá ignorar a existência do entorno, mas sim

⁴⁸ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro Ltda., p. 171; LUHMANN, Niklas. Introdução à Teoria dos Sistemas. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 259. LUHMANN, Niklas. Sistemas sociais. Lineamentos para uma teoria general. coord. por Javier Torres Nafarrete. México; Universidad Iberoamericana, 1998, p. 15.

⁴⁹ COHN, Gabriel. As diferenças finas: de Simmel a Luhmann. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Sociais, outubro/1998, vol. 13, número 38, p. 57.



compreendê-lo como “o outro” que está do lado oposto da forma. Ainda, apesar de estarem fora da sociedade, os indivíduos, enquanto sistemas psíquicos, estão a ela acoplados; o acoplamento estrutural entre indivíduos e sociedade se dá por diferentes formas de acordo com o sistema parcial social, tal como o processo eleitoral no âmbito do sistema político, o processo judicial no sistema do direito, dentre tantos outros.

Porém, tomando-se a teoria luhmanniana para a análise da subintegração e sobreintegração no caso brasileiro, tem-se, após a fixação das premissas acima expostas, o seguinte questionamento: “O que é excluído ou incluídos nos diversos sistemas parciais, na medida em que o ser humano não compõe o conceito de sociedade, mas sim o seu entorno? Se não são os indivíduos componente da sociedade, como pode a exclusão social afetar a diferenciação funcional?”

Orlando Villas Bôas Filho (Bôas Filho) oferece interessante análise sobre o tema, na medida em que nota que apesar do indivíduo (ser humano composto de “carne e osso”) não compor a sociedade, o conceito de *pessoa*⁵⁰ é um modo operativo próprio que regula a inclusão social. O termo *pessoa* integra a comunicação social com a finalidade de delimitar os endereçados do ato comunicativo; é, portanto, uma unidade construída pela comunicação para referir-se aos sistemas psíquicos, sem que com isso carregue qualquer carga ontológica desse conceito, ou seja, trata-se de um “constructo social”. Deste modo, não são os sistemas psíquicos os excluídos do sistema social, mas as *pessoas*⁵¹.

São as *pessoas*, enquanto artefatos semânticos da comunicação social, que são passíveis de serem incluídas/excluídas dos sistemas parciais que compõem a sociedade e não as representações físicas dos seres humanos. Assim, o termo “pessoa”, enquanto constructo social, promove o acoplamento entre sistemas psíquicos e sistemas sociais, constituindo um canal de irritações recíprocas.

Sobre o tema, Luhmann ressalta que “o fato de ter consciência de que se é pessoa dá aos sistemas psíquicos uma boa aparência (algo próximo ao conceito de reconhecimento) social,

⁵⁰.LUHMANN, Niklas. A realidade dos meios de comunicação. São Paulo: Paulus, 2005, p. 121-127.

⁵¹ Sobre o tema, ver: Niklas Luhmann, “Die Form ‘Person’”, en *Soziale Welt* 42, 1991.



enquanto no caso desviante, ou seja, naquele em que tal consciência não ocorre, o que se tem é uma irritação que deve ser processada no sistema psíquico”.⁵²

As condições de inclusão variam com a diferenciação da sociedade, de modo que, na sociedade moderna, deve-se preservar mais possibilidades do que nas sociedades tradicionais, afastando, ainda, a ordem hierárquica linear que as estruturavam. Nas palavras de Luhmann, a inclusão não significa que as peças isoladas de processos ou operações ocorrem em outro sistema, mas indica apenas que o sistema social atribui às pessoas lugares em que elas podem atuar sobre as expectativas complementares.⁵³

Nas sociedades segmentárias, a inclusão é resultado da pertença a um determinado segmento social (clã, grupo, família), havendo baixa mobilidade de status e de sobrevivência fora desta ordem. Por sua vez, nas sociedades estratificadas, a medida da inclusão passa a ser o status social, decorrente dos papéis sociais (capas sociais), os quais podem ser atribuídos em razão do nascimento ou admissão; a exclusão ocorre ou por impossibilidade econômica, ou por falta de oportunidade de casamento⁵⁴.

Já nas sociedades modernas, funcionalmente diferenciadas, a inclusão/exclusão fica a cargo dos próprios sistemas parciais, de modo que o indivíduo (ser humano) já não pode ser localizado concretamente, sendo tratados de acordo com suas comunicações. Assim, os indivíduos devem poder participar da comunicação delimitada por cada sistema funcional, tal como influenciar as decisões políticas, estabelecer a diferença entre o lícito e o ilícito em determinado caso, realizar o pagamento nas relações econômicas, dentre outras formas possíveis.

Deste modo, a inclusão já não se refere ao status social que diferencia quem o indivíduo é conforme sua origem e qualidade, mas sim em relação às oportunidades de comunicação que lhe são apresentadas; portanto, a todos deve ser assegurada a participação na comunicação dos sistemas sociais em igualdade de condições.

⁵² BÔAS FILHO, Orlando Villas. op. cit., p. 338

⁵³ Texto original: “(...) Por eso, inclusión no significa que partes, procesos u operaciones aislados de un sistema ocurran en otro. Lo que más bien quiere indicarse es que el sistema sociedad predispone a las personas asignándoles lugares en cuyo marco pueden actuar de acuerdo a expectativas complementarias. De manera un tanto romántica podría decirse que, como individuos, se sienten en casa.” LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad, Ciudad de Mexico: Helder, 2006., p. 492

⁵⁴ Vide: LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad, op. cit., p. 493



A perspectiva da inclusão/exclusão ofertada pela teoria dos sistemas possui a vicissitude de retirar o ocultamento de problemas sociais mascarados pelo conceito de “direito humanos”. Com a diferenciação funcional da sociedade o problema referente à inclusão/exclusão passa a ser regulado pelos próprios sistemas funcionais, não havendo uma instância única que possa centralizar e reger os demais subsistemas. Portanto, a regulamentação do que se caracteriza por lícito/ilícito em determinado caso depende exclusivamente do sistema do direito; por sua vez, saber se um indivíduo dispõe ou não de dinheiro é aspecto regulado pela economia; já o que se toma como obra de arte cabe tão somente ao sistema da arte.

A distinção realizada por Luhmann auxilia na percepção de que o fenômeno da inclusão em um dos sistemas parciais não implica em ato imediatamente correspondente nos demais subsistemas. Já em relação à exclusão, os sistemas não obedecem a esta mesma lógica, na medida em que a exclusão se propaga com muito mais força que a inclusão. De fato, ao ser alijado das comunicações do sistema educacional, a pessoa igualmente não logrará participação na comunicação política –veja que, segundo a Constituição Federal do Brasil de 1988, o analfabeto não poderá ser votado, ou seja, é inelegível – além de ser, em sua grande maioria, destituído do status de possuidor no sistema da economia.

Tomando essas premissas para a análise do “caso brasileiro”, percebe-se que, neste campo de observação, enfrenta-se uma situação de exclusão endêmica. Para compreender esse fato, importantes se mostram as observações de Marcelo Neves, pioneiro na pesquisa do tema no Brasil. Para o autor, o Brasil é marcado pela insatisfatória diferenciação funcional por força da injunção de fatores histórico-sociais diversos, destacando-se, dentre eles, o *clientelismo e os particularismos*.

Tais obstáculos, além de promoverem a exclusão de parcela considerável da população das comunicações dos sistemas parciais da educação, direito, economia e política, também promovem a impossibilidade de diferenciação funcional do direito e da política, os quais, ao invés de se tornarem autopoieticos, apresentam-se como alopoiéticos. Tais fatores, permitem que Neves classifique o Brasil como “modernidade periférica”. A modernidade periférica decorre da inexistência dos pressupostos de modernização traçados por Luhmann (diferenciação funcional) e Habermas (esfera pública autônoma); trata-se de uma realidade marcada por obstáculos à auto-referencia e à autopoiese sistêmica.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Um dos obstáculos que impedem o fechamento operativo do sistema da política e do direito decorre da prevalência de formas unilaterais de legalismo e de impunidade em uma relação paradoxal de complementaridade. Tal fato decorre da existência de interferência negativa dos “donos do poder” que sobrepõe ao código ‘lícito/ilícito’ seus interesses, vontades e critérios políticos particulares.

A interferência particularista se dá nos procedimentos eleitoral, administrativo e judicial do Estado de Direito, responsáveis pela função de seleção, filtragem e imunização de expectativas cognitivas frente às expectativas normativas. No que se refere ao processo legislativo, instância primeira da seleção de expectativas, a interferência de particularismos retira o pluralismo democrático do sistema político e contamina a positivação do direito, a qual passa a atender a demandas de pessoas/grupos privilegiados, os chamados *sobrecidadãos*.

Pela perspectiva de Neves, o Estado brasileiro, incluído no conceito de modernidade periférica, torna-se palco de interesses particularistas, dando ensejo a relações de *subintegração* e *sobreintegração*.

A *subintegração* decorre da inexistência de cidadania, ante a ausência de direitos e deveres partilhados reciprocamente; isso porque, embora os *subcidadãos* não tenham acesso aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, também não estão liberados do cumprimento dos deveres e responsabilidades impostos pelo sistema jurídico, sendo alvo rotineiro de medidas punitivas. Segundo o autor, aqueles que pertencem às camadas sociais ‘marginalizadas’ são integrados ao sistema jurídico, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc.

Em razão das influências externas dos *sobrecidadãos* (corrupção, lobbies e práticas afins) torna-se impossível ao sistema jurídico realizar sua função de generalização congruente de expectativas, minando, portanto, sua autolegitimação. Para Neves, a lei, no Brasil, torna-se unilateralista, servindo como mecanismo de discriminação social. O direito autista é a marca da modernidade periférica; autista não porque logrou atingir sua autoreferencialidade, mas sim por se manter cego à rigidez legalista imposta aos *subintegrados*, em contraposição aos privilégios outorgados aos *sobreintegrados*. “Enquanto a inflexibilidade legalista dirige-se primariamente aos



subintegrados (‘excluídos’), a impunidade está vinculada, em regra, ao mundo de privilégios dos sobreintegrados juridicamente”⁵⁵

Assim como Neves, Bôas Filho compreende que a aplicação da teoria dos sistemas de Luhmann ao direito brasileiro requer uma mediação analítica, notadamente no que concerne ao seu conceito de evolução, visto no segundo capítulo do presente estudo. Deveras, no caso brasileiro, a formação de sistemas autônomos não seguiu à desfragmentação do moralismo fundamentador da sociedade hierárquica tradicional. Assim, apesar de ser uma sociedade pluralista, a perda da diferenciação hierárquica não conduziu à formação sistêmica. Portanto, para compreender esta diferenciação evolutiva, deve-se compreender as limitações empíricas do conceito de evolução luhmanniano, afastando uma concepção homogeneizada da modernidade e do processo que a ela conduz.

Acompanhando as preocupações desenvolvidas por Marcelo Neves, Bôas Filho investiga a origem da exclusão endêmica existente no Brasil, passando a tratar o “caso brasileiro” como uma espécie de modernidade demarcada pela: (i) elevada exclusão social – subintegração; e (ii) prevalência do código da justiça material sobre o da justiça formal⁵⁶.

Contudo, para Bôas Filho, o problema do “caso brasileiro” está nas razões históricas que deram origem aos subcidadãos, e não tanto em relação à interferência dos sobrecidadãos ou sobreintegrados. Para o autor, apesar de não excluir de sua análise o problema de falta de autonomia do direito em face dos demais subsistemas, acredita que o centro gravitacional da investigação deve ser a incapacidade do sistema jurídico de dar conta das demandas oriundas de uma sociedade altamente excludente, que lhe impõe exigências próprias de outros sistemas parciais⁵⁷.

CONCLUSÃO

Enfim, nesta perspectiva o problema da diferenciação sistêmica no Brasil concentra-se na existência de uma parcela significativa de subintegrados ou subcidadãos, decorrentes do

⁵⁵ NEVES, Marcelo. In *Luhmann, Habermas e o Estado de Direito*. São Paulo: Revista de Cultura e Política Lua Nova, n. 37, 1996, p.103.

⁵⁶ Sobre o conceito de centro/periferia nesta mesma perspectiva, veja também: CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 165.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

passado colonialista ibérico e da recente abolição da escravatura. Esses elementos ajudaram a formar uma “ralé estrutural” que, por estar excluída do conceito de *pessoa* e, portanto, alijada da comunicação dos diversos sistemas parciais.

Tal fato, implica em um problema grave ao sistema jurídico, na medida em que impede que o mesmo exerça sua função de generalização congruente de expectativas. Deveras, essa “ralé estrutural”, ao não ser reconhecida como parte da comunicação jurídica, rejeita a norma jurídica como premissa para a formação de seu comportamento. Com isso, o código da “vindita”, típico das sociedades arcaicas, substitui o código do direito (lícito/ilícito), passando a regular as ações promovidas por esses seres humanos que se mostram indiferentes às comunicações normativas.

Portanto, a relação de exclusão endêmica oferece peculiar prejuízo ao sistema do direito, o qual não é visto como guia para formação de expectativas dos excluídos. É deste modo, que a exclusão social endêmica naturaliza o preconceito e a tolerância à discriminação, impedindo a plena diferenciação funcional do sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

BÔAS FILHO, Orlando Villas. O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. São Paulo: Max Limonad, 2006.

_____. Teoria dos sistemas e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009

CAMPILONGO, Celso. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002.

GIACOMINI, Bruna. A perspectiva funcionalista: poder e sistema político em Niklas Luhmann. In GIUSEPPE, Duso (org.). O Poder: história da filosofia política moderna. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005

LUHMANN, Niklas. Introdução à Teoria dos Sistemas. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

_____. *La Sociedad de la sociedad*. Ciudad de Mexico: Helder, 2006.

_____. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro Ltda.

_____. Sistemas sociales. Lineamentos para una teoria general. (Coord. Javier Torres Nafarrete). México; Universidad Iberoamericana, 1998.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE
MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

NEVES, Marcelo. In *Luhmann, Habermas e o Estado de Direito*. São Paulo: Revista de Cultura e Política Lua Nova, n. 37, 1996.



DIREITO TRIBUTÁRIO E ECONOMIA – A INTERVENÇÃO DO TRIBUTO NA ECONOMIA

Aldo Aranha de Castro*

RESUMO: A presente Dissertação tem por objetivo a análise e o estudo do tributo, e como ocorre sua intervenção no âmbito do direito econômico, e na economia propriamente dita. Para tanto, faz-se necessário o estudo dos conceitos de tributo, direito econômico e economia. Somente a partir dessa conceituação, far-se-á possível o desenvolvimento que a Dissertação exige. Como início, dever-se-á analisar como o direito tributário se faz presente na esfera do direito econômico, especialmente em se tratando de tributo, para após, fazer-se as indagações pertinentes e necessárias acerca do tributo, no sentido de encontrar respostas para a exigibilidade ou não da cobrança de determinado tributo. Busca-se destacar, no desenvolvimento do tema, a importância da existência do tributo, e a necessidade de sua cobrança, para que o Estado mantenha seu poder soberano frente às demais nações e consiga administrar a justiça, defender o país contra ameaças externas e manter a ordem interna. Cumprir-se-á, ainda, analisar no decorrer da Dissertação, a proporcionalidade para a cobrança dos tributos, para que atenda ao anseio social, ao bem comum e ao interesse da coletividade. Em sequência a esta análise já efetuada, faz-se importante destacar os aspectos positivos e negativos da cobrança de tributos na atividade empresarial. Para findar o trabalho, cumpre-se destacar e fazer a análise de como o tributo deve intervir na economia, ou pelo menos deveria, e como ele efetivamente intervém na economia na contemporaneidade, trazendo-se exemplos empíricos, bem como, demonstrando a necessidade de salvaguarda dos princípios constitucionais fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, e não se esquecendo do Princípio da democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Tributo; direito econômico; economia; dignidade da pessoa humana.

INTRODUÇÃO

O universo jurídico apresenta infindas temáticas a serem desenvolvidas e trabalhadas, com o intuito de se fazer prevalecer a democracia, para que o Estado não siga os rumos do autoritarismo, mas sim, que garanta os direitos inerentes ao cidadão, levando-se em consideração a dignidade da pessoa humana. No campo do direito econômico não é diferente, pois há a incessante busca pela igualdade, por uma justiça que equipare as partes da relação jurídica. A Dissertação que será desenvolvida tem por escopo fazer um estudo acerca do tributo, analisando sua intervenção na economia, fazendo-se uma abordagem sobre como o tributo influencia e intervém na economia, destacando os benefícios e malefícios de sua exigibilidade, através de exemplos empíricos de como isso ocorre na vida em sociedade. Para a desenvoltura do trabalho, faz-se importante e necessário o estudo dos conceitos de tributo, de direito econômico e de economia e, somente após, partir-se-á para a análise que a Dissertação exige. No campo do direito econômico existe a incessante busca pela igualdade, por uma justiça que equipare as partes da relação jurídica, por vezes tratando os desiguais desigualmente, à medida de suas desigualdades. O direito tributário faz-se presente constantemente na esfera do direito econômico, em especial quando se fala de tributo, pois as empresas têm de arcar com diversos ônus oriundos

* Mestrando do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Marília/UNIMAR.



do surgimento do tributo. A partir deste intróito, far-se-á as indagações necessárias e pertinentes acerca do tributo, objetivando-se encontrar respostas para a necessidade ou não da cobrança de tributos, tal qual vem ocorrendo atualmente, como a efetiva carga tributária pode afetar a sociedade e prejudicar a economia nacional, e mesmo mundial, e quais os tributos que realmente devem ser mantidos, e a forma que devem ser cobrados, para que se mantenha a ordem e a estrutura da sociedade, sem causar reflexos maiores, em virtude de sua não permanência no seio da economia.

REVISÃO DE LITERATURA

O professor e doutrinador Luciano Amaro define tributo como sendo “a prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito, instituída em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público”. (AMARO, 2009, p. 25). Assim, é notória a necessidade de valer-se da conceituação de tributo, para iniciar o desenvolvimento da Dissertação ora posta em questão. Mas não apenas o conceito de tributo deve ser levado em consideração. Deve-se abordar também o que vem a ser o direito econômico, bem como alguns exemplos de tributos que atuam diretamente intervindo na economia, para somente assim, chegar-se a uma conclusão do que deve ser efetivamente posto como tributo, e quais merecem ter sua exigibilidade cumprida, ou melhor, quais tributos têm a real necessidade de serem cobrados. Através do método histórico-indutivo, bem como fazendo-se valer de material bibliográfico (tais como Lênio Luiz Streck, Eduardo Sabbag, Luciano Amaro, Ives Gandra da Silva Martins, Roque Antônio Carrazza, Heleno Taveira Torres, Sacha Calmon Navarro Coêlho, Humberto Ávila, entre outros), jurisprudência, e exemplos empíricos, objetiva-se com esta Dissertação, uma melhor compreensão do tributo, como ele deveria realmente impactar na sociedade, de um modo coerente e “justo”, esclarecer os benefícios e malefícios da exigibilidade tributária na sociedade brasileira, trazer exemplos empíricos de como e quais tributos devem ser cobrados, e analisar quais não devem ou não deveriam ser cobrados, ou se o fossem, verificar se estão em montante adequado ou acima do que deveria acontecer, e assim, como deveria proceder sua intervenção na economia.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Pretende-se destacar com o desenvolvimento do tema, que a cobrança de tributos é necessária, para que assim o Estado mantenha seu poder soberano frente às demais nações e consiga administrar a justiça, defender o país contra ameaças externas e manter a ordem interna. No entanto, deve existir uma proporcionalidade para a cobrança de tributos, levando-se em consideração aqueles que realmente atendem ao anseio para o qual foram propostos, visando o bem comum e o interesse da coletividade. A partir desta estrutura, faz-se de suma importância uma análise pormenorizada dos aspectos positivos e negativos da cobrança dos tributos na atividade empresarial e, como consequência, seu repasse para a sociedade. Até mesmo porque, a cobrança de tributos é necessária para que o Estado mantenha seu poder soberano perante os demais Estados, bem como para que consiga administrar a justiça, defender o país das ameaças externas e manter a ordem econômica, conforme já mencionado. Não se pode falar em deixar o Estado à mercê, pois conforme será visto, ele depende de tal cobrança, para sua existência e para a manutenção da soberania nacional, mas sim, deve existir uma cobrança “justa” dos tributos, não nos moldes exorbitantes vistos na atualidade brasileira. Este termo “exorbitante” deve ser analisado comparando-se o que o Estado necessita para a manutenção de sua soberania, e o que ele efetivamente arrecada.



CONCLUSÃO

Cumpra-se destacar a necessidade de fazer esta análise supramencionada, de forma pormenorizada, de como o tributo deve intervir na economia, e como essa intervenção pode salvaguardar um dos princípios constitucionais fundamentais, que é o da dignidade da pessoa humana, não se esquecendo também do Princípio da democracia, tão essenciais para a vida em sociedade.

BIBLIOGRAFIA

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Sistema Constitucional Tributário*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Vade Mecum*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Curso de Direito Tributário*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2004, *apud* SAMPAIO, Karla. *Hermenêutica Jurídica*. Disponível em: <<<http://karlasampaio.adv.br/arquivos/Hermeneutica.pdf>>>. Acesso em 25/05/2011.

TAVEIRA, Heleno Taveira. *Direito Tributário e Ordem Econômica – Homenagem aos 60 anos da ABDF*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.



**OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA CAPACIDADE
CONTRIBUTIVA NO CONTEXTO DA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL**

Aldo Aranha de Castro*
Silvana Colombo de Almeida

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo abordar os princípios da capacidade contributiva e da dignidade da pessoa humana, sob o aspecto do contexto jurídico tributário internacional. Para tanto, faz-se necessária uma análise pormenorizada não só desses princípios supramencionados, como de alguns princípios que regem o Direito Tributário, tais como o da legalidade, da igualdade, da vedação do confisco, para então adentrar-se no princípio que intitula o trabalho, o da capacidade contributiva. Cumpre-se fundamentar o princípio da dignidade da pessoa humana, em primeiro plano, para em sequência apontar os princípios inerentes ao Direito Tributário, para somente após, chegar a uma delimitação do princípio da capacidade contributiva no contexto da relação tributária internacional. A partir desta contextualização, deve-se enfatizar também a questão dos Direitos Humanos, conceituando-o e, de forma empírica, apontar como ele se faz presente nas relações internacionais, posto que eles ganham um *status* constitucional face à tributação. Assim, pretende-se, ao desenvolver este tema, destacar a eficácia indireta da dignidade da pessoa humana no âmbito tributário, mantendo um sistema de relação e proteção à propriedade e à liberdade propriamente ditas. Deste modo, em qualquer contexto que se enquadre, os temas pertinentes ao direito devem atender à proteção da sociedade, inclusive quando se tratar de relação tributária internacional, respeitando-se a dignidade da pessoa humana, que é inerente a todo e qualquer cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da pessoa humana. Princípio da capacidade contributiva. Direitos humanos.

INTRODUÇÃO

O trabalho a ser desenvolvido tem por escopo fazer uma abordagem acerca do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, conceituando-o e delineando sua área de atuação, bem como definindo como ele pode se aplicar e se relacionar com o Direito Tributário, em especial face aos princípios da legalidade, da igualdade, da vedação do confisco e da capacidade contributiva. O Artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos (de 10 de dezembro de 1948) dispõe que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidades e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Partindo-se dessa premissa, oriunda de 1948, quando da Declaração supracitada, pode-se ter uma noção da importância do respeito à dignidade da pessoa humana, e o princípio referente a ela é um dos fundamentos do Estado democrático de direito, vez que todo cidadão deve ter respeitado o mínimo de dignidade que lhe é inerente, pois deve ser tratado de modo igualitário em direitos e dignidade. Em linhas gerais, os princípios da legalidade e da igualdade são autoexplicativos, e serão analisados pormenorizadamente no decorrer do trabalho, o princípio da vedação do confisco visa a proteção da pessoa humana, para que não seja desapossado de seus bens, e é garantido constitucionalmente, conforme preceituado no Art. 150, IV, da Constituição Federal, e

* Mestrando do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Marília/UNIMAR.



este princípio atua em conjunto com o da capacidade contributiva (que também tem por objetivo preservar a capacidade econômica do contribuinte, isto é, visa preservar o contribuinte, buscando-se evitar a tributação de forma excessiva, para que esta não comprometa o cidadão no exercício de seus direitos fundamentais e todos os mais que se fizerem presentes na vida da pessoa).

REVISÃO DE LITERATURA

A partir da conceituação e análise acima expostas, acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos demais princípios mencionados, e que serão desenvolvidos no decorrer do trabalho, inerentes ao Direito Tributário, pode-se dar ênfase à questão dos Direitos Humanos e sua utilização nas relações internacionais. A Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004, acrescentou o §3.º ao Art. 5.º da Constituição Federal do Brasil, consagrando os direitos humanos à categoria constitucional, quando se referem a tratados e convenções internacionais, desde que aprovados pelo Congresso Nacional da forma e com o *quorum* exigidos. Neste contexto geral, os direitos humanos ganham um *status* constitucional face à tributação. Para que seja possível fazer uma discussão e fundamentação, com alicerces sólidos, faz-se necessária a utilização doutrinária de autores que realmente auxiliam no contexto tributário e no contexto constitucional, relativo aos princípios e aos objetivos atribuídos a fim de serem desenvolvidos no presente trabalho. Para tanto, faz-se essencial a utilização de conceitos do professor Luis Roberto Barroso, Lênio Luiz Streck e Ingo Wolfgang Sarlet, para alicerçarem a questão da dignidade da pessoa humana, e após, utilizar-se de conceitos de Luciano Amaro, Roque Antônio Carrazza e Humberto Ávila, para demonstrar a questão inerente ao Direito Tributário, para após essas duas análises, fazer-se uma contextualização no âmbito da relação tributária internacional.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Pretende-se com o desenvolvimento deste tema, nortear não apenas conceitos, como delinear e se trabalhar de forma empírica, para melhor elucidar o assunto abordado. Cumpre-se destacar, ainda, que a dignidade da pessoa humana possui uma eficácia indireta no âmbito tributário, mantendo uma relação com a propriedade e a liberdade. Deste modo, objetiva-se também, no decorrer deste trabalho, explicitar a necessidade de os princípios da legalidade, igualdade e vedação de confisco se fizerem presentes no âmbito tributário, para então, ganhar alicerce e se fazer a abordagem acerca do princípio da capacidade contributiva, trazendo exemplos que corroborem com a explanação ora proposta.

CONCLUSÃO

Ao final, para se atingir a temática sobre a qual se delinea o trabalho, após uma análise conceitual e empírica sobre os princípios supramencionados, traçar-se-á um paralelo entre eles e os direitos humanos, para que estes sempre sejam protegidos incondicionalmente, servindo de alicerce para se atingir ao objetivo mor não só do presente trabalho, como sobre o clamor da sociedade, que é o respeito e a inteira proteção da dignidade humana.

BIBLIOGRAFIA

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Deutschland: Suhrkamp Verlag; Auflage: 6, 1983.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Sistema Constitucional Tributário*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro*. Interesse público. Belo Horizonte, v. 5., n. 19, maio de 2003. Disponível em <<<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32895>>>. Acesso em 18/04/2011.

BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>>. Acesso em 26/09/2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)1(1):65-77 janeiro-junho 2009.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2004, *apud* SAMPAIO, Karla. *Hermenêutica Jurídica*. Disponível em: <<<http://karlasampaio.adv.br/arquivos/Hermeneutica.pdf>>>. Acesso em 25/05/2011.



PAPEL DO CONHECIMENTO ANTROPOLÓGICO NA FORMAÇÃO JURÍDICA

Angela Vidal da Silva Martins*

RESUMO: Este breve trabalho deseja compartilhar uma preocupação com a formação atual dos estudantes de Direito da Graduação e Pós Graduação no que se refere à capacidade de reflexão e compreensão dos fundamentos de sua atividade profissional. Para tal, partiremos da finalidade do Direito, como ciência e prática a serviço do homem, e a necessidade de conhecer com maior profundidade seu destinatário para servi-lo melhor. Exporemos em seguida o papel da Antropologia como ferramenta muito apropriada para a aquisição de conceitos básicos com vistas ao fim proposto e a demonstração empírica de uma recente tentativa satisfatória nesse sentido. Por fim, apresentaremos uma proposta básica de programa dessa disciplina para estudantes de Direito, que desejamos possa ser estudada e aproveitada.

PALAVRAS-CHAVE: conhecimento, antropologia, formação jurídica.

INTRODUÇÃO

Desde o início do meu trabalho de pesquisa pensei em tratar do tema da ordem social justa como finalidade do Direito ante a preocupação com um fundamento teleológico mais transcendente e motivador para sustentar uma atividade jurídica eficaz a longo prazo. Penetrando mais profundamente no tema me deparei com a relação íntima entre Moral, Justiça e Direito. No início deste ano pude realizar parte de minha pesquisa na *Harvard Law School*, dedicando-me também a entrevistas não só com professores ligados à Filosofia do Direito, Ética e História do Pensamento Jurídico e Político, tais como Kenneth Winston, Duncan Kennedy, Mary Ann Glendon, etc. - mas também, com alunos de Graduação e Pós Graduação da Casa. Surpreendeu-me encontrar apenas uma resposta pragmática em termos de expectativas profissionais, palpando principalmente grande preocupação com *human rights*, gestão social, aplicação do *natural law* na prática, e por fim, com uma formação jurídica humanística complementar. Por outro lado, pude comprovar que essas preocupações não eram palpites etéreos mas estavam fundamentadas em estudo sólido. As bibliotecas e *lounges* bem povoados, horas a fio, valorizavam por si só as opiniões manifestadas. Voltei para meu país com mais desejos de ajudar – na prática! - a fortalecer a formação de nossos futuros juristas com vistas a uma melhora social. Esse afã foi ainda bem regado por visitas efetuadas a Universidades da América Latina (Universidad de los Andes, Santiago do Chile; Universidad Austral, Buenos Aires e Universidad Montevideo, Uruguai) que apresentam fortes currículos humanísticos concentrados nos primeiros anos das distintas faculdades, incluindo a de Direito.

Paralelamente, dedicando-me no estágio Docente de História do Pensamento Jurídico ao estudo de Hobbes, percebi que aos alunos faltava-lhes o conhecimento de conceitos básicos de Antropologia que lhes impedia uma correta compreensão dos textos e, conseqüentemente, conclusões satisfatórias e bom aproveitamento. Começamos então - no intervalo! -, um grupo de estudos sobre alguns conceitos antropológicos, e acabaram pedindo que continuássemos

* Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS; Professora de Filosofia do Direito em cursos de extensão no PPGD/UFRGS.



desenvolvendo nossos estudos durante as férias. Surgiu a idéia de iniciar – sugestão de meu caríssimo orientador, Luis Fernando Barzotto, com apoio do Prof. Alfredo Flores - um curso de extensão sobre os Fundamentos da Antropologia contando com inúmeras matriculas, de alunos que estão perseverando e pediram novamente que continuemos aprofundando nos próximos semestres, o que demonstra talvez que há um desejo latente que é preciso somente ser despertado. Esta introdução, como um raciocínio jurídico, ateu-se quase somente aos fatos. Espero na seqüência do trabalho referir-me mais ao direito, ou seja, a um estudo menos empírico e mais científico sobre o tema. De qualquer forma, a inspiração me veio do autor que tenho pesquisado – Lon Fuller, cuja preocupação com o ensino jurídico foi tão bem recompilada em tantos de seus artigos como “*On teaching Law*” (1950), “*What the Law Schools can contribute to the making of lawyers*” (1948) ou “*On Legal Education*” (1947) -, que em suas aulas e escritos, tão didáticos, transmitia com freqüência alguma experiência pessoal para dar seqüência a seu raciocínio (1).

REVISÃO DE LITERATURA

Nas diversificadas concepções do Direito encontramos sempre a vida social e mais especificamente o homem como meta do ordenamento. Se, porém, partimos de uma concepção realista podemos destacar de fato a justiça a serviço do homem: “o Direito tem como finalidade fundamental garantir que a sociedade seja justa, com essa justiça real e concreta que consiste em respeitar cada homem e garantir direitos” (2). Nesse sentido podemos concluir que o Direito visa não só defender cada pessoa mas possibilitar-lhe o bom uso de sua liberdade. Nos dizeres de Lon Fuller: “o Direito procurará criar as condições para permitir ao homem elevar-se” (3). “Não está só para remediar o egoísmo de uma empresa que vise submeter a conduta humana ao governo de regras (5), orienta seres livres, que querem realizar algo que tenha bom senso e poder realizá-lo (4). Ainda que seja sensata (6). Tira-os da liberdade para a responsabilidade, mas há mais liberdade no senso de direção. (7) Daí sua preocupação profunda com a formação dos futuros juristas: “Dar-lhes um sentido mais profundo. Não somente métodos e técnicas. Fazer pensar. Ir aos porquês. (8) Treinar homens para que pensem como advogados. Ajudar a ter uma disciplina intelectual que leve a pensar sempre anteriormente no objetivo (9) – no caso o homem e a sociedade – a partir dos próprios professores que devem interessar-se de verdade pelos alunos.” (10) Para poder prestar um serviço desse teor, capaz de entender com profundidade fins e meios, é preciso dar a conhecer da melhor forma possível a unidade. Na pós modernidade tão voltada para os serviços, cada vez se chega mais à conclusão de que o destinatário de qualquer serviço é a pessoa e que é preciso conhecê-la para servi-la melhor. Analogamente podemos pensar que do mesmo modo que um estudante deve aprofundar em seus estudos de Anatomia, o estudante de Direito deveria conhecer o homem em sua constituição antropológica. Outros tantos autores também acentuam a necessidade de um conhecimento humano mais aprimorado para o exercício da prudência na carreira jurídica (11); de uma maior reflexão e juízo sobre o homem (12); da busca da objetividade metafísica do Direito (13); da lei justa como condição da liberdade e do conhecimento das implicações deontológicas do exercício jurídico (14); da reta compreensão da natureza e do que se denomina direitos na modernidade (15); ou manifestam a preocupação com uma formação excessivamente utilitarista e “eficiente” (16) sugerindo uma maior educação moral e cultural para o desempenho da justiça (17) a partir do “dado” do direito natural (18). Parece-nos que parte da solução para essas questões poderia ser encontrada em conceitos antropológicos bem fundamentados. Nos dizeres de Martin Rhonheimer, ao relacionar metafísica da ação e antropologia, estimulariam também uma postura mais ética (19). Quando, porém, empregamos o termo Antropologia, não nos referimos a conceitos estruturalistas, mas à Antropologia Filosófica



Realista “que estuda o homem sob o prisma filosófico, ou seja, sob a consideração de sua natureza própria” (20), sustentada por sua univocidade e pelo princípio da não contradição, e que termina sendo confirmada na própria experiência pessoal (21).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Passo a transcrever sugestão de programa recém experimentado que parece abarcar os principais conceitos necessários, a serem transmitidos em um semestre, se possível dos primeiros anos de Graduação, ou como matéria da Pós Graduação. Embora não esgote a riqueza antropológica, constitui um bom embasamento filosófico para reflexão e prática, facilitando a auto transcendência para melhor compreensão da realidade. (22) Cada tema seria transmitido em uma aula contendo os principais conceitos respectivos: 1- Antropologia e Direito: a) Antropologia Filosófica como ciência; b) compreensão do homem através da História; c) relação do Direito com a Antropologia (ordenação racional da conduta humana); 2- Ser Pessoa: a) racionalidade e interrelacionalidade, b) a pessoa como um fim em si mesma e suas características intrínsecas (interioridade; intersubjetividade, hábitos, etc.), c) pessoa, individuo e natureza; 3- Intelecto, Pensamento e Linguagem: a) inteligência e operações lógicas (noções básicas), b) características do pensamento (infinitude, alteridade, reflexividade, etc.), c) linguagem e compreensão; 4- Vontade, Sentimentos e Afetividade: a) vontade como função intelectual, b) sentimentos e emoções, c) a dinâmica afetiva; 5- A liberdade: a) liberdade de arbítrio e realização do projeto vital, b) liberdade interior e liberdade social, c) pluralismo e tolerância; 6- Relações Interpessoais: a) pessoas e o comum, b) definições de amor e sua classificação: os quatro amores, c) a amizade como base do Direito; 7- Técnica, Mundo e Cultura: a) homem como trabalhador, b) o homem como habitante, c) tecnologia e ecologia; 8- Ciência, Valores e Verdade: a) o conhecimento teórico e prático, b) valores e modelos de conduta, c) a verdade como conformidade com o real; 9- Vida Social: a) o caráter natural da sociedade e seus fins, b) as instituições como comunidade, c) instituições e autoridade; 10- Vida Econômica: a) a essência da atividade econômica, b) riqueza, pobreza, igualdade e propriedade, c) consumo, mercado e empresa; 11- A Cidade e a Política: a) polis e cidadão, b) os fins da política, c) política, Estado e sociedade civil; 12- Lei, Direito e Justiça: a) noção de lei e classificação, b) lei e racionalidade, c) ética, justiça e Direito; 13- Os limites do Homem: a) debilidade e limitações pessoais, b) psicologia da dor, c) o sofrimento moral; 14- Corporeidade e Alteridade: a) dimensões da sexualidade humana, b) complementaridade, c) família e sociedade; 15- Sentido e Plenitude: a) diferentes propostas de finalidade (nihilismo; o carpe diem, o pragmatismo, o utilitarismo, o bem estar, o poder, etc.), b) o ideal de excelência humana vida e vocação profissional como tarefa (23). Aplicamos esse temário em Curso de Extensão promovido pelo Programa de Pós Graduação em Direito para alunos de Graduação e Pós Graduação, como experiência ad hoc, com boa participação e aproveitamento.

CONCLUSÕES

“Filosofia e Direito são dois irmãos siameses que não se podem separar. Tenho para mim que não há Direito que não tenha seu alicerce na Filosofia, pois a Filosofia, ao buscar a dimensão maior do homem, influencia necessariamente a conformação do Direito.” (6) Ainda que não deixemos de estudar Filosofia do Direito, em geral, nos últimos anos do curso, seria muito conveniente que se oferecesse já desde o início suas primeiras luzes - através da Antropologia - para que



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

penetrando nas razões últimas do homem, de sua existência, de sua ação, esta possa desempenhar melhor seu papel estrutural na conformação do Direito rumo a ordem social justa.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo. Edipro, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo. Editora Unisinos, 2006.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Justiça Social. Gênese, estrutura e aplicação de um conceito**, in **Direito e Justiça**, Porto Alegre: EDIPUCRS, n. 28, 2003.

COLEMAN, Jules e SHAPIRO, Scott. **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**. Oxford. Oxford University Press, 2004.

CORREAS, Carlos-Ignácio Massini. **Realismo y Derechos Humanos**. Disponível em: <<http://www.maritain.com.br/index2.php?p=productMore&iProduct=68&PHPSESSID=fbb691c54b58f848decaf9c11ca2a5ae>> acesso em 2008.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Historia da Filosofia do Direito**. Belo Horizonte. Editora Líder, 2006.

Etcheverry, Juan B. **Objetividad y determinación del Derecho. Un diálogo con los herederos de Hart**. Granada. Ed. Comares, 2010.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. Oxford. Clarendon Press, 1992.

Fletcher, George P. **Basic Concepts of Legal Thought**. New York. Oxford University Press, 1996.

FULLER, Lon. **Anatomy of the Law**. Westport. Greenwood Press. Publishers, 1987.

_____. **On Teaching Law**. Cambridge. Harvard Law School Depository, 1950.

_____. **The Principles of Social Order**. Oxford. Hart Publishing, 2001.

GOMEZ, Rafael Perez. **Deontologia Jurídica**. Pamplona. EUNSA. 1982.

HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Direito**. São Paulo. Martins Fontes, 2008.

_____. **O que é o Direito. A moderna resposta do realismo jurídico**. São Paulo. Martins Fontes, 2006.

LLANO, Alejandro. **Gnoseologia**. Pamplona. EUNSA, 1998.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE
MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de Quem? Qual Racionalidade?** São Paulo. Edições Loyola, 2008.

MARITAIN, Jacques. **A Lei Natural e os Direitos do Homem.** Rio de Janeiro. Agir, 1964.

MILLAN PUELLES, A. **Persona humana y Justicia social.** Madrid. Rialp, 1962.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma breve introdução ao Direito.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de Filosofia.** São Paulo. Ed.Ltr, 2000.

MESSNER, Johannes. **Ética Social, Política y Econômica a la luz del Derecho Natural.** Madrid. Rialp, 1967.

MONDIN, Battista. **Introdução à Filosofia.** São Paulo. Ed. Paulus, 2006.

MORRIS, Clarence. **Os Grandes Filósofos do Direito.** São Paulo. Ed.Martins Fontes, 2002.

RHONHEIMER, Martin. **La perspectiva moral.** Madrid. Ediciones Rialp, 2007.

SOMENSI DE OLIVEIRA, Elton e TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico.** Barueri. Ed. Manole, 2010.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. **Manuales de Metodología Jurídica.** Madri. Fundação Cultural do Notariado, 2004.

VILLEY, M. **Compêndio de Filosofia del Derecho,** Pamplona. EUNSA, 1981.

YEPES, Ricardo e Aranguren, Javier. **Fundamentos de Antropologia. Un ideal de la Excelencia Humana.** Pamplona. EUNSA, 2001.

(1) como por exemplo: “ *When I was in the fourth grade...*”, in **The Principles of Social Order**, pág. 82.

(2) HERVADA, Javier, in **O que é o Direito? A moderna resposta do realismo jurídico**, pág. 11.

(3) FULLER, Lon, in **The Morality of Law**, pág. 25.

(4) op. cit., pág. 72.

(5) op. cit. pág. 109.

(6) op. cit. pág. 191.

(7) FULLER, Lon, in **Anatomy of the Law**, pág. 52.

(8) FULLER, Lon, in **On Teaching Law**, pág. 35.

(9) op.cit., pág. 37.

(10) op.cit. pág. 41.

(11) VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, in **Manuales de metodología Jurídica**, pág. 73.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

- (12) DEL VECCHIO, Giorgio, *in* História da Filosofia do Direito, pág.4.
- (13) ETCHEVERRY, Juan B., *in* Objetividad y Determinación del Derecho, pág. 235.
- (14) GOMEZ PEREZ, Rafael, *in* Deontologia Jurídica, pág. 113 e ss.
- (15) BITTAR, Eduardo C. B., O Jusnaturalismo e a Filosofia moderna dos direitos, *in* Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico, pág. 360.
- (16) FLETCHER, George P., *in* *Basic Concepts of Legal Thought*, pág. 139 e ss.
- (17) MACINTYRE, Alasdair, *in* Justiça de Quem? Qual a racionalidade, pág. 213.
- (18) DABIN, Jean, *in* Os Grandes Filósofos do Direito, pág. 501.
- (19) RHONREIMER, Martin, *in* *La perspectiva moral*, pág. 62.
- (20) MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva, *in* Manual Esquemático de Filosofia, pág. 106
- (21) Lon Fuller, citando o antropólogo Maine comenta de uma forma mais poética a inegável força da natureza: “ *The way things are...It is in the air.*” *In* “The Anatomy of the Law, pág. 52.
- (22) Mondin, B., *in* Introdução à Filosofia, pág. 76.
- (23) Vários dos tópicos escolhidos foram inspirados pelo livro “**Fundamentos de Antropologia**” de Ricardo Yepes Stork e Javier Aranguren.
- (24) MARTINS, Ives Gandra da Silva, Uma breve introdução ao Direito, pág. 219.



BOA-FÉ NOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Aroldo Bueno de Oliveira* ; Alessandra Celestino de Oliveira**

RESUMO: O presente trabalho objetiva estudar os Contratos Bancários, com intuito de analisar se existe respeito por parte das Instituições Financeiras aos deveres de boa-fé contratual impostos pela nossa legislação, doutrina e jurisprudência, ensejando sua responsabilização civil e possibilidade de intervenção Estatal.

PALAVRAS-CHAVE: princípios, boa-fé, contratos.

INTRODUÇÃO

Os contratos bancários são negócios jurídicos que, conforme a política econômica, impõem ao Estado uma constante necessidade de regulação, razão do volume de pessoas que são atingidas nos vários setores de nossa economia. É inconteste sua importância para circulação de riquezas, tornando-se um dos pilares do nosso Capitalismo, não somente no âmbito nacional, como nas relações internacionais. Daí as atividades financeiras serem eficientes meios de realização de políticas econômicas e governamentais em vista do seu instrumental, possuindo os contratos uma função social relevante dentro das políticas sociais, como mecanismos capazes de regular a vida em sociedade. A escolha do tema para pesquisa ocorreu em vista do princípio da boa-fé ser o axioma de novos deveres especiais de conduta, por aspecto a ser observado na interpretação da manifestação de vontade dos agentes, por sua razão finalista e sua carga valorativa para os interpretes que o aplicam.

REVISÃO DE LITERATURA

Para o trabalho será adotado o método indutivo e dialético, partindo de dados particulares, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Como método de procedimento se utilizará concomitantemente o Histórico e o Comparativo – o estudo das semelhanças e diferenças entre objetos pode ser utilizado em todas as fases e níveis de investigação: em um estudo descritivo, pode-se analisar os elementos de uma estrutura; nas classificações, permite a construção de tipologias; como explicação, pode apontar vínculos entre elementos presentes e ausentes. A pesquisa se desenvolverá através de pesquisa bibliográfica com fichamento de fontes primárias e escritas em obras (livros, periódicos, artigos) das Ciências Jurídicas, Econômicas e Administrativas, bem como Leis, Decretos, Resoluções e outros diplomas legais, cujos documentos poderão ser encontrados na rede mundial de computadores, especialmente nos *sites* oficiais do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O estudo científico do Direito objetiva buscar um resultado prático, contribuindo na evolução do instituto e de modo prático e efetivo produza efeitos na vida das pessoas. A proposta de uma dissertação abordando tema já explorado na doutrina se perfaz. Na academia, estuda-se poucos

* Mestrando em Direito pela UNIMAR.

** Mestranda em Direito pela UNIMAR.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

tipos contratuais e visualizando a importância dos Bancos no cotidiano das pessoas, pelo levantamento do emaranhado de leis e regulamentos existentes sobre a atividade bancária existe uma realidade ímpar que deve ser objeto de estudo, descrição e regulação normativa, para harmonização dos efeitos decorrentes das atividades financeiras e bancárias nos negócios jurídicos. A discussão advém que o tema proposto estar entre as novas tendências do direito, levando o interesse de intérpretes de diversas áreas de atuação da dogmática jurídica, razão da importância na consecução e manutenção do direito das partes, influenciando principalmente na intenção real da vontade e seus efeitos no mundo.

CONCLUSÕES

Não há maior interesse no mundo jurídico do que a determinação da eficácia e o alcance valorativo da manifestação de vontade das partes, levando em consideração a situação atual dos partícipes, o fim social do contrato e principalmente o controle da atuação jurisdicional na interpretação e aplicação do instituto da boa-fé objetiva, sempre em busca do equilíbrio econômico e justiça contratual, expressão do artigo 170 da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

CASADO, Marcio Melo. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Teoria Crítica do Negócio Jurídico*. Revista de Direito Privado da UEL. Volume 2. Numero 1. Londrina. Acesso: www.uel.br/revistas/direitoprivado.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JUSEFOVICZ, Eliseu. *Contratos: proteção contra cláusulas abusivas*. 1ª.ed., 4ª.Tir./ Curitiba: Juruá, 2008.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira*. In: Revista Jurídica, n. 278. Porto Alegre: Notadez, 2000.



**DA POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA ERGA OMNES E EFEITO
VINCULANTE ÀS DECISÕES DO SUPREMO EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Camila Martins Tonello*

RESUMO: O presente trabalho apresenta, em linhas gerais, fenômeno denominado abstrativização do controle de constitucionalidade, o qual permitiria que os modelos de jurisdição constitucional vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, difuso e concentrado, fossem dotados de eficácia *erga omnes* e vinculante. Os efeitos em comento, típicos da jurisdição concentrada, não mais lhe seriam características restritas, mas, estendendo-se também ao modelo difuso, abarcariam toda a jurisdição constitucional de competência da Corte Suprema. Destarte, as decisões proferidas pelo Supremo em via difusa não mais necessitariam passar pelo crivo do Senado, o qual exerce controle político das normas declaradas inconstitucionais por este Tribunal, suspendendo sua execução, na forma do art. 52, X, da Carta Constitucional. A partir de pontos de vista diversos, e à luz dos julgados HC 82.959/SP e RCL 4.335/AC, será examinada a viabilidade da aplicação de tal fenômeno na jurisdição constitucional brasileira, o qual, caso consolidado no direito pátrio, alterará de forma significativa o modo de se pensar a jurisdição constitucional. Assim, todas as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo, tanto na via difusa como na concentrada, terão força normativa para suspender a eficácia da norma ora declarada inconstitucional, tornando-se oponíveis aos demais juízes e tribunais e à administração pública.

PALAVRAS-CHAVE: controle difuso, abstrativização, mutação constitucional;

INTRODUÇÃO

O tema ora em enfoque foi objeto de estudo no Trabalho de Conclusão de Curso intitulado “Abstrativização do Controle de Constitucionalidade no STF”, apresentado ao curso de graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina. O termo sobredito alude à tendência recente na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual permitiria que os modelos de jurisdição constitucional vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, difuso e concentrado, fossem dotados de eficácia *erga omnes* e vinculante.

O controle concentrado, cujo precursor foi direito austríaco, tem a análise da constitucionalidade incitada por ações diretas e específicas previstas no Texto Constitucional de 88. A análise da controvérsia constitucional é o objeto principal da lide, de maneira que não há análise de um caso concreto ou um bem da vida. O controle difuso, por sua vez, de matriz norte-americana, consiste naquele cuja análise da controvérsia constitucional é provocada incidentalmente no curso do processo, à luz do caso concreto. Sua solução guarda relação direta com o objeto principal da lide, qual seja, o bem da vida tutelado pelas partes. Para que a decisão adquira efeitos *erga omnes* e vinculantes, dispõe a Carta Constitucional de 88, no art. 52, X, dispõe pela necessidade de envio da decisão proferida pelo Supremo ao Senado, com o fito de que este suspenda a execução do dispositivo tratado incidentalmente na sentença, expulsando-o do ordenamento jurídico. Não obstante, a jurisprudência do Supremo tem apontado para possíveis feições de objetividade e

* Discente do 5º ano de Direito da UEL, pós-graduanda em Direito Constitucional pelo IDCC, ca_tonello@hotmail.com



abstração que estariam sendo adquiridas pelo controle difuso, as quais se fazem resplandecer em alguns julgados desta Corte Suprema, tais como no julgamento do HC 82.959/SP.

REVISÃO DE LITERATURA

Jurisdição constitucional nada mais é que o controle de constitucionalidade judicial, ou ainda, na expressão cunhada por Hans Kelsen (2003, p. 124), “a garantia jurisdicional da Constituição”. A importância do controle de constitucionalidade decorre da necessidade de se assegurar a supremacia da Constituição. Nesse ponto, infere José Afonso da Silva (1996, p. 50) que “O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição.” Quando se leva em consideração os órgãos legitimados ao exercício da jurisdição constitucional, o controle pode ser classificado em difuso ou concentrado (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1056-1057). O controle concentrado tem por finalidade tão somente assegurar a supremacia e a proteção do Texto Constitucional. Nesse sistema, portanto, a norma cuja constitucionalidade tenha sido declarada é eliminada automaticamente do ordenamento jurídico, de maneira que pode-se afirmar que o STF atua, neste momento, como um legislador negativo (LEITE, 2005, p. 96). No controle difuso, a defesa da Constituição é entregue a qualquer juiz, em qualquer tribunal, bastando que tenha competência para a demanda em curso. Nas palavras de Glauco Salomão Leite, “a despeito de ser reconhecida como incompatível com a Constituição, a norma inválida não é afetada em sua vigência, permanecendo no ordenamento jurídico e aplicável a outros casos concretos” (LEITE, 2005, p. 109).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O HC 82.959/SP foi um dos julgados inaugurais acerca da discussão da teoria da abstrativização do controle de constitucionalidade. Referido habeas corpus fora impetrado perante o Supremo Tribunal Federal aduzindo a inconstitucionalidade do art. 2º, 1º, da Lei 8.072/90. Esta Corte considerou que a impossibilidade de progressão de regime nos crimes hediondos era incompatível com o Texto Constitucional, de modo que declarou *incider tantum* a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90.

Em aludido julgado o Tribunal, por votação unânime, consignou que a declaração de inconstitucionalidade deste dispositivo, proferida em via difusa, não geraria consequências jurídicas com relação às penas já extintas (efeitos *ex nunc*), “sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão”.⁵⁸ Esta decisão abriu as possibilidades de cada magistrado, ante o caso concreto que lhe é posto em análise, conceder a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos, desde que fiquem constatados os demais requisitos necessários à progressão de regime. Os efeitos dessa decisão tornaram a ser discutidos no Supremo por meio da Reclamação 4.335/AC. Em aludida demanda, o reclamante aduziu o descumprimento da

⁵⁸ HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882959.NUME.+OU+82959.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

decisão exarada pela Suprema Corte nos autos HC 82.959 pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, uma vez que este indeferira pedido de progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos a penas de reclusão em regime integralmente fechado. Para o relator, Ministro Gilmar Mendes, o único motivo que justificaria a presença deste instituto na atual sistemática da jurisdição constitucional seria razão meramente histórica. Isso porque a Constituição de 88 passou a dispor de mecanismos por meio dos quais não seria mais a atuação do Senado que conferiria eficácia geral aos julgamentos do Supremo em sede de controle difuso. 88. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p.1131). A suspensão da execução pelo Senado, ainda na visão de aludido jurista haveria sido criada em um contexto em que inexistiam outros meios de se outorgar eficácia geral às decisões do Supremo. Outrossim, a Constituição de 1988, ao trazer as figuras da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, teria reduzido de maneira significativa a figura do controle difuso, pensando os modelos difuso e concentrado, não só como dois sistemas apartados, mas em constante correlação. Outro argumento favorável a teoria seria o instituto da súmula vinculante, mecanismo por meio do qual são atribuídos efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões do Supremo exaradas incidentalmente. Destarte, por tais motivos, as decisões de caráter definitivo, exaradas pelo Supremo, mesmo em sede de controle difuso, já seriam dotadas de eficácia normativa a conferir-lhes eficácia geral, sem a necessidade de passar pelo Senado. Agindo desta forma, a Corte Suprema estaria “conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes”. Corresponderia à tendência de que as decisões do Pleno, em matéria de inconstitucionalidade, estariam dotadas de eficácia transcendente, o que tornaria dispensável a participação do Senado. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p.1137-1139). Neste diapasão, inserida em uma nova sistemática de jurisdição constitucional, a atuação do Senado, disposta no art. 52, X, da Constituição, consistiria em somente dar publicidade, por meio do Diário Oficial do Congresso, das decisões proferidas pelo Supremo. Isso porque seria dispensável à atribuição de eficácia geral a tais decisões, as quais esta característica já lhes seria inerente. O Ex-Ministro Eros Grau, em voto-vista, perfilhou deste mesmo entendimento. Entendeu a presente hipótese tratar-se de verdadeira mutação constitucional do art. 52, X, no sentido de o Senado estar imbuído do papel de conferir publicidade às decisões do Supremo, as quais já estariam dotadas de “força normativa bastante para suspender a execução da lei”.⁵⁹ O Ex-Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento de aludida reclamação, inferiu que não seria possível reduzir o papel do Senado ao de conferir mera publicidade às decisões desta Corte, posto que a competência que lhe fora atribuída de suspender a execução das normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo vem sendo preservada desde a Constituição de 34, em quase todas as Cartas que lhe sobrevieram. Ademais, ponderou que apesar de o modelo de jurisdição constitucional brasileiro ser misto, e atualmente ter se verificado a preponderância do controle concreto, não se pode suprimir a competência senatorial, sobretudo com a pretensa justificativa de que houvera mutação constitucional.⁶⁰ Para tanto, justificou que a instituição da súmula vinculante já haveria viabilizado ao Supremo a possibilidade de conferir eficácia geral às suas decisões, sem recorrer ao Senado, de modo que não haveria a necessidade de se suprimir a competência outorgada a esta Casa Legislativa. Corroborando o entendimento do Ex-Ministro Sepúlveda Pertence, foi o voto do Ministro Joaquim Barbosa. Segundo ele, a competência

⁵⁹ INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA nº 463. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>

⁶⁰ Ibidem.



outorgada ao Senado pelo art. 52, X, da Constituição, não constitui óbice à efetividade das decisões emanadas pelo Supremo. Pelo contrário, a competência do Supremo viria para complementar a atuação do STF, não para restringi-la.⁶¹

Quanto à pretensa hipótese de ocorrência de mutação constitucional, rebate que esta apenas deve dar-se por meio da interpretação, ou seja, com a mudança da norma em si, e não do texto do direito positivo. Outrossim, acresce que, ainda que fosse aceita esta hipótese (alteração da interpretação e do texto em si), faltariam elementos ensejadores de sua ocorrência, quais sejam: “o decurso de um espaço de tempo maior para verificação da mutação e o consequente e definitivo desuso do dispositivo”.⁶² A doutrina que combate a abstrativização do controle difuso aponta ainda a lesão ao devido processo legal, uma vez que os efeitos das decisões em sede de controle difuso seriam estendidos inclusive àqueles que não tiveram assegurado o seu direito de participar na demanda, cuja decisão lhes afetará. (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2011). Lenio Streck infere que os efeitos advindos da suspensão da execução da lei pelo Senado diferenciam-se daqueles advindos da declaração *in abstracto* de inconstitucionalidade. O autor em comento assevera que os efeitos jamais poderiam ser equiparados. Primeiramente porque no controle difuso de constitucionalidade os efeitos são *inter parts* e *ex tunc*. Caso a matéria seja remetida ao Senado, este imprimirá à decisão efeitos *erga omnes* e *ex nunc*, o que equivaleria a uma revogação, mas jamais a retirada de eficácia da lei ou a declaração de sua nulidade (STRECK, 2004, p.480-481). Nesse ponto, eis a seguinte indagação: “Afim, cabe ao Supremo Tribunal Federal “corrigir” a Constituição? A resposta é não. Isso faria dele um poder constituinte permanente e ilegítimo”. (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2011) A questão sobredita, segundo a opinião dos autores em comento, está intimamente ligada à exigência da democracia, de que o povo participe do processo decisório acerca da inconstitucionalidade de um dispositivo legal, dispositivo este produzido pelo processo legiferante: emanado da vontade geral deste povo. Outrossim, somente um órgão não pertencente ao Judiciários poderia deliberar sobre tal matéria, sem a obrigatoriedade de estar vinculado aos entendimentos desta Corte. (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2011). Com relação à possível ocorrência de mutação constitucional no art. 52, X, da Carta Constitucional, questiona-se “Até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula?”. (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2011). Isso porque, na concepção de referidos autores, ocorrer muitas vezes a substituição do poder constituinte pelo Judiciário sob a pretensa forma de mutação constitucional, o que subverte a democracia. Para Sérgio Barros, quanto ao argumento de que a função do Senado no controle de constitucionalidade estaria limitada a publicar as decisões do Supremo, rebate que as decisões do Judiciário e, especialmente as desta Corte, são públicas, por natureza. Desta maneira, mostra-se ilógico negar este poder ao Senado, exercido em prol da separação dos poderes. (BARROS, 2003). Por fim, conclui o autor retromencionado que a função do Senado de suspender a excoerência traz coerência entre os modelos difuso e concentrado. Isso porque o controle concentrado admite a atuação do Supremo como legislador negativo, o que se afigura inadmissível em sede de jurisdição difusa. Nesta senda, os as particularidades de cada modelo devem ser mantidas, haja vista que são elas que asseguram a harmonia do que se denomina modelo misto de jurisdição constitucional. Caso contrário, “o misto se torna confuso”. (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2011). Sobre o tema ora em enfoque, muito embora a acirrada discussão doutrinária e jurisprudencial, ainda não se encontra posicionamento definitivo por parte do Supremo. O que se tem até então são os votos dos ministros examinados no presente estudo. Caso esta Corte Suprema entenda pela

⁶¹ Ibidem

⁶² Ibidem.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

possibilidade de extensão da eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade por ele proferidas, sem passar pelo Senado, estará superada a concepção tradicional da jurisdição constitucional brasileira, em que as decisões proferidas em sede de controle difuso produzem efeitos apenas entre as partes (LEITE, 2005, p. 97).

Dessa maneira, não mais seria a resolução do Senado o ato responsável por imprimir eficácia geral às decisões proferidas pelo Supremo, via controle difuso, uma vez que tal efeito será uma consequência automática da própria decisão. Vislumbrar-se-ia, assim, mutação constitucional do art. 52, X, da Carta Constitucional de 1988. Ocorre que o Supremo ainda não tomou posicionamento definitivo, o qual com certeza se dará quando do julgamento pelo pleno da Reclamação 4.335-5/AC, Não obstante, o que se tem do julgado em apreço é a devolução dos autos no dia 10/02/2011, para julgamento pelo Pleno. É certo que a decisão final desta ação não se tratará somente de mais um dos notórios julgados proferidos por esta Corte. Pelo contrário, fixará as bases da jurisdição constitucional moderna no Brasil, apontando-se não só para uma nova concepção de controle constitucionalidade no Brasil, mas também de poder constituinte e do modelo de separação dos poderes. (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2011).

CONCLUSÃO

O Texto Constitucional de 88 trouxe novas perspectivas à ordem jurídica pátria que acarretaram certa convergência entre os modelos difuso e concentrado, fazendo com que o primeiro tome ares mais objetivos ou ainda abstrativizados. Ou seja, é notória uma proximidade entre as características inerentes a cada um destes modelos, com uma prevalência das características do primeiro sobre as do segundo. Isso se denota não só pelo acórdão proferido no HC 82.959/SP, mas também pelo advento de institutos como a súmula vinculante e a reclamação constitucional. Inclusive as decisões exaradas pelo Supremo na via difusa de constitucionalidade já vêm há muito sido seguidas pelos demais tribunais, sem mesmo haver sido passadas pelo crivo do Senado, reforçando o papel desta corte de Guardiã da Constituição. Desse modo, afigura-se possível verificar que o papel desempenhado por esta Casa Legislativa, nos termos do art. 52, X, da Constituição, faz-se presente na atual sistemática da jurisdição constitucional por razões exclusivamente históricas, uma vez que haveria operado sobre este dispositivo a ocorrência de mutação constitucional, a fim de adequá-lo à realidade em que participa. Isso se dá, pois, conforme visto, o ordenamento brasileiro já possibilita meios conferir-se eficácia *erga omnes* e vinculantes ao controle difuso, sem que o Senado outorgue tais efeitos às decisões do Supremo suspendendo a eficácia da lei ora declarada inconstitucional. Aguarda-se a decisão da Corte Suprema, a qual, ao apreciar a RCL 4.335-5/AC certamente fixará os novos contornos da jurisdição constitucional, bem como do modelo de separação dos poderes e do poder constituinte. No entanto, imperioso se faz que esta Corte firme seu posicionamento pautada nos ideais de busca por maior celeridade processual e segurança jurídica à ordem pátria, traçando um modelo de controle de constitucionalidade que mais se enquadre à sistemática contemporânea.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende de. **Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade**. Revista de informação legislativa, v. 40, n. 158, p. 233-239, abr./jun. de 2003. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/858>>. Acesso em 25/05/2011.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil** – meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais – volume 3, 2008 Editora Jus Podivm.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 124.

LEITE, Glauco Salomão. **A Extensão da Eficácia *Erga omnes* e do Efeito Vinculante às Decisões de Inconstitucionalidade em Controle Difuso pelo Supremo Tribunal Federal: Hipótese de Mutação (In)Constitucional**. In Direito Público. - v. 1, n. 1 (jul./set. 2003) – Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005 – v.7, n. 29.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 4ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense: 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis ou atos normativos: separação dos poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52,X**. Revista de informação legislativa, v.47, nº 187, p. 193-200, jul./set. de 2010. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/198654>. Acesso em 25/05/2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. 12. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

STRECK Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br>>. Acesso em 27/05/2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.



A NECESSIDADE DA COMUNICAÇÃO ENTRE OS JURADOS NO TRIBUNAL DO JÚRI E AS NOVAS TENDÊNCIAS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Danilo Rodrigues*

RESUMO: O Código de Processo Penal vigente data de 1941, época em que o Brasil era palco da ditadura populista de Getúlio Vargas, instituída pelo Estado Novo. Muito embora, ao longo da vigência do diploma houve significativas mudanças em seu conteúdo, estas não foram suficientes para expurgar sua essência opressiva. Com o objetivo de questionar acerca da forma com que a Constituição Federal de 1988 recepciona a existência do Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro, à luz dos princípios constitucionais, é que se analisa a peculiaridade com que a norma processual penal atribuiu ao procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri, no que diz respeito à incomunicabilidade dos jurados durante o Conselho de Sentença. Traçando a doutrina filosófica contemporânea de Jürgen Habermas para se demonstrar a necessidade de comunicação entre os jurados é que se impõe a discussão de inovações no procedimento. Nessa senda é que o Projeto de Reforma do Código de Processo Penal vem por permitir aos jurados que se comuniquem entre si antes da proclamação do seu veredito, como forma de se contemplar a ética da alteridade.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal do Júri, incomunicabilidade, ética da alteridade, novo Código de Processo Penal.

INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri é um dos mais antigos órgãos de julgamento existente no mundo, sua criação antecede até mesmo os *limites* do Estado organizado. Desde a sua criação o Tribunal Popular sofreu inúmeras transformações ao longo de todos os países que o copilavam, pois várias foram a forma com que os Estados resolveram tratar das questões de sua competência e do seu peculiar procedimento.

O estudo se preocupou em analisar a segurança jurídica a qual se submeterá o acusado ao ser julgado por esse órgão uma vez estabelecido a normatização do Tribunal do Júri, em razão das pessoas que ali figurarão como jurados; da forma com que se chega ao veredito final e a sua sentença condenatória.

Depois de longos debates em comissões parlamentares, os doutrinadores vieram por sugerir ao legislador um novo texto ao que disciplina o procedimento no Tribunal do Júri. O novo rito permitirá aos jurados uma hora inteira de debates antes de proferirem o veredito, com isso se alcançará a essência daquele órgão, não se configurando um avanço, mas a significativa retomada de um direito fundamental ofuscado com as sombras de uma ditadura.

REVISÃO DE LITERATURA

A origem grega é doutrinariamente a mais aceita do Tribunal do Júri, pois foi por volta do século V a.C. que se consolidaram na Grécia as participações populares nas questões relativas ao

* acadêmico do quinto ano de Direito na UEL, danilorodrigues_20@hotmail.com



governo. Dessa forma, a idéia de participação democrática, em sua essência, nos assuntos de ordem pública, justificadamente caracteriza a base dessa instituição (MAMELUQUE, 2008, p. 33).

O fato de o júri ter sobrevivido a centenas de anos e se propagado a tantos outros países e ordenamentos jurídicos diferentes é advindo da “própria e inata contagiosidade do direito” capaz de levar a outros povos o que uma nação tem de mais moderno e proveitoso (NUCCI, 2008, p. 731).

Contudo, se observa após anos de história que o Estado por muitas vezes preteriu direitos dos cidadãos como forma de manter a hegemonia do poder em suas mãos. E foi em resposta a esse fato que à época da Revolução Francesa em 1789, quando o povo subverteu a monarquia dominante, se alterou também toda a estrutura judiciária e legal que vigorava até então, e assim como relata Rangel, o Tribunal do Júri é dessa vez concebido com “o escopo de frear o impulso ditatorial do déspota, ou seja, retirar das mãos do juiz, que materializava a vontade do soberano, o poder de julgar, deixando que o ato de fazer justiça fosse feito pelo próprio povo” (RANGEL, 2009, p. 541-542).

Os pensamentos iluministas que provocam as significativas mudanças na França rapidamente se espalharam pelos demais países da Europa, fazendo com que os ideais de liberdade e democracia alavancassem conquistas políticas e sociais. A criação do Tribunal do Júri foi então consagrada como um direito do cidadão em ter julgamentos justos (NUCCI, 2008, p. 42).

No cenário nacional, a institucionalização do Tribunal do Júri no se deu através da Lei de 18 de julho de 1822, tempos antes da independência e da primeira Constituição brasileira que data de 1824, promulgada sob o regime monarquista recém existente no Brasil (RANGEL, 2009, p. 544).

Dessa forma, na sua primeira década de existência no Brasil o Júri ainda estava vinculado aos poderes monarquistas e aos interesses dos traficantes de escravos, aliados aos anseios latifundiários e comerciais da jovem política externa existente. Esse fato fez com que as suas decisões fossem controladas, conforme nos ensina Rangel, “pelos grandes proprietários, que absolviam os poucos acusados que iam a julgamento” (RANGEL, 2009, p. 545-546).

Anos de história se passaram e mais uma vez esse quadro se modificou por inteiro. Com a crescente crise econômica alavancada pela queda da bolsa de Nova Iorque, o setor cafeeiro no Brasil reage e os jovens militares iniciam uma Revolução que marcaria pra sempre a história de nosso país: a Revolução de 1930, de Getúlio Vargas.

A nova Constituição de 1934 dispunha sobre o Tribunal do Júri no capítulo referente ao Poder Judiciário, e não mais o tratou como um direito do cidadão. Era o começo de uma série de mudanças obscuras que estava por acontecer.

Com o golpe de Estado e o início do regime ditatorial estabelecido pelo Estado Novo em 10 de novembro de 1937 o Tribunal Popular não foi sequer citado no texto magno, pois, conforme nos esclarece Rangel, “na medida em que o regime é endurecido, o governo precisa intervir no Judiciário e dificultar a liberdade e facilitar a repressão com a seqüente condenação” (RANGEL, 2009, p. 556).

É a primeira vez que os jurados são impedidos de comunicarem entre si durante toda a sessão de julgamento, sobrevivendo essa norma até os atuais dias, mesmo após a vigência da nossa Constituição.

Conforme se viu, no Brasil, os jurados foram impedidos de se comunicarem entre si a partir da ditadura populista de Getúlio Vargas. É patente que em todas as vezes em que o regime democrático não se fez presente é indiscutível que o totalitarista imponha suas vaidades também no Poder Judiciário.



RESULTADOS E DISCUSSÕES

O cenário político nacional já se alterou diversas outras vezes e após mais alguns anos de uma nova ditadura (militar) a democracia foi restabelecida com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988. A participação popular nas questões relativas ao Estado foi preservada também ao Poder Judiciário por intermédio do Tribunal do Júri, onde pessoas comuns do povo decidem sobre o futuro do acusado, nos casos em que a lei assim prevê.

A Carta Magna de 88, advinda com o fim de outra ditadura alcançado com o movimento das “Diretas Já”, foi o resultado de um esforço da qual o país pôde novamente se reerguer e se reestruturar politicamente. Foi então que em 5 de outubro daquele ano é promulgada a atual Constituição Federal do Brasil, a qual tratou de prever a existência do Tribunal do Júri no capítulo dos direitos e das garantias individuais.

Nesse entendimento, chega-se à conclusão de que o direito a que se refere o texto constitucional é o da própria existência do Instituto, de forma que o cidadão ao ser julgado por este órgão estará submetido ao julgamento pelos “seus pares” e com isso terá enfrentado um juízo de valor mais humanizado e não somente preso a regras legais.

Mister se faz observar que dispõe o artigo 93, IX, da Constituição Federal, que todos os atos do Poder Judiciário deverão ser públicos e que todas as suas decisões deverão ser fundamentadas. Entretanto, essa regra não se aplica aos atos praticados na sala secreta do Tribunal do Júri no momento dos votos dos jurados e tão pouco às suas decisões, que *não são fundamentadas* face o princípio do sigilo das votações, previsto no texto legal (CAPEZ, 2010, p. 631).

Segundo os ensinamentos do filósofo contemporâneo Jürgen Habermas, o entendimento humano é realizado por meio da interação social dos indivíduos através da linguagem e que somente se chega a uma conclusão lógica de um raciocínio depois de verificado o “agir comunicativo” entre os interlocutores (apud ESTEVES, 2011), não sendo possível que se aprecie situações nas quais o íntimo pessoal de um indivíduo possa determinar o futuro e a honra de outrem.

Nesse sentido, fica evidente que a íntima convicção dos jurados não é suficiente para se preservar a segurança jurídica do julgamento, pois se em todas as decisões judiciais os magistrados têm que motivar as suas decisões de modo a dar transparência ao julgamento, de maneira ainda mais clara deveriam ser àqueles em que se realizam por intermédio de pessoas leigas e desprovidas de qualquer saber jurídico.

Uma vez que o diploma do Código de Processo Penal vigente fora promulgado sobre eventuais acontecimentos históricos ditatoriais fica iniludível sua raiz eivada de nepotismo. É sobre essa visão que o projeto do novo Código de Processo Penal (já aprovado pelo Senado Federal e em espera para apreciação na Câmara dos Deputados) contempla a permissão da comunicabilidade entre os jurados, bem como a discussão antes de proferirem o veredicto, de modo a legitimarem a sua decisão e dar uma maior transparência ao procedimento.

CONCLUSÕES

Exsurge agora, ao final e ao cabo das sucintas reflexões apresentadas ao longo do presente resumo reiterar que o Código de Processo Penal vigente já passou por inúmeras reformas legislativas, porém todas acanhadas de significativas mudanças essencialmente democráticas. É sabido que quaisquer que sejam as produções legislativas de uma determinada nação elas vão sempre refletir o que se projeta no cenário político vigente.

Muito se discute acerca da prolixidade de nossa Constituição, porém muitas vezes se esquece que prolixa e diversa é a sociedade que à ela legitima. Desse modo, seu caráter substancialmente



democrático não pode admitir que uma norma infraconstitucional venha a retroceder o que muito se conquistou em direitos para a sociedade.

Falar em democracia é falar em direito de voz, de expressar opiniões fundamentadas e fazer valer aquilo tudo que um consenso popular preceitua. Uma vez que os jurados não se comunicam nem compartilham suas idéias todo o procedimento se vê prejudicado à íntima convicção de quem julga, os jurados leigos.

Então, como forma de caucionar a essência democrática advinda em no texto de 88 o projeto de reforma do Código de Processo Penal, já aprovado no Senado, admite um debate de opiniões entre aqueles que decidirão o destino do acusado. Abrindo-se precedentes para uma sucessão de reformas infraconstitucionais que mais expressem os valores conquistados com a nossa Constituição Cidadã.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/anteprojeto_do_cpp_-_senado_federal.pdf> Acesso em 22 maio 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

ESTEVES, Normanda Lizandra Lima. *Linguagem no Tribunal do Júri: uma questão de ética da alteridade*. Disponível em <<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=267>>. Acesso em 16 maio 2011.

MAMELUQUE, Leopoldo. *Manual do novo júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5 ed. 3. tir. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2008.

_____, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.



RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO DE PLANEJAMENTO ECONÔMICO

Edvania Fátima Fontes Godoy* ; Marlene Kempfer**

RESUMO: Em suas funções interventivas de planejamento econômico o governo deve observar com cautela a política econômica a ser implementada, bem como suas modificações, pois podem prejudicar os negócios econômicos. O dano à ordem econômica deve ser preocupação de todos, pois tem reflexos também na vida social. Além de atingir a livre iniciativa, a concorrência, atinge as relações do trabalho e de consumo. Portanto, é preciso considerar os interesses públicos e os privados envolvidos, à medida que, na atualidade, tais interesses devem ser convergentes. A iniciativa privada é, juntamente com os governos, responsável pela efetividade de vários direitos classificados como fundamentais, neste sentido, é importante que as empresas tenham condições econômicas de permanecer no mercado. Para tanto, ao serem prejudicadas por planos econômicos nos quais não têm alternativa de escolha, devem ser indenizadas, nos termos da responsabilidade extracontratual do Estado (Art. 37, § 6º da CF/88). Entre os demais fundamentos desta responsabilização está o argumento da necessária confiança e boa-fé que deve reger as relações público-privadas. As empresas necessitam de previsibilidade para atuar no âmbito econômico. Assim, planos econômicos que afetem estes valores, não têm amparo constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Intervenção do Estado, planejamento econômico, iniciativa privada, responsabilidade.

INTRODUÇÃO

A crescente competitividade dos mercados torna a atuação das empresas complexa e cercada de incertezas. Paralelamente, há um Estado que embora tenha o dever jurídico de intervir, encontra-se, de certa forma, desacreditado em razão das políticas econômicas adotadas pelos governos. Isso ocorre em razão da negligência dos agentes econômicos em relação à distribuição de riqueza. De um lado, essa ineficiência é vista como resultado de políticas eminentemente privadas e, de outro, como consequência de ações públicas mal direcionadas. Vê-se, pois, que é preciso extirpar o mito de que ao Estado cabe a milagrosa tarefa de distribuir justiça em sua ação interventiva. As ações do Estado devem ser orçamentadas, sob pena dos planos passarem a vincular onerosamente a iniciativa privada, conduzindo o particular ao encerramento de suas atividades, acarretando consequências econômico-sociais. É preciso que a partir da atividade de planejamento o Estado passe a atrair os interesses da iniciativa privada em prol dos ideais de um desenvolvimento econômico equitativo, apto a concretizar os fins da ordem econômica estabelecidos no art. 170 da CF. Sabe-se que apenas o grau de obrigatoriedade e vinculação do plano não é suficiente para integrar os interesses públicos e privados. Os atos de elaboração e execução das políticas de planejamento econômico devem estar sedimentados na confiança, boa-fé e responsabilidade civil do Estado, de modo a trazer respaldo para essa integração público-privada, independentemente, até mesmo, do grau de obrigatoriedade e vinculação do plano.

* Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina; edvaniagodoy@hotmail.com Resultante do projeto de pesquisa (UEL) “Acesso à justiça: a instrumentalidade do processo frente à jurisdição”.

** Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, mkempferb@gmail.com



REVISÃO DE LITERATURA

Para que se possa enfrentar o tema da responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento, é necessário enfatizar a essência do Estado Democrático de Direito, o qual só pode existir quando o povo exerce concretamente o poder através de seus representantes, e em alguns casos diretamente, sendo indispensável à previsão dos direitos fundamentais nas Cartas Constitucionais, bem como sua efetividade (FIGUEIREDO, 2002, p. 6). Nesse sentido, verifica-se que o princípio da igualdade é fundamental para o exercício da função administrativa, norteador e agregando validade a toda atividade e permitindo a exata compreensão da discricionariedade. É dever do Estado conciliar suas competências e funções com as garantias dos administrados. Seguindo o raciocínio, cumpre ressaltar que a Constituição de 1988 prevê em seu art. 37, § 6º, a responsabilização das pessoas jurídicas de direito público e privado prestadoras de serviços públicos pelos danos causados a terceiros. Tal responsabilidade é objetiva, ou seja, ocorrendo dano é suficiente apenas a prova do nexo de causalidade entre esse dano e a conduta estatal. Feitas essas considerações, cumpre evidenciar alguns aspectos da intervenção do Estado no domínio econômico através do planejamento para que se possam vislumbrar os parâmetros de responsabilização do Estado por danos decorrentes dessa atividade. Como observa Diógenes Gasparini (2001, p. 614), a intervenção do Estado no domínio econômico é “todo ato ou medida legal que restringe, condiciona ou suprime a iniciativa privada em dada área econômica, em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social, assegurados os direitos e garantias individuais”. Na verdade, “o Estado não mais intervém no sistema econômico, integra-o”. É agente e habitual partícipe nas decisões em busca do desenvolvimento, que é condição necessária para a realização do bem estar social (NUSDEO, 2001, p. 186). Por meio da função de planejamento, o Estado é o principal promotor do desenvolvimento (BERCOVICI, 2005, p. 51). É através do planejamento que se busca ordenar, sob o ângulo macroeconômico, o processo econômico, no intuito de se alcançar o melhor funcionamento da ordem social, em condições de mercado. Como se vê, não se discute que o planejamento seja possível dentro dos regimes democráticos. A questão é se determinado plano, sob suspeita de violar direitos e garantias será ou não conciliável com a Constituição, no sentido de atendimento aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e motivação (FIGUEIREDO, 2002, p. 17). É preciso que haja um controle da discricionariedade dos atos políticos de planejamento, ocupando a responsabilização lugar de destaque no tratamento dessa questão.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os princípios da segurança jurídica, da lealdade e da boa fé são importantes para verificar se a administração atua dentro dos limites de sua competência discricionária ao tomar as decisões administrativas de cunho político, na medida em que “a segurança jurídica e a certeza do direito são sobreprincípios de todo Estado que se pretenda Democrático de Direito (FIGUEIREDO, 2002, p. 16). Desse modo, a questão da responsabilidade do Estado por dano decorrente de planejamento deve ser apresentada tendo em vista o valor jurídico de cada plano (indicativo, incitativo e imperativo), no sentido de verificar o grau de vinculação do comando perante os sujeitos econômicos. Sabe-se que os interesses públicos e privados não podem mais conviver em antagonismo, assim, o Estado depende da participação das empresas para que o desenvolvimento econômico seja equânime e caminhe na busca dos ideais da ordem econômica (art. 170, CF). Desse modo, entende Almiro Couto e Silva que o Estado não pode deixar de indenizar quando provoca dano ao administrado por descumprir os planos a que se obrigara (apud FIGUEIREDO,



2002, p. 14-15). É claro que o autor não se refere a qualquer espécie de planejamento, apenas a três tipos de planos, quais sejam: a) planos indicativos, em que não há nota de obrigatoriedade. O Estado apenas assinala em alguma direção, sem pretender a participação da iniciativa privada; b) planos incitativos, onde a responsabilidade dependerá do que já tiver sido feito, são aqueles planos em que o governo não simplesmente sinaliza, pois pretende a participação da iniciativa privada para alcançar os fins; c) e os planos imperativos, que falam por si próprios, ou seja, aqueles que devem obrigatoriamente ser observado pela iniciativa privada. Tem-se, portanto, que caberá responsabilidade estatal tanto nos planos incitativos quanto nos imperativos. E, igualmente, nos meramente indicativos, cogentes para a pessoa pública. O administrado tem o direito de confiar na administração. Tanto os atos de elaboração, quanto de execução e modificação dos planos devem ser pautados na confiança e na boa-fé.

CONCLUSÕES

O Estado, em seu sentido jurídico, deve ser entendido como um conjunto de órgãos. Cada um deles com atribuições (competências) definidas no texto constitucional. No Brasil, com a constituição de 1988, pode-se afirmar que o Estado tem competências interventivas na vida econômica. O paradigma para esta intervenção está no Art. 170. As formas de intervenção estão no Art. 174. Entre estas formas, destaca-se a intervenção por meio do planejamento do qual derivam os planos, inclusive, os econômicos. E ao serem elaborados, devem os governos conciliar os interesses da sociedade com os da iniciativa privada, uma vez que, juntos, permitem identificar o interesse coletivo. Assim, esta relação necessária de aproximação exige de todos envolvidos, além do respeito à ordem jurídica, a confiança e a boa-fé. Os planos econômicos classificados como imperativos, além de terem um caráter prescritivo para a ordem econômica, devem ser legitimados pelo princípio jurídico da confiança de modo que as empresas possam confiar na política econômica da qual não têm alternativa de seguir e definir seus objetivos e estratégias de negócios com segurança jurídica. O prejuízo causado pelo Estado na execução ou mudança de plano econômico imperativo deverá ser ressarcido nos termos do Art. 37, §6º da CF/88.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FABRI, Andréa Queiroz. **Responsabilidade do Estado: planos econômicos e iniciativa privada**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002 Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 mai. 2011.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



**A SUSTENTABILIDADE E OS VELHOS E NOVOS DESAFIOS DE SUA
CONCRETIZAÇÃO**

Fábio Yuji Yoshida Hayashida* ; Miguel Etinger de Araujo Junior**

RESUMO: A sustentabilidade durante muito tempo foi sinônimo de grandes passivos a serem arcados ou pela própria empresa ou a ser repassado ao consumidor, o que era visto como um grande obstáculo não somente econômico, mas também social, tendo uma afetação tanto no âmbito microeconômico, quanto no macroeconômico. Esse seria o hostil cenário enfrentado pelos defensores da sustentabilidade, desse modo crescimento econômico e sustentabilidade se consagraram como grandes adversários naturais. No entanto, esse pensamento vem sofrendo uma total revolução, onde essa visão de lucro imediato e direto foi substituída por uma visão empreendedora e competitiva não puramente individualista, mas que observa atitudes sustentáveis coletivas, como individualmente benéficas. Tal ideia também permeia algumas políticas públicas, consagrando uma visão estratégica do mercado, onde somos todos partes de um todo complexo. Surgindo assim um novo mercado, uma de suas principais faces está ligado ao mercado de carbono, que movimentava algumas centenas de bilhões de dólares todos os anos. Esse mercado consagrado pelo Protocolo de Kyoto, vem apresentando grandes resultados apesar da polêmica, apresentando não somente benefícios diretos, calculados na diminuição de emissão de gases do efeito estufa, mas por se demonstrar tal potencial econômico, incentiva novos investimentos em outros setores do mercado da sustentabilidade. A importância desse setor também é reconhecida pelos Estados que cada vez mais incentivam e regulamentam o novo mercado. Este é o contexto a ser trabalhado neste estudo, seus revolucionários aspectos e suas possíveis projeções, dentre de uma perspectiva interativa dos setores públicos e privados, principalmente no contexto de sua continuidade perante acirradas discussões sobre as modificações e novas perspectivas a serem consideradas perante as graves crises econômicas.

PALAVRAS-CHAVES: sustentabilidade; mercado; novas perspectivas.

INTRODUÇÃO

A poluição causada pela inconseqüente ação antrópica tornou-se um grande problema para o homem, levando-o a repensar aspectos de seu modo de vida e produção. Diversas teorias surgiram a respeito do impacto causado pela influencia do homem no meio ambiente. Inicialmente as teorias que ganharam mais destaque, por parte principalmente da mídia, foram as mais radicais, gerando grande alarmismo e preconceito a respeito do tema que perdura até hoje. Uma destas teorias seria a do crescimento zero, que defende que a economia global não poderia mais crescer ou nosso planeta não se sustentaria, teoria esta apresentada por Nicolas Georgescu-Roegen. Teorias nesse sentido geraram um forte impacto dando a impressão de sustentabilidade como sinônimo de estagnação social ou mesmo regresso a modos de vida mais primitivos.

* Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina;

** Doutor em Direito da cidade pela UERJ, Professor de Direito ambiental, Urbanístico e Administrativo da UEL.



Esse foi um dos grandes problemas para a concretização da sustentabilidade, um preconceito criado de forma massificada, que por sorte vem mudando gradativamente, graças a uma adaptação das temáticas ambientais como o modo de vida moderno, no entanto, muitos desafios ainda precisam ser solucionados e inúmeros outros surgiram, mas uma visão menos radical e de compatibilização consciente nasceu. O Protocolo de Kyoto provou ser um mecanismo que busca compatibilizar nossa realidade socioeconômica com os problemas ambientais.

De fundamental importância destacar que o Protocolo não visa a exclusiva atenção aos interesses do empresariado ou do capitalismo, sendo bastante severos e elaborados os requisitos para entrar nesse mercado, onde seus objetivos de preservação sempre devem ser cumpridos, sendo que a possibilidade de lucratividade é uma consequência secundária dentro do protocolo, valendo destacar que esse mecanismo não somente protege o meio ambiente, mas traz dentro de seus regulamentos valores sociais, de desenvolvimento humano.

REVISÃO DE LITERATURA

A pedra basilar para o presente trabalho é a relação do homem com a natureza, em suas duas facetas, a primeira o homem explorador e degradador dos recursos naturais para a fomentação da sociedade e a segunda a dependência do homem da natureza, que resulta na necessidade de preservação. Essa ideia fica bem clara nas seguintes palavras. O homem nasce e vive graças a um conjunto de fatores constitutivos e ambientais que lhe possibilitam a existência. Suas conexões com o meio ambiente adequado às suas necessidades vitais lhe garantem manter-se vivo e saudável. Assim, o oxigênio indispensável à respiração, a água para saciar a sede, os alimentos para vencer a fome e assegurar-lhe energia, o material para construir abrigos e produzir vestuários e as plantas e minerais que servem à produção de remédios são alguns exemplos de elementos que o ser humano encontra na natureza para suprir suas necessidades fundamentais. Isso evidencia sem maiores dificuldades a conexão vital entre o homem e o meio ambiente. Logo, defender este, significa garantir a própria vida humana e de todos os seres vivos e inanimados que compõem o ecossistema terrestre, único conhecido até o presente como adequado a qualquer espécie de vida biológica. (GOMES, 2008, p. 169).

Como reflexo da realidade o direito incorporou o Princípio do Desenvolvimento Sustentável, que é justamente a consciência da relação do homem e a natureza e a necessidade de mudança de certas atitudes. Dessa forma, o princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição. (FIORILLO, 2010, p. 79). Outro importante referencial é o Princípio do Poluidor Pagador, que pode ser apontado como o norte do trabalho, possuindo diversos aspectos relevantes, sendo que vários autores tratam sobre o tema, No entanto, um conceito pode ser destacado como que melhor reflete as ideias trabalhadas. O Princípio do Poluidor-Pagador tem reflexos na economia ambiental na ética ambiental, na administração pública ambiental e no Direito Ambiental, pois tenta imputar, na economia do mercado e no poluidor, custos ambientais, e com isso visa a combater a crise em suas origens ou na fonte. (CANOTILHO; LEITE, 2010, p. 204).

Esse conceito reflete os desdobramentos ao se trabalhar com conceitos de preservação ambiental e indica também um modo de combate eficaz, que norteia quase todas as normas ambientais.

A aplicação desses conceitos é problemática, existindo muitos pontos controversos, contudo, uma experiência que demonstra uma possibilidade de convivência da sustentabilidade com o mercado



é o do Protocolo de Kyoto, como observam os economistas May e Pereira. Essa cooperação seria baseada na possibilidade de evitar emissões de GEE, a custos possivelmente menores nos países em desenvolvimento, que possuem um grande potencial de melhora de eficiência energética. Essa ideia de cooperação incorpora, pois a noção de leap-frogging ou seja, de um “salto tecnológico” no processo de desenvolvimento desses países, que ocorreria sem a necessariamente passar pelos mesmos caminhos errados do ponto de vista ambiental que foram tomados pelos países industrializados. Esses, com seu dinamismo tecnológico, sua experiência e recursos financeiros, ajudariam agora os países em desenvolvimento a saltar as etapas erradas e a seguirem por um caminho mais limpo. (PEREIRA; MAY, 2003, p. 231).

O presente trabalho tem como seus principais fundamentos os conceitos trazidos, trabalhados direta ou indiretamente.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O trabalho tem como seu principal objetivo a discussão sobre a necessidade de preservação e a busca de um desenvolvimento sustentável em contraposição com os principais obstáculos econômicos e sociais, sendo um dos grandes problemas a resistência por parte da iniciativa privada e a necessidade de regulamentações estrategicamente elaboradas por parte do poder público.

Em um segundo momento utiliza-se do exemplo do Mercado de Carbono como um norte a ser seguido na busca de uma sustentabilidade, mas destaca certas preocupações sobre como garantir a perpetuação do mecanismo, sobre tudo em conjunturas extremas como a de graves crises vividas em 2008 e 2011, que tiveram grande afetação nesse mercado.

CONCLUSÕES

A legislação indica forte proteção ao meio ambiente, diversas leis foram elaboradas inspiradas nas convenções e tratados sobre direito ambiental, nossa constituição traz em seu texto uma intensa preocupação ambiental, sem deixar de conjugar tais preocupações com as necessidades de nossa realidade.

Diversos órgãos de proteção e preservação do meio ambiente foram criados devido a preocupação ambiental e principalmente inspirados pela necessidade ressaltada no Protocolo de Kyoto de uma maior atenção a certas questões ambientais, sobre tudo o aquecimento global.

Importante refletir sobre essas exigências, uma vez que são importantes elementos para atingir os objetivos do mercado de carbono, e elas possuem um viés de incentivar a produção de tecnologias ambientalmente corretas e sua efetiva implantação, mas não somente isso ela gera uma necessidade de uma constante inovação e busca por tecnologias mais eficientes do que as que já se popularizaram no mercado.

REFÊRENCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**, 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

D'AVIGNON, Alexandre. **Energia, Inovação tecnológica e mudanças climáticas**, em Economia do Meio Ambiente; teoria e prática. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE
MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Sergio Alves. **Hermeneutica Constitucional: Um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**, Curitiba: Juruá, 2008

PEREIRA, André S; MAY, Peter H. Economia do Aquecimento Global, **Economia do Meio Ambiente: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2003



A RELEVÂNCIA E UTILIDADE DA TUTELA TRANSINDIVIDUAL PARA DEFESA E PROMOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Fernanda Raquel Thomaz de Araújo* ; Luiz Fernando Bellinetti**

RESUMO: Trata-se de projeção que imiscui o expressivo relevo alçado pelas ações coletivas no cenário jurídico atual, campo inquestionavelmente fértil para questionamento de interesses que, por sua essência, têm a índole de afetar a coletividade em geral. Com efeito, a sistematização das demandas coletivas e a ampliação de seu emprego no cuidado de interesses genuinamente sociais, perante o Poder Público, acaba por despontar um mecanismo habilidoso à influência e atuação da sociedade na administração da coisa pública, aí ostentando o papel de autêntico instrumento de democracia participativa. É então ministrada a utilidade das medidas judiciais de natureza coletiva – notadamente a Ação Civil Pública – para o tratamento das políticas públicas que envolvam a promoção de direitos fundamentais sociais, precipuamente aqueles integrantes do mínimo existencial. Descortina-se, neste roteiro, o palco para a inteligência a ser desenvolvida, necessariamente projetado sobre o pano de fundo da problemática do direito de acesso à justiça - cuidado em seu sentido amplo -, tema premente que deve nortear todo e qualquer debate elevado no estudo da ciência processual na atualidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais sociais – Políticas Públicas - Tutela transindividual – Ação Civil Pública.

INTRODUÇÃO

É manifesto o relevo alçado pelas ações coletivas no cenário jurídico atual, sendo principalmente notória a habitualidade de sua utilização para o questionamento de interesses que, por sua essência, têm a índole de afetar a coletividade em geral.

Neste panorama, a sistematização das demandas coletivas e a ampliação de seu emprego no cuidado de interesses genuinamente sociais, perante o Poder Público, acaba por despontar um mecanismo habilidoso à influência e atuação da sociedade na administração da coisa pública, aí ostentando o papel de autêntico instrumento de democracia participativa, idôneo a desvelar as orientações populares sobre as veredas a serem perfilhadas pelo governo nacional (MARINONI, 2002, p. 86).

Enquanto proveitosa à utilidade acima enunciada, não é demais notabilizar que esta categoria de ação vem se elevando como salutar recurso ministrado ao desafio da realização de direitos e garantias fundamentais – valores assim prestigiados no sistema constitucional -, convertendo-se em si em direito fundamental (ARENHART, 2005).

REVISÃO DE LITERATURA

* Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil, UEL; mestrandia em Direito Negocial, UEL (Projeto de Pesquisa: Ação Civil Pública a serviço da exigência de acesso universal à educação pública de base qualificada à formação integral do indivíduo) - E-mail: ferrtaraujo@hotmail.com

** Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina. Vice-coordenador do Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* - mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Procurador de Justiça no Estado do Paraná. E-mail: luizbel@uol.com.br



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Inolvidável, a partir desta compreensão, o mérito da tutela coletiva para o desígnio tanto protetivo quanto realizador dos direitos fundamentais - estes sublimados ao grau de verdadeiros compromissos da ordem republicana, arraigados pela regência constitucional na condição de legítimos tradutores das diretrizes axiológicas inerentes à estrutura das instituições democráticas - , virtude que se justifica “pelo fato de que, através desta modalidade de tutela jurisdicional, com um único pedido, é possível alcançar um resultado que atenda a um número razoável de pessoas que se encontram em determinada situação de fato e que não exerceriam seu respectivo direito, muitas vezes por ignorância, mas outras tantas por falta de condições econômicas”. (HONESKO, 2007, p. 114).

Nesta seara, é imprescindível registrar a fertilidade da atuação do Ministério Público no exercício de seu múnus constitucionalmente arrojado – “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (Constituição Federal, artigo 129, caput)-, instando por aqui abonar, sem muito esforço exegético, a fidedigna autorização do embate intentado pelo Ministério Público na disciplina das políticas públicas, como ensina Hugo Nigri Mazzilli (2002, p. 108): “A ação civil pública ainda se presta para que o Ministério Público possa questionar políticas públicas, quando do zelo para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição. Com certeza não poderá o Ministério Público pedir ao Poder Judiciário administre no lugar do administrador; contudo, poderá cobrar em juízo a aplicação de princípios da Administração que possam estar sendo descuidados, e, com isso, restaurar a legalidade”.

Nesta perspectiva, por aqui é franqueada a prospecção doutrinária avalizadora da legitimação autônoma e ordinária arrojada ao Ministério Público, que, na arena dos interesses difusos e coletivos, atuaria em juízo - nas ações coletivas - na qualidade de genuíno defensor dos interesses da coletividade. (NERY JUNIOR; NERY, 2007, p. 1866)

A isso abonado, não é demais enredar a melhor posição do Parquet, por exemplo, para o ajuizamento da ação civil pública, seja por sua independência institucional e atribuições funcionais, seja pela vantagem da isenção em custas e honorários no caso de improcedência da demanda (MEIRELLES, 2007, p. 165-167).

Daí que, no âmbito das políticas públicas - onde e quando a Constituição Federal preconiza uma atuação, ou uma abstenção, assegurando automaticamente a possibilidade de cobrança dessas condutas comissiva ou omissiva, em face da autoridade/órgão competente (MANCUSO, 2002, p. 772) -, é observado, no arranjo contemporâneo, generoso aumento de ações civis públicas provocando o Judiciário ao enfrentamento de controvérsias afetas ao tema nas mais diversas tônicas.

Com efeito, essa abertura não somente é possibilitada com o avançado manejo das técnicas de hermenêutica constitucional - a partir de inovadora atividade exegética melhor ajustada ao espírito axiológico emanado da ordem jurídica vigente -, como também é potencializada com a amplitude da tutela judicial atingível via ação civil pública, a partir do desenvolvimento da técnica processual, a respeito do que é pertinente esquadriñar: “[...] inicialmente, a tutela judicial via ação civil pública apresentava visível caráter condenatório-cominatório (arts. 3º e 11 da Lei 7.347/85), mas na sequência esse espectro abriu-se para os demais tipos de pedido (declaratório, constitutivo, injuncional-mandamental), mercê da abertura trazida pelos arts. 83 e 90 da Lei 8.078/90, que, por estarem inseridos na parte processual do CDC (arts. 81 a 104), com toda esta se trasladaram para o bojo da ação civil pública, conforme se vê do art. 117 daquele código. A seu turno, o art. 19 da Lei 7.347/85 autoriza a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil” (MANUSCO, 2002, p. 764).



RESULTADOS E DISCUSSÃO

Malgrado louvor à hodierna utilidade da ação civil pública, é sensato não descuidar da inquietação doutrinária a respeito de seu uso generalizado e indiscriminado, suscetível de ensejar seu desvirtuamento enquanto manéada como meio de oposição política, cedendo substrato a um clima de litigiosidade e contestação generalizada, assim insuflando rumores de descrédito acadêmico - em detrimento da potencialidade e eficiência deste importante instituto processual – calcado em ilações sobre o risco de ameaça à ordem jurídica e prejuízo ao bom funcionamento da Administração, da Justiça e da Economia.

De maior proeminência neste alvoreço crítico são as controvérsias de ordem constitucional que apontam para o abuso da utilização deste instrumento como forma paralela de controle de constitucionalidade - ostentando o papel de substituto da ação direta de inconstitucionalidade -, sob o argumento de que por irradiar (a decisão da ação civil pública) efeitos erga omnes, “não pode ensejar o controle da constitucionalidade da lei por via disfarçada, com usurpação da competência do STF” (MEIRELLES, 2007, p. 230).

Verberando tal censura, sustenta Rodolfo de Camargo Mancuso (2002, p. 765) que “no controle direto (ADIns e ADCon) – há peculiaridades significativas no tocante à legitimação ativa, eficácia da coisa julgada e competência funcional (Constituição Federal, art. 97; art. 102, I, a e §§; Lei nº 9.868, de 10.11.1999), de sorte a afastar a fungibilidade entre essas ações constitucionais e a ação civil pública, ao menos quanto ao pedido que em cada uma delas se possa formular, apenas restando palpável certa interpenetração no que concerne à causa de pedir”.

E abrilhanta o remate à justificação, lançando mão de versado ensinamento de Nery & Nery (2006, nota n. 7 ao art. 1º da Lei nº 7.347/85): “Assim, o pedido na ACP é a proteção do bem da vida tutelado pela Constituição Federal, CDC ou LACP, que pode ter como causa de pedir a inconstitucionalidade de lei, enquanto o pedido na ADIN será a própria declaração da inconstitucionalidade da lei. São inconfundíveis os objetos da ACP e da ADIN”.

A partir de então, equacionadas as reflexões ínsitas ao tratamento do ponto aqui compulsado – o préstimo da tutela transindividual no tratamento de direitos fundamentais sociais, ambiente em que alça destaque a Ação Civil Pública -, fica discernido, com maior consistência, o ambiente de projeção da defesa pela legitimidade e operacionalização do controle judicial da atividade Administrativa quando em cheque o atendimento àquela classe de compromissos sociais do Estado sublimados à essencialidade por força constitucional.

É certo, enfim, que no panorama estendido (utilidade da tutela transindividual para instrumentalização de direitos fundamentais), o momento oportuniza e muito inspira a pujante sinalização e digressão da utilidade de medidas judiciais de natureza coletiva – notadamente a Ação Civil Pública – para o tratamento das políticas públicas que envolvam a promoção de direitos fundamentais sociais – precipuamente aqueles integrantes do mínimo existencial -, isto na convicção de que sua defesa é aberta a qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe (ou outra legalmente constituída), e, ainda, ao Ministério Público, a possibilidade de acionar o Poder Judiciário para sua exigência.

CONCLUSÕES



À toda evidência, diante do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, é imprescindível a instituição e utilização de técnicas adequadas e aptas à instrumentalização de garantias e direitos avalizados no Direito Material – porém afrontadas ou inviabilizadas em sua concretude -, ponto em que é inquestionável o mérito da tutela coletiva, que, como reflexo da situação social contemporânea, vem sendo sistematizada e progressivamente utilizada nos dias atuais.

O patrocínio desta habilidade imputada ao processo coletivo e, em maior ênfase, à Ação Civil Pública, manifesta-se convergente com o ideário republicano de amplo acesso à justiça de todas as classes sociais, sem levar em conta desvantagens de qualquer natureza, como, por exemplo, econômica.

Sedimenta-se, enfim, a ideia-vetora de que através do processo coletivo - enquanto instrumento hábil para se exigir a tutela jurisdicional de direitos metaindividuais - é viabilizada a proteção de direitos fundamentais não observados voluntariamente no plano social (pela atividade Administrativa), enaltecendo-se via como proficiente locução do princípio do acesso à justiça e do devido processo legal (requisitos fundamentais de um sistema jurídico moderno e igualitário), paralelamente à perspectiva de saneamento de distorções no processo democrático através do exercício da Jurisdição - instância última na proteção dos direitos fundamentais e de toda a ordem jurídica -, na análise da omissão dos outros poderes no desempenho de suas funções típicas, em harmoniosa observância à premissa da inafastabilidade da jurisdição.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sergio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 21 jun. 2010.

HONESKO, Raquel Schlommer. *Direitos fundamentais, processo e pessoa portadora de deficiência: a tutela jurisdicional coletiva como instrumento de inclusão social*. 2007. 209 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituição Toledo de Ensino, Bauru-SP.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1885 - 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 753-798.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 30. ed. atual. por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2007.

NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 30. ed. São Paulo: RT, 2007.



O IMPACTO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E QUESTÕES PROCESSUAIS*

Fernanda Vicentini** Vicente Paula Marques Filho***

RESUMO: Em decorrência das transformações que vêm ocorrendo, nos últimos anos, em nosso mercado de capitais e na estrutura das grandes empresas, torna-se imprescindível analisar a estrutura das sociedades anônimas brasileiras, bem como os meios processuais de proteção conferidos aos acionistas minoritários e às empresas controladas. O presente trabalho analisou deveres e responsabilidades previstas nos art. 116 e art. 117 da LSA, bem como as principais implicações processuais e as consequências da substituição processual disposta no aludido artigo 246, § 1º (LSA). Antes de adentrar a discussão do ponto nevrálgico, são apresentados a importância da sociedade anônima no mercado brasileiro e analisados temas fundamentais a compreensão do instituto da substituição processual, e também ao entendimento e interpretação do artigo 246, da Lei das Sociedade Anônimas, mais especificamente seu §1º que garante o acesso à jurisdição aos acionistas minoritários.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedades Anônimas; Função Social; Jurisdição; Direito Processual Civil; Substituição Processual.

INTRODUÇÃO

A função social da empresa apresenta-se como tema bastante controvertido e sua análise é determinante para compreender a relevância da empresa no contexto social. Daí a importância de estudar as regras e institutos atinentes às sociedades de capital.

Constantemente, novos desafios e conflitos de interesses surgem diante do possível afastamento entre os interesses do controlador, acionista ou não, e dos demais acionistas proprietários do capital. Isso pode gerar responsabilidade ao o acionista controlador que responderá pelos prejuízos e danos que venha a causar a companhia.

Como forma de garantir oportunidade aos acionistas minoritários de pleitearem em juízo a responsabilidade civil do controlador vários dispositivos legais foram instituídos pela Lei 6.404 de 15 de Dezembro de 1976, dentre os quais o art. 246.

O art. 246 da Lei das Sociedades Anônimas sujeita a sociedade controladora aos princípios, deveres e responsabilidades previstas nos art. 116 e art. 117, obrigando-a a pagar os danos causados à controlada pela não observância de tais dispositivos. Referido artigo reconhece legitimidade aos acionistas minoritários distinguindo-os como minoritários detentores de 5% do capital social ou a qualquer minoritário com participação inferior mediante caução para custas e honorários de advogados em caso de sucumbência.

Diante de muitos questionamentos sobre as ações instituídas pelo artigo 246 Lei de Sociedades Anônimas, e pelo instituto processual da substituição processual, indaga-se se o mesmo, em seu

* Resultante do projeto de pesquisa (UEL) “Acesso à justiça: a instrumentalidade do processo frente à jurisdição”.

** Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR e bolsista da CAPES. Professora de Direito Processual Civil e Advogada em Londrina, graduado pela UEM/PR. Email: fernandavic@hotmail.com

*** Advogado e Professor com mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1999) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil



parágrafo primeiro, apresenta-se como um caso de representação ou substituição processual pelos minoritários, bem como quais as conseqüências advindas de tal entendimento.

REVISÃO DE LITERATURA

As empresas apresentam-se como organizações econômicas que visam o lucro através da realização lícita de atividades de produção e circulação de bens e serviços. Como consequência, criam na sociedade uma cadeia econômica que nasce na necessidade do mercado em satisfazer os anseios consumeristas, trazem lucros aos empresários e posteriormente geram receitas aos Estados. Nas empresas em geral, assenta-se o núcleo gerador da sociedade humana economicamente organizada.

Segundo Fábio Konder Comparato, *"a grande empresa é a protagonista incontestada da economia contemporânea."* (1995, p.5)

Assim, devido ao surgimento de novas potências empresariais no cenário econômico, tanto no âmbito nacional como no global, o Estado passou a intervir mais diretamente na economia, como forma prevenir ou mesmo controlar e punir os excessos das concentrações e ainda para permitir e apoiar tais operações. Nesse contexto, a sociedade anônima e seus institutos ganham relevância pela absorção e semente de riqueza e como gestora de diversos interesses interrelacionados. Entretanto, ainda que a legislação já tenha delineado a teoria da empresa, o direito positivo ainda não esclarece alguns pontos, incumbindo aos juristas repensarem e adaptarem os institutos processuais e societários a essa nova realidade empresarial, sem contudo, terem em conta apenas fatores econômicos, mas uma análise jurídica de outros elementos ligados à política econômica, e em conformidade com os princípios e as normas constitucionais. (CUNHA, 2007, p.161)

A definição de sociedade anônima, segundo Modesto Carvalhosa, é: *"pessoa jurídica de direito privado, de natureza mercantil, em que o capital se divide em ações de livre negociabilidade, limitando-se a responsabilidade dos subscritores ou acionistas ao preço de emissão das ações por eles subscritas ou adquiridas"* (1998a, p. 431) Dentre suas características principais destacam-se a limitação da responsabilidade dos sócios e a negociabilidade da participação societária, que se revelam como mecanismos apropriados para despertar o interesse de investidores e propiciar a reunião de grandes capitais.

No novo cenário econômico brasileiro, a adoção dessa forma societária por investidores e empresários, dos mais diferentes portes, se faz cada vez mais recorrente, considerando que a sociedade anônima moderna foi concebida com vistas a abrigar a macro-empresa.

Referidos grupos empresariais podem ser formados por companhias ou sociedades por ações, ou por quotas de responsabilidade limitada. Tal matéria é disciplinada, sobretudo nos artigos 265 a 277 da LSA. Ainda que subordinadas a uma política econômica centralizada na sociedade de comando, também conhecida por controladora, as empresas que integram um grupo societário mantêm suas próprias personalidades jurídicas, e esta é a característica fundamental do grupo.

Seja qual for a composição que adote a empresa, na atual conjuntura deverá ater-se à função social da empresa, que se apresenta como algo inerente ao próprio exercício da atividade, cuja estrutura, em estado normal, faz funcionar a comunidade econômica fomentando naturalmente a geração de riqueza coletiva .ou seja, deverá atender aos clamores e sopesar interesses, equilibrando necessidades e internalizando externalidades.

Ao que se agrega a prescrição expressa constante no parágrafo único do art. 116 da Lei 6.404/76, no sentido de que deve o acionista controlador usar seu poder para *"fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais*



acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Nos tempos atuais o controle de uma companhia não é mais necessariamente vinculado à propriedade da maioria do capital social, podendo, deste modo, assumir outras formas. Isso se deve ao fato das sociedades anônimas modernas capitalistas captarem os investimentos de inúmeros, ou milhares de acionistas, que acabam por possuir uma pequena fração do capital social e, conseqüentemente, do risco empresarial.

Diante dessa nova estruturação do controle da companhia passou-se a exigir dos demais acionistas maior participação, não se limitando a orientação dos negócios, mas requerendo sua atuação na fiscalização dos atos praticados pela administração.

Controle pode ser entendido como poder efetivo que detém, e exerce o acionista, de dirigir e orientar as atividades da sociedade, bem como o funcionamento dos órgãos sociais.

O exercício do controle de maneira eventual pelo acionista, ou o exercício do direito de voto, não bastam para caracterizar o controlador, tal controle deverá ser permanente.

A LSA, não apresenta um conceito de controle, porém em seu artigo 116 conceitua “acionista controlador”. O mesmo dispositivo legal apresenta como inerente a prerrogativa de controlador duas finalidades, quais sejam: cumprir a função social da empresa e respeitar e atender os direitos e interesses dos demais acionistas.

Como já mencionado sociedades controladas e controladoras, são sociedades que mantêm entre si laços empresariais mediante participação acionária, e desde que haja uma convenção; elas se relacionam de acordo com o regime legal de sociedades isoladas e não têm necessidade de uma maior estrutura organizacional.

O acionista controlador detém o poder de hegemonia das decisões societárias, de comando, atribuindo-lhes os deveres contidos nos arts. 116 e 117 da Lei n. 6.404/76, entre outros. O acionista controlador pode ser uma só pessoa natural ou jurídica, ou um grupo de pessoas.

Em complemento a essa norma, de natureza programática, o art. 117 tipifica, exemplificativamente, as hipóteses de abuso de poder pelo controlador.

Diante de tal cenário a proteção dos acionistas minoritários tem sido objeto de inúmeras discussões no direito brasileiro, o que é evidente na Lei nº 6.404/76 quando observados seus artigos tais como o artigo 118 que apresenta o veto do minoritário via acordo de acionistas, o artigo 129 que fixa o quórum mínimo de deliberação, artigo 141, que determina o voto múltiplo para eleição de conselheiro fiscal, artigo 221, que exige a unanimidade de votos para aprovação da transformação da companhia, dentre outros

A LSA, também conceitua sociedade controlada no art. 243, §2º :“ *Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.*”.

Ainda que se considere uma hierarquia entre a sociedade controladora e controlada, essa não corresponde à submissão dos interesses de uma sociedade à outra, o que aliás, é vedado pela lei e pelos princípios de coligação, notadamente o princípio da autonomia jurídica.

O art. 246 da LSA , reafirma o princípio da autonomia jurídica e sobretudo a ausência de subordinação de interesses entre as controladoras e controladas. Seu objetivo é proteger a companhia contra eventuais abusos de poder praticados pelo controlador, e seu conteúdo se



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

mostra igualmente relevante para a solução de conflito de interesses, principalmente quando alguns acionistas de uma das coligadas não o são da outra.

A hipótese constante desse item demonstra um interesse democrático, cujo fim é a manutenção das relações jurídicas e sociais da companhia, e que o interesse social é mais abrangente que o simples interesse do acionista.

A reparação das perdas e danos decorrente da prática de atos ilícitos, que devem ser intencionais, depende da prova que ateste a obtenção de vantagem indevida e para atingir tal escopo a lei conta com a motivação do próprio minoritário.

Somente com a efetiva comprovação do dano é que o controlador poderá se responsabilizar pelo ato culposos de administrador ou fiscal. Ademais, depende de prova a inaptidão moral ou técnica do indivíduo.

Portanto, questionamentos quanto ao desempenho da administração, a desaprovação das demonstrações financeiras e medidas judiciais adotadas contra a companhia, sócios e administradores, que podem pôr em risco o bom funcionamento da empresa e abalar seu nome e crédito junto a fornecedores e instituições financeiras poderão ser combatidas através de medida que vise a anulação da deliberação ou a reparação civil pelos danos causados.

No polo passivo da demanda de reparação de danos causados à companhia, que cuida o artigo 246 da LSA, é o acionista controlador, seja ele uma pessoa física ou uma pessoa jurídica. Em última análise, aos demais acionistas, enquanto a própria companhia tem legitimação passiva para figurar em uma demanda da mesma natureza em decorrência de danos por ela causados a terceiros em razão de ato praticado pelo acionista controlador.

Assim, no que tange ao polo passivo da demanda não enseja maiores questionamentos.

No tocante à legitimidade ativa para figurar em uma demanda de reparação de danos causados à companhia, há duas sistemáticas distintas.

Se o controlador for uma pessoa física, com base na regra geral do art. 117 da LSA, qualquer acionista poderá intentar ação de reparação civil contra o acionista controlador, independentemente da sua participação no capital social ou da prestação de caução.

Em se tratando de controlador pessoa jurídica, nos termos do art. 246 da LSA, a legitimidade ativa caberá aos acionistas minoritários que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social e também ou ainda a qualquer acionista, independentemente da sua participação no capital social, desde que preste caução pelas custas e honorários advocatícios devidos em caso de sucumbência.

Cumprido dizer que tal legitimidade é uma faculdade dada aos minoritários, lembrando é claro que há a promessa de um prêmio a ser-lhe destinado, que será custeado pelo controlador que for responsabilizado por sentença⁶³. Caso venha a se omitir não haverá qualquer punição e não só deixará de obter o prêmio instituído, como será indiretamente prejudicado porque sua participação no capital social será menor, uma vez que deixará de colaborar para que a companhia seja ressarcida pelo colaborador (DINAMARCO, 2010, p. 623).

Assim, a legitimação dos acionistas para ingressar com ação de responsabilidade civil contra o controlador independe de qualquer autorização prévia ou ato formal por parte de qualquer órgão da companhia, dado que é uma faculdade e não um dever de agir, bem como será a própria companhia que atuará por meio destes acionistas.

Modesto Carvalhosa (1998b, p. 451) defende que atuais ou antigos empregados da sociedade, bem como a União, os Estados e os Municípios, na esfera de suas competências, também têm legitimidade para propor medidas judiciais e administrativas contra o acionista controlador,

⁶³ Art. 246, § 2 da LSA



considerando teor do parágrafo único do art. 116 da LSA, que estabelece que o acionista controlador também tem responsabilidades perante os funcionários da companhia e a comunidade.

A importância de determinar se o acionista minoritário atua como representante processual, ou como substituto processual demonstra-se quando analisados as consequências advindas para empresa com o julgamento da ação, o que refletirá na sociedade como um todo, visto que a empresa tem impotência e influência na sociedade na qual está inserida. E conforme já exarado, as empresas criam na sociedade uma cadeia econômica que nasce na necessidade do mercado em satisfazer os anseios consumeristas, trazem lucros aos empresários e posteriormente geram receitas aos Estados.

A respeito da obrigatoriedade da propositura da ação, não existe, a motivação decorre da valorização da companhia e como consequência valoriza sua participação acionária, além do prêmio do art. 246, §2, da LSA, ressaltando que inexistente qualquer sanção pelo não exercício de tal direito de ação.

Dinamarco (2010, p. 625) entende que os minoritários agem em nome próprio e serão partes, na condição de autores, no caso específico do artigo 246 da LSA, e não teriam condições de ser representantes da companhia em juízo, por não apresetarem qualificação legal nem estatutária para tanto. Inclusive fala em litisconsócio unitário, se mais de um sócio figurar no pólo ativo da demanda.

Diversamente Modesto Carvalhosa (1998b, p. 39), defende que o minoritário age como representante da empresa controlada. Para o autor a ação tem por fundamento o dano causado pela controladora à sua controlada e, de forma indireta aos minoritários. Estes que por sua vez teriam uma legitimidade originária, enquanto órgão da sociedade, para o específico fim de ingressar em juízo contra a controladora. A parte é a companhia controlada, através de seu representante legal, no caso os minoritários, inexistindo dualidade entre sujeitos de direito e sujeito ativo do processo.

Assim, entende Carvalhosa(1998b, p. 41) que não se aplica o artigo 6º do Código de Processo Civil, portanto, não se fala em legitimação extraordinária. Os minoritários formariam um *órgão social* com poderes legais para representar a controlada na propositura da ação de reparação de danos, não agiriam em nome próprio.

Todavia, tomando por base a premissa de que os minoritários agem como substitutos processuais, são observadas algumas consequências.

CONCLUSÕES

Como substitutos processuais e não representantes, vários questionamentos surgem em relação à situação dos minoritários, dentre os quais alguns serão respondidas no presente trabalho que não tem por escopo esgotar o tema devido sua complexidade e das inúmeras consequências que acarreta na esfera da sociedade empresarial, bem como na esfera processual do substituto.

Com relação ao fato dos minoritários agirem em nome próprio e não da companhia serão considerados partes, na relação processual, mais especificamente autores. Poderão formar litisconsócio unitário, quando vários sócios minoritários se reunirem para propor a demanda.

Como partes terão as mesmas faculdades, ônus e deveres, dentre os quais, suportarão os encargos financeiros do processo.



Entretanto, não lhes é conferido o poder para disposição do direito substancial, uma vez que não são seus sujeitos de direito, bem como o benefício direto da ação será da companhia substituída (DINAMARCO, 2010, p. 626).

Quanto ao objeto da demanda deduzida, deverá ser sempre idêntico, independentemente do número de sócios minoritários que figure no pólo ativo, qual seja, o pedido de condenação da empresa controladora a ressarcir as perdas e danos causados, visto que nenhum dos sócios pede nada para si. Ademais, de acordo com o exposto o resultado positivo da demanda beneficiará diretamente a companhia (DINAMARCO, 2010, p. 630).

Conforme já mencionado, o titular do direito substancial é a companhia, os sócios minoritários apenas recebem da lei um direito de ação, como substitutos processuais, conseqüentemente estão autorizados a estar em juízo apenas para defender os interesses da empresa, sem, contudo, poderem renunciar o direito ao ressarcimento da companhia, mesmo em caso de transação com a controladora-ré (DINAMARCO, 2010, p. 633). Deve-se ressaltar que a companhia é a substituída e não está presente nos autos, não é parte do processo e não participaria do ato dispositivo do substituto.

No que tange a desistência da ação pelo substituto processual, não há nenhum óbice. Por se tratar de situação exclusivamente processual sem interferir no direito substancial poderá o minoritário desistir da ação, desde que observados os demais dispositivos do Código de Processo Civil. Isso ocorre como consequência de ser conferida a ele o direito ao exercício da jurisdição. Contudo, caso estejam litigando em litisconsorte e a desistência for requerida apenas por um dos autores, o processo prosseguirá e a aquele que desiste será excluído da relação.

O administrador da empresa, não pode praticar ato de desistência da ação, uma vez que não é parte do mesmo.

Caso no decorrer da ação o acionista minoritário venha a vender o total de suas ações, perderá sua legitimidade, visto que perde a qualidade de acionista, e o adquirente receberá a legitimidade como substituto, através da sucessão processual, nos moldes do artigo 42 e seguintes do Código de Processo Civil.

Quanto ao prêmio instituído no artigo 246, §2º, da Lei das Sociedades Anônimas, será igualmente dividido entre os autores da ação, é uma forma de incentivar os minoritários a buscarem a condenação da sociedade controladora e como consequência prestar um serviço a companhia que terá seu ganho. Trata-se da *sanção premial* que será concedida apenas ao minoritário que exerceu a ação.

O problema ocorre quando é caso de litisconsórcio ulterior e o valor a ser pago pela controladora-ré já foi definido junto com o objeto. Nesse caso não poderia haver uma ampliação do valor, no entanto, e ficaria ao alvitre do juiz a inclusão ou não do litisconsorte no rateio do prêmio.(DINAMARCO, 2010, p. 644)

Por fim, no que concerne a coisa julgada, atinge diretamente o substituído, que é o sujeito da lide, bem como os substitutos processuais. Todos ficam impedidos de repropor a demanda transitada em julgado, quer seja a decisão favorável ou desfavorável. O substituído não poderia rediscutir o direito material, o objeto já julgado, e os substitutos já teriam exercido seu direito de ação.

Imperioso pontuar que a realização da função social da empresa, através da conciliação de interesses privados e coletivos não só dentro da empresa, mas na sociedade como um todo, é pontual para o desenvolvimento de suas atividades sociais.



REFERÊNCIAS

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1998b, v. 2

_____, *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1998b, v. 4

COMPARATO, Fabio Konder. *A Reforma da empresa. in Direito Empresarial*. Saraiva: São Paulo, 1995.

CUNHA, Rodrigo Ferraz Pimenta da. *Estrutura de interesses nas sociedades anônimas. Hierarquia e conflitos*. Quartier Latin: São Paulo, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Processo Civil Empresarial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

LACERDA, Galeno. *Direito comercial. Sociedades mercantis (casos selecionados)*. Vol. IX. Forense: Rio de Janeiro, 2004.



**AÇÃO POPULAR COM CARÁTER PREVENTIVO CONTRA ATOS DE
ILEGALIDADE E IMORALIDADE ADMINISTRATIVA ANTES DA OCORRÊNCIA
DO DANO**

Flávia Piccinin Paz Gubert* ; Glauci Aline Hoffmann**

RESUMO: A Constituição Cidadã recepcionou diversos direitos e garantias fundamentais que foram estipuladas em constituições europeias após a segunda grande guerra. Dentre estas garantias constitucionais aparece em defesa do Estado Democrático de Direito a Ação Popular, regulamentada pela Lei nº 4717, com o objetivo de moralizar a administração pública, de atos de imoralidade e ilegalidade. Em vista da existência da tutela ressarcitória se fez necessário o estudo e aplicação de tutela apta a buscar o cumprimento específico das obrigações e tutelar efetivamente o *munus publico*, antes da ocorrência do dano (tutela ressarcitória), devendo este ser exceção e não regra de aplicação. Ou seja, um a tutela que venha a evitar a ocorrência do dano posto que muitas vezes p ressarcimento não reflete uma completa restituição do *status quo*. . Com efeito, verifica-se a possibilidade do uso da tutela inibitória na defesa dos direitos fundamentais em especial contra atos de ilegalidade e imoralidade administrativa antes da efetiva ocorrência do dano.

PALAVRAS-CHAVES: Tutela Inibitória; direitos fundamentais; administração pública; danos ao erário.

INTRODUÇÃO

Para tanto, a Constituição Federal em seu artigo 37 caput, traz cinco princípios norteadores da administração pública, - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – servindo estes como limitadores da atuação administrativa do agente público.

A administração pública, não necessita de provocações para desempenhar sua finalidade, como ocorre com o ato jurisdicional, esta é revestida de oficialidade e autotutela. Busca o administrador satisfazer o interesse da coletividade, atuando sempre sob a égide dos princípios administrativos. A expressão administração pública compreende em seu contexto as pessoas que efetivamente exercem a atividade administrativa e os órgãos públicos, os quais exteriorizam os atos.

O cunho da Lei de improbidade é deste modo, punir o gestor desonesto, sendo indispensável que haja três pontos: o dolo, a culpa e o prejuízo ao erário, independentemente se resultantes da ação ou omissão do agente público.

Contudo em vista de inúmeros atos de ilegalidade e imoralidade, se faz necessário a tutela da administração pública, logo, a tutela inibitória presta-se a evitar a prática de atos que possam lesionar direitos e, por via de consequência, causar danos ao sujeito deste direito, especialmente em situações em que a tutela ressarcitória não se prestaria a restaurar o *status quo*.

Deste modo a finalidade precípua da Ação Popular é combater prejuízo ao Erário, através da correção do ato ilegal e lesivo ao patrimônio público, configurando-se deste modo à possibilidade

* Mestranda em Direito processual e cidadania especialista em direito pela Escola da Magistratura de Cascavel/PR, bacharel em Direito pela UNIPAR Toledo/PR, professora de Direito Tributário I e II e Legislação Social e Tributária na Faculdade UNIFASS de Marechal Cândido Rondon, professora de direito administrativo I e II na Faculdade FACEMED de Medianeira.

** Mestranda em Direito processual e cidadania especialista em direito Tributário, bacharel em Direito pela UNIPAR Toledo/PR, pesquisadora do programa de iniciação científica PROPIC.



de aplicação das regras da Lei 8.429/92 no âmbito da Ação Popular, em virtude da uma conduta de imoralidade, posto que referida ação seja meio adequado para impugnação de atos que violem a moralidade e a legalidade.

Assim, busca-se a aplicação da Ação Popular antes da ocorrência do dano, na finalidade de minimizar os prejuízos ao erário.

REVISÃO DE LITARATURA

A descentralização política é característica basilar do regime federativo, tendo o Brasil adotado o regime de federação como forma de Estado desde a Constituição de 1891. Desta forma na atualidade, compõe a federação Brasileira, a União Federal, os Estados o Município e o Distrito Federal (art.18, CF), os quais são dotados de total autonomia, ou seja, capacidade de auto-organização, autogoverno e auto-administração.

Nessa linha com base na sua auto-organização, nasce a figura da administração pública, tendo esta como elemento físico, os agente públicos, com natureza de servir a coletividade, buscar com base nos preceitos de moral e legalidade o *múnus público*, tendo como titular dos interesses o cidadão.

Por expressão administração pública, pode-se interpretar em uma acepção subjetiva e objetiva, para a subjetiva trata-se de um conjunto de pessoas e de órgão que desenvolvem a atividade administrativa, nos dizeres de CARVALHO (2010, p. 10) “Toma-se aqui em consideração o sujeito da função administrativa, ou seja, quem a exerce de fato.”.

Já na acepção objetiva, refere-se á própria atividade administrativa exercida pelo Estado, por meio de seus Órgão e agentes, trata-se da função administrativa propriamente dita, nessa linha dispõe Marçal Justem Filho (2005, p. 90) “em sentido objetivo, Administração Pública é o conjunto dos bens e direito necessários ao desempenho da função administrativa”.

Neste diapasão passa-se a analisar os gestores da coisa pública, ou seja, os administradores públicos, detentores de autoridade e conseqüentemente responsabilidade e deveres expressos no texto constitucional.

Conforme já mencionado alhures, a Administração Pública atua por meio de seus órgãos e seus agentes, os quais são incumbidos da atividade administrativa, a função administrativa existe nos três poderes, sendo que é exercida tipicamente pelo Poder Executivo, e atipicamente pelos demais poderes (Poder Legislativo e Poder Judiciário).

Em nosso sistema democrático de direito, o povo escolhe seus representantes, que irão *representá-lo* como administradores, os quais deverão buscar o interesse da coletividade, ou seja, o interesse público.

Contudo, no uso das atribuições à busca do *múnus público*, a luz dos poderes que são atribuídos aos agentes públicos, estes podem ultrapassar os limites legais e se acometer em abusos e ilegalidades. Em vista de tais fatos, o dever de probidade, está integrado de forma perene à conduta do administrador público (art. 37, §4º da Constituição Federal).

A probidade administrativa, esta intimamente ligada com a moralidade, sendo este elemento do próprio conceito, haja vista ambas serem propulsoras da ética pública.

A participação de todos os cidadãos na administração publica é consequência da democracia, deste modo o Estado deve oferecer ao cidadão o direito deste participar da vida politica de seu País.

Referida assertiva esta descrita não só no corpo da Constituição Brasileira de 1988, como no artigo XXI da Declaração dos Direito Humanos, sendo dessa forma estabelecida uma ligação



entre estes e a soberania popular, garantindo assim a todos os cidadãos a participação aos direitos civis de caráter político.

Nesse diapasão o próprio regime democrático possui viés que propiciam e até mesmo estimulam a prática de atos de corrupção. “O povo que tolera a desonestidade acaba por eleger governantes com pensamento similar, que reconhecem na corrupção o acesso mais rápido ao poder”. (GARCIA, 2006, p. 6).

A prática de corrupção, seja ativa ou passiva, viola os princípios da ética e da moral, mas acima de tudo causa danos a economia do Estado, que é refletida pela ausência de políticas públicas.

Em vista disto, nasceu a Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992 - através do Projeto de Lei nº 1.446/91, no intuito de abrandar a crise moral oriunda da corrupção que assolava o País, vindo referido Projeto com a finalidade de combater a imoralidade e a má gestão da coisa pública.

Na visão de Neiva (2006) a “improbidade derivaria do latim *improbitas*, expressão que significa má qualidade, imoralidade ou malícia”.

A necessidade de punição dos agentes públicos por ato de improbidade é uma característica fundamental de um Estado Democrático de Direito, sendo que os mecanismos de controle da administração devem ser realizados no âmbito interno dos poderes, conforme preceitua o artigo 74 da Constituição Federal, e também de forma externa “*de forma externa é realizado pelo Parlamento (art. 49 IX e X, e 70, caput), auxiliado pelo Tribunal de Contas (art. 71), pelo Ministério Público e mais recentemente por agências reguladoras...*” (BOSCO, 2007).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Deste modo a ação de improbidade administrativa, possui cunho de ação coletiva, posto que a probidade é um avalor protegido constitucionalmente e de interesse da coletividade.

Busca-se deste modo através de referido trabalho analisar a possibilidade da aplicação da Ação Popular com caráter preventivo contra atos de ilegalidade e imoralidade administrativa antes da ocorrência do dano, utilizando-se para tanto do instituto da tutela inibitória.

Nesse sentido, “*A tutela jurisdicional preventiva específica apta a proteger o direito dos cidadãos brasileiros é a tutela inibitória, que está voltada para o momento anterior a prática do ilícito diferenciando-se da tradicional tutela ressarcitória*” (MARINONI, 2000, p. 25).

Em razão da existência somente da tutela ressarcitória se fez necessário a criação de tutela apta a buscar o cumprimento específico das obrigações e tutelar efetivamente os valores e direitos fundamentais, para se considerar que a reparação do dano (tutela ressarcitória) deve ser instrumento de exceção. Neste sentido as primeiras disposições legais foram o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e 461 do Código de Processo Civil (SPADONI, 2007, p. 41-43).

O pressuposto da tutela inibitória é a ameaça de prática de ato violador de direito, sendo que impedir a prática de tal ato é o objetivo do postulante da tutela em apreço. Para a obtenção da tutela inibitória é necessário que o postulante demonstre a ameaça da prática de ato violador de direito através de atos efetivamente praticados, quais sejam atos preparatórios e atos anteriormente praticados que provavelmente tenham continuação ou repetição. (SPADONI, 2007, p. 50-51).

É importante destacar que quando existam situações em que a conduta ilícita (ameaça de lesão a direito) venha acompanhada de dano ou de culpa estes passam a ser importantes na análise da concessão de tutela inibitória. Afora esta situação, basta a possibilidade da ocorrência de ilícito ou não (ameaça de lesão a direito) para concessão de tutela inibitória. Assim, o processo que concede tutela inibitória pode oferecer a tutela final pretendida pelo autor no ato do recebimento



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

da ação, pois que não se discute dano e culpa/dolo em vista de que a discussão está na ocorrência ou não de ameaça de lesão a direito (ARENHARDT, 2003, p. 228).

Logo, a tutela inibitória presta-se a evitar a prática de atos que possam lesionar direitos e, por via de consequência, causar danos ao sujeito deste direito, especialmente em situações em que a tutela ressarcitória não se prestaria a restaurar o *status quo*.

Neste enfoque dispõe o texto constitucional em comento no seu art. 5º inciso LXXIII, que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência".

Nessa linha, em data de 29 de junho de 1965, surgiu a Lei nº4717, objetivando regulamentar o disposto constitucional referente à ação popular. A lei em questão prevê em seu bojo a possibilidade de que qualquer cidadão no gozo de seus direitos políticos (demonstrando o alegado com a apresentação do título de eleitor) seria legitimado para o ajuizamento da ação popular. Cabendo ao Ministério Público, agir como custos legis.

Oportuno salientar que, a Ação Civil Pública *de* improbidade em que pese conviver de forma harmônica com a Ação Popular, com esta não se confunde, inobstante ao fato de ambas buscarem a tutela do patrimônio público.

A procedência de uma Ação Popular não obsta a interposição de uma Ação Civil Pública, até mesmo porque seus efeitos jurídicos condenatórios são diversos.

Para a configuração de referida ação, necessário se faz o preenchimento de três requisitos básicos, quais sejam: ser cidadão brasileiro, ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar, e lesividade do ato ao patrimônio público.

A finalidade da ação em comento é tanto repressiva – pode ser interposta após a consumação do dano - quanto preventiva – podendo ser interposta antes da ocorrência do dano -, sendo possível a concessão de liminar na ação popular, tendo por objeto a imediata sustação da eficácia do ato impugnado, até o julgamento final de mérito, seja a ação popular preventiva ou repressiva.

Assim a finalidade básica da Ação Popular é combater prejuízo ao Erário, através da correção do ato ilegal e lesivo ao patrimônio público.

Configurando-se deste modo a possibilidade de aplicação das regras da Lei 8.429/92 no âmbito da Ação Popular, em virtude da uma conduta de imoralidade, posto que referida ação seja meio adequado para impugnação de atos que violem a moralidade e a legalidade.

Nessa linha dispõe Luiz Manoel Gomes Junior (2004, p.108), "as sanções previstas na Lei Federal 8.429/92 podem ser aplicadas em sede de Ação Popular, toda vez que houver uma conduta comissiva ou omissiva que se enquadre como vinculadora do Princípio da Probidade Administrativa". Todavia, conforme acima relatado, trata-se de requisito indispensável à lesividade do ato.

Tratando por partes a indagação supra, debate-se no texto em comento a possibilidade jurídica de interposição de Ação Popular com base em ato de imoralidade.

Para grande parte da doutrina, sua eficácia seria plena (quanto à imoralidade), posto que com fulcro no texto constitucional que elevou a moralidade a princípio constitucional, este pode ser utilizado para embasar a propositura de Ação Popular.

Assim leciona MANCUSSO (2008. Pág. 94) "(...) a atual Constituição erigiu a 'moralidade administrativa', fundamento autônomo para a ação popular".

Entretantes, na finalidade de sustentar o acolhimento de um pedido de Ação Popular com base somente em ato de imoralidade, necessário ponderar que este deve estar demonstrado de forma



clara, com embasamento concreto do possível prejuízo, ainda que este não tenha se materializado.

Referido aspecto já foi objeto de estudo e decisão nos Tribunais Pátrios, bem como no Supremo Tribunal Federa⁶⁴.

CONCLUSÕES

Com base na assertiva supracitada, oportuno argumentar acerca da necessidade da lesividade do ato impugnado, posto ser tratado como requisito, ou seria suficiente para a condenação à imoralidade e ilegalidade?

Deste modo inobstante a possibilidade de ajuizamento com fulcro em ato de imoralidade e ilegalidade, deve restar comprovado o dano, posto que o objetivo precípua de referida ação é reparar lesão causada ao Erário, portanto, sem lesão não há o que ser reparado. Todavia referida lesão pode ser pela omissão do Poder Público.

A Carta Constitucional, inobstante ao fato de exigir a lesividade como requisito de validade da Ação Popular, admite sua presunção, sendo que em referida Lei, são apontadas algumas situações nas quais a ilegalidade é presumida, conforme se extrai do artigo 4º.

Conclui-se assim, que embora a Lei nº 4717/65 não mencione especificamente a possibilidade de ajuizamento de ação popular preventiva, é pacífico o entendimento de que isto pode ocorrer desde que seja iminente a prática do ato administrativo lesivo em potencial.

Dano este que em muitos casos não são reparados em todos os seus liames, haja vista a tardia tutela jurisdicional, sendo nesse caso indispensável às tutelas de urgência, na finalidade de minimizar os prejuízos ao Erário.

REFERÊNCIAS

ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOSCO, M. G. *Discricionariedade em Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO, José dos Santos Filho. *Manual de Direito Administrativo*. 22. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Ação Popular: Aspectos polêmicos: lei de responsabilidade fiscal, improbidade administrativa, danos causados por liminares e outros pontos relevantes*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Curso de direito processual civil coletivo*. 2. ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

NEIVA, José Antônio Lisboa. *Improbidade administrativa: Estudo sobre a demanda na ação de conhecimento e cautelar*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁶⁴ STF – RE 206.889-MG, rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.03.1997, RTJ 165/375-376



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE
MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenação). *Revista de Processo*. Número 196. Ano 36. Junho/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



TEORIA DA IMPREVISÃO

Glaucci Aline Hoffmann* ; Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira**

RESUMO: Está positivada, desde o Código Civil de 2002, a Teoria da Imprevisão em nosso ordenamento jurídico. A Teoria da Imprevisão é base para a realização da revisão ou resolução dos contratos com fim maior de manter o equilíbrio das relações obrigacionais, objetivando o cumprimento da função social dos contratos e o princípio da conservação dos contratos. Diante destas características o presente trabalho objetiva demonstrar as condições de aplicação da teoria da imprevisão pela onerosidade excessiva, as vantagens e benefícios de sua aplicação.

PALAVRAS-CHAVE: contratos – teoria da imprevisão – onerosidade excessiva.

INTRODUÇÃO

O atual Código Civil brasileiro, tendo por base o Código Civil italiano de 1942, adota a possibilidade de revisão e resolução dos contratos em vista da aplicação da teoria da imprevisão nos casos em que ocorrer onerosidade excessiva do devedor. A teoria da imprevisão, que se fundamenta na ocorrência de onerosidade excessiva ao devedor, possibilita a este requerer a revisão ou resolução no contrato com vistas a reequilibrar a relação contratual. O presente trabalho tem por objetivo analisar minuciosamente os pressupostos para a aplicação da teoria da imprevisão com a finalidade de propiciar o concreto entendimento deste *remedium iuris* e sua aplicação em nosso ordenamento jurídico. Cabe destacar que se faz necessário o entendimento da teoria da imprevisão para que esta não seja indistintamente utilizada, o que viola os objetivos do revisionismo que estão de acordo com os princípios da boa-fé objetiva, função social dos contratos e manutenção das obrigações.

REVISÃO DE LITERATURA

A teoria da imprevisão que foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pelos artigos 317, 478 a 480 do Código de Processo Civil é a base para a revisão ou a resolução da relação negocial a fim de equilibrar os pactos. Nelson Borges (2002, p. 80) conceitua a teoria da imprevisão como remédio jurídico a ser empregado em situações de anormalidade contratual que ocorre no campo extracontratual – ou “aura” das convenções – de que se podem valer as partes não enquadradas em situação moratória preexistente para adequar ou extinguir contratos – neste caso com possibilidades indenizatórias – sobre os quais a incidência de um acontecimento imprevisível (entendido este como aquele evento ausente dos quadros do cotidiano, possível, mas na provável), por elas não provocado mediante ação ou omissão, tenha causado profunda alteração na base contratual, dando origem à dificuldade excessiva de adimplemento ou modificação depreciativa considerável da prestação, de sorte a fazer nascer lesão virtual que poderá causar prejuízos àquele que, em respeito ao avençado, se disponha a cumprir a obrigação assumida. Se,

* Mestranda em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR; Pós-graduada em Direito Tributário pela Unissul (2009); Graduação em Direito pela Universidade Paranaense (2006); UNIPAR; glauchoffmann@gmail.com

** Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC (1993); Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (1984); Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina; UNIPAR; saraadv@sercomtel.com.br



em decorrência de ato praticado pelas partes ou terceiros, a base contratual desaparecer, alterando as circunstâncias que serviram de fundamento ao contrato, não sendo possível adaptá-lo ao novo estado, ele poderá ser extinto, aferindo-se responsabilidades pela existência ou não de lesão objetiva, como decorrência da supressão do alicerce contratual. Para Enzo Roppo (2009, 260) a teoria da imprevisão é aplicada quando ocorrer desequilíbrio, posterior a celebração do contrato, em razão de fatos excepcionais que venham a prejudicar uma das partes contratantes obrigando-se assim a realizar a resolução do contrato por onerosidade excessiva. Para que seja possível a análise do caso concreto e a aplicação da teoria da imprevisão é necessário que se tenha compreensão dos pressupostos desta, quais sejam: A) obrigação de execução diferida ou continuada: requisito essencial para a aplicação da teoria da imprevisão é a exigência de se trate de obrigação de execução diferida, postergada ou transferida, pois nas obrigações de execução imediata não existe interregno de tempo suficiente para que ocorram as circunstâncias capazes de causar onerosidade excessiva (BORGES, 2011, p. 193-194). Neste sentido Gomes (2007, p. 217) observa que é necessário que a obrigação seja de execução continuada ou periódica, e de execução única mas diferida, para que o lapso temporal entre a celebração do contrato e o seu cumprimento possibilite a ocorrência de circunstâncias que vejam tornar o cumprimento da obrigação contratada mais gravosa do que no momento da celebração do contrato; B) imprevisibilidade: a imprevisibilidade é caracterizada como situação/fato fora das previsões do comum, fora das previsões do cotidiano. A imprevisibilidade é o mais importante pressuposto da teoria da imprevisão, caracterizando sua *ratio essendi* (BORGES, 2011, p. 194). Gomes (2007, p. 215-216) ressalta que a onerosidade excessiva decorre de fato imprevisível e extraordinário, conforme previsto no artigo 478 do Código Civil, no entanto, destaca que é preciso considerar, também, que mesmo fatos teoricamente previsíveis, como guerras, podem causar efeitos imprevisíveis, causando onerosidade excessiva a uma das partes contratantes. Ademais, é necessário, também, que o fato que culmina com a onerosidade não tenha sido causado por aquele que dela pretende beneficiar-se (ROPPO, 2009, p. 256); C) onerosidade excessiva e vantagem extrema: A onerosidade excessiva é fundamental para aplicação da teoria da imprevisão, pois é a partir dela que ocorre uma modificação substancial na relação entre as partes, base negocial, que exige a intervenção judicial para reequilibrar a relação obrigacional através da revisão ou resolução do contrato (AGUIAR JUNIOR, 2011, p. 904). Neste sentido Borges (2002, p.322) destaca: “Entre outras, deverá levar ao juiz a prova de existência de uma exacerbação de uma exacerbação excessiva de sua obrigação como resultado dos efeitos que o evento imprevisível produziu na base contratual, fazendo nascer a lesão virtual, que, se não for obstada, certamente se transformará em objetiva.” O Jurista Argentino Ricardo Luis Lorenzetti (2004, p. 521-522) trata acerca da onerosidade excessiva: “El hecho referido debe provocar una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación debida. La cuestión es si sólo debe tomarse en cuenta una afectación de deuda desde la perspectiva del deudor o es necesario un desequilibrio en la relación de equivalencia.” Além da onerosidade excessiva o artigo 478 do Código Civil estabelece a necessidade de que o evento imprevisto também cause vantagem extrema a outra parte. Para Aguiar Junior (2011, p. 911) a interpretação literal da previsão contida no artigo 478 do Código Civil limitaria a aplicação da teoria da imprevisão, pois, a onerosidade excessiva causa dificuldade ao devedor pouco importando a situação do credor. Ressalta, também, que a prova da extrema vantagem a outra parte seria muito difícil e/ ou impossível, e por isso, presume-se a vantagem ao credor quando a onerosidade excessiva atinge o devedor. Em sentido oposto, Gomes (2007, p. 215) manifesta-se no sentido de ser compreensível a exigência deste requisito em razão de que a base para revisão/resolução com base na onerosidade excessiva está no desequilíbrio causado na relação. E, assim, maior desequilíbrio não



se caracterizaria senão em vista um ônus excessivo para uma das partes e a vantagem extrema para a outra. O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se pela necessidade de vantagem extrema ao contratante não atingido pela onerosidade excessiva: “CIVIL. Código de defesa do consumidor. Onerosidade excessiva. Cláusulas abusivas. Ilegalidade da cláusula penal. Súmulas ns. 5 e 7 do STJ. Cumulação de pedidos. Indenização e multa da cláusula penal. Súmula n. 211 do STJ. Violação do art. 410 do cc não caracterizada. Súmula n. 284 do STF. Redução do quantum da multa compensatória. Súmula n. 7 do STJ. Art. 460 do CC. Súmula n. 211 do STJ. 1. Os requisitos para caracterização da onerosidade excessiva são: o contrato de execução continuada ou diferida, vantagem extrema de outra parte e acontecimento extraordinário e imprevisível, cabendo ao juiz, nas instâncias ordinárias, e diante do caso concreto, a averiguação da existência de prejuízo que exceda a álea normal do contrato, com a conseqüente resolução do contrato diante do reconhecimento de cláusulas abusivas e excessivamente onerosas para a prestação do devedor. O reexame dessa matéria na instância especial enseja a aplicação das Súmulas ns. 5 e 7 do STJ. 2. Inviabiliza-se o conhecimento de recurso especial fundado na aferição da legalidade de cláusula penal, quando o reconhecimento da quebra da exclusividade pela Corte a quo, que gerou a multa contratual considerada ilegal pelo recorrente, foi firmado com base no conjunto fático-probatório dos autos. Incidência das Súmulas ns. 5 e 7 do STJ. 3. A ausência de prequestionamento de tese acerca da cumulação de pedidos de indenização e multa relativa à cláusula penal impede o conhecimento do apelo especial, a teor da Súmula n. 211 do STJ. 4. Em sede de recurso especial, é inadmissível a revisão do quantum fixado a título de multa compensatória, tendo em vista o disposto na Súmula n. 7 do STJ, na medida em que cabe ao magistrado das instâncias ordinárias, atento às circunstâncias do caso em apreço e à realidade dos fatos, a redução proporcional ao valor do pagamento já realizado, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do devedor. 5. Recurso especial não-conhecido. (REsp 1034702/ES, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 15/04/2008, DJe 05/05/2008, REPDJe 19/05/2008.” D) extinção ou alteração da base contratual: a teoria da imprevisão pode ser aplicada com a finalidade de revisar ou resolver os pactos obrigacionais. Para Nery Junior e Nery (2011, p. 588-589) a onerosidade excessiva pode conduzir tanto para resolução do contrato, conforme art. 478 do Código Civil, quanto para a revisão do contrato, nos termos do art. 317, aplicando-se, assim, as cláusulas da função social do contrato e da boa-fé objetiva, ressalvando-se que em caso de divergência das partes acerca da revisão ou resolução do pacto caberá ao poder judiciário decidir sobre a questão. Dito Autores citam, ainda, que o contrato jamais pode ser instrumento para que uma das partes tire proveito excessivo sobre a outra, o que caracteriza a socialização do contrato. E) ausência de estado moratório: no ato da ocorrência da onerosidade excessiva aquele que pretende socorrer-se da teoria da imprevisão necessita estar em dia com suas obrigações contratuais. Se a parte contratante estiver em estado moratório quando o pacto for atingido pela onerosidade excessiva esta não poderá albergar-se através da teoria da imprevisão (BORGES, 2011, p. 201).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A problemática enfrentada na presente pesquisa realiza a análise dos pressupostos para averiguação das situações em que a utilização da teoria da imprevisão contribui para o equilíbrio das relações negociais com objetivo de garantir aos contratantes a boa-fé contratual, a preservação dos contratos e o cumprimento da função social destes. O resultado indica que a teoria da imprevisão contribui muito para o equilíbrio das relações negociais, pois cumpridos os



pressupostos para a aplicação da mesma é possível garantir o reequilíbrio dos contratos como forma de conferir paridade às partes diante das situações imprevistas e onerosamente excessivas.

CONCLUSÃO

A teoria da imprevisão pode ser utilizada para realizar a revisão ou a resolução dos pactos que são afetados por eventos imprevisíveis causadores de onerosidade excessiva onerosa ao devedor. Ao tratar acerca dos pressupostos necessários para a aplicação da teoria da imprevisão no ordenamento jurídico brasileiro é possível concluir ser necessário que obrigação de execução diferida ou continuada seja atingida por fato imprevisível e extraordinário, que apesar de seus similares significados, afetem a base negocial e causem onerosidade excessiva ao devedor que não deu azo a este evento. Protegendo assim, o devedor contra o enriquecimento do credor à custa de seu empobrecimento, a teoria da imprevisão é de fundamental importância para o Direito Civil Brasileiro sendo utilizada de forma a reequilibrar as relações negociais a fim de garantir o cumprimento da função social dos contratos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado; TEIXARA, Sálvio de Figueiredo (Coordenador). *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. VI. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BORGES, Nelson. *Revisão das Convenções nos Ordenamentos Jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Podendo ser acessado pelo site www.stj.gov.br.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de Los Contratos – Parte General*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.



**ACESSO À JUSTIÇA E OS IMPACTOS DA MOROSIDADE JUDICIAL NOS
NEGÓCIOS JURÍDICOS EMPRESARIAIS***

João Carlos Leal Júnior** ; Francisco Emílio Baleotti***

RESUMO: Com a promulgação da emenda constitucional nº 45/04, o direito à razoável duração do processo foi incluído, sob a forma de norma principiológica, no rol de direitos fundamentais da Constituição brasileira. O desígnio do constituinte foi alcançar celeridade no trâmite do processo, o qual, por sua vez, constitui instrumento para concretização de direitos. A realização do princípio em questão é essencial para o real acesso à ordem jurídica justa, imperativo igualmente de assento constitucional. Todavia, no cenário brasileiro contemporâneo, o que se tem, em verdade, é indiscutível lentidão no trâmite processual, o que causa desprestígio ao Judiciário e macula o fundamento existencial da tutela pretendida, porquanto sua duração desarrazoada, ocasionalmente, tem o condão de permitir o fenecimento do bem da vida pleiteado. No âmbito empresarial, os impactos da morosidade da resposta estatal são incomensuráveis, representando prejuízo para as empresas e para os interesses que para ela convergem, além de gerar óbices para a inserção do país no mercado global, objetivo tão almejado na contemporaneidade.

PALAVRAS-CHAVE: Razoável duração do processo; acesso à justiça; negócios jurídicos empresariais.

INTRODUÇÃO

O princípio sobre o qual se assenta o reconhecimento e a busca pela proteção dos direitos humanos é “*la garantía de la dignidad del ser humano a través de ciertos derechos mínimos que les son reconocidos a los individuos en su sola condición de seres humanos*” (ROJAS, 2008, p.41). Com isso, a ideia original dos direitos individuais se fortalece e passa a constituir categoria especial de direitos subjetivos, com proteção tanto interna como internacional (ROJAS, 2008, p.41).

Nesta senda, sabe-se que inúmeros documentos internacionais foram criados tendo por meta a proteção desses direitos mínimos a fim de salvaguardar e efetivar a dignidade inerente aos seres humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, é o exemplo mais característico do que se afirma. Em seu bojo, consagrou como direito humano o princípio do acesso à justiça, ou acesso à ordem jurídica justa, em seu artigo X, ao dispor que “*toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres [...]*” [grifo nosso].

Complementando a ideia, o artigo VIII consigna que, ademais, toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

* Resultante do projeto de pesquisa (UEL) “Acesso à justiça: a instrumentalidade do processo frente à jurisdição”.

** Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR e bolsista da CAPES. Advogado em Londrina, graduado pela UEL/PR. Email: joacarloslealjr@uel.br.

*** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina; professor do programa de mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina e da Fundação Educacional do Município de Assis.



Vislumbra-se neste espaço, então, direitos humanos impositivos que trouxeram os contornos do acesso à justiça, incorporado como direito fundamental na Constituição brasileira de 1988 (LEAL JÚNIOR; BALEOTTI, 2011). Do ponto de vista do direito internacional, o sistema de codificação dos direitos e o estabelecimento dos mecanismos de controle buscam consagrar uma ordem pública internacional centrada na ideia de direitos humanos para garanti-los na realidade de cada país. Assim, “*la preocupación por la situación de los individuos pasa a ser un tema de interés para toda la comunidad internacional y escapa de los límites de la soberanía de los Estados*” (ROJAS, 2008).

O acesso à justiça, então, é tido como direito humano e fundamental, na medida em que é garantido por documentos internacionais dos quais o Estado brasileiro é signatário, assim como pela Constituição de 1988, razão pela qual esforços devem ser feitos para que seja efetivado, deixando de constituir mero texto normativo.

Entretanto, a morosidade do Poder Judiciário brasileiro se coloca como fator impeditivo da efetivação do acesso à ordem jurídica justa. Sem embargo da inovadora previsão do direito à razoável duração do processo e das frequentes reformas processuais em vistas a sua implementação, o que se tem no cenário brasileiro contemporâneo é uma infinidade de processos judiciais, especialmente de natureza civil, para serem julgados por juízes e tribunais insuficientes à demanda presente. Não bastasse isso, em controvérsias decorrentes de negócios jurídicos empresariais, a demora na pacificação do conflito gera drásticas repercussões, especialmente de cunho econômico, o que é prejudicial à inserção do país no mercado global. Neste sentido, devem ser empreendidas reformas voltadas à diminuição da duração processual e à consecutória concessão de tutela jurisdicional à parte em tempo razoável, de forma a superar esses impactos negativos, que serão analisados neste estudo.

REVISÃO DE LITERATURA

O princípio constitucional do acesso à ordem jurídica justa significa a realização de justiça aos que a requerem. Em outras palavras, impõe a recomposição de um direito violado ou a cessação de ameaça quando pendente sobre ele (BUENO, 2010). A grandeza do princípio na Constituição de 1988 é evidenciada pela previsão de tutela jurisdicional mesmo em situações em que inexista lesão: a mera ameaça a direito já possibilita a movimentação do Judiciário em ordem a obtenção de comando protetivo. Objetiva-se impedir que a ameaça chegue a lesar o direito, e isso se mostra essencial, especialmente no que tange à tutela de interesses metaindividuais, já que a reparação, nesse campo, em grande parte das vezes não se mostra possível, de forma que a lesão deve ser prevenida (BUENO, 2010).

Deste modo, para que esta meta constitucional seja atingida na sede ordinária de resolução de conflitos – a Jurisdição –, impõe-se que o processo judicial se desenrole mediante cognição adequada e que tenha razoável duração em seu trâmite, evitando o perecimento do direito, acarretado pela morosidade da prestação jurisdicional.

Reconhece-se, desta feita, o caráter instrumental do processo, como elemento voltado à realização da justiça (BEDAQUE, 2011) e coloca-se, conseqüentemente, a função social do processo como estandarte da revolução instrumentalizadora, que redefiniu os contornos axiológicos procedimentais, a fim de conferir ao processo a posição de ferramenta para a concretização da justiça, viabilizando que o Estado cumpra seu dever de dirimir conflitos de interesses e promover a pacificação social, desprendendo-se de formalismos sobejos e da irracional busca de exaurimento probatório, sob o risco de fenecimento do direito.



A patente lentidão do Poder Judiciário brasileiro é matéria de discussão exaustiva na doutrina, assim como a necessidade de conjugação de medidas para a efetivação dos direitos buscados judicialmente, sendo insofismável que um processo que se estende por anos não compra a nenhuma das partes litigantes, gerando insegurança e desprestigiando o sistema legal.

O acesso à justiça ganha importância capital neste contexto, encarado modernamente como direito humano fundamental e imprescindível a um sistema jurídico de vanguarda que pretenda efetivar, “e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.12). Este enfoque atual é a nota característica do estudo do processo civil contemporâneo.

O direito fundamental em apreço constitui o ponto fulcral do princípio da dignidade da pessoa humana, porque essencial para a concretização dos demais direitos quando obstaculizados. Em virtude de seu realce, pode ser encarado como a base da processualística moderna.

Tem-se, então, que o acesso à justiça não se limita à dimensão puramente formal. Ao revés, propugna pela “efetividade dos direitos materiais e a concretização das garantias processuais constitucionais” (PAROSKI, 2006, p.226), de forma que seja concedida concretamente a tutela jurisdicional *adequada, tempestiva e efetiva* ao litigante cuja razão o ordenamento jurídico reconhecer. Enfim, efetividade, adequação e tempestividade são qualitativos imprescindíveis ao provimento jurisdicional para que se concretize substancial acesso à ordem jurídica justa.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Discute-se neste trabalho as repercussões da demora processual na atividade empresarial. Conforme a lição de Cruz e Tucci (1998), dentre os acontecimentos da natureza que mais inquietam o homem, centra-se o fenômeno *tempo*, o qual em muitos campos repercute, tendo especial relevância nos quadrantes do direito, tanto em âmbito material, quanto processual. Neste último espaço, o fator tempo “constitui, desde há muito, a mola propulsora do principal motivo de crise da justiça” (TUCCI, 1998, p.15-16). O problema da sobeja demora do processo “é mesmo tão antigo quanto a própria história do direito processual” (TUCCI, 1998, p.16), fazendo-se presente mesmo desde a vigência do direito romano.

O resultado do processo não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como, também, para que essa resposta seja a mais plena possível, “a decisão final deve ser pronunciada em um *lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso*, visto que – caso contrário – se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito” (BIELSA; GRANÃ apud TUCCI, 1998, p.65).

Assim, no Brasil, com a demora no trâmite processual e na execução da decisão, o prejuízo aos envolvidos é imensurável. Enfrentar, no papel de parte, a morosidade no julgamento de um processo judicial é algo que representa custos incomensuráveis. Não só custos financeiros – os quais, contudo, por si só são de grande monta –, como também custos que não são passíveis de avaliação econômica. Angústia, preocupações, incerteza e insegurança resultam da demora processual e, apesar destes elementos não serem economicamente apreciáveis, em muitas vezes representam maior gravame para as partes do que os prejuízos *financeiros* que estão sendo ocasionados pela demora. No que tange a esta diversificada gama de custos outros, José Augusto Delgado (2003, p.10), com acerto, aponta que mesmo os advogados, ao levarem seus casos aos tribunais, submetem-se a uma controvérsia “aparentemente infinda, de alta tortura”, cenário que também o é para os demais envolvidos no caso, como o juiz, e, especialmente para as partes. Isso porque “o processo é uma representação material do sofrimento das partes em função da demora, do que ele contém e do que reflete” (DELGADO, 2003, p.10).



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Dentre outros motivos, aponta-se a falta de recursos materiais, o excesso de formalidades procedimentais, o alto número de impugnações e a ausência de recursos humanos como obstáculos ao bom funcionamento do Judiciário e a correlata morosidade processual (PINHEIRO, 2003, p.22-23).

De acordo com magistrados entrevistados em estudo empírico realizado, a morosidade é reconhecida como o principal problema do Judiciário, bem como o alto custo de acesso (custas judiciais e outros custos), vindo em segundo, seguido pela falta de previsibilidade das decisões judiciais (PINHEIRO, 2003, p.43). Nessa mesma vereda, em pesquisa realizada com o departamento jurídico de empresas que atuam em setores diversos, o Judiciário dos Estados recebeu baixíssimas notas de 47% dos entrevistados no que concerne ao quesito *agilidade*, tanto em relação ao 1º quanto ao 2º grau (JUSTIÇA..., 2011, p.45-46).

Confirma-se a insuficiência do Poder Judiciário frente à quantidade de processos existentes, assim como a insatisfação dos empresários com a Justiça brasileira, o que acaba por interferir na celebração de contratos de vulto envolvendo partes de outros países, já que a demora gera cenário de insegurança jurídica, na medida em que um direito violado não reparado de forma tempestiva equivale à perpetuação da lesão. Assim, os impactos econômicos são inegavelmente grandes.

Conforme indicam Zylbersztajn e Sztajn (2005, p.03), o Direito influencia e é influenciado pela Economia e as organizações influenciam, assim como são influenciadas pelo ambiente institucional. É indiscutível, então, que a dinâmica existente no mundo empresarial não comporta a demora corrente, retirando, com isso, do Poder Judiciário a legitimidade que se espera enquanto pacificador social por excelência (RODRIGUES, 2009).

Entretanto, embora a morosidade seja, talvez, o principal dos entraves da efetividade do processo no campo do direito empresarial, não é o único dos existentes.

Em economias mais desenvolvidas, em que a análise econômica do direito se mostra mais avançada, discute-se a questão da deficiência técnica das decisões judiciais em relação a debates ligados ao direito societário. A divergência entre o meio onde se desenvolvem as decisões empresariais e aquele onde são tomadas as decisões judiciais é utilizada como motivo para questionamento da efetividade processual nesta área. Tem-se considerado como mais eficaz, até onde seja possível, submeter as decisões de investidores, gerentes e diretores ao julgamento do próprio mercado que ao Poder Judiciário (RODRIGUES, 2010).

Não obstante, a lei nº 11.101/05 disciplinou os institutos de falência e recuperação judicial e extrajudicial. Tanto a decretação da primeira como a adoção de qualquer uma das espécies de recuperação submete-se ao crivo jurisdicional. Assim, em situações de crise econômico-financeira, a empresa terá de se submeter ao Poder Judiciário para ser analisada. A morosidade em qualquer destas hipóteses (recuperação ou decretação de falência) contraria em demasia os interesses de todos os envolvidos – sejam credores, devedor, Poder Público ou terceiros.

A apreciação e a decisão do Poder Judiciário em tempo razoável é essencial para que seja possível cogitar de uma recuperação do agente econômico. E mesmo na decretação da falência, a demora processual é prejudicial aos credores, privados de seus créditos, ainda que não seja possível recebê-los de forma integral.

Enfim, seja a situação que for, tem-se que prejudicando as empresas⁶⁵, que são agentes econômicos, o prejuízo às economias dos países envolvidos é indiscutível, eis que a mera ciência

⁶⁵ Neste particular, é importante destacar o importante papel alcançado pela empresa no Estado contemporâneo. Essa autoridade, porém, não se limita ao território do país em que se localiza. Ao revés, a empresa, na atualidade, ocupa papel fundamental no cenário internacional, encontrando-se sua performance imbricada com o fenômeno da globalização, por constituir, ao mesmo tempo, causa e efeito daquele. O comércio internacional, neste sentido, é



da morosidade processual já é fator possível de espantar investidores externos no espaço brasileiro.

CONCLUSÕES

Infere-se que a demora processual é fator de desprestígio ao Poder Judiciário brasileiro, gerando impactos mesmo na atividade econômica, na medida em que ocasiona prejuízos de diversas ordens às empresas envolvidas em conflitos de interesses. A morosidade é fator de incerteza e insegurança jurídica, fazendo protraírem-se no tempo angústia e preocupação dos envolvidos. A notória demora existente no processo civil brasileiro é fator que obsta real inserção das empresas brasileiras no mercado globalizado. Assim sendo, solucionar a mazela da morosidade processual é inevitável, especialmente no que tange ao contexto empresarial.

O modelo processual civil brasileiro é alvo de críticas de diversas ordens, notadamente no que tange à demora processual, à grande quantidade de recursos facultados aos litigantes e à ordinarização do procedimento, eminentemente delongado e desprestigiador das características específicas dos direitos buscados.

A lei nº 11.101/05, que trata da falência e recuperação judicial e extrajudicial, para que alcance efetividade no propósito de valorizar a função social da empresa, a preservação da atividade econômica e o respeito ao melhor interesse dos credores, impõe que a tutela jurisdicional seja prestada em tempo breve. Em situações de crise econômico-financeira, portanto, a empresa, que terá de se submeter ao Poder Judiciário para ver aquela analisada, vivenciando contexto de morosidade, verá contrariados em demasia os interesses de todos os nela envolvidos (credores, devedor, Poder Público e terceiros). A apreciação e a decisão do Poder Judiciário em tempo razoável é essencial para que seja possível cogitar de uma recuperação do agente econômico. E mesmo na decretação da falência a demora processual é prejudicial aos credores, privados de seus créditos, ainda que não seja possível recebê-los de forma integral.

Enfim, seja a situação que for, tem-se que prejudicando as empresas, que são agentes econômicos, o prejuízo às economias dos países envolvidos é indiscutível, eis que a mera ciência da morosidade processual já é fator possível de espantar investidores externos no espaço brasileiro. A demora processual no Brasil prejudica a efetivação do acesso à ordem jurídica justa e gera impactos negativos aos negócios jurídicos empresariais, razão pela qual o Estado brasileiro contemporâneo tem como importante desafio a superação da notória morosidade verificada no exercício da função judicante.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, J. R. dos Santos. *Direito e processo*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1.

prática decorrente desta conjuntura. Reconhece-se, então, o papel da empresa como mola propulsora da economia dos Estados, já que promove a circulação de riquezas, oportuniza empregos e pagamento de tributos, oferece mercadorias e serviços à população, além de proporcionar a concorrência, gerando conveniências aos consumidores, à sociedade e ao Estado, seja de forma direta ou não, fomentando, demais disso, a inovação tecnológica (LEAL JÚNIOR, 2010).



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE
MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

DELGADO, José Augusto. Constitucionalidade da mediação. In: CADERNOS CEJ. *Mediação: um projeto inovador*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003.

JUSTIÇA E ECONOMIA. *Etc*, São Paulo, ano 8, n.18, jan. 2011. p.45-46.

LEAL JÚNIOR, João Carlos. Ensaio sobre o princípio da função social da empresa na lei nº 11.101/05. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.409, p.507-524, maio/jun. 2010.

_____; BALEOTTI, Francisco. Conexões entre cognição adequada e razoável duração do processo: análise sob o prisma do acesso à justiça. In: ENCONTRO CIENTÍFICO DE ESTUDOS EM DIREITOS HUMANOS, 5., 2011, Londrina. *Anais...* Londrina: UEL, 2010.

PAROSKI, Mauro Vasni. Do direito fundamental de acesso à justiça. *Scientia iuris*, Londrina, v.6, p.225-242, 2010.

PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados. *Texto para discussão*, n.966, Rio de Janeiro, jul. 2003.

RODRIGUES, Pedro Paulo Moreira. *A execução específica dos acordos de acionistas*. 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima.

_____. *A execução específica dos acordos de acionistas*, 2010. Disponível em: <<http://www.pvb.adv.br/site/artigos/a-execucao-especifica-dos-acordos-de-acionistas/>>. Acesso em: 01 out. 2011.

ROJAS, Claudio Nash. *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: tendencias jurisprudenciales*. 2008. Trabalho de Conclusão de Curso (Doutorado em Direito) – Universidad de Chile, Santiago.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.



RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS DA SOCIEDADE LIMITADA NA FALÊNCIA

Juliana Hinterlang dos Santos^{*}; Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador^{**}

RESUMO: O estudo tem por escopo demonstrar a alteração legislativa no que diz respeito à responsabilidade pessoal do sócio de sociedade limitada, quando da decretação da falência. Para isso buscou-se definir a modalidade societária denominada sociedade limitada, indicar suas particularidades no que diz respeito à responsabilidade dos sócios e, por fim, apresentar a única hipótese em que a lei estabelece a responsabilidade e solidária entre os quotistas, qual seja, a integralização do capital social no caso de falência.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada; Falência; Responsabilidade Pessoal do Sócio.

INTRODUÇÃO

A espécie societária denominada sociedade limitada é atualmente a mais utilizada pelas atividades empresárias brasileiras, principalmente em razão do princípio da autonomia patrimonial, onde o patrimônio pessoal dos sócios não pode, em regra, ser atingido por dívidas contraídas pela sociedade.

Diz-se em regra, pois, o próprio Código Civil brasileiro, bem como a Lei 11.101/2005, estipulam situações em que, embora a dívida tenha sido contraída pela sociedade, o patrimônio pessoal do sócio poderá ser atingido.

Caso os sócios, que se comprometeram a subscrever suas quotas, não as realizem, cabe à sociedade exigir deles o cumprimento dessa obrigação. Hipótese em que, não ocorrendo, todos os sócios, solidariamente, respondem pelo restante que ainda não foi integralizado.

Um credor, que está de fora da situação, não tem como saber ou não acerca da integralização do capital social. A inexistência de bens no patrimônio da sociedade passíveis de satisfazer esse crédito, não o autoriza a responsabilizar pessoalmente os sócios. Momento em que, cabe a ele, apenas o pedido de falência da sociedade, desde que existente uma das hipóteses do art. 94 da Lei 11.101/2005.

Em sendo decretada a falência da sociedade, que ainda não teve seu capital social totalmente integralizado, é possível a responsabilização pessoal dos sócios, sendo esse o objeto de estudo, em razão da previsão do art. 82 da Lei de Falências e Recuperação de Empresas.

REVISÃO DE LITERATURA

No passado, o direito comercial trabalhava basicamente com duas formas de responsabilidade do sócio no que diz respeito à sociedade. De um lado, encontrava-se a responsabilidade solidária entre todos os envolvidos no contrato social, a chamada Sociedade em Nome Coletivo, de outro, a Sociedade Anônima, onde os sócios respondem apenas pela integralização das ações que se comprometeram, ficando um grande vazio entre as formas de responsabilização dos sócios.

Sendo assim, em 1912, Herculano Inglês de Souza foi incumbido da revisão do Código

^{*} Discente da Especialização em Direito Empresarial da UEL

^{**} Doutora em Direito pela UFPR - Universidade Federal do Paraná.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Comercial, visando atender a essa lacuna existente. Na exposição dos motivos do Projeto do Código Comercial, apresentou suas considerações acerca da necessidade de implantação da sociedade de quotas, abaixo mencionadas:

A presunção de solidariedade dos sócios nas obrigações assumidas em nome da sociedade é regra predominante no assunto. A limitação da responsabilidade é exceção que precisa ser provada de modo a evitar o engano dos estranhos que venham a contratar com a sociedade; essa prova faz-se pela publicidade, isto é, pelo arquivamento e publicação das restrições postas à regra geral de solidariedade e da ilimitação da responsabilidade dos coobrigados. Esse processo permite seguir a tendência que assinada no regime das sociedades para aumentar a aplicação do princípio da comandita sob diversas formas, de modo a animar a concorrência das atividades e dos capitais ao comércio, sem ser preciso recorrer à sociedade anônima, que melhor se reservará para as grandes empresas industriais, que necessitam capitais mais avultados e prazo superior ao ordinário da vida humana. As sociedades por cotas, a que chamarei limitadas, por oposição às solidárias (denominação que entendi preferível à de sociedade em nome coletivo, vaga e imprecisa), preenche essa lacuna do direito vigente. (Projeto de Código Comercial, p. 24, apud Rubens Requião, p. 482)

Assim, com o surgimento das sociedades por quota de responsabilidade limitada, consagrou-se, no Brasil, o chamado princípio da autonomia patrimonial, onde a sociedade tem patrimônio próprio, diferenciado do patrimônio dos sócios que a compõe.

Inúmeras são as sociedades existentes no Brasil que adotam, em sua constituição, a espécie limitada, frisa-se, por haver autonomia patrimonial. Em situações normais, ou seja, quando já houve a integralização total do capital social que cada sócio subscreveu, o credor não poderá buscar a satisfação do seu crédito junto ao patrimônio pessoal dos sócios.

O alcance da responsabilidade dos sócios é bem definida por Modesto Carvalhosa:

Se a sociedade limitada que tenha seu capital ainda não totalmente integralizado for judicialmente cobrado por dívida por ela assumida regularmente, e seus bens se mostrarem insuficientes para a satisfação do débito, será lícito ao credor, como se verá, em razão do disposto no art. 592, II, do Código de Processo Civil, e desde que os sócios tenham sido citados na ação de execução movida contra a sociedade, executar tantos bens dos sócios quantos bastem para completar o valor do capital social. (2003, p. 5):

Resta claro que, não sendo possível ao credor citar os sócios da sociedade no processo de execução, cabe a ele ainda o pedido de falência da sociedade, desde que se enquadre em um dos incisos do art. 94 da legislação falimentar.

Cabe salientar que, para a responsabilização pessoal dos sócios, é necessário que haja ofensa ao contrato social ou descumprimento de um preceito legal, do contrário, responderá apenas dentro do limite do capital social, podendo seu patrimônio pessoal ser atingido para complementar o valor pelo qual se responsabilizou.

Esse é o entendimento de Rubens Requião (2008, p. 514)

A nova Lei de Falências, Lei nº 11.101/2005, dispõe no art. 82 que a responsabilidade pessoal dos sócios com responsabilidade limitada, estabelecida nas leis que regulam as sociedades que trazem essa limitação, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da insuficiência do patrimônio social para cobrir o passivo. Com a revogação do Decreto 3.708/1919 pelo Código Civil, e na omissão deste quanto ao dispositivo similar ao art. 9º do citado decreto, a falência não será mais condição para o exercício da solidariedade dos sócios para o efeito da completa integralização do capital. Havendo a solidariedade, esta poderá ser implementada a qualquer tempo pela própria sociedade ou por outro sócio. No caso de falência, pelo administrador judicial, cuja ação prescreverá em dois anos



após o trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência. E o juiz poderá, de ofício, ou a pedido dos interessados, determinar a indisponibilidade de bens particulares dos sócios, em valor compatível com o dano provocado até o julgamento da ação de responsabilização. É de se lembrar que a responsabilidade pessoal do sócio tanto pode decorrer de descumprimento da lei como do estatuto. A falta de integralização do capital é ofensa ao contrato ou ao estatuto. Com essas considerações iniciais, o artigo tem por fim analisar a questão da responsabilidade pessoal dos sócios, no caso de decretação de falência da sociedade, em que hipóteses isso poderá ocorrer e em que momento será apurada tal responsabilização.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A espécie societária denominada Limitada é, atualmente, a mais utilizada para a constituição de sociedades, justamente por preservar o patrimônio pessoal dos sócios, evitando que o mesmo responda por obrigações pelas quais o patrimônio da sociedade tem responsabilidade.

Enquanto não integralizado todo o capital social, que é dividido em quotas, os sócios conjuntamente respondem pela importância total do capital social, perante terceiros, a responsabilidade é solidária pela integralização do capital subscrito, não podendo ser imputado a eles obrigações superiores ao valor que se obrigaram. Internamente, ou seja, entre os próprios sócios, há o chamado princípio da divisão da responsabilidade, onde cada sócio responde pela parte que se obrigou no capital.

Do ponto de vista prático, essa pesquisa se mostra importante para desmistificar a situação da responsabilidade dos sócios da sociedade limitada, mas principalmente para demonstrar a separação existente entre patrimônio pessoal e patrimônio social.

Sendo assim, com o real entendimento da separação desses capitais, fica mais fácil compreender porque a sociedade limitada é, hoje, a mais utilizada no Brasil. Com base nisso, a ideia foi demonstrar que a responsabilidade dos sócios fica adstrita ao capital social pelo qual se comprometeram e integralizaram. Em não havendo integralização, em caso de decretação de falência, os sócios podem vir a ser chamados para responderem com patrimônio pessoal, até o limite do capital social, nos termos do art. 82 da Lei 11.101/2005.

O trabalho propõe uma análise da situação dessas sociedades (sociedade por quota de responsabilidade limitada quando não integralizado o capital social), visando demonstrar a situação do credor perante a mesma e como poderá ele se socorrer do judiciário para ver satisfeito seu crédito, já que ele não poderá alcançar o patrimônio pessoal do sócio, haja vista o princípio da autonomia patrimonial.

Cabe, por fim, ressaltar que ao credor caberá o pedido de falência desde que esteja enquadrada em uma das hipóteses do art. 94 da Lei 11.101/2005, em não sendo uma dessas hipóteses, o mesmo somente poderá executar a sociedade, aguardando que ela pague ou nomeie bens à penhora.

CONCLUSÕES

A análise da responsabilidade pessoal do sócio de sociedade limitada na falência é algo de suma importância nos dias atuais, principalmente porque a maior diferença dessa espécie societária das demais está no fato de o patrimônio pessoal do sócio não ser atingido por dívidas da sociedade.

Ocorre que, por previsão expressa do Código Civil, os sócios são solidariamente responsáveis pela integralização do capital social que subscreveram, situação em que, deixando qualquer um deles de fazê-lo, todos poderão ser responsabilizados.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

O estudo analisou a questão da não integralização do capital social pelos sócios nas situações em que a sociedade tem sua falência decretada.

Conclui-se que, caso a sociedade limitada venha, por qualquer motivo, a ter sua falência decretada, os sócios, que são devedores solidários na integralização do capital social, em não o fazendo, poderão ter seus patrimônios pessoais afetados, até o limite do capital social que subscreveram, para pagamento das dívidas societárias, ultrapassando o que a lei estabelece como limitação de responsabilidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE JÚNIOR, Attila de Souza Leão. *Comentários ao novo código civil: Direito das sociedades*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. IV.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*. 5ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em 03 de maio de 2011.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. v.13.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. São Paulo: Editora Saraiva. v. 2.

FINKELSTEIN, Maria Eugênnia. *Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2006.

GONÇALVEZ NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa: Comentários aos artigos 966 a 1195 do Código Civil*. 2ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2006.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. v. 1.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



**DA NECESSIDADE DA CONSTRUÇÃO DE UM AMBIENTE DE TRABALHO
CRIATIVO PARA A EFETIVA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO NO
BRASIL**

Lina Andrea Santarosa Mussi; Lourival José de Oliveira

RESUMO: O presente estudo apresenta reflexões sobre o meio ambiente de trabalho criativo, construído como forma de valorização do trabalho humano. Responsabilizando a empresa pela construção deste meio ambiente e o Estado como fiscalizador e incentivador desse processo. Mostra que o conceito de meio ambiente do trabalho criativo engloba o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da valorização do trabalho humano. Mostra que hoje está em voga o trabalho decente onde organismos internacionais como a Organização Internacional do Trabalho empunhou a bandeira do trabalho pensado no aspecto de qualidade de vida, de equilíbrio e resgate não só das garantias mínimas do trabalhador, mas em princípio amplo. No capítulo que fala sobre a ordem econômica, na Constituição Federal, está previsto no artigo 170 que o trabalho humano deve ser valorizado, tratando tal princípio como um dos fundamentos da ordem econômica, devendo a empresa cumprir tal preceito e o Estado deve primar por sua efetivação. O presente trabalho revela a importância da implementação do trabalho meio ambiente de trabalho criativo para os trabalhadores e também para as empresas, sendo que o modelo organizacional da maioria das empresas veda o processo criativo dos seus funcionários, impede o desenvolvimento criativo dos trabalhadores, e causa patologias físicas, psicológicas. Este trabalho sugere a reavaliação do tema pelas empresas, uma vez que um ambiente equilibrado que prima pela confiança e comunicação, alavancam as condições necessárias ao desenvolvimento e crescimento do trabalhador, gerando criatividade e inovação.

PALAVRAS-CHAVE: ambiente de trabalho, criatividade, valorização do trabalho humano.

INTRODUÇÃO

O tema apresentado neste trabalho foi elaborado, através de vários questionamentos, que culminaram na necessidade da construção de um ambiente de trabalho criativo para a efetiva valorização do trabalho humano. Este trabalho foi elaborado utilizando método dedutivo, partindo de uma verdade geral para o particular, organizando e especificando o conhecimento já existente. Verifica-se que o mundo mudou, e o mercado também, as pessoas estão expostas a inúmeros meios de informações, e as empresas para se manter no mercado precisam adequar-se às mudanças. Buscou-se livros, sites, revistas, textos e artigos que pudessem explicar a necessidade de se criar um ambiente de trabalho criativo nas empresas, para que o trabalhador melhor desempenhe suas atividades, com dignidade e sentindo-se valorizado. O objetivo principal deste trabalho foi o de demonstrar que a criação ou a modificação do ambiente de trabalho que propicie a criatividade, está intimamente ligada à noção de valorização do trabalho humano previsto constitucionalmente. Também se objetivou apresentar varias propostas para a construção de um meio ambiente de trabalho criativo.

A criatividade, hoje, além de estar ligada a valorização do trabalho humano, se mostra estratégica, tendo em vista que a tendência da chamada Era da Criatividade é desenvolver a criatividade dos trabalhadores. Sendo assim, a empresa deve instituir ações que propiciem um ambiente criativo, incentivador a mudanças, e o Estado tem o dever de primar pela efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho humano que são princípios



básicos previstos na Constituição Federal. Primeiramente localizou-se o meio ambiente de trabalho, na Constituição Federal, visualizando-o dentro do mundo globalizado que temos contemporaneamente. O trabalho tem como público-alvo, todos os trabalhadores, os consumidores e os gestores das empresas, visando assim, os agentes internos e externos. Também, tratou da responsabilidade da empresa na construção do ambiente de trabalho criativo, sob o viés da função social da empresa, e como forma de efetivação do princípio da valorização do trabalho humano, tudo descrito no artigo 170 da Constituição Federal, que trata da Ordem econômica.

Em um segundo momento, trata-se do ambiente de trabalho criativo e a necessidade da intervenção do Estado em suas diversas formas, caracterizando a responsabilidade estatal na construção do ambiente de trabalho criativo. Apresentou um estudo prévio sobre criatividade e inovação, apresentando alguns aspectos e pontos onde de diferem, e como estão sendo hoje tratados como forma de competitividade empresarial. Em um terceiro momento, tratou-se da valorização do trabalho humano, de sua prevalência sobre o mercado. Analisou-se um projeto efetuado no Banco do Brasil, chamado Projeto Criar, verificando os pontos positivos e negativos. Por fim, o entendimento dos pontos supracitados proporcionou diversas propostas para a construção de um ambiente de trabalho criativo, valorizando o trabalho humano.

REVISÃO DE LITERATURA

Segundo a melhor doutrina (BERCOVICCI, 2005, p. 30/31), em sua estrutura, o capítulo da ordem econômica engloba, no artigo 170, os princípios fundamentais da ordem econômica brasileira, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tendo por fim assegurar a todos uma existência digna de acordo com a justiça social.

Neste sentido (ROMITA, 2009) define “ambiente de trabalho como o conjunto de condições, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida dos trabalhadores em seu labor, qualquer que seja sua forma”, desta maneira o meio ambiente de trabalho equilibrado é um direito do trabalhador abraçado pela Constituição Federal em prevalência sobre os interesses do mercado eis que a valorização do trabalho humano está previsto na Constituição Federal no capítulo que trata da ordem econômica, onde o legislador de propósito o colocou em primeiro lugar em relação a livre iniciativa.

O princípio da dignidade da pessoa humana adveio de lutas e reivindicações morais, e foi introduzido através da Declaração Universal de 1948, onde se tem o início do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e é reafirmada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena.

É o princípio norteador de todo o ordenamento jurídico, tanto no âmbito nacional quanto internacional, como coloca Piovesan (2010, p. 37/38): “A dignidade da pessoa humana, inicialmente sistematizada por diversos filósofos ao longo da história humana, foi incorporada e positivada pelo direito, cristalizou-se nas declarações e pactos internacionais firmados pelos Estados, após a segunda metade do século XX, e adentrou nas ordens constitucionais de diversos países, principalmente ocidentais, como princípio e valor de maior importância unificando os direitos humanos.”.

Os direitos humanos são indivisíveis, irrenunciáveis e interdependentes, e segundo Piovesan (2010, p.10) “O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Esse sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de



temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do “mínimo ético irredutível.”.

Esses parâmetros mínimos que a autora acima cita estão incluídas, em face dessa universalização e conseqüente indivisibilidade, os direitos econômicos, sociais e culturais.

O ambiente de trabalho prazeroso, agrega aos trabalhadores vontade de progredir dentro da empresa, causam entusiasmo e motivação. Segundo Alencar (1993, p.94), “o interesse por criatividade na área organizacional se deve, sobretudo, ao fato de que para sobreviver e expandir, as empresas, muitas vezes, necessitam diversificar os seus produtos, antecipar as demandas do mercado, recrutar e reter bons empregados e melhorar a qualidade de seus produtos e serviços. É por esta razão, que a criatividade tem sido vista como algo indispensável e a introdução de inovações como uma necessidade constante”.

Para criar um ambiente de trabalho criativo Hill e Amable, afirmam que: “se as pessoas percebem que estão trabalhando em um ambiente onde os objetivos dos projetos são claros, desafiadores e interessantes, onde têm autonomia em decidir como trabalham em direção a essas metas, onde as novas idéias são recebidas com encorajamento e entusiasmo, onde elas não são pressionadas com prazos impossíveis ou limitações de recursos, onde outros estão dispostos a cooperar no alcance dos objetivos, onde os melhores esforços são reconhecidos, certamente trabalharão em níveis mais altos de motivação intrínseca e produzirão idéias criativas.” (ALENCAR, 1996, p.425 apud Hill e Amable).

O inciso VI do artigo 170 da Constituição Federal, conjugado com o artigo 1º inciso III, do mesmo diploma diz que a ordem econômica, fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, baseada pelos ditames de justiça social, respeitando o meio ambiente, devem ser aplicados juntos para que a ordem econômica direcione-se a efetivar a justiça social. Enquadra-se aí o meio ambiente do trabalho como um todo, inclusive em relação ao meio ambiente de trabalho criativo que, visualizando seu conceito, entende-se que modificando o meio ambiente empresarial de modo a dar mais liberdade, equidade, interação e dignidade ao trabalhador, a empresa está valorizando o trabalho humano.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Ponto controvertido sobre a temática em estudo diz respeito ao não enquadramento do meio ambiente do trabalho criativo como responsabilidade da empresa e a necessidade da intervenção do Estado, e ainda, onde estaria o liame entre o meio ambiente de trabalho criativo e o princípio da valorização do trabalho humano. Discute-se, ademais, como seria um ambiente de trabalho criativo, como construí-lo, e como modificar um ambiente de trabalho tornando-o criativo.

Com a evolução no mercado, as empresas passam a necessitar de uma mudança organizacional, levando em consideração a geração de oportunidades para a criatividade que contribuiria para um desempenho melhor dos trabalhadores no ambiente de trabalho.

Os trabalhadores são empregados subordinados, e passam a maior parte de sua vida no ambiente de trabalho, ser produtivo é uma das principais formas de crescimento tanto pessoal como profissional. Porém, as exigências desumanas de muitas empresas, o medo de represálias, os abusos e o risco de perder o emprego são alguns dos fatores que causam problemas de saúde e psicológicos nos trabalhadores.

O ambiente de trabalho que deveria ser estimulante, onde as pessoas dedicam-se as atividades produtivas, acabam por trazendo malefícios aos trabalhadores. Não se pode olvidar que a atividade de liderança requer sabedoria e responsabilidade do administrador para que saiba



respeitar os trabalhadores e estimulá-los para que estes busquem o aperfeiçoamento contínuo e que cultivem a criatividade, tornando-os ativos participantes da empresa.

A exigência de se criar um ambiente de trabalho criativo, passa pela mudança do modelo de gestão empresarial e uma das formas é a democratização empresarial, também chamada de gestão democrática, é uma forma de gerir uma instituição de maneira que possibilite a participação, transparência e democracia.

Surge um modelo de co-gestão, onde o trabalho forma com o capital uma unidade, passando a empresa/estabelecimento a ser uma unidade funcional, assim tratada inclusive pelo legislador que agora não vai mais fazer leis para o empregador e para o empregado separadamente, mas sim para a empresa composta agora pelos dois. Só com esta visão e com esta metodologia a relação de emprego deixará de ser conflitual e a empresa se transformará num ponto de convergência, não mais de oposição entre o capital e o trabalho (SILVA, 1991, p.26).

Assim, visa desenvolver um ambiente de trabalho criativo, valoriza o trabalhador, ouve, apóia as idéias e posições de cada um dos seus trabalhadores, e visa lucro.

Logo, resta evidenciado o caráter principiológico da valorização do trabalho humano, a criação de um ambiente de trabalho criativo nada mais é do que criar um ambiente que valorize o trabalho humano.

CONCLUSÕES

O ambiente de trabalho, como um direito fundamental do trabalhador, onde garantindo o seu equilíbrio, assegura a dignidade e o bem-estar para a sadia qualidade de vida. E o meio ambiente de trabalho criativo no gênero está inserido.

Verificou-se que ambiente de trabalho criativo é aquele que desafia os trabalhadores envolvendo-os na organização de suas atividades e objetivos; onde os trabalhadores possuem liberdade para discutirem problemas, apresentar soluções; tem autonomia para planejar suas atividades e tomar decisões dentro de suas atribuições; quando se tem confiança no grupo de trabalho e na empresa, onde todos na empresa se arriscam a levar a diante suas ideias e opiniões; onde os trabalhadores possuem um tempo para elaborar novas perspectivas e discuti-las com o grupo. E ainda, o ambiente de trabalho criativo é aquele onde existe uma atmosfera de trabalho tranqüila e alegre, evitando conflitos e tensões pessoais e emocionais entre os colegas, e sim estímulo a novas idéias, debates e a aceitação dos riscos de cada idéia.

A Gestão participativa que é uma possibilidade de intervenção consciente e criativa dos trabalhadores na produção; adquirindo conhecimentos que habilitem os trabalhadores para o exercício da democracia.

Deste modo, uma empresa disposta a investir em seus trabalhadores, a valorizá-los, investir no indivíduo, visualizá-los como fundamentais para o processo criativo.

A valorização do trabalho humano dará ao homem a oportunidade de, por meio do trabalho, exercer sua liberdade e, via de consequência, concretizar seu projeto de vida. É valorizá-lo retirando-o do estigma de mero fator de produção, possibilitar condições dignas de trabalho, protegê-lo contra os abusos proporcionados pelo capital.

Conclui-se, que criando um meio ambiente de trabalho criativo, está dando efetivação ao princípio insculpido na Constituição Federal em seu artigo 170, onde se valoriza o trabalho humano, atingindo a função social da empresa e ainda auxiliando a livre iniciativa, tendo em vista que, com a globalização, as empresas necessitam de trabalhadores criativos.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Eunice M. L. Soriano de. *Criatividade*. Brasília: Universidade de Brasília, Edunb, 1993.

_____. *Estímulos e barreiras à criatividade no ambiente de trabalho*. São Paulo: Revista de Administração, 1996

BERCOVICCI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

PIOVESAN, Flavia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. *Direitos Humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas relações de trabalho*. 3.ed., São Paulo: Ltr, 2009 .

SILVA, Antônio Álvares da. *Co-gestão no Estabelecimento e na Empresa*. São Paulo: Ltr, 1991.



A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CLÍNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA EM RELAÇÃO AO CONSUMIDOR

Loreanne Manuella de Castro França* ; Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral**

RESUMO: O tema da presente pesquisa, “A Responsabilidade Civil das Clínicas de Reprodução Assistida em Relação ao Consumidor”, é caracterizado pela necessidade de se verificar quais são as possibilidades de responsabilização civil das clínicas de reprodução assistida em razão da ocorrência de algum erro médico que possa dar ensejo à ocorrência de dano ou insatisfação do paciente contratante, com a consequente análise da aplicação das normas estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor. O problema é demonstrado na medida em que, em razão de serem portadores de infertilidade, vários casais estão recorrendo aos procedimentos de reprodução assistida, dos quais podem advir graves consequências, já que as técnicas são recentes e estão em constante desenvolvimento. Entre as causas que podem respaldar a responsabilização civil das clínicas de reprodução assistida, pode-se citar: a falta de informação do paciente sobre os riscos e implicações do tratamento de fertilização *in vitro* a ser realizado, a possibilidade de dano à criança, à gestante e ao casal contratante, assim como a falta de manutenção de características fenotípicas, compatibilidade racial e imunológica entre o casal paciente e o filho gerado. No que tange à responsabilidade civil propriamente dita, há alguns questionamentos que não estão claramente respondidos pela doutrina e pela jurisprudência, como, por exemplo, qual é o tipo de obrigação contratada pelo paciente que deseja se submeter a procedimento de reprodução assistida, se constitui em obrigação de meio ou obrigação de resultado; qual é a possibilidade de o paciente poder ser enquadrado no conceito de consumidor e da clínica ser adequada no conceito de fornecedor trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor; qual será a espécie de responsabilidade civil da clínica, se será apurada mediante culpa (responsabilidade subjetiva) ou não (responsabilidade objetiva), e se é possível a aplicação do privilégio assegurado aos profissionais liberais pelo artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Reprodução Assistida. Direito do Consumidor. Obrigação Médica. Dano Médico.

INTRODUÇÃO

Com o avanço da ciência, surgiram várias implicações e problemas éticos no que se refere à engenharia genética, ao início e fim da vida humana, bem como aos novos métodos de reprodução humana, dos quais deve se ocupar a Bioética, do que decorre a necessidade de se haver um diálogo interdisciplinar sobre os progressos científicos, envolvendo médicos, religiosos, especialistas em Bioética e profissionais da área do Direito (advogados, magistrados, promotores de justiça), aos quais cabe a prevenção da ocorrência de futuras lesões a direitos. (KFOURI NETO, 1998, p. 27/28).

Muitas pessoas ou casais que não são aptos a gerarem uma vida por si só, em razão de infertilidade ou esterilidade constatada, movidos pelo desejo de terem um filho, buscam outras alternativas para alcançarem tal intento, sendo uma delas a reprodução assistida.

* mestranda em Direito Negocial pela UEL/PR, bolsista CAPES/DS, especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UEL; loreannemcf@yahoo.com.br

** doutoranda em Direito Civil Comparado pela PUC/SP, mestre em Direito Negocial pela UEL/PR; anaclaudiazuin@sercomtel.com.br



Genival Veloso de França (2001, p. 225), em sua célebre obra “Medicina Legal”, define a reprodução assistida como “o conjunto de procedimentos no sentido de contribuir na resolução dos problemas da infertilidade humana, facilitando assim o processo de procriação quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada”. Na reprodução assistida, que pode ser classificada como homóloga – que se dá com gametas do próprio casal – ou heteróloga – na qual se utiliza de gametas obtidos por terceiros – há maiores riscos de complicações na gestação e de gerar sequelas tanto para a criança assim gerada quanto para a gestante.

Tendo em vista que os procedimentos de reprodução assistida, seja homóloga ou heteróloga, em que pese estarem em plena utilização há um considerável lapso de tempo, encontram-se ainda em fase experimental, já que com o avanço da ciência surgem também novas técnicas a serem aplicadas, observa-se a possibilidade de erro por parte das clínicas que realizam as espécies de procedimento médico em pauta, o que pode ensejar uma responsabilização civil.

Ocorre que a questão da responsabilização civil específica das clínicas que realizam reprodução humana assistida não é tratada pela doutrina e pela jurisprudência de forma satisfatória, sendo que aos questionamentos e problemas que se apresentam ainda não se tem uma resposta concreta. Por esta razão, observa-se a necessidade de se realizar um estudo amplo, verificando quais são as causas que podem levar à responsabilização civil das clínicas de reprodução assistida e quais são os requisitos e o modo como a indenização relativa a tal responsabilização pode ser cobrada, com especial atenção a incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor.

REVISÃO DE LITERATURA

Tendo em vista que no procedimento médico de reprodução humana assistida existem maiores chances de ocorrerem complicações na gravidez e de que sobrevenham sequelas, tanto para a criança assim gerada quanto para a gestante, observa-se que a clínica, por meio do profissional que irá realizar a técnica de reprodução assistida, deve informar o seu paciente sobre os riscos que pode vir a sofrer a gestante ou o filho, de modo perspicaz e humanista - a fim de que o paciente não se sinta desencorajado -, e sem a necessidade de se tecer comentários técnicos demais, a ponto de impossibilitar o entendimento do paciente, o qual é, na maioria das vezes, um leigo (VENOSA, 2005, p. 138).

Quanto à responsabilidade civil da clínica por qualquer dano produzido por um erro técnico cometido durante a reprodução assistida, considerando a possibilidade de um casal acusar uma clínica de reprodução assistida de erro, reclamando indenização, observa-se ser possível, de acordo com Luciano Dalvi (2009, p. 59), que entende que a genitora ou o filho nascido, gerado por meio de reprodução assistida, mesmo passado algum tempo da realização do procedimento, pode responsabilizar a clínica e também o médico devido a alguma anomalia constatada posteriormente que prejudique de alguma forma a pessoa nascida por esta técnica.

Já no concernente à manutenção de características fenotípicas entre o casal contratante do procedimento de reprodução humana assistida, na espécie heteróloga, e a criança gerada por esse meio, observa-se não haver, no Brasil, qualquer tipo de regulamentação sobre o assunto, motivo pelo qual tais particularidades devem ser fixadas no próprio contrato celebrado entre a clínica e o casal paciente. Aqui, vale ressaltar os posicionamentos contrários a essa escolha de material genético duramente defendidos por Luciano Dalvi (2009, p. 70) e Sérgio Ferraz (2001), que prega o material genético, sendo individual e único, não pode ser transformado em mercadoria, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em relação à caracterização da obrigação assumida pela clínica, pessoa jurídica e não



profissional liberal considerado de forma particular, especificamente pelas clínicas de reprodução assistida, não se tem um posicionamento exato, fazendo-se necessária a análise das disposições contratuais e assim verificando o que foi acordado entre a clínica e o paciente contratante. Porém, Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2009, p. 353) entende que a obrigação contratada seria de resultado, pois a atividade desempenhada pela clínica de reprodução humana assistida é dependente apenas de sua capacitação profissional enquanto prestadora de serviço e de nenhuma circunstância.

Ao inserir as disposições da legislação consumerista no que tange à responsabilização civil das clínicas médicas, Miguel Kfoury Neto (1998, p. 179) apresenta seu posicionamento no sentido de que a elas não se aplicaria o privilégio que dispõe os profissionais liberais quanto à sua responsabilização pessoal, admitindo, portanto, que a responsabilidade das clínicas e hospitais pela prestação de serviços médicos é apurada objetivamente, havendo apenas a necessidade da prova da ocorrência do dano.

Em seguida, cita decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tomada com base em outros doutrinadores, que sustenta, com fundamento no §3º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que o hospital demandado não teria a obrigação de provar a culpa do médico funcionário do estabelecimento, aplicando a vantagem disposta no §4º do artigo 14 do referido Código: Responsabilidade Civil – Hospital – Ajuizamento com base no Código de Defesa do Consumidor – Responsabilização objetiva – Inadmissibilidade – Hipótese de exercício de profissão liberal, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico – Necessidade de prova de que o réu agiu com culpa ou dolo – Art. 14, §3º, do referido Código – Recurso não provido (KFOURI NETO, 1998, p. 180).

No entanto, mesmo diante desse precedente, reafirma seu posicionamento, explicando que essa decisão é apenas uma inovação que abre caminho para uma interpretação diferenciada do dispositivo legal citado, pois a questão ainda não chegou em grande escala ao exame do Poder Judiciário (KFOURI NETO, 1998, p. 180/181).

Por sua vez, Rizzatto Nunes (2009, p. 357), analisando o profissional liberal enquanto pessoa jurídica, assevera que, de acordo com os comentários ao Código de Defesa do Consumidor pelos autores do Anteprojeto, se os profissionais liberais se reunissem, perderiam o privilégio legal de serem responsabilizados subjetivamente (art. 14, §4º, do CDC). Explica, também, que existe a possibilidade de vários profissionais liberais se reunirem, originando uma clínica ou um hospital, por exemplo, apenas como o fim de “efetuar uma melhor organização fiscal de receitas e despesas, sem nenhuma intenção de deixar de ser profissional liberal”, motivo pelo qual a tal estabelecimento poderia ser aplicada a responsabilidade subjetiva. No entanto, ao exarar o seu próprio entendimento, afirma que a responsabilidade civil das clínicas e hospitais continuaria sendo apurada de forma objetiva, pois, de modo diverso, ocasionaria uma violação ao sistema do Código de Defesa do Consumidor, sob a alegação de empresas prestadoras de serviço no sentido de que determinado dano tenha sido causado por funcionário seu, profissional liberal, e, desse modo, poderem aproveitar da prerrogativa que estes dispõem.

Já Luciano Dalvi (2009, p. 57) explica que, em razão da possibilidade de, na prática da reprodução assistida, tanto homóloga quanto heteróloga, ocorrerem fertilizações que comprovem erros médicos, estranhas e até mesmo antiéticas, bem como no caso de o erro ser tão grave que comprometa a saúde da gestante, a responsabilização da clínica contratada com base no Código de Defesa do Consumidor é plenamente cabível.



RESULTADOS E DISCUSSÃO

O primeiro questionamento que se impõe é a possibilidade de a clínica de reprodução humana assistida ser responsabilizada civilmente na hipótese da falta de informação do paciente sobre as consequências e riscos do tratamento de fertilização *in vitro* a ser realizado, ou, no caso de as informações terem sido dadas de modo a não permitir a sua compreensão total. Também, discute-se a possibilidade de a clínica responder por dano causado à gestante e/ou ao filho gerado e/ou ao próprio casal paciente, dano esse causado por erro técnico ou prático cometido na prática da reprodução assistida. No mesmo diapasão, levando-se em consideração a prática de reprodução assistida heteróloga, examina-se a possibilidade de a clínica de reprodução assistida responder pela falta de manutenção de características fenotípicas (cor de cabelo, cor dos olhos etc.) bem como pela ausência de compatibilização racial e imunológica entre o doador e o casal que se interessa pela fertilização.

Passando-se à análise da possibilidade da ocorrência de tal responsabilização e como tal deve se dar, o primeiro assunto relacionado traduz-se na averiguação se a obrigação contratada seria uma obrigação de meio ou de resultado, pois é tal diferenciação que dá lógica ao sistema contratual, mormente quando se cuida de responsabilização pelo descumprimento de alguma obrigação pactuada. Por conseguinte, deve-se analisar a classificação da responsabilidade civil propriamente dita, se será considerada como objetiva ou subjetiva.

Entrando na seara do Código de Defesa do Consumidor, em primeiro lugar se impõe a necessidade de se fazer o real enquadramento do paciente contratante com a clínica de reprodução assistida como consumidor, colocando-o como destinatário final do serviço, conforme define o artigo 2º. Após, importante demonstrar se o conceito de fornecedor estabelecido no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor pode ser aplicado às clínicas de reprodução assistida. Feito isso, realiza-se uma apreciação técnica da aplicação do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor nessas situações, o qual trata da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.

De tal maneira, resolvendo os problemas e questões propostas em relação à possibilidade e hipóteses de responsabilização das clínicas de reprodução assistida em relação aos seus pacientes, contratantes, considerados como consumidor, demonstram-se à sociedade os riscos que correm realizando a reprodução humana assistida, a legislação que os ampara e, aos profissionais que desempenham o serviço, a necessidade de serem os mais cautelosos possíveis ao realizar o procedimento propriamente dito, a fim de que não sofram as sanções descritas na legislação civil e consumerista.

CONCLUSÕES

Da pesquisa realizada notou-se que ainda falta uma estreita regulamentação legal para o assunto em pauta, o qual é envolvido por muitas questões polêmicas que necessitam de respostas concretas por parte também da doutrina e da jurisprudência, já que em nenhuma das questões abordadas encontrou-se um consenso geral, um parecer sobre o tema que possa ser aplicado a qualquer caso que se apresente.

Por esta razão, há diversas opiniões sendo discutidas na doutrina e na jurisprudência, não havendo um consenso sobre a responsabilização das clínicas de reprodução assistida enquanto pessoa jurídica, assim como sobre a aplicação do privilégio assegurado aos profissionais liberais pelo art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Mesmo assim, o que se pode compreender como mais justo é que, para que as clínicas de



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

reprodução assistida sejam responsabilizadas por algum prejuízo causado ao seu paciente contratante, não se faz necessária a prova da culpa, mas tão somente o exame da ocorrência do dano e do nexo de causalidade deste com o serviço prestado pela referida clínica. Consequentemente, estando a clínica de reprodução assistida sujeita à responsabilidade objetiva e não subjetiva, ou seja, não considerando-a como profissional liberal particular, não lhe é cabível aplicação do benefício contido no artigo 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, em que pese haver entendimentos jurisprudenciais contrários.

Todavia, o que se pode concluir de mais importante é que o Direito do Consumidor pode e deve ser aplicado em relação a essas questões de natureza médica, pois é direito difuso que pode servir para proteger o direito à vida, à saúde e a incolumidade física e psicológica, os quais são protegidos primordialmente pela Constituição Federal, Lei Maior do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

DALVI, Fernando; DALVI, Luciano. **Curso avançado de direito do consumidor**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2001.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercícios**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.



**O AMPARO CONSTITUCIONAL NA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL
URBANA E A FALHA DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Mariana Gasbarra Daniel*

RESUMO: O presente trabalho aborda sucintamente a questão dos registros públicos, principalmente no que concerne aos imóveis e a validade das normas constitucionais e infraconstitucionais que regulamentam o direito de propriedade perante a caracterização de fraude a execução. Proporciona a visualização das garantias constitucionais que incidem sobre o direito de propriedade demonstrando a inobservância destas normas por operadores do direito que acabam prejudicando terceiros de boa-fé que, muito embora, gozem do direito de propriedade, da segurança jurídica e tenha perfectibilizado o ato jurídico, por mero entendimento equivocado, vêem seu bem expropriado. Questiona-se qual o objetivo jurídico do registro público e qual a sua finalidade. Demonstra o sistema de aquisição de propriedade germânico, cujo modelo deu alma ao sistema brasileiro, onde aquele é perfeito e este é falho, enquanto um torna o imóvel adquirido intocável e o outro e permite constrição judicial por lacuna deixada pelo legislador. Embora a nova lei de execução estreite tal lacuna, esta continua a existir provocando insegurança jurídica, afrontando diretamente os direitos fundamentais previstos pela constituição federal de 1988 e, conseqüentemente vindo a provocar insegurança jurídica na aquisição de imóveis.

PALAVRAS-CHAVE: garantias constitucionais; registro público; segurança jurídica; terceiro de boa-fé; validade.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema cujo cerne pertence ao amparo Constitucional da propriedade imóvel urbana e as lacunas normativas deixadas pelos legisladores nos códigos pertinentes. Como bem dizia Tércio Sampaio Ferraz Jr. que, o direito seria, segundo ele, um dos fenômenos mais notáveis na vida humana, pois compreendê-lo seria compreender à nós mesmos; compreender que nossa Lei Ápice protege a liberdade inerente ao cidadão brasileiro de diversas formas, protege o direito de propriedade que intrinsecamente garante-nos uma vida digna ou melhor dizendo, nas palavras do professor Luiz Edson Fachin “a existência humana digna é um imperativo ético que se projeta para o Direito na defesa de um patrimônio mínimo”.

A luz do Direito Civil e Processual Civil brasileiro encontramos questões que merecem cuidadosa atenção dos juristas, vez que a falta de observações pode vir a resultar em danos irreparáveis ao nosso ordenamento jurídico por abalo ao Princípio da Segurança Jurídica e inobservância do ato jurídico perfeito; vendo-se, o cidadão, perder seus direitos fundamentais e impossibilitado de gozar da tão aclamada dignidade da pessoa humana.

Restam prejudicados aqueles que repentinamente encontram-se envolvidos em demanda alheia por aquisição de um bem móvel ou imóvel. Com o advento da Lei 11.382 de 07 de dezembro de 2006, percebeu-se a preocupação do legislador em cuidar desta falha normativa inserindo alguns artigos no novo código processual dentre os quais de maior relevância é o artigo 615-A. Contudo, os magistrados não tiveram a mesma preocupação na aplicação do mesmo, principalmente nos momentos em que lhes cabiam analisar a ocorrência de fraude de execução em respectivos casos, decidindo de forma equivocada a ineficácia da alienação do bem em questão.

* pós-graduanda em Direito Constitucional pela Universidade Estadual de Londrina - UEL, mariana_daniel@hotmail.com



Evidenciou-se ainda mais, tal situação, que à pouco veio o STJ a sumular o já previsto no parágrafo 3º do referido artigo; porque haveria necessidade de se editar uma súmula de matéria já regulamentada por lei ordinária? E, ainda qual o objetivo de existirem duas normas distintas regulamentando um mesmo fato? Erros existem e são à nós, observadores das normas, evidentes, porém, o que não admiti-se é que os efeitos surtidos por defeito legal venham a afrontar garantias fundamentais dos cidadãos, ainda mais quando estas são protegidas por cláusulas pétreas.

O foco do plano de trabalho está vinculado, sucintamente, em três pontos descritivos críticos de irregularidades existentes em nosso ordenamento jurídico: apontando primeiramente a ausência de segurança jurídica que causa a decisão dos magistrados ao decidirem de forma diversa daquela prevista em lei; em uma segunda análise pouco mais técnica a veracidade da afirmação de as Escrituras e Registro Públicos possuem efeito *iuris tantum* e a repercussão dessa presunção relativa dos documentos cartorários no âmbito jurídico e em terceiro lugar aponta a inexistência de legislação que proíba a alienação de bens caso o alienante esteja sofrendo execução de dívida.

REVISÃO DE LITERATURA

Inicialmente definiu-se o tema a ser abordado no presente trabalho e conseqüentemente foram realizadas leituras de artigos doutrinas e jurisprudências sobre o assunto. Para que fosse possível se atingir o objetivo da pesquisa, devido a escassez de material que abordasse tal tema a internet também foi utilizada como ferramenta de pesquisa, além de entrevistas com magistrados e tabeliões, e revistas jurídicas, doutrinas e jurisprudências, sendo analisados de forma crítica. Tal pesquisa visa atingir o universo jurídico em seu todo e aqueles que vierem a adquirir ou já adquiriram, de qualquer forma bens imóveis passíveis de serem registrados nos C.R.I's.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados obtidos foram a concretização de possíveis soluções para os problemas abordados no presente trabalho.

Através do presente abordou-se uma discussão analítica sobre a problemática encontrada no direito civil e processual civil, mais especificamente, a penhora de bens imóveis privados urbanos após a aquisição destes por terceiros de boa-fé e conseqüentemente a caracterização de fraude à execução, indagando-se ainda a validade do registro públicos nestes casos, em que acabam sendo ignorados pelo ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

Diante do texto constitucional vigente, pode-se obter uma das principais conclusões extraída do princípio da indeclinabilidade do juíz, este não pode deixar de apreciar pedido que preencha os requisitos e pressupostos legais e processuais, podendo assim ocasionar uma lide temerária, onde o credor pode alegar fraude à execução, e o juíz por presunção concede e limita de tal forma a aquisição de bens, envolvendo o terceiro de boa-fé em uma demanda que pode acabar na constrição de seu bem. A Lei deve proteger o direito do credor, mas não em detrimento do direito de terceiro, que deve ser amparado legalmente, *ita lex decit*. Por outro lado, apresenta-se bastante assentado na jurisprudência, como meio alternativo de garantia do credor quirografário, o “protesto contra alienação de bens”, meio eficaz e célere de garantir o resultado da execução, no



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

entanto, pouquíssimo usado na prática, configurando uma das falhas (por parte do credor) que levam ao envolvimento de terceiros.

REFERÊNCIAS

CAHALI, Y. S. Fraudes contra credores : fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal, fraude à execução penal. Yussef Said Cahali. 3. ed. Ver. e atual. com o novo código civil. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2002.

CENEVIVA, W. Lei dos registros públicos comentada. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FACHIN, L. E. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. 2ª ed. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Zulmar. Curso de direito constitucional – Londrina: 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008.

FACHIN, Zulmar. Teoria geral do direito constitucional – Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006.

MARK, T. Curso elementar de direito romano. 8 ed. – São Paulo: Saraiva, 1995.

MELO, M. A. S. de. Breves anotações sobre o Registro de Imóveis. Jus Navegandi, Teresina, ano 8, n. 429, 9 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5669>>. Acesso em: 17 mar. 2008.

OLIVEIRA NETO, R. A. de. *Mancipatio*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 778, 20 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7174>>. Acesso em: 01 nov. 2007.

PONTES, V., 1916 – 1981. Registro de imóveis: comentários aos arts. 167 a 288 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Valmir Pontes. São Paulo: Saraiva, 1982.

SABATOVSKI, E. Código de normas da corregedoria geral da justiça do Paraná. Emílio Sabatovski, Iara P. Fontoura. Curitiba: Juruá, 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante./ Marcelo Alves Dias de Souza./ 1ª ed. (ano 2006), 3ª reimp./ Curitiba: Juruá, 2008.

TAVARES, André Ramos. Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006 / André Ramos Tavares. – 2. ed. São Paulo: Método, 2007.



INTERDIÇÃO CAUTELAR DA PROFISSÃO DO MÉDICO

Mariana Franciscani Alves *

RESUMO: O presente trabalho trata, em linhas gerais, sobre a interdição cautelar do exercício profissional do médico. Salienta a importância da profissão do médico perante a sociedade, bem como apresenta toda legislação que norteia a atividade médica, como o Código de Ética Médica. Destaca os principais atos praticados pelos profissionais da medicina, assente aos fundamentos e princípios que devem existir na relação entre o médico e seu paciente, na busca de uma humanização no tratamento da saúde. Levanta considerações acerca da responsabilidade do médico diante das consequências danosas de seu proceder. Outrossim, trata sobre a responsabilização do profissional perante os Conselhos de Medicina, ressaltando as atribuições e competências destas instituições, além dos procedimentos do processo ético-disciplinar que pode ser instaurado perante elas contra os profissionais. Por fim, aborda a Resolução do CFM de nº 1.789/2006, que permite aos Conselhos de Medicina aplicar a interdição cautelar do exercício profissional, concluindo-se que esta se perfaz àqueles profissionais médicos sobre os quais pendem graves acusações de que tenham desempenhado irregularmente a sua profissão, para impedir que provoquem dano irreparável ou de difícil reparação caso continuem a exercer a Medicina enquanto estiver correndo seu processo ético-disciplinar nos Tribunais de Ética.

PALAVRAS-CHAVE: Interdição Cautelar; Erro Médico; Responsabilidade; Conselhos de Medicina.

INTRODUÇÃO

A interdição cautelar do exercício profissional do médico é uma medida determinada pelo Conselho Federal de Medicina em sua resolução de nº 1.789/2006, com o escopo de impedir que aqueles profissionais médicos, sobre os quais pendem graves acusações de que tenham desempenhado irregularmente a sua profissão, ajam de forma a acarretar dano irreparável ou de difícil reparação, caso continuem a exercer a Medicina.

Os Conselhos de Medicina são os órgãos de cúpula da classe médica, sendo considerados como autarquias de direito público que têm a função precípua de julgar e disciplinar a profissão. Inclusive cabe a eles a formulação do Código de Ética Médica e do Código de Processo Ético-Profissional que regerá todos os processos éticos disciplinares em trâmite nos Tribunais de Ética. Os direitos e deveres previstos no Código de Ética da classe médica são de observância obrigatória para todo profissional, e serão abordados no presente trabalho com o desígnio de se estabelecer os tipos de erro que o profissional médico pode incorrer, e as sanções previstas para ele em decorrência do dano proveniente de sua ação.

Para que o médico tenha seu exercício profissional interdito, basta que existam comprovadas faltas ético-disciplinares, relativas ao erro cometido pelo médico, baseado na prova inequívoca do procedimento danoso aplicado e verossimilhança da acusação com os fatos constatados.

Diante disto, a fixação do dano em relação aos atos praticados pelo médico exige a comprovação da existência do caráter elementar da culpa na conduta de agir ou omitir do profissional. Provar-se a culpa do médico, sua imperícia, imprudência, ou negligência é o ponto central de qualquer demanda seja ela indenizatória ou administrativa com fulcro no julgamento ético de sua conduta.

* graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Londrina; mari.franciscanalves@gmail.com



REVISÃO DE LITERATURA

Preliminarmente, se faz necessário conceituar o que vem a ser interdição cautelar. Este instituto, nas palavras de Barros Junior (2007, p. 177), pode ser compreendido como uma privação legal do gozo ou do exercício de certos direitos, com o objetivo de assegurar o resultado prático de um processo ou garantir a proteção de um direito que se encontre em eminente risco.

Independente da gravidade do erro cometido, quando comprovado o nexo causal entre a ação do médico e o dano sofrido pelo paciente, e presente na sua conduta uma das modalidades de culpa (negligência, imprudência ou imperícia) este poderá ser responsabilizado profissionalmente perante o conselho de classe em que tiver realizado sua inscrição, justamente por infringir um dos princípios fundamentais estipulados pelo CEM que é atuar em favor da saúde do paciente com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

As penalidades que podem ser aplicadas ao médico pelo Conselho, após julgada e comprovada sua falta ético-disciplinar, variam conforme a gravidade de sua atuação e a proporção que tomaram as consequências desta. Caso o erro proveniente da ação médica não seja de grande monta, ele pode receber penalidades leves previstas pela Lei, como a simples anotação de advertência em seu prontuário.

No ano de 2002, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (Cremesp), pela primeira vez no Brasil, utilizou o recurso da interdição cautelar do exercício profissional a um médico cuja ação estaria colocando a população em grave perigo. Ausente a previsão específica permitindo ao órgão administrativo aplicá-la, foi indagado à Justiça Federal se sua aplicação poderia ser administrativa ou somente era permitida através de processo judicial. À época, a resposta desta foi no sentido de que era competência dos Conselhos realizar a referida interdição (CALLEGARI, 2009).

Após esse episódio, foram realizadas novas interdições, até que, em 2006, o Conselho Federal de Medicina regulamentou o processo por meio da Resolução CFM 1.789, de 07 de abril 2006.

Assim, tal medida permite aos Conselhos interditar a profissão do médico enquanto estiver em trâmite processo ético-disciplinar para apurar acusação de grave erro cometido pelo profissional, que esteja na eminência de expor a população a risco.

Importante destacar que a Resolução permite a aplicação de tal medida desde que presentes um dos requisitos enumerados pelo seu Art. 2º, ou seja, prova inequívoca do procedimento danoso do médico e verossimilhança da acusação com os fatos constatados, ou fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação caso o profissional continue a exercer a Medicina.

O Art. 5ª da Resolução estipula o prazo de doze meses como prazo máximo em que o processo deve ser julgado pela Comissão de Ética, sendo ao fim definido se o médico terá cassado definitivamente seu exercício profissional.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

O ponto controvertido da temática em estudo é que a Resolução formulada pelo CFM que permite a interdição cautelar da profissão do médico provocou verdadeira comoção no âmbito da classe médica, surgindo várias críticas, principalmente no sentido da norma ser considerada inconstitucional por infringir os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa e da legalidade já que a interdição pode ser declarada com a simples instauração da sindicância junto ao Conselho Regional em que o médico se encontra inscrito, antes mesmo de sua condenação, caso os conselheiros julguem necessário.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Cumula-se a isso os prejuízos que podem ser aferidos injustamente ao profissional interdito e inclusive à sua família, posto que no período em que este foi impedido de trabalhar, ele deixou de tirar seu sustento, não possuindo condições de suprir as necessidades daqueles que dependem dele economicamente.

Por este motivo, caso o profissional que foi interdito seja absolvido da acusação que pesava contra ele, a qual motivou sua interdição, este pode responsabilizar judicialmente, além do representante da denúncia, o Conselho Regional interditando, enquanto pessoa jurídica, bem como cada um dos conselheiros que votaram a favor da interdição, o que pode acarretar vários prejuízos à instituição (BARROS JUNIOR, 2007, p.179).

Discute-se ademais, a legitimidade do Conselho Federal de Medicina para a aplicação desta medida considerada arbitrária por não existir previsão legal na legislação que permita sua atuação de forma cautelosa a lançar mão de medida tão drástica para o profissional médico investigado. Todas as atribuições dispostas pela Lei nº 3.268/57 e pelo Decreto nº 44.045/58 que a regulamenta, devem estar em perfeita e estreita conformidade com os dispositivos ditames constitucionais e legais (BARROS JUNIOR, 2007, p. 177).

Não obstante referidas críticas, a Resolução CFM de nº 1789/2006 vem sendo amplamente aplicada pelos Conselhos de Medicina, e estes possuem o aval da Justiça Federal, que em vários julgados se posiciona a favor da sua aplicação quando presentes os requisitos necessários, além de decidir que os Conselhos de Medicina possuem total autonomia, atribuída a eles pela Lei 3.268/57.

O principal argumento a favor da resolução se sustenta no fato de a medicina brasileira estar atravessando uma grave crise de credibilidade, o que se comprova pelo grande número de demandas que invadem os tribunais e envolvem pretensões indenizatórias derivadas de erros na prestação de serviços médicos.

Tal fato muitas vezes é derivado do falido sistema de saúde pública brasileira que condiciona seus profissionais a atuar em condições sem os mínimos recursos humanos e materiais que possibilitem o digno atendimento que merece o paciente.

Associado a esses fatores, acrescenta-se o grande número de Faculdades de Medicina que se multiplicam sem, entretanto, garantir o nível qualitativo de ensino que deve receber uma pessoa que anseia se tornar médico. Cumulado a isso ainda existe uma grande demanda de estudantes de Medicina que além de não possuir vocação para exercer profissão de tamanha responsabilidade, estão apenas interessados no prestígio e nas possibilidades financeiras que esta pode proporcionar.

Em consequência, os Tribunais de Ética Médica que atuam dentro dos Conselhos de Medicina se encontram abarrotados de denúncias contra seus profissionais, que dão conta de possíveis erros que estes cometeram, causando prejuízo a seus pacientes e desrespeitando o Código de Ética que norteia a profissão.

Neste contexto, em pesquisa realizada junto aos profissionais da classe médica na qual procurou-se saber qual a opinião destes sobre a interdição cautelar que pode ser aplicada pelo CFM, observa-se que todos concordam que esta se faz necessária quando o médico responde por falta grave ou exercício irregular da profissão, principalmente para evitar a exposição de pacientes a riscos.

Da mesma forma, constata-se que os médicos entrevistados consideram que tanto o CFM quanto os CRMS são compostos por pessoas dignas, eleitas pelos pares e que estão em função legal de assumir estas condutas para o benefício da sociedade.

Assim, verifica-se que a interdição cautelar do exercício profissional do médico é medida que se impõe quando os Conselhos de Medicina, após delicada análise das acusações pendentes contra o



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

profissional, constatarem que este pode ocasionar riscos à sociedade, enquanto estiver em andamento seu processo ético-disciplinar.

CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, conclui-se que é cabível aos conselhos, na tarefa de zelar pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão, cassar a inscrição do médico que infrinja indiscriminadamente os ditames do Código de Ética, expondo a sociedade a grave risco.

Considerando-se a morosidade e o tempo que demanda o trâmite do processo ético-disciplinar a ser apurado pelas Comissões de Ética até que seja tomada uma atitude definitiva em relação à atuação ilícita aderida pelo médico, a sociedade não pode continuar exposta às atitudes deste profissional que tende a provocar danos irreparáveis ou de difícil reparação caso continue a exercer a profissão.

Neste cerne, surge a necessidade de ser adotada a medida de interdição cautelar do exercício profissional do médico, formulada pela resolução de nº 1789/2006 do CFM que permite sua aplicação pelos Conselhos de Medicina.

Ao aplicar esta medida, os conselhos proíbem que o médico exerça a Medicina enquanto o seu processo estiver em discussão no Tribunal de Ética. Porém, é lícita sua aplicação somente nos casos em que exista prova inequívoca do cometimento do erro pelo profissional e sua atuação coloque em risco a proteção à saúde e integridade física da coletividade.

Ademais, é necessário ponderar que a interdição cautelar deve ser aplicada com muita parcimônia e bem fundamentada, pois sua aplicação indiscriminada pode resultar em ações precipitadas e em danos injustos ao interditado, caso este seja considerado inocente das graves acusações que pesavam contra ele, ao fim do processo ético disciplinar.

REFERÊNCIAS

BARROS JUNIOR, Edmilson de Almeida. *A Responsabilidade Civil do Médico: uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

CALLEGARI, Desiré Carlos. *Interdição Cautelar do Exercício Profissional. Ética & Justiça*. Ed. 257 - 3/2009. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=1123>>. Acesso em: 11 maio 2011.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de Ética Médica*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 1994.

FRANÇA, Genival Veloso de; FRANÇA JUNIOR, Genival Veloso de; LANA, Roberto Lauro. *Comentários ao Código de Processo Ético-Profissional dos Conselhos de Medicina do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

GIOSTRI, Hildegard Tagessell. *Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

GOMES, Julio César Meirelles. O Atual Ensino da Ética para os Profissionais de Saúde e seus Reflexos no Cotidiano do Povo Brasileiro. *Revista Bioética*, v. 4, n. 1. nov. 2009. Disponível em:



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE
MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/396>. Acesso em: 25 mar. 2011.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Responsabilidade Civil do Médico*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Nelson Figueiredo. *Responsabilidade Ética, Civil e Penal do Médico*. São Paulo: Sarvier, 2006.



DIREITO INTERCULTURAL: desafio para uma ordem jurídica mundial *

Marlene Kempfer**

A partir das conclusões do autor Otfried Höffe em sua obra *Direito Intercultural* (2008) é preciso reconhecer o quanto esta temática é desafiadora e contemporânea, especialmente, para o Direito tal se apresenta, construído sobre base do tradicional conceito de soberania nacional. Ou seja, reúne as normas jurídicas em determinado espaço e tempo e não considera uma possível ordem moral universalista, nem mesmo diante do irreversível avanço do processo de globalização. É preciso assentar bases para um Direito Intercultural, tal qual afirma o autor mencionado, pois tal direito reunirá dimensões que transcendem a própria cultural, assim entendida o conjunto hierarquizado de valores, convicções e norma de ação. A proposta para um direito intercultural pressupõe um diálogo interdisciplinar e transnacional, para estabelecer responsabilidade dos cidadãos frente a um bem comum. As bases normalmente apontadas são a partir das declarações sobre direitos humanos, tanto a francesa, de 1789 (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão) quanto da Organização das Nações Unidas, de 1948 (Declaração Universal dos Direitos Humanos). As críticas quanto a tais parâmetros são severas no sentido de que refletem apenas a cultura ocidental e da modernidade, o que seria uma forma de imperialismo cultural eurocentrista. Portanto, há dificuldades visíveis de ordem política, intercultural e antropológica que obstaculizam a autonomia deste Direito. Além do mais, dificulta, entre outros aspectos, a integração dos povos em níveis regional e internacional. Entre os possíveis caminhos para estes estudos seja admitir a importância de se conviver em sociedades pluralistas e que as interfaces que tornaram a atual a sociedade, inegavelmente, interdependentes possam ser o ponto de partida para identificar valores e normas de caráter universal. O conhecimento antropológico é essencial para buscar esta identidade humana em face deste fenômeno.

* resultado de pesquisa do Projeto DIÁLOGOS JURÍDICOS E FILOSÓFICOS SOBRE A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO; ÉTICA EMPRESARIAL À LUZ DO REGIME ECONÔMICO CONSTITUCIONAL

** mestrado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1995) e doutorado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Atualmente é professora ADJ-D na Universidade Estadual de Londrina, atuando na graduação, especialização e no Mestrado em Direito Negocial. É professora titular da Universidade de Marília-SP na graduação e mestrado. Professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná -Campus Londrina. Atua na área de Direito Público, com ênfase em Direito Tributário, Administrativo e Constitucional.



**AS DECISÕES MANIPULATIVAS DE EFEITOS ADITIVOS NA INTERPRETAÇÃO
CONFORME A CONSTITUIÇÃO**

Nathália Mariáh Mazzeo Sánchez^{*}; Marcos Antônio Striquer Soares^{**}

RESUMO: No decorrer da evolução da doutrina constitucional, o papel cada vez mais relevante das constituições (agora verdadeiras ordens normativas e paradigmáticas da conduta estatal) impôs novas formas de interpretação (e consequente efetivação) do texto constitucional. Nesse sentido, uma das técnicas mais relevantes nesse trabalho criativo do intérprete é o método de interpretação conforme a Constituição, considerada verdadeira forma de controle de constitucionalidade. Mas além do método tradicional (que tinha por limites o respeito à literalidade do texto e à vontade do legislador), a técnica adquiriu novo formato, admitindo decisões manipulativas de efeitos substitutivos e aditivos, que extrapolam o texto da norma, alargando sua hipótese de incidência, para casos não vislumbrados pelo legislador originário. Assim, o presente trabalho tem por objetivo verificar em que medida as decisões manipulativas de efeitos aditivos na interpretação conforme a Constituição extrapolam o poder decisório do Judiciário, invadindo esfera do Legislativo, em verdadeiras decisões políticas, ativistas. Estuda-se, assim, bibliografia autorizada sobre o tema, descrevendo o conceito das referidas decisões manipulativas de efeitos aditivos, bem como a modificação de seu original objetivo, concluindo-se pela desnaturação da técnica da interpretação conforme a Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação conforme a Constituição; Decisões manipulativas efeitos aditivos; Ativismo judicial.

INTRODUÇÃO

O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é sabidamente um dos mais complexos do globo, por mesclar a possibilidade de controle individual, difuso (concreto) da constitucionalidade das normas com o controle concentrado (abstrato). Trata-se do controle híbrido, eclético ou misto. (BARROSO, 2008, p. 65)

Assim, tanto no caso cotidiano apresentado a qualquer juiz de primeira instância, quanto em casos apresentados por legitimados específicos (art. 103, CRFB) ao Supremo Tribunal Federal, pode ser realizada a adequação do ordenamento aos ditames constitucionais.

E, no contrapé das sociedades complexas, que exigem a concretização de direitos e garantias dantes relegados ao ostracismo das constituições meramente políticas, a perfeita correlação da norma ao paradigma constitucional relevou-se questão de grande importância, na qual reside a segurança do respeito às decisões fundamentais de uma nação.

Assim, uma das formas mais emblemáticas (e talvez controvertidas) de controle da constitucionalidade é a interpretação conforme a constituição. Por meio de uma construção doutrinária que repousa exatamente na defesa do texto constitucional e na efetivação das garantias constitucionais, os Tribunais Constitucionais pelo mundo – e, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal – têm adotado uma concepção ampliada do controle de

^{*} Aluna regular (bolsista CAPES) do Programa de Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); nathalia.uel@sercomtel.com.br

^{**} Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); docente do Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL; marcosstriquer@uol.com.br



constitucionalidade através da interpretação conforme a Constituição. Sobre essa postura – que permite a existência de decisões manipulativas de efeitos substitutivos e até aditivos, e sua relação com o papel do Judiciário nas sociedades modernas – é que repousará o presente estudo.

REVISÃO DE LITERATURA

Uma das formas de controle de constitucionalidade utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, tanto no controle concreto quanto no abstrato, tem sido a interpretação conforme a constituição. O fundamento de validade de tal técnica reside na concordância entre doutrina e jurisprudência de que a supremacia da Constituição impõe que todas as normas jurídicas a ela hierarquicamente inferiores sejam interpretadas em consonância com a Lei Maior (MENDES, 2010, p. 1430). Ademais, a lei presume-se constitucional (presunção *juris tantum*), motivo pelo qual pretende-se, sempre, sua manutenção no ordenamento jurídico (NEVES, 1988, p. 145).

O método, porém, tradicionalmente, é de ser admitido sempre que a interpretação dele resultante não viole o texto literal da lei e não altere seu significado de modo a inverter completamente a concepção original do legislador ao editá-lo. É o limite, inclusive, estabelecido pela Corte Constitucional alemã (o *Bundesverfassungsgericht*) em decisões desta natureza (MENDES, 2004, p. 261). Ocorre que, por conta da indeterminação destes limites, a linha que define “interpretação conforme” e “alteração legislativa” é bastante tênue.

Por isso é que, nos casos em que a interpretação conforme a Constituição extrapole os limites a ela estabelecidos e modifique ou alargue substancialmente as hipóteses de incidência do texto normativo, a doutrina italiana tem denominado tais decisões de “manipulativas”. (MENDES, 2010, p. 1430-1431).

Seriam elas decisões por meio das quais o órgão responsável pela interpretação constitucional modifica ou adita normas que sejam submetidas à sua apreciação. Por entenderem que o conteúdo original da norma estaria em contrariedade com a Constituição, o Tribunal modificaria a incidência normativa ou o próprio conteúdo da norma, para adequá-lo às pretensões constitucionais (GUASTINI, 2001, p. 222). As decisões manipulativas, portanto, podem ter dois efeitos distintos, a saber: *a*) efeitos substitutivos e *b*) efeitos aditivos.

As decisões manipulativas de efeitos substitutivos são aquelas em que o juízo constitucional, ao declarar a inconstitucionalidade de determinada norma, o faz somente na parte em que, ao invés de estabelecer tal disciplina, a norma estabeleceu outra, disciplina esta que, se mantida, tornará a norma inconstitucional (MENDES, 2010, p. 1433). Exemplificativamente, o Supremo Tribunal Federal já utilizou de tal técnica na decisão da ADI-MC 2.332/DF, de relatoria do então Ministro Moreira Alves (caso em que, inclusive, foi vencido o relator nesse ponto), quando o Supremo decidiu que a expressão “de até seis por cento ao ano” constante do art. 15-A do Decreto-Lei n. 3.365 de 21 de julho de 1941 deveria ser substituída pela “diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença”. Assim, para adequar a interpretação da norma à pretensão constitucional, foi substituída parte do texto original por outro, de acordo com a concepção exarada pela Corte Constitucional.

Por sua vez, as decisões manipulativas de efeitos aditivos têm sido conceituadas pela doutrina como aquelas nas quais a declaração de inconstitucionalidade da norma não se restringe a dela extrair aquilo que é contrário à Constituição, mas a alargar o texto da lei, para nele incluir outras hipóteses dantes não previstas (MENDES, 2010, p. 1432).

No caso brasileiro, as decisões manipulativas aditivas têm sido incorporadas ao sistema tanto por meio do controle concentrado de constitucionalidade (através do método de interpretação conforme a constituição em ações diretas) como por meio do controle difuso (operado no caso



concreto, através dos remédios constitucionais individuais, como o mandado de injunção). No primeiro caso, exemplo notável é o da ADPF-QO 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que foi admitida (ao menos em caráter liminar) a possibilidade de interrupção da gravidez nos casos de fetos comprovadamente anencefálicos, numa interpretação aditiva do art. 128 do Código Penal. Já no segundo caso, emblemática foi a decisão que, em sede de mandado de injunção, determinou a aplicação da Lei n. 7.783/89 (que dispõe sobre a greve na iniciativa privada) aos servidores públicos, estendendo de forma aditiva o âmbito de incidência da norma. Outro exemplo de notório caráter manipulativo aditivo foi a decisão proferida no RMS 22.307, que estendeu o âmbito de incidência de norma que concedeu revisão de vencimentos a um grupo determinado de servidores públicos (militares), para abarcar outro grupo não mencionado na referida lei (civis).

Decisões desta natureza têm sido correntes na jurisprudência de países tais como a Itália, Espanha e Portugal. São decisões que respondem, conforme Augusto Martín de La Vega (2003, p. 229-230), a anseios comuns em quaisquer sistemas de controle de constitucionalidade, por conta de alguns fatores inegavelmente comuns às ordens constitucionais modernas, como por exemplo: *a*) o caráter programático das Cartas Constitucionais, com maior natureza política e que objetiva o desenvolvimento social; *b*) a manutenção de um ordenamento jurídico-positivo infraconstitucional com resquícios autoritários; e *c*) a crescente incapacidade do Legislativo para responder prontamente às exigências constitucionais e à adequação do ordenamento preexistente à nova ordem constitucional.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Verificada a prática jurisdicional (no caso do Supremo Tribunal Federal) em permitir a inclusão na norma de hipóteses dantes nela não previstas, a problemática que se coloca é a da legitimidade democrática de tais decisões.

Por meio do método de interpretação conforme a Constituição – que inicialmente cingia-se à fixação de interpretação escorreita do dispositivo legal – o tribunal supremo do país tem alargado – quando não construído – o âmbito de incidência da norma, nela instituindo casos sobre os quais o legislador não se manifestou.

Trata-se de decisões ativistas, definidas por Barroso como uma forma de “[...] participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.” No Brasil, o constante preenchimento de lacunas legislativas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a imposição de obrigações de fazer ao Estado (em especial na área da saúde) têm refletido a posição ativista dos juízes.

É bem verdade que as Teorias Positivistas do Direito parecem, ao menos à primeira vista, já não acompanharem as necessidades de uma sociedade voltada à persecução dos objetivos prometidos nas Constituições modernas. No entanto, mesmo as concepções mais modernas do Direito (tais como a do Direito como integridade formulada por Ronald Dworkin) deparam-se com o problema da legitimidade democrática do Poder Judiciário.

CONCLUSÕES

O controle de constitucionalidade pelo método da interpretação conforme a Constituição constitui-se em forma hábil à manutenção do texto constitucional, sem violação da norma que, por questão de segurança jurídica e respeito à construção constitucional, poderia ser retirada do



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

ordenamento jurídico. Ocorre que, originalmente, o método foi concebido com os limites de respeito ao texto original e à vontade do legislador, o que impediria a atuação legislativa do Judiciário, em verdadeira infração à tripartição dos poderes.

No entanto, a modificação do método, que levou à construção das decisões manipulativas de efeitos aditivos importa em verdadeira criação legislativa, inovando para os casos em que o legislador originário jamais havia concebido. Nesse sentido, emblemáticas foram as decisões do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, conforme mencionado acima, alargando sobremaneira o campo de incidência de determinadas normas e, em outros casos, criando novas regras jurídicas dantes inexistentes. Se de um lado, a pretensão judiciária repousa na tentativa de realização da justiça no caso concreto, de outro a postura ativista demonstra, no mínimo, problemas da ordem da legitimidade democrática do Judiciário, que se infiltra nas funções ordinárias do Legislativo.

Conclui-se, portanto, pela desnaturação do objetivo principal de criação do método de interpretação conforme a constituição.

REFERÊNCIAS

BARROSO. Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2011.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 25 ago. 2011.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2232-2*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2332&processo=2332>>. Acesso em: 21 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54-8*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Acesso em: 15 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso ordinário em mandado de segurança n. 22.307-7/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115796>>. Acesso em: 07 out. 2011.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 2001.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE
MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

LA VEGA, Augusto Martín. *La sentencia constitucional em Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.



APLICAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS COMO CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA

Rafael de Souza Borelli^{*}; Marcos Antônio Striquer Soares^{**}

RESUMO: O presente trabalho apresenta, em linhas gerais, três noções fundamentais: os direitos fundamentais aplicam-se nas relações entre particulares; o vínculo obrigacional (negocial) tem a natureza de um ‘processo privado’; o direito fundamental de acesso à justiça implica a redução das barreiras de entrada no Poder Judiciário, principalmente no que diz respeito a contendas que usualmente não alcançam os Tribunais. Neste sentido, unem-se as três idéias centrais para verificar-se o seguinte: uma vez estabelecido que os direitos fundamentais vinculam os particulares e que a obrigação também pode ser vista como um processo, nada mais natural do que a existência do direito a um ‘devido processo privado’. Isto posto, a nova visão do acesso à justiça, que conclama a diminuição de barreiras ao ingresso no Poder Judiciário, também implica na possibilidade de que particulares que tiveram seu direito ao devido processo privado violado, ingressem no Poder Judiciário com suas demandas.

PALAVRAS-CHAVE: Vinculação dos particulares a direitos fundamentais; obrigação como processo; acesso à justiça; devido processo.

INTRODUÇÃO

O presente estudo buscará fincar três premissas: i) os direitos fundamentais são aplicáveis aos particulares, de maneira indireta; ii) a obrigação (ou o negócio jurídico) pode ser considerada um processo; iii) para se concretizar o acesso à justiça é necessária a aplicação do devido processo legal nas relações entre particulares.

Para tanto se analisarão, perfunctoriamente, as bases da teoria da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, a teoria da obrigação como processo de Couto e Silva e as ondas do acesso à justiça, como preconizadas por Cappelletti e Garth.

REVISÃO DE LITERATURA

Para melhor compreender o que se busca mostrar aqui, é preciso partir da premissa, de que o vínculo obrigacional não é estático, e sim dinâmico. Isto estabelecido é possível valer-se da perspectiva de Couto e Silva (1976, *passim*) o qual via a obrigação como um processo, expressão esta que denota o caráter dinâmico da relação obrigacional, revelando as diversas etapas que transcorrem, de forma interdependente, com o desdobramento da relação obrigacional. Tal posicionamento é coadunado por Judith Martins-Costa (1999, p. 394-396), a qual identifica que a relação obrigacional desenvolve-se, de fato, como um processo “polarizado pelo seu adimplemento, que é o fim que a dinamiza e atrai”. A autora caracteriza a obrigação como um vínculo jurídico revestido de complexidade e dinamicidade, composta de um conjunto de situações jurídicas, como direitos subjetivos, deveres jurídicos, poderes, pretensões, ônus

^{*} Bacharel em Direito pela UEL; Especialista em Direito pela FEMPAR; mestrando em Direito Negocial pela UEL; Advogado. E-mail: rafael.borelli.uel@gmail.com.

^{**} Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor permanente do programa de Mestrado Negocial da UEL.



jurídicos, sujeições e exceções. Toda essa gama de situações jurídicas ativas e passivas não permanece estática, isolada no âmbito da obrigação. Está sujeita a interferências externas do tempo, do espaço, e todas as circunstâncias advindas do contexto em que se desenrola. Disso se extrai a complexidade e dinamicidade da obrigação, a qual, segundo os autores mencionados pode ser classificada como uma espécie de processo não jurisdicional.

Já no que tange ao estabelecimento da premissa de que os particulares vinculam-se a direitos fundamentais, tal como o Estado, são necessárias algumas considerações. Na Constituição da República Federativa do Brasil não há, de maneira explícita, menção expressa à vinculação dos particulares a direitos fundamentais, diferentemente de outras Cartas Constitucionais.

No Estado brasileiro, por não haver esta previsão explícita, é preciso que se interprete se dentro de nossa Constituição é possível inferir acerca da vinculação dos particulares a direitos fundamentais. De vários dispositivos constitucionais e de algumas construções teóricas é possível se extrair a validade dos direitos fundamentais ante os particulares.

O primeiro exemplo de construção teórica acerca da possibilidade de extensão aos particulares dos efeitos dos direitos fundamentais é o princípio da supremacia da Constituição, o qual emana da noção de que a Constituição está no vértice do sistema jurídico nacional, conferindo validade ao mesmo, legitimando os poderes políticos na medida em que ela os reconhece e lhes atribui competências (DIREITO, 1997). Por isso, sabendo que é o texto constitucional que atua como pedra angular de todo o resto do ordenamento jurídico, e mais, sabendo que ele determina certas condutas no âmbito, social, cultural e econômico, nada mais natural que pretender que suas ordens também vincularão os particulares, quando estes estiverem transacionando (STEINMETZ, 2004, p. 103-104).

Outro exemplo da construção é a ideia de dignidade da pessoa humana, que é fundamento de nossa República. O valor dignidade humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma ideia apriorística do que é o homem (SILVA, 2003, p. 105). Disso decorre que a ordem econômica tem como desiderato assegurar a todos a existência digna e a realização da justiça social, como proclamado no artigo 170 da Carta Política. Bodin de Moraes entende que a Carta Magna conclama que nas relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecendo ao corolário da dignidade humana como valor cardeal do sistema (MORAES, 2003, p. 105-148). Soromenho-Pires (2011, p. 157-186) aponta ainda que seria ilógico que os direitos fundamentais, erigidos a partir da noção da dignidade humana, situados na base de toda a sociedade, tenham sua eficácia limitada no que diz respeito aos indivíduos.

O terceiro e último exemplo do construto teórico que deve ser realizado para admitir os direitos fundamentais nas relações entre particulares extrai-se do artigo 5º, § 1º da Constituição que estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata. Decorre deste texto normativo que os poderes públicos estão imediatamente vinculados aos direitos fundamentais.

Seria possível afirmar que este dispositivo não autoriza a vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Contudo, alguns direitos fundamentais já vinculam diretamente os particulares, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, entre outros diversos. Por isso, seria um disparate dizer que as normas de direito fundamental não vinculam, imediatamente, também os particulares (STEINMETZ, 2004, p. 123).

Portanto, sem embargo de outros fundamentos, que também poderiam ser aventados, estes são os alicerces no direito positivo brasileiro da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.



Decorre naturalmente da ideia da vinculação dos particulares a direitos fundamentais e da ideia da obrigação como um processo não jurisdicional a conclusão de que é necessário que se siga o devido processo legal nas relações obrigacionais, em especial aquelas onde um particular está em ampla situação vertical perante o outro (associação em face do associado; cooperativa em face do cooperado; etc).

A terceira premissa citada no início do trabalho é de que a aplicação do devido processo legal nas relações entre particulares (junção da ideia de vinculação dos particulares a direitos fundamentais e da ideia da obrigação como um processo) seria um corolário do acesso à justiça.

Neste diapasão mostra-se imperioso categorizar o que seria ‘acesso à justiça’, em nossa atual concepção. Cappelletti e Garth (2002, p. 13) já apontaram que acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental, e sim que deve ser o ponto central do moderno estudo do processo. Os autores notaram que existem diversas barreiras ao acesso à justiça, as quais são altamente pronunciadas para os pequenos litigantes e para a proteção dos interesses coletivos (2002, p. 28-29). Nesta linha, Cappelletti e Garth vislumbraram três ondas renovatórias do acesso à justiça (com fins de aumentar a participação popular em juízo): i) assistência judiciária para os pobres; ii) representação dos interesses difusos; iii) amplo acesso à representação em juízo (2002, passim). No presente estudo, o foco é na terceira onda, ou seja, alargamento do acesso à justiça onde anteriormente o mesmo não existia, ou seja, no âmbito das violações de direitos fundamentais por particulares.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Estabelecidas as premissas acima, necessário verificar no que implica a incidência do devido processo legal nas relações obrigacionais. Para isso é necessário extrair o que significa devido processo legal.

Cruz e Tucci pontua que o devido processo legal se desdobra nas garantias: a) do acesso à justiça; b) do juiz natural; c) igualdade de armas; d) da plenitude de defesa; e) da publicidade e motivação dos atos processuais; f) da duração razoável do processo; (1999, p.259-260). A posição do autor é interessante e será usada para fundamentar a proposta aqui realizada..

Usando-se a lição de Cruz e Tucci, extrai-se que nos ‘processos privados’, como, por exemplo, a imposição de multa a condômino, deverá ocorrer o seguinte: possibilidade do condômino recorrer à assembleia geral (‘juiz natural’) após a imposição de sanção; possibilidade do condômino apresentar suas razões defensivas perante a assembléia, de forma apta (paridade de armas e plenitude de defesa); impossibilidade de aplicação de multas ou penalidades imotivadas, apenas por decisão da maioria da assembleia (motivação).

Disso extrai-se que caso haja violação a qualquer das normas acima apresentadas, será possível ao particular que teve violado o seu direito ao ‘devido processo privado’ poderá provocar o Judiciário para sanar a lesão.

CONCLUSÕES

Como visto no trabalho, atualmente o estudo da ciência processual passa necessariamente pelo estudo do acesso à justiça. Aqui não foi diferente. Percebeu-se, inicialmente, que a partir do momento em que se extrai que os direitos fundamentais são aplicáveis nas relações entre particulares e que a obrigação, com sua natureza dinâmica, pode ser considerada um processo paraestatal, nada mais óbvio que se crie uma disciplina jurídica do ‘devido processo privado’.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Em seguida, notou-se que o estudo do ‘devido processo’ privado implica, de maneira mediata, num possível ingresso dos cidadãos no Poder Judiciário a partir do momento em que esse devido processo privado tenha sido violado, possibilitando a efetivação da terceira onda renovatória do acesso à justiça (ampliação do acesso à justiça em geral) como preconizada por Garth e Cappelletti.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH; Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: 2002, Sergio Antonio Fabris.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Breves notas sobre o primado da constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 209, p. 19-41, jul./set. 1997.

MARTINS-CONSTA. Judith Martins. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: o substrato axiológico e conteúdo normativo. in SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-148.

SILVA, Clóvis V. do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOROMENHO-PIRES, Antonio Carlos de Sousa. Intimidade, personalidade e a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 75, p. 157-186, 2011.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia do processo sem dilações indevidas: garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.



A IMPLEMENTAÇÃO DAS VARAS AGRÁRIAS COMO MECANISMO DE ACESSO À JUSTIÇA

Roberto de Paula*

RESUMO: Trata de aspectos fundamentais ligados à instituição da Justiça Agrária, primando pela formação de juízes com mentalidade agrarista. Concebe a questão agrária, o acesso à terra e a legitimidade da reivindicação dos Movimentos Sociais Camponeses sob a óptica da efetivação dos fundamentos da República Federativa do Brasil: cidadania, dignidade da pessoa humana (CF88, art. 1º, II e III). Conclui que somente com uma Justiça Agrária é que se efetivará o princípio constitucional da função social da propriedade, corrigindo distorções que acirram ânimos, provocam conflitos e obstruem a Reforma Agrária. Concebe o mecanismo das Varas Agrárias como mecanismo de acesso à Justiça.

PALAVRAS-CHAVES: Varas Agrárias; Justiça Agrária; Cidadania; Direito

INTRODUÇÃO

O Brasil é palco de conflitos agrários. Para mediar esses conflitos prevê alguns mecanismos no âmbito do Poder Judiciário. No presente se abordará a temática acerca das Varas Agrárias Especializadas, dos juízes agrários e da necessidade de se implantar a Justiça Agrária. Desde uma visão concreta, sonda-se se a instalação das varas agrárias tem potencialidade de dirimir conflitos agrários. Neste sentido, se tomará como ponto de referência a realidade do Estado do Pará. Mais especificamente, ainda, a atuação prática da Vara Agrária Especializada de Marabá. Assim, destaca o processo histórico e a legislação agrária que consolidaram o nascimento do latifúndio no Brasil. Perpassa, brevemente, pela História do Brasil, tendo como tema transversal a questão agrária. Propõe a possibilidade de resolução dos conflitos coletivos pela posse da terra e situação de exclusão do trabalhador rural com a criação e instalação da Justiça Agrária.

REVISÃO DE LITERATURA

A judicialização da Questão Agrária no Brasil é recente se comparada ao processo de formação do latifúndio e de resistência do camponato pela posse da terra. Para Celso Furtado “a concentração da propriedade da terra está profundamente enraizada na formação histórica do país” (FURTADO, 1989, P.59). A questão agrária desde sua gênese apresenta distorções sociais e jurídicas que refletem e influenciam o Direito na seara agrária da atualidade. O que ocorreu no Brasil foi a formação de extensos latifúndios e a segregação entre possuidores e marginalizados do acesso a terra, especialmente de indígenas e sem terra, como bem acentua Carlos Frederico Marés (MARÉS, 1989, p.8)., assinalando que tal questão “passa pelo questionamento da natureza humana, pela legitimidade e pela capacidade jurídica dos índios [...]. A maioria dos jusagraristas militantes desposa a tese de que somente com a instituição de uma Justiça Agrária e não com remendos, ainda que na Constituição, é que se alcançará o patamar de total autonomia do Direito Agrário e, conseqüentemente, se forçará o Judiciário a atuar na resolução dos conflitos

* Mestre pela Universidade Estadual de Londrina;



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

agrários. Entretanto, a legislação pátria não deu guarida à proposta dos jusagraristas e rechaçou a implantação da Justiça Agrária. Verifica-se que em dois momentos a Constituição Federal dedicou o Art. 126 a tratar de mecanismos para solucionar ou dirimir conflitos agrários. Assim, primeiramente previu a figura dos juízes agrários e, por fim, a previsão das varas agrárias. Ocorre que, a autonomia jurisdicional do Direito Agrário e a adequada solução dos conflitos agrários só se vislumbram com a criação da Justiça Agrária como ramo especializado. Enquanto tal aspiração não se realiza, a atuação prática da Vara Agrária de Marabá surge como alento e como mecanismo de mediação e solução de sérios conflitos pela posse da terra. A Emenda Constitucional n.º. 45, de 08 de dezembro de 2004, entre outros, veio a alterar o artigo 126 da Constituição Federal de 1988, que passou a figurar com a seguinte redação: Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias. Parágrafo único. Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio.⁶⁶ (CF88, art. 126, BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/.../constituicao.htm>. Acesso: 07 ago. 2011). Numa análise acurada, aclara-se que a intenção do legislador em limitar a matéria e a atuação das varas especializadas a serem criadas “para dirimir conflitos fundiários”, atribuindo apenas competência para julgar as ações decorrentes de conflitos fundiários, que correspondem apenas aos conflitos pela posse ou propriedade da terra. Dessa forma, não se reputa competência às varas para todas as matérias relativas à questão agrária, ou seja, todas as relações decorrentes do solo (agro), a exemplo das causas que concernem à mineração. Trata-se de uma disposição restritiva e de uma resposta pontual às demandas emergidas pela atuação dos Movimentos Sociais, especialmente os camponeses. É de se perguntar o porquê da restrição de competência das varas especializadas, atrelando-as à esfera ordinária ou estadual, deixando de lado a esfera federal. Ora, decorre que na Justiça Federal há, invariavelmente, interesse da União ou de seus entes, ao passo que na Justiça Estadual a presença estatal é mais rarefeita. A interferência dos entes da União obedece ao sabor e alvitre ideológico que orienta o Governo Federal. No caso agrário, reclama a participação do Instituto de Colonização e Reforma Agrária – INCRA -, órgão ligado à Administração Pública Federal, pois, como determinado pela Constituição Federal de 1988, cabe à Justiça Federal julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública forem autoras, rés, assistentes ou oponentes, conforme se depreende da leitura do dispositivo constitucional expresso no artigo 109, I. Nos estados onde não existem varas agrárias, as ações possessórias tramitam na justiça comum por se tratar de matéria determinada pelo Código de Processo Civil. No caso específico do Estado do Pará, as Varas Agrárias no Estado do revelam um pioneirismo legislativo. No ano seguinte à promulgação da Constituição Federal de 1988, já se discutiu o problema agrário e os conflitos decorrentes da posse da terra. A Constituinte Estadual, num primeiro momento, não previu a criação de varas agrárias, mas, acompanhando o texto da Constituição Federal (artigo 126, originário) que estabeleceu como função do Tribunal de Justiça nomear juízes com atribuição específica para a questão agrária. É de se assinalar que a Constituição Estadual ampliou a competência destes juízes (agrários?), para além daquelas funções estabelecidas na Constituição Federal, como, por exemplo para as causas minerárias e para os processos criminais decorrentes dos conflitos agrários. Isso impacta sobremaneira o campo de atuação jurisdicional e, em boa medida, transcende a competência pretendida pela Constituição Federal. Ocorre que, posteriormente, esta competência foi alterada para se adequar à Constituição Federal. Atualmente



a função das varas agrárias é apenas a de julgar os processos relativos aos conflitos coletivos pela posse da terra. A Lei Complementar nº 14, de 17.11.93, da Assembléia Legislativa do estado do Pará regulamentou o disposto no art. 167 da Constituição Estadual e alterou o Código de Organização Judiciária paraense, criando Varas privativas na área do Direito Agrário, Minerário e Ambiental. A referida legislação criou dez varas. Ocorre que, sem logística e infraestrutura, somente duas entraram em funcionamento, ainda que tardiamente e em regime de precariedade. Assim, instalou-se a Vara Agrária na comarca de Marabá, no Sudeste do Estado, e outra em Altamira, na região do Rio Xingu. A primeira a ser estruturada, a de Marabá, foi efetivamente instalada em 06 de junho de 2002, mais de oito anos após a promulgação da Lei Complementar nº 14/93, e, ainda por força de um convênio celebrado com o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, mediante interveniência do Ministério de Desenvolvimento Agrário - MDA. A terceira Vara Agrária foi instalada somente em dezembro de 2004, na comarca de Castanhal, localizada a 70 (setenta) quilômetros da capital, Belém. O fato da previsão legislativa das varas agrárias existirem desde o final da década de 1980 e apenas ter sido instalada em 2001 sinaliza para uma seletividade das políticas públicas, donde se percebe que a Questão Agrária, não obstante os graves conflitos sociais, ainda não figura como prioridade dos governos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Em que pese os entraves enfrentados pelas Varas Agrárias, quais sejam: a precariedade da prestação jurisdicional conferida ao trabalhador rural; a necessidade de especialização do juiz agrário, exigindo dos magistrados uma postura nova e comprometida com o conflito; a expansão científica do Direito Agrário, conclui-se que há algumas atuações pontuais que representam um indicativo interessante no sentido de uma prestação jurisdicional adequada, tais como a atuação da Vara Agrária da Região de Marabá, no Estado do Pará. À guisa de resultado, deve-se sustentar que o objetivo maior da adoção de mecanismos adequados à prestação jurisdicional, seja por meio das Varas Agrárias, é a efetivação dos princípios elevados à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, a saber, a dignidade da pessoa humana (CF88, art. 1º, III), a cidadania (CF88, art. 1º, II). Assim, não se pode aceitar que continue prevalecendo o direito patrimonial sobre os direitos humanos fundamentais, com a abstração de uma da lógica protetora de direitos reais em prejuízo de direitos humanos. O exercício pleno da cidadania, neste contexto, reclama a justiça no campo, e esta passa, necessariamente, pela correção das distorções que ainda perduram na estrutura fundiária brasileira. São exatamente essas distorções que motivam os conflitos, que geram as chacinas, que ceifam vidas, que envergonham a nação.

CONCLUSÃO

Nas linhas e entrelinhas deste deparou-se com questões que, para além de uma pretensa hermenêutica neutral, exige tomada de posicionamento, atitude *sui generis* para esse tipo de trabalho acadêmico. Nesse passo, trata-se muito mais de axiologia do que de hermenêutica, isto é, lida com situações dramáticas de exclusão e de negação da dignidade daqueles que vêm no labor da terra a forma autêntica de sobrevivência. Nesse passo, a proposta da Justiça Agrária ganha dimensão de mecanismo social de efetivação do princípio da função social da propriedade (da terra) e de instrumento de redução de desigualdade social. Tratar da Questão Agrária é vindicar que se coloque na pauta-do-dia a discussão e implementação acerca do Direito fundamental do acesso a terra. Para além de um mera discussão acadêmica, está envolvido aqui a sobrevivência e a subsistência de muitos cidadãos e cidadãs, a constituírem um “patrimônio mínimo” de existir no



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

mundo e ter reconhecido sua dignidade humana. Historicamente, quando se pensa em questão agrária no Brasil, emerge o equivalente: conflito. Juridicamente, tem emergido o equivalente: prevalência do interesse do mais forte (do latifúndio). A atualidade da temática é atestada pela presença na mídia, no imaginário popular expressado nas rodas de conversas e nos tribunais. A polêmica evidentemente vem junto com a paixão causado pelo mesmo. Paixão, tomado no melhor sentido literal: como *pátere*, do latim, que significa sofrimento, doença. Paixão que provoca, que mobiliza os deserdados do chão agrário, num país onde a realidade de sofrimento dos camponeses é presente. Se o Estado, que detém o monopólio da jurisdição, é responsável pela prestação jurisdicional como forma de solucionar e dirimir conflitos, então, impõe como tarefa a este, em última análise, a tarefa não só de exercer o *jus puniendi* advindo do conflito agrário, mas, sobretudo o múnus de implementar instrumentos de Acesso à Justiça, seja por meio judicial ou extrajudicial. Assim, ao lado de uma verdadeira política de Reforma Agrária, dever-se-ia conceber a possibilidade de resolução judicial das demandas advindas pela posse da terra, bem como de prover os órgãos com missão de pacificação social por meio de instrumentos conciliatórios, tais como a valorização da Mediação de Conflitos levada a cabo pelas Ouvidorias Agrárias que atuam no âmbito do INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) nos Estados. A persistente discussão é de que a aplicação efetiva da função social da terra só se efetivará com a instituição da Justiça Agrária. Deve-se sustentar, em vias de conclusão, que o objetivo da instituição da Justiça Agrária é a efetivação de princípios elevados à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, a saber, a dignidade da pessoa humana (CF88, art. 1º, III), a cidadania (CF88, art. 1º, II).

REFERÊNCIAS

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Voto proferido em habeas corpus HC STJ – 4.399/96 – SP.

CUNHA, Euclides da. Os Sertões. Rio de Janeiro: Ed. de Ouro, 2002.

FURTADO Celso. Pequena Introdução sobre o desenvolvimento. São Paulo: Editora Nacional, 1989.

MARÉS, Carlos Frederico. Índios e Direito: O Jogo Duro do Estado. Negros e índios no Cativeiro da Terra. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, jun 1989.



**INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO PARA O
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: RESPONSABILIDADE SOCIAL
EMPRESARIAL E A ISO 26000**

Rodolfo Xavier Ciciliato* ; Elve Miguel Cenci**

RESUMO: O Estado Moderno, a fim de efetivar os direitos e valores constitucionais, deve intervir no domínio econômico. O mercado interno é considerado patrimônio nacional (art. 219 CF/88) e o Estado deverá agir para que a atividade econômica viabilize o desenvolvimento socioeconômico sustentável. A Constituição Federal prevê em seus artigos 225 e 170, VI que o direito ao meio ambiente sadio é um direito fundamental, que o Estado deverá protegê-lo e intervir no domínio econômico para que esta proteção se efetive. Agindo em prol da concretização destes valores constitucionais, o Estado, com base no artigo 174 da CF/88, deverá intervir no domínio econômico, por meio de incentivos, fiscalização e planejamento. As questões que surgem com o processo de globalização e desagregação social alteram o antigo conceito de soberania, bem como mitigam a dicotomia público/privado. Desta forma, a responsabilidade não é apenas do Estado, sendo dividida com Empresas e sociedade civil. Porém, o Estado, como base inaugural do Direito, deverá fomentar a atividade empresarial, para que esta, regida pela racionalidade econômica, possa adotar práticas da Responsabilidade Social em sua conduta. Para que as empresas, de própria iniciativa ou induzidas pela intervenção estatal, possam contribuir para o desenvolvimento sustentável e para a proteção ambiental através da responsabilidade social empresarial, faz-se necessário o estudo detalhado das considerações feitas pela ISO 26000 sobre o tema e analisar qual o seu papel.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento Sustentável; Responsabilidade Social Empresarial; Intervenção Estatal; Domínio Econômico; ISO 26000.

INTRODUÇÃO

O mercado interno compõe o patrimônio nacional, e o Estado, visando concretizar o desenvolvimento socioeconômico e cultural da nação, possui respaldo na Constituição Federal de 1988 para intervir no domínio econômico, valendo-se do artigo 174 do dispositivo constitucional. Para que tal desenvolvimento socioeconômico, mencionado no artigo 219 da CF/88 possa ser alcançado, é necessário que a intervenção estatal no domínio econômico se pautem em valores da ordem econômica-constitucional pátria, expressos no artigo 170 da CF/88 e também observe os objetivos da República Federativa do Brasil (artigo 3º da CF/88).

Neste sentido, é importante compreender as recentes mudanças experimentadas pelo Estado Contemporâneo, analisando quais foram as consequências que tais mudanças acarretaram na atividade administrativa. Ao analisar os anseios da sociedade atual, sociedade esta que experimenta os sabores e dissabores de um mundo globalizado, é necessário compreender que para a efetivação destes anseios, não basta a atuação do Poder Público. Contemporaneamente, a

* Mestrando em Direito Negocial (UEL). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo (IDCC). Bacharel em Direito (UEL). Advogado. Pesquisador em Direito e Bolsista CAPES. Professor. rodolfociciliato@gmail.com

** Doutor em Filosofia pela UFRJ. Mestre em Filosofia pela PUC/RS. Graduado em Filosofia pela UPS/RS. elve@uel.br



sociedade civil e as empresas (3º e 2º setores, respectivamente) também devem agir para que o desenvolvimento sustentável da atividade econômica seja alcançado.

O Estado deve intervir no domínio econômico com ações de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174 CF/88), tendo como objetivo garantir que a atividade empresarial se pautem em valores socialmente responsáveis e que atinjam o desenvolvimento sustentável. Para tal fim, é preciso verificar práticas da chamada Responsabilidade Social da Empresa (RSE), valendo-se, principalmente, do estudo da norma ISO 26000.

REVISÃO DE LITERATURA

Buscando atender a demanda mundial e encerrar com a proliferação de normas sobre Responsabilidade Social, a ISO – International Organization for Standardization – aprova em 2001, através de seu Conselho, uma resolução que ressalta a importância do tema e inicia estudos para análise da viabilidade de se estabelecer normas internacionais nessa área. Tais estudos chegam à conclusão da necessidade do desenvolvimento de uma norma contendo diretrizes sobre responsabilidade social.

Foi decidido que os trabalhos deveriam ter como líderes um país desenvolvido e um país em desenvolvimento, formando assim uma parceria. Cinco foram as candidaturasⁱ e a dupla vencedora foi a parceria Brasil e Suécia, que passaram a presidir e secretariar, respectivamente, os trabalhos para a construção dessa norma internacional.

Após muito trabalho, em dezembro de 2010 é lançada a ISO 26000, tendo como temas básicos o seguinte: a) meio ambiente; b) direitos humanos; c) práticas de trabalho; d) práticas leais de operação; e) governança organizacional; f) desenvolvimento social e; g) questões relativas aos consumidores.

Ponto destacável da norma ISO 26000 é o processo *multistakeholder*ⁱⁱ, que conferiu maior participação de várias entidades na discussão desta norma (CENCI e BANNWART, 2010, p.4590-4594). Frise-se que este processo *multistakeholder* contou com a participação direta de diversas entidades e representantes de vários países, sendo a liderança exercida por uma nação da América (Brasil) e uma nação europeia (Suécia).

Para implementação da responsabilidade social, a norma ISO 26000 estabelece diretrizes embasadas em seus princípios, que envolvem os seguintes conjuntos de atividades: a) entendendo o contexto da responsabilidade social; b) atuando com stakeholders; c) integrando a responsabilidade social nos objetivos e estratégias de uma organização; d) implantando ações de responsabilidade social nas práticas diárias; e) comunicando a responsabilidade social; f) avaliando as atividades e práticas de responsabilidade social; e g) aumentando a credibilidade.

Ao dividir diretrizes em temas centrais, a ISO 26000 dedica um capítulo nuclear ao meio ambiente.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

É preciso analisar a problemática envolvendo o equilíbrio entre proteção ambiental e desenvolvimento econômico, e tratar brevemente formas de Intervenção Estatal em prol da Responsabilidade Social Empresarial, e qual contribuição a ISO 26000 possui neste cenário.

Investiga a análise das possíveis formas de intervenção estatal no domínio econômico em busca da efetivação dos valores da ordem econômica-constitucional, com recorte temático para defesa do meio ambiente e práticas ambientalmente sustentáveis pelas empresas, a partir do fomento de condutas estabelecidas pelo estudo da Responsabilidade Social Empresarial.



Busca-se estudar a Responsabilidade Social Empresarial, utilizando-se a ISO 26000 como principal guia normativo, analisando os mecanismos disponíveis para que o Estado fomente a Responsabilidade Social no domínio econômico, visando, principalmente, o desenvolvimento sustentável, preservação ambiental e o uso racional dos recursos da natureza.

O tema concernente às possibilidades de intervenção do Estado sobre a ordem econômica tem sido discutido já há algumas décadas em razão, sobretudo, das enormes e rápidas transformações que o mundo tem enfrentado, no campo econômico, em decorrência da globalização.

Essas transformações causadas, em grande parte, pelo avanço da atividade econômica e industrial, causaram graves danos ao meio ambiente em escala global. Questiona-se o modelo de produção atual e é necessário que alternativas para solucionar o problema ambiental sejam estudadas.

O assunto mostra-se relevante, pois o tema Intervenção Estatal no Domínio Econômico com vistas ao Desenvolvimento Sustentável através da Responsabilidade Social Empresarial é de grande importância para a coletividade (Estado, Empresas e Sociedade Civil), possibilitando um melhor entendimento do tema.

CONCLUSÕES

Demonstra-se os temas da intervenção do Estado no domínio econômico e do desenvolvimento sustentável passam pela investigação em torno do modelo atual de Estado e seus desafios. Fatores como globalização, complexidade da sociedade, mudanças nos conceitos de soberania e cidadania, além de outras questões igualmente relevantes, colocam em cheque a concepção tradicional do Estado, suas competências e até suas possibilidades. Exemplo dessa tese é a dificuldade que os Estados enfrentam hoje para ditar políticas públicas ou garantir direitos sociais. O mesmo ocorre com a questão ambiental.

Por não dominar plenamente suas competências, resulta desse fato que o Estado tenha que compartilhar funções que eram genuinamente de caráter estatal. Seu novo papel parece ser o de “mediador” e “negociador”, colocado entre novos ou velhos atores, assumindo novas funções e tendo que admitir que não detem mais a exclusividade sobre os direitos sociais. É neste sentido que entram as empresas e a sociedade civil como garantidoras do que mencionam os artigos 170 VI e 225 da CF/88. Os graves problemas decorrentes da degradação ambiental e da escassez de recursos provocaram a necessidade de se pensar um equilíbrio entre meio-ambiente, desenvolvimento econômico e qualidade de vida.

Considerando-se que os problemas que afetam o meio ambiente não conhecem fronteiras, as ações devem assumir escala planetária. O que antes era uma política pensada apenas nos limites geográficos das fronteiras nacionais, agora exige “políticas públicas universais para o desenvolvimento sustentável”. É nesse contexto que o presente trabalho discutiu a ISO 26000.

Antes da ISO 26000, tratamos de um pressuposto fundamental: como a CF/88 pensa a intervenção do Estado no domínio econômico, elemento central para pensarmos a relação entre Estado, sociedade civil e empresa. O Estado pode e deve intervir no domínio econômico, obviamente respeitando a atividade empresarial, para que os demais atores sociais tomem iniciativas que utilizem de forma racional os recursos naturais e promovam o desenvolvimento sustentável. Esta intervenção pode se dar mediante incentivos, o que em tese pode atrair as empresas para que busquem as mesmas políticas pensadas pelo Estado.

O tema do meio ambiente ocupou na Constituição de 1988 um capítulo próprio com o objetivo de assegurar a todos um meio ambiente equilibrado, fundamental para a qualidade de vida de todos.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

Com esse direito positivado, cabe ao Estado, em parceria com a sociedade, garanti-lo para a atual e as futuras gerações.

Os pressupostos elencados ao longo do trabalho levaram à necessidade de o Estado pensar a intervenção no domínio econômico com o objetivo de incentivar condutas ambientalmente e socialmente responsáveis, sem no entanto excluir outros meios. É nesse sentido que o Estado pode fomentar a Responsabilidade Social Empresarial tendo como parâmetro a ISO 26000.

Se a ISO 26000 pode ser utilizada como uma referência para que o Estado possa pensar medidas de incentivo ao desenvolvimento sustentável, como decorrência as empresas passam a exercer um papel central. Da aproximação entre desenvolvimento sustentável e responsabilidade social, temos a empresa sustentável.

Como ressaltado ao longo do texto, é fato que independente de sua localização as empresas provocam impacto sobre o meio ambiente. Nesse sentido é fundamental que as organizações empresariais observem princípios como responsabilidade ambiental, prevenção, gestão dos riscos ambientais e os custos da poluição. Cabe à empresa, portanto, agir estrategicamente para atingir a boa gestão ambiental, isto é, deve a empresa reduzir o impacto de sua ação e aumentar o desempenho socioeconômico, da mesma forma suas ações devem levar em conta o impacto ambiental bem como visar processo de produção mais limpos e eficientes. Igualmente devem as empresas visar a redução do uso de materiais e buscar tecnologias e praticas mais sustentáveis.

Em termos concretos, certas práticas ambientais devem ser levadas em conta, a exemplo da redução da poluição, do uso sustentável de recursos, da mitigação e adaptação às mudanças que acontecem no clima e, também, devem ser adotadas práticas que protejam ou restaurem o habitat natural.

As ponderações levantadas ao longo deste trabalho inserem o direito como mais uma voz em um universo de olhares que se debruçam sobre o tema e urgente e necessário do desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis. *Responsabilidade Social Empresarial e Empresa Sustentável: da teoria à prática*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASSOLI, Marlene Kempfer; CANDIL, Sérgio Luiz. A intervenção do Estado sobre o Domínio Econômico por meio de Fomentos condicionados aos critérios de certificações de sistema de gestão da Responsabilidade Social. In: CONGRESSO NACIONAL DO

CONPEDI, 18., 2009, São Paulo. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 4040-4062. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/Integra.pdf>. Acesso em: 01 out. 2011.

CENCI, Elve Miguel; BANNWART, Michele Christiane de Souza. ISO 26000: Um novo horizonte ética para a empresa. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 4590-4605. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2011.

FIGUEIREDO, Marcelo. A Constituição e o Meio Ambiente: – os princípios constitucionais aplicáveis à matéria e alguns temas correlatos. In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.



II SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE MESTRADOS EM DIREITO DA UEL – ISSN 2179-0760

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ISO/FDIS 26000:2010 (E). *Diretrizes sobre responsabilidade social (Versão Final)*. Disponível em: <<http://www.iso26000qsp.org/2010/12/conheca-iso-26000-em-portugues-versao.html>>. Acesso em: 15 mai. 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

PETTER, Lafayete Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico*. São Paulo: Dialética, 2002.

RIBEIRO, Maria de Fátima; FERREIRA, Jussara S. A. B. Nasser. O Papel do Estado no Desenvolvimento Econômico Sustentável: Reflexões sobre a Tributação Ambiental como Instrumento de Políticas Públicas. In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira. A conflituosidade ambiental do desenvolvimento econômico. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima Ribeiro. *Direito Empresarial Contemporâneo*. São Paulo: Arte & Ciência, 2007.



**O MERCOSUL E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: NORMAS UNIFICADAS
E HARMONIZADAS E O DIREITO COMPARADO**

Victor Hugo Alcalde do Nascimento^{*}; Tânia Lobo Muniz^{**}

RESUMO: O presente trabalho explana a importância do Direito Comparado para os processos de unificação e harmonização das normas de Direito Internacional Privado, no Mercosul. Neste, é imprescindível, para o fortalecimento do mercado comum, ademais da livre circulação de indivíduos, serviços e mercadorias, o livre acesso aos negócios jurídicos, sentenças e laudos arbitrais. Os processos de unificação e harmonização do Direito, neste sentido, auxiliam o aprimoramento de blocos econômicos regionais, assim como, a atribuição de maior segurança jurídica a aqueles institutos. Entretanto, esses processos devem ser executados com a observância do Direito Comparado, que, por sua presunção de semelhança, trata as matérias a serem unificadas ou harmonizadas como problemas idênticos enfrentados pelos Estados, logo, passíveis de idênticas ou semelhantes soluções.

PALAVRAS-CHAVE: Direito comparado; Direito internacional privado; MERCOSUL; unificação e harmonização do Direito.

INTRODUÇÃO

O comércio internacional é fundamental para o desenvolvimento e, pautado na doutrina liberal, advoga a abertura de fronteiras em prol da livre circulação de bens e serviços. Um exemplo é o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), celebrado em 1947, fruto das reuniões de Bretton-Woods. Em prol da tutela do livre comércio, prevê como princípio a cláusula da nação mais favorecida, segundo a qual quaisquer benefícios concedidos a determinado Estado, em termos de vantagens comerciais, devem ser estendidos, reciprocamente, aos demais Estados signatários do acordo. Entretanto, conscientes da disparidade entre Estados conforme a capacidade econômica e a crescente mobilização de nações em organização de blocos, medida pós-guerra com, ademais de fins econômicos, idéias pacifistas, autorizou a formação desses blocos. Blocos econômicos são amparados pela exceção à cláusula da nação mais favorecida, perante a qual os benefícios comerciais concedidos por um dos entes componentes daqueles vige apenas no interior do bloco. Desta prerrogativa, assim como, das vantagens, principalmente econômicas, vislumbradas na formação de blocos econômicos, inicia-se a proliferação do modelo pelos diversos Estados. O Mercosul, exemplar sul-americano, nasce com tal propósito e, nos termos do art. 1º do Tratado de Assunção, de 1991, funda-se na “livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias” (MERCOSUL, 1991), assim como no “compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração” (MERCOSUL, 1991).

A integração regional, portanto, tem como corolário não a mera subtração de impedimentos à circulação dos fatores de produção, mas o aperfeiçoamento jurídico, pautado na harmonização e

^{*} Aluno regular (bolsista CAPES) do Programa de Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); victoralcalde@sercomtel.com.br

^{**} Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); docente do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL); lobomuniz@gmail.com



unificação do Direito. A estes termos, todavia, faz-se mister dissecar, pormenorizadamente, suas distinções, vez que produzem efeitos distintos na esfera prática do Direito.

REVISÃO DE LITERATURA

Do Direito uniforme, Jacob Dolinger os classifica como elaborados de formas espontânea ou dirigida. O primeiro “ocorre quando coincidem os direitos primários de dois ou mais ordenamentos, seja natural e casualmente, seja porque têm a mesma origem, ou porque sofreram influências idênticas, ou, ainda, quando países adotam sistemas jurídicos clássicos” (DOLINGER, 2008, p. 31). O segundo conceito de uniformidade “resulta do esforço comum de dois ou mais Estados no sentido de uniformizar certas instituições jurídicas, geralmente por causa de sua natureza internacional” (DOLINGER, 2008, p. 32-33). Trata-se do Direito fruto de convenções internacionais e incorporada aos ordenamentos domésticos dos Estados.

De equivalente sentido, Werner Goldschmidt aduz que “a unificação compromete que normas de idêntico conteúdo rejam em todos os Estados Partes”⁶⁷ (2009, p. 44-45 – tradução livre). O autor acrescenta que estas normas “podem ser normas indiretas (ou de conflito), normas materiais (substanciais) ou normas processuais. Desde logo também se podem unificar as constitucionais”⁶⁸ (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 45 – tradução livre). Essa concepção de unificação, comparada à de Jacob Dolinger, mostra-se equivalente à unificação dirigida, ou Direito uniformizado, vez que a outra (espontânea) independe de esforços jurídicos em prol da elaboração de um Direito.

A harmonização tem filosofia diversa, apóia-se na equiparação, na compatibilidade de instituições jurídicas e não na igualdade de preceitos normativos, como requer a unificação, a uniformização. Entre unificação e harmonização, Werner Goldschmidt assevera que “este conceito não exclui necessariamente o de unificação. Entretanto, o primeiro é mais flexível que o segundo”⁶⁹ (2009, p. 44 – tradução livre). Este instrumento jurídico requer o emprego do Direito Comparado, vez que “deste surgirá se as diferenças existentes são substanciais ou implicam diferentes determinações ou precisões de princípios semelhantes”⁷⁰ (2009, p. 44 – tradução livre), como expõe Werner Goldschmidt.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O Direito Comparado, entretanto, apesar da ilação apresentada, é passível de utilização em quaisquer áreas para várias fins, como para solver problemas semelhantes que são apresentados à tutela jurisdicional, para a criação de normas, para se aplicar o Direito estrangeiro, ou mesmo na harmonização ou unificação do Direito. Nesta tarefa unificadora, entretanto, o Direito Comparado divide-se, vezes na busca de semelhanças, vezes na procura de diferenças; o equilíbrio entre ambas reside nos interesses pelo qual o ato comparativo é utilizado. Entre ambos, deve-se salientar que “não há possibilidade em comparar o que é idêntico, e menores

⁶⁷La unificación involucra que normas de idéntico contenido rijan en todos los Estados Partes (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 44-45).

⁶⁸ [...] pueden ser normas indirectas (o de conflicto), normas materiales (sustanciales) o normas procesuales. Desde luego, también se pueden unificar las constitucionales (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 45).

⁶⁹ [...] este concepto no excluye necesariamente el de unificación. Empero, el primero es más flexible que el segundo (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 44).

⁷⁰ De éste surgirá si las diferencias existentes son sustanciales o implican diferentes determinaciones o precisiones de principios semejantes (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 44).



possibilidades em comparar o que não tem nada em comum”⁷¹ (DANNEMANN, 2008, p. 384 – tradução livre). Necessita-se, portanto de um equilíbrio que dependerá de uma série de variáveis como o método ou escola do Direito Comparado adotada ou os fins perquiridos na comparação. No rol de escolas do Direito Comparado encontra-se sua versão funcional, criada por Ernst Rabel e defendida por Konrad Zweigert e Hein Kötz, a qual assenta-se no corolário de que “no direito as únicas coisas que são comparáveis são aquelas que exercem a mesma função”⁷² (1998, p. 34 – tradução livre). Trata-se da adoção de um *tertium comparationis* funcional que valer-se-á, conseqüentemente, “seus objetos são geralmente decisões judiciais como respostas as situações reais da vida, e sistemas jurídicos são comparados considerando as várias respostas judiciais para situações similares”⁷³ (MICHAELS, 2008, p. 342 – tradução livre). Ocorre que tal método comparativo orienta-se, fundamentalmente, na presunção da semelhança, ou seja, como ensina Konrad Zweigert e Hein Kötz, “isso nos diz onde buscar no direito e na vida jurídica do sistema estrangeiro necessário para descobrir semelhanças e substitutos”⁷⁴ (1998, p. 40 – tradução livre). A diferença, portanto, é, basicamente, esquecida. Entretanto, esta escola do Direito Comparado mostra-se deveras útil no processo de unificação ou harmonização. Gerhard Dannemann, neste sentido, aduz que “unificar regras jurídicas faz sentido somente se os problemas experimentados pelos sistemas jurídicos envolvem, ao menos, bruscamente similares”⁷⁵, assim como, a “unificação é mais facilmente justificada se as regras nos diferentes sistemas envolvidos produzem idênticos ou ao menos similares resultados”⁷⁶ (2008, p. 402 – tradução livre). Em prol da justa construção empregada na uniformização dirigida, como ocorre em termos de Direito Internacional Privado, deve-se observar um estudo comparado, fundado na comparação funcional, das instituições jurídicas que se deseje unificar. A busca pela semelhança justifica-se, como ensina o autor acima, por duas razões: “primeiro porque a procura por semelhança provê um principio propedêutico, e em segundo, porque a semelhança de resultados faz a unificação fácil”⁷⁷ (2008, p. 402 – tradução livre). No âmbito do Mercosul, não há evidências do emprego de um Direito Comparado funcional. Em matéria de Direito Internacional Privado fora unificado, naquele âmbito, o tratamento da jurisdição internacional em matéria contratual, pelo Protocolo de Buenos Aires, de 1994, que se aplica a contratos internacionais, civis ou comerciais, celebrados entre pessoas naturais ou jurídicas, quando estas tenham domicílio ou sede em diferentes Estados-Membros, e que estas tenham elegido como foro competente um destes Estados. Há normas de Direito Internacional Privado unificadas, também, em matéria de seguridade social, notadamente quanto à determinação da legislação aplicável, previsto no Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul, de 1997. Quanto a condição jurídica do estrangeiro, há normas quanto a extradição, previstas no Acordo de Extradição entre os Estados

⁷¹ There is no point in comparing what is identical, and little point in comparing what has nothing in common (DANNEMANN, 2008, p. 384).

⁷² [...] in law the only things which are comparable are those which fulfill the same function (ZWEIGERT, KÖTZ, 1998, p. 34).

⁷³ [...] its objects are often judicial decisions as responses to real life situations, and legal systems are compared by considering their various judicial responses to similar situations (MICHAELS, 2008, p. 342).

⁷⁴ [...] it tells us where to look in the law and legal life of the foreign system in order to discover similarities and substitutes (ZWEIGERT, KÖTZ, 1998, p. 40).

⁷⁵ Unifying legal rules makes sense only if the problems experienced by the legal systems involved are at least roughly similar (DANNEMANN, 2008, p. 402).

⁷⁶ [...] and unification is more easily justified if the rules in the different systems involved produce identical or at least similar results (DANNEMANN, 2008, p. 402).

⁷⁷ [...] first because the search for similarity provides a heuristic principle, and second because similarity of results makes unification easier (DANNEMANN, 2008, p. 402).



Partes do Mercosul, de 1998. Quanto a resolução de conflitos, destacam-se o Acordo Sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, de 1998, e o Protocolo de las Leñas, quanto ao conflito de competências. Esta pluralidade de tratados internacionais unificadores do Direito Internacional privado demonstram o promissor alcance do processo de integração sul-americano, ao menos na seara jurídica, em oposição às metas econômicas, mas, revelam ou provocam inúmeros desafios. O primeiro reside no fato de que o bloco está orientado no Direito Internacional Público, não em um Direito Comunitário. Há um Direito de integração, “pautado pela simples coordenação de soberanias, onde não existe a intenção de produzir uma integração mais profunda” (GOMES, 2005, p. 132). A vinculação a estes tratados internacionais unificadores está condicionada à vontade política dos Estados e aos preceitos constitucionais destes em matéria de celebração de acordos internacionais. No âmbito espacial do Mercosul, muitos Estados-Membros contemplam, em suas Constituições a possibilidade de uma delegação de competências ampla, assim como a existência de um ente supraestatal. O Art. 145⁷⁸, da Constituição paraguaia, por exemplo, prevê que, em condição de igualdade com os demais Estados, admite uma ordem jurídica supranacional. A Constituição argentina é outro exemplo da possibilidade de aceitação da supranacionalidade, vez que o Art. 75, inciso 24⁷⁹, expressa que os tratados que delegam competências, assim como jurisdição, às organizações internacionais e, que respeitem a ordem democrática e os Direitos Humanos têm hierarquia superior à das leis, em condições de reciprocidade. As demais Constituições dos Estados-Membros omitem-se a este respeito. Nota-se que, embora aqueles textos constitucionais prevejam a hipótese de supranacionalidade, esta está condicionada à reciprocidade dos outros membros. Esta representa a mais atávica forma de justiça, equivalente ao “dar-te-ei o que tu me deres”. Outro problema apresentado na unificação do Direito Internacional Privado pelos Estados-Membros do Mercosul é que muitos já firmaram acordos internacionais unificadores referentes às mesmas matérias versadas pro acordos do Mercosul. Dentre estes destacam-se muitos tratados de Direito Internacional de Montevideo, cujo início deu-se em 1889, assim como, as Convenções de Direito Internacional Privado da Organização dos Estados Americanos, empreitada iniciada em 1976. Essa proliferação de normas convencionais sobre idênticas matérias cria a insegurança dos institutos jurídicos, assim como, a ineficiência dos processos unificadores.

CONCLUSÕES

Do exposto, claro está a necessidade de observância do preceitos do Direito Comparado, notadamente de sua concepção funcional, para a construção de normas de Direito Internacional Privado no Mercosul. A livre circulação de negócios jurídicos, sentenças e laudos arbitrais, devem estar submetidas a normas conflituais jusprivatista, senão idênticas, harmonizadas pelos Estados integrantes do bloco., vez que se confere, desta forma, maior segurança jurídica à execução dos interesses daqueles institutos jurídicos. Ademais de vislumbrar, talvez em demasia,

⁷⁸ **Artículo 145.- DEL ORDEN JURÍDICO SUPRANACIONAL.** La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantiza la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.

⁷⁹ Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes (PARAGUAI).



a presunção de semelhança auxilia a construção de um Direito Internacional Privado unificado ou harmonizado, vez que concebe os problemas enfrentados pelos Estados-membros como idênticos, logo, a unificação ou harmonização, residirá nas soluções àqueles problemas. Confere-se igual ou aproximado tratamento às mesmas questões fáticas. Esta concepção do Direito Comparado conferirá, também, às questões jusprivatistas com um elemento estrangeiro, uma equiparação aos institutos jurídicos quando da aferição da qualificação, caracterização ou classificação. Os processos de unificação e harmonização concebidos com o auxílio do Direito Comparado funcional, entretanto, devem ser adotados conforme uma vontade política estatal unânime, sob pena de co-existirem, no interior do bloco, outras convenções, celebradas com diferentes Estados não membros, versando sobre a mesma matéria.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.dpn.gob.ar/biblio/constitucionnacionalargentina.pdf>. Acesso em: 03 out. 2011.

DANNEMANN, Gerhard. Comparative Law: Study of Similarities or Differences? In: ZIMMERMANN, Reihard; REIMANN, Mathias. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – parte geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*. 10. ed. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 2009.

GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos econômicos e Solução de Controvérsias*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In: ZIMMERMANN, Reihard; REIMANN, Mathias. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

PARAGUAI. Constituição Federal. Disponível em http://www.leyes.com.py/documentaciones/constitucion-nacional-paraguaya/partII_tituloI.php. Acesso em: 03 out. 2011.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1998.

ⁱ Japão e Tailândia, Alemanha e Coreia, Dinamarca e Tanzânia, Alemanha e Colômbia e Suécia e Brasil.

ⁱⁱ Ampla participação de partes interessadas – trabalhadores, consumidores, ONG's, além de observadores – mais de 90 países e 40 organizações internacionais.