

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

01

Madrid/Espanha

2015

ORGANIZADORES

PROF. DR. ORIDES MEZZAROBA

PROF. DR. FRANCISCO JAVIER GARCIA ROCA

Direito Constitucional
Direitos Humanos

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

01

Madrid/Espanha
2015

ORGANIZADORES

PROF. DR. ORIDES MEZZAROBA

PROF. DR. FRANCISCO JAVIER GARCIA ROCA

**Direito Constitucional
Direitos Humanos**



Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

DIRETORIA – CONPEDI

Presidente: Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul: Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior – UFRGS

Vice-presidente Sudeste: Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste: Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu – UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro: Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo: Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto: Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

CONSELHO FISCAL

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta – UFBA (suplente)

Representante Discente: Mestrando Caio Augusto Souza Lara – UFMG (titular)

SECRETARIAS

Diretor de Informática: Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais: Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional: Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica: Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos: Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coelho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional: Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E56

Encontro de Internacionalização do CONPEDI (1. : 2015 : Madrid, ES)

III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid
[Recurso eletrônico on-line];

Organizadores: Orides Mezzaroba, Francisco Javier Garcia Roca. – Madrid : Ediciones Laborum, 2015.

V. 1

Inclui bibliografia

ISBN (Internacional): 978-84-92602-98-8

Depósito legal : MU 1210-2015

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Participação, democracia e cidadania na perspectiva do Direito iberoamericano

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direitos humanos. I. Encontro de Internacionalização do CONPEDI – Madrid/Espanha.

CDU: 34

APRESENTAÇÃO

Durante los días 7 a 9 de septiembre de 2015, celebramos en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el III Encontro de Internacionalização do CONPEDI, en Madrid (España), sobre el tema “Participación, Democracia y Ciudadanía en la Perspectiva del Derecho Iberoamericano”.

La celebración del Encuentro de Madrid, se gestó durante el I Encuentro Internacional en la Universidad de Barcelona, coordinado por el Prof. Dr. Jordi García Viña, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UB.

Para la preparación del evento se nombraron dos coordinadores, por parte española, el Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM, y por parte brasileña, la Profa. Dra. Clerilei A. Bier, del Departamento Administração Empresarial - Esag/Udesc.

Una vez recibido el beneplácito de las autoridades académicas de la UCM se procedió a nombrar un Comité organizar compuesto por:

Dr. Raúl Leopoldo Canosa Usera

Decano de la Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Constitucional.

Dra. Cristina Amunategui Rodríguez

Secretaria Académica de la Facultad. Departamento de Derecho Civil.

Dra. Carmen Otero García Castrillón

Vicedecana de Posgrado y Títulos Propios. Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.

Dra. Rosario Cristóbal Roncero

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Dra. Francisca Moreno Romero

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como es normal en estos eventos internacionales, los trabajos preparatorios fueron muy intenso tanto en Brasil como en España, donde colaboraron tanto el equipo de CONPEDI, como el equipo de colaboradores de la Profa. Bier.

La respuesta de los profesores doctores brasileños fue excelente, presentado más de 400 trabajos para su evaluación. Igualmente la respuesta de los profesores de la

Facultad de Derecho fue bastante razonable (alrededor de 50) teniendo en cuenta que las fechas elegidas eran tiempo no lectivo y que muchos profesores disfrutaban de sus vacaciones veraniegas.

También la crisis económica que se instalaba en Brasil, dificultó que muchos ponentes se trasladaran a Madrid. No obstante la participación fue bastante numerosa, 300 profesores brasileños y españoles de todas las ramas del Derecho se reunían en Facultad de Derecho de la UCM para exponer y discutir sobre los temas de mayor actualidad y relevancia jurídica y social! TODO UN ÉXITO!!.

Llegaba el día señalado. El Acto solemne de inauguración se celebró el día 7 de septiembre a las 18,00, se realizó en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho y al mismo asistieron 300 profesores, el Presidente del Consejo General de Graduados Sociales de España, Dr. Javier San Martín, la representación de la Embajada de Brasil en España, la Vicerrectora de Relaciones Institucionales y Gabinete del Rector de la UCM, Dra. Isabel Fernández Torres, así como todos los Presidentes de las distintas mesas de trabajo.

La Mesa presidencial estuvo compuesta por las siguientes autoridades:

Prof. Dr. Carlos Andradás Heranz

Rector Magnífico de la Universidad Complutense de Madrid.

Prof. Dr. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

Presidente do Tribunal Constitucional Espanha.

Catedrático de Direito del trabajo y de la seguridade social da Universidade Complutense de Madrid.

Dr. Rafael Catalá

Ministro da Justiça da Espanha.

Prof. Dra. Carmen Otero Garcia- Castrillón

Vice-Decana Relaciones Internacionales e Interinstitucionales de la Facultad de Derecho – UCM.

Prof. Dr. Raymunto Juliano Rego Feitosa

Professor Adjunto Direito Tributario.

Presidente do CONPEDI.

Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM
Coordinador Espanhol do Encontro.*

Tras las interesantes intervenciones de todos los participantes, se procedió a impartir la lección magistral inaugural a cargo del Presidente del Tribunal Constitucional de España, Dr. Francisco Pérez de los Cobos, que versó sobre “Los límites del control de constitucionalidad”.

Al finalizar, se procedió a entregar las placas de agradecimiento a los miembros del Comité organizador y al Coordinado español, Prof. Jose Luis Tortuero. Finalizando el acto con la llegada de la Tuna de la Facultad de Derecho para tocar y cantar el himno universitario por excelencia el “gaudeamus igitur”

Terminado el acto inaugural todos los participantes asistieron a un excelente cocktail en los jardines de la Facultad de Derecho, propiciándose un tiempo ideal para compartir y saludarse.

El martes, día 8, se celebraron los talleres de exposición y debate de las ponencias. Fueron siete talleres que durante todo el día (des las 9 h. hasta las 19 o 20 h.) profesores brasileños y españoles reflexionaron sobre los temas investigación de mayor actualidad en todas las Áreas jurídicas. Cada Taller inicio su andadura con la conferencia de un profesor español especializado en cada tema y de renombrado prestigio. La valoración final fue el alto nivel de los trabajos presentados y de los debates... TODO UN ÉXITO.

El encuentro finalizo el día 9 en el Congreso de los Diputados, donde al finalizar la interesante visita institucional y las fotos de recuerdo, nos reunimos en la Sala de Columnas para proceder a la Clausura del Encuentro. Las palabras de clausura correspondieron al Presidente de CONPEDI, Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa, y al coordinador español, Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza. La excelente conferencia de clausura corrió a cargo del Dr. Julio V. González García, Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid, sobre el tema “Globalización, Democracia y Parlamento”.

El III Encuentro Internacional CONPEDI fue todo un éxito y recibió el apoyo y reconocimiento de todas las instituciones vinculadas al mundo jurídico, desde la academia, el Ministerio de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Parlamento español. También participo la Embajada de Brasil en España. En definitiva nuestro Congreso y nuestro trabajo investigador tuvieron en España una extraordinaria relevancia.

Prof. Dr. José Luis Tortuero Plaza

Catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da UCM.

Profa . Dra. Clerilei A. Bier

Professora de Direito do Trabalho na Esag / Udesc.

Prof. Dr. Orides Mezzaroba

Secretário Executivo do CONPEDI.

SUMÁRIO

A Aplicação dos Instrumentos de Participação Popular como Elemento Dinâmico e seu Relacionamento com os Modelos Federativos: Um Paradigma nos Regimes Democráticos do Conesul <i>Jacyara Farias Souza</i>	8
A Compatibilização do Uso Sacrificial de Animais pelo Candomblé com a Proteção da Fauna <i>Patrícia da Costa Santana</i>	34
A Desconstrução da Relevância Jurídica do Sexo Biológico em Face da Identidade de Gênero na Transexualidade: A Tutela Jurídica da Mulher Transgênero <i>Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomão Leite</i>	67
A Efetividade do Direito à Terra dos Povos Indígenas: O Caso dos Potiguara (Paraíba-Brasil) <i>Mércia Rejane Rangel Batista e Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento</i>	88
A Imprescindível Reforma <i>no</i> e <i>do</i> Poder Judiciário como Corolários do Acesso à Justiça <i>Benedito Cerezzo Pereira Filho e Daniela Marques de Moraes</i>	114
A Inconveniência das Bandeiras de Conveniência à Luz dos Direitos Humanos <i>Carmen Lucia Sarmento Pimenta e Maria Fernanda Britto Neves</i>	145
A Mobilização Social como Reafirmação da Participação Democrática: A Fraternidade como Expressão de uma Nova Cultura Relacional <i>Helen Crystine Corrêa Sanches e Deisemara Turatti Langoski</i>	163
A Possibilidade de Disposição do Corpo e a Interferência do Estado nas Liberdades Subjetivas <i>Alexandre Barbosa da Silva e Catia Rejane Liczbinski Sarreta</i>	189

Análise Princiopiológica do Desenvolvimento Econômico e sua Efetivação por Parte do Estado	
<i>Francisco Carlos Duarte</i>	204
Cidadania e o Combate à Corrupção: Propostas Extrapenais de Aperfeiçoamento do Ordenamento Jurídico Brasileiro	
<i>Eduardo Augusto Salomão Cambi e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini</i>	223
Constitucionalismo(s) e Resignificação Hermenêutica: Reflexões desde a Perspectiva Crítica Latino Americana	
<i>Ivone Fernandes Morcilo Lixa</i>	245
Constituição e Deficit Procedimental na Garantia dos Direitos Fundamentais no Brasil: Análise a Partir da Proposta de José Joaquim Gomes Canotilho	
<i>Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes e Marcelo Buzaglo Dantas</i>	260
Controle Social da Administração Pública, Transparência Administrativa e Acesso à Informação: Análise Comparada da Lei Brasileira nº 12.527 de 2011 e da Lei Espanhola nº 19 de 2013	
<i>Thula Rafaela de Oliveira Pires e Emerson Affonso da Costa Moura</i>	275

A APLICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO ELEMENTO DINÂMICO E SEU RELACIONAMENTO COM OS MODELOS FEDERATIVOS: UM PARADIGMA NOS REGIMES DEMOCRÁTICOS DO CONESUL

JACYARA FARIAS SOUZA

Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Especialista em Direito Processual Civil pela UFCG. Graduada em Direito pela UFCG. Professora Assistente III do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da UFCG (e-mail: jacyfarias@gmail.com/jacyara.farias@ufcg.edu.br)

Resumo

O modelo federativo de Estado revela-se campo fértil para o exercício de participação popular, todavia, alguns elementos precisam ser ponderados nesta relação. Partindo dessa premissa, a pesquisa versa sobre a utilização mais eficaz dos instrumentos de participação popular, formais e informais, que é realizada hodiernamente nos Estados Democráticos, através de um estudo comparativo feito nos ordenamentos jurídicos, argentino e brasileiro. A justificativa fomenta-se por meio do aporte interdisciplinar que é dado à temática por meio de várias vertentes: jurídica, sociológica, política, econômica e cultural no manejo de tais instrumentos. O ponto principal consiste na análise da utilização dos instrumentos da participação popular nas federações democráticas: Argentina e Brasil. Como resultados observam-se muitos pontos de interlocução nos países em estudo, frutos da globalização; além disso, foram observadas integração e novos moldes de soberania nos estados federativos, uma vez que os estados não são auto-suficientes. Vê-se, também, que devem ser diminuídos os fatores de tensão de modo a promover interpretações comuns, estabelecendo um profícuo relacionamento diplomático, educacional, econômico, cultural, social e político entre os países investigados na amostra da e que para se chegar à aplicabilidade mais eficaz dos instrumentos de participação popular é preciso que se construa uma interpretação democrática que priorize os espaços de participação social. Por fim, registra-se que nos Estados federais democráticos há uma retroalimentação e controle das práticas democráticas. A instrumentalização cíclica nos moldes federais, argentino e brasileiro (como elemento estático) somada à dinamicidade dos instrumentos de participação popular fortalece os regimes democráticos.

Palavras-chave

Participação social; Democracia; Constituição.

Resumén

El modelo federativo de Estado se revela campo fértil para el ejercicio de participación popular, sin embargo, algunos elementos necesitan ser ponderados en esta relación. Partiendo de esa premisa, la investigación versa sobre la utilización más eficaz de los instrumentos de participación popular, formales e informales, que es realizada hodiernamente en los Estados Democráticos, a través de un estudio comparativo hecho en los ordenamientos jurídicos, argentino y brasileño. La justificación se fundamenta por medio del aporte interdisciplinar que es dado a la temática a través de varias vertientes: jurídica, sociológica, política, económica y cultural en el manejo de tales instrumentos. El punto principal consiste en el análisis de la utilización de los instrumentos de la participación popular en las federaciones democráticas. Como resultados se observan incontables puntos de interlocución en los países en estudio, frutos de la globalización; además de eso, la integración y los nuevos moldes de la soberanía vez que los Estados no son auto-suficientes. Se resulta, también, que deben ser disminuidos los factores de tensión de modo a promover modo interpretaciones comunes, estableciendo un profícuo relacionamiento diplomático educacional, económico, cultural, social y político entre los países investigados en la muestra de la investigación; y que para llegarse a la aplicabilidad más eficaz de los instrumentos de participación popular es preciso que se construya una interpretación democrática que priorice los espacios de participación social. Por fin, ha registrado que en los Estados federales democráticos hay una retroalimentación y control de las prácticas democráticas. La instrumentalización cíclica en los moldes federales, argentino y brasileño (como elemento estático) sumados la dinamicidad de los instrumentos de participación popular fortalece los regímenes democráticos.

Palabras clave

Participación social; Democracia; Constitución.

1. Introdução

Hodiernamente, os Estados Nacionais, especialmente os Federativos, implantaram de forma quase unísona a Democracia como regime político e como traço marcante de arquétipo verifica-se a sua capacidade de adaptação ao poder que está sendo gerido. Desse modo, as federações guardam ínsitas a tendência natural à preservação dos regimes democráticos.

Pautando-se nessas premissas tem-se percebido o visível fortalecimento das democracias latino-americanas o que ocasionou mudanças marcantes no federalismo implementado nos Estados, tanto no campo institucional (atinentes à flexibilização da soberania) como no social e político, por meio dos quais os Estados passam a adotar instrumentos que fomentam a participação mais ativa dos cidadãos na gestão da coisa pública.

A relevância dessa temática demonstra-se pelos estudos que emergem na área sociológica e política, pela importância adquirida com os instrumentos de participação popular na gestão dos Estados, além das novas feições adquiridas pela forma de Estado Federal e as constantes afrontas e empecilhos que surgem para o fortalecimento dos regimes democrático nesses Estados. A temática não é pacífica nem bem delineada entre os juristas, cientistas políticos e sociólogos, bem como nunca fora analisada de forma aprofundada em nível de Cone Sul.

A participação política do cidadão na gestão do Estado é fundamental para o fortalecimento da redescoberta das práticas societárias e cria espaços decisórios em combinação com mecanismos da democracia direta e é justamente nesse aspecto que se propõe a presente pesquisa. Pretende-se investigar os modelos federais democráticos do conesul, de maneira especial, o argentino e o brasileiro com objetivo de, comparativamente, responder às seguintes indagações: De que forma os Estados Federativos (notadamente Argentina e Brasil) manejam os institutos da Democracia direta, visando seu fortalecimento? Qual a relação existente entre os modelos federativos dos dois países e a utilização dos instrumentos de participação popular como expressão da efetividade democrática?

Neste norte, para a construção da pesquisa, a metodologia empregada será a cunho bibliográfico, feitas coletas da doutrina nacional e estrangeira, como também nos periódicos que tratam acerca da temática. Serão utilizados, além disso, o método dedutivo para estudar os modelos federais, pautado na integração dos seus diversos entes até chegar às particularidades com os instrumentos de participação popular manejados em cada um desses ordenamentos jurídicos e como eles fortalecem o regime democrático; o método histórico-evolutivo será manejado para a apreciação das fases e peculiaridades do federalismo no Brasil e na Argentina.

O método comparativo será usado uma vez que serão fornecidos mecanismos para o estudo nos países foco da pesquisa com o intuito de se vislumbrar elementos comuns entre todos eles e os seus princípios inerentes e também será utilizado o método histórico-evolutivo para se faça um análise histórica os instrumentos de participação popular informais nos países em estudo. Como técnica de pesquisa será manejada e será feita por meio da leitura sistemática e orientada de publicações doutrinárias e legislativas nacionais e estrangeiras da área jurídica, econômica, geográfica, social e política, além dos demais ramos científicos afins. Aqui se verifica o caráter interdisciplinar da pesquisa, destacando-se

a utilização de fontes de cunho secundário, traduzidas no manejo da doutrina e da legislação nacional e estrangeira relacionada à matéria.

2. Aportes Comuns entre os Regimes Democráticos e as Federações

O federalismo é uma realidade dinâmica e as suas instituições são construídas de acordo com a realidade social, política e econômica de determinado Estado. No entanto, as suas bases se fixam em vetores democráticos. Por isso, o arquétipo federal se amolda tão bem a Estados com formação histórica e cultural, distintas; se alia aos sistemas e formas de governos diversos e, em todos esses, preserva a sua premissa maior: unidade na diversidade.

Com a evolução da sociedade e a formação de novos arranjos institucionais, a elasticidade do modelo federativo torna-se patente e até mesmo em Estados que não primavam pelas características federais e/ou democráticas foi se amoldando. Esse fenômeno pode ser constatado nos Estados unitários com características federais, como a Bélgica, desde 1933, que adotou a Monarquia Federal; Portugal, na manutenção das Ilhas dos Açores e Madeira, classificadas como regiões autônomas pela Constituição Portuguesa de 1976, ou através das regiões autônomas italianas estabelecidas pela Constituição de 1947.

No atual cenário mundial, muitos dos países que adotaram o federalismo ou pelo menos algumas características federais não tinham similitudes quanto à formação histórica, cultural e política, especialmente aqueles que tencionavam para características do socialismo (como os países que integram o leste na Europa Oriental¹). Estes, mergulhados no processo de globalização remodelaram suas feições e, mesmo mantendo traços unitários ou adotando características antidemocráticas, abraçaram os ditames federais para sobreviverem no novo cenário mundial.

Baracho (1986) frisou a relação estreita entre o federalismo e os regimes democráticos ao pontuar a impossibilidade de aceitação dos regimes autoritários ou que se direcionam à centralização política e, outras vezes, administrativa. Ademais, os sistemas políticos autocráticos por vezes impedem ou impossibilitam por completo o desenvolvimento do autêntico federalismo.

No entanto, nesse modelo federal de repartição de competências são encontrados empecilhos que atingem frontalmente os parâmetros democráticos. Cavalcanti (1983) identificou alguns gargalos: (i) enfraquecimento do poder central; (ii) ameaça constante da possibilidade de dissolução; (iii) ausência de uniformidade na legislação e na administração; (iv) enfraquecimento internacional do Estado, dentre outros.

1 Podem ser citados: República Tcheca, Polônia e Hungria como alguns dos países da Europa Oriental que criaram, recentemente, entidades subnacionais.

Outros autores ainda apontam divergências entre o federalismo e a Democracia, como adverte Araújo (2010, p. 521):

[...] o federalismo nem sempre está ao lado de anseios mais democráticos na forma de estruturação do poder, uma vez que tudo vai depender do modo como esse poder será gerido, pois não é raro encontrar mininúcleos autônomos de poder que passam por cima de tudo dentro de sua pequena esfera de atuação. Se por um lado o fortalecimento do poder local representa abrandamento do poder central, por outro lado o poder local pode se utilizar de práticas não democráticas em sua gestão.

Mesmo diante das fragilidades encontradas na relação federalismo e Democracia, a doutrina já tem pacificado entendimentos no sentido de que as características federativas se estabelecem e se desenvolvem melhor, inclusive aperfeiçoando alguns dos seus instrumentos, nos regimes democráticos.

Sobre esse aspecto, destaca Malvaéz (2010, p.08-09):

El federalismo debe de ahondar en la democracia y contribuir a hacerla más eficaz. Esto hará que el poder sea más horizontal y más cercano a quienes debe servir. [...] La descentralización, como proceso político y de mayor eficiencia en el uso de los recursos, está en centro de la democracia y del federalismo. Acerca de las decisiones a los ciudadanos, alienta su activa participación en los actos de autoridad que impactan su vida cotidiana y juntos, gobierno y ciudadanos, determinan mejor la orientación y el uso de los recursos públicos.

Cavalcanti (1983) também aponta os pontos fortalecedores do modelo federativo aos parâmetros democráticos: (i) melhor aceitação das diversidades regionais; (ii) repartição do progresso; (iii) federação dificulta o despotismo; (iv) Estados-Membros natural e geograficamente isolados se veem capazes de se integrarem a um todo maior; (v) a repartição do poder com o estado-membro alivia a carga do poder federal e prestigia a participação daquele na vida nacional e (vi) a repartição do poder federal com o estado-membro estimula o povo, mais próximo a este último, a participar da vida política do país.

Ainda sobre a coexistência harmônica entre a federação e a Democracia aponta Grotti (1995, p.148): “[...] A federação é particularmente vocacionada a conviver com a democracia, demonstrando-se ser capaz de impedir ou, pelo menos, dificultar a formação governos totalitários”. Isso se deve ao modelo de repartição de competências, alocado entre os entes subnacionais, que prima pela descentralização política, financeira e administrativa, constitucionalmente prevista e, conseqüentemente, pela adoção de modelos paritários, nos quais, a vontade da minoria é respeitada mesmo ante a decisão da maioria. Registre-se ainda: (i) a introdução do controle de constitucionalidade que visa, através de um órgão que é guardião da Constituição, expurgar normas flagrantemente eivadas

de vício (formal ou material) dos ordenamentos jurídicos o que fortalece a manutenção da higidez normativa nesses Estados e, por conseguinte, favorece a produção de dicções normativas que atendam a vontade popular; (ii) a existência de um ente central dotado de soberania que representa os entes locais, detentores de autonomia (político, financeira e administrativa) nas relações internacionais e dita, democraticamente, o caminho a ser percorrido pelos entes locais nas decisões políticas internas; (iii) a inexistência do direito de secessão possibilita o fortalecimento do pacto federativo e evita instabilidades de cunho político, econômico e financeiro nos Estados; (iv) a possibilidade intervenção, por parte do ente central, leva ao estabelecimento de critérios objetivos a serem seguidos por todos os entes federativos, partindo de premissas democráticas e (v) a representatividade democrática, no ente central, de órgãos locais, conduz a um maior fortalecimento das práticas e políticas adotadas no modelo federal, pois são chanceladas, necessariamente, pelo crivo dos entes que compõem aquele Estado.

Ademais, o federalismo de tendência democrática garante aos seus entes a efetivação das liberdades públicas e a repartição de competências coordenadas, mediante uma orientação do planejamento estatal.

Destaque-se que do próprio processo de formação histórica do modelo federal ocorrido nos diversos ordenamentos jurídicos que possuíam bases democráticas constatam-se movimentos propulsores de seu crescimento, contrariando o previsto naqueles cujos governos e instituições autocráticas emperraram os mecanismos fomentadores do federalismo.

Bidart Campos (1993) aponta a realidade dinâmica do federalismo, que conjuga técnica e experiência, da qual parte da compreensão dos seus fluxos e refluxos não é construída apenas de normatização constitucional. Deve-se, pois considerar toda a estrutura política, econômica e social, envolvida no processo de adoção das práticas federativas. A decisão constitucional não é a única, nem a necessária para a construção de um modelo de Estado com traços federais, e consequentemente, democráticos. É apenas um dos mecanismos que ajudarão na construção do modelo desejado. Isso pode ser demonstrado claramente em diversos momentos da história constitucional brasileira em que se tinha uma federação de direito, ou seja, adotada no texto Constitucional, como em 1937 e em 1964, entretanto não era seguida de fato, na prática social. Um dos fatores mais interessantes nesses momentos históricos foi o que presenciou uma concentração do poder e estabelecimento de ditaduras que violaram flagrantemente as premissas do Estado Democrático de Direito, abarcando, inclusive, a possibilidade de agir sob o suposto manto da segurança nacional.

A adoção de práticas federativas democráticas vai mais além que a sua simples consagração normativa. Depende do caminho a ser trilhado nos exercícios individuais e

sociais, especialmente quanto à distribuição de competências. Esses exercícios devem ser tencionados por propostas democratizantes, com ideais plurais de convivência social que visem: preservação dos direitos e garantias fundamentais; consubstanciação de institutos jurídicos que garantam o contraditório e a ampla defesa nas relações jurídicas públicas ou privadas; existência de um Judiciário livre da ingerência dos outros poderes e uma imprensa que possa vincular a realidade pura daquele Estado sem interferências externas ou institucionais. Assim poderá se construir um processo democrático, com participação direta da população na gestão do Estado, pois só quando a população conhece a realidade do Estado pode atuar como protagonista de sua gestão.

Sobre o modelo federativo visto como uma vertente viável, Vogel (2001, p. 621) esboça:

La implantación de un Estado federal exige una atribución diferenciada de responsabilidades, una delimitación de competencias sobre materias determinadas em favor de decisores autónomos. Ilustrativo resulta, en este sentido, el ambito cultural. En la cultura, como en otras esferas, la existencia de Estados federados hace posible que sean en mayor medida los hombres, grupos e instituciones quienes configuren su propia vida; [...]

Aliados às características do federalismo norte-americano, a separação dos poderes e o estabelecimento do sistema republicano de governo na Federação foram elementos determinantes na configuração da estrutura moderna do Estado Federal, haja vista a aplicação diferenciada da Teoria de Montesquieu nesse modelo, bem como a instituição de nova forma de governar: o Estado, agora descentralizado e baseado em critérios democráticos cujo parâmetro é a limitação do poder estatal.

Outro aspecto que revela a relação intrínseca e promissora entre federalismo e democracia é a forma como o poder é repartido e gerido entre os entes federados. É importante destacar que os modelos federativos clássicos, como o alemão e o norte-americano, têm como princípio norteador da Democracia a vontade da minoria respeitada diante da decisão da maioria. Registre-se, do mesmo modo, que em alguns Estados federais, o poder é descentralizado de forma mais equânime, no qual os entes locais detêm a maior parte das competências, no entanto, muitas vezes, essa premissa não é repetida em Estados federais recentes historicamente, como é o caso do Brasil. Por meio dessa premissa se comprova que quanto mais descentralizado for o Estado federal melhor serão operacionalizados os instrumentos democráticos.

Sem embargo, verifica-se também que nos Estados federais as características democráticas são implantadas e geridas de forma mais eficaz. A descentralização política, financeira e administrativa favorece a adoção de práticas dada à coordenação dos entes que a

compõem (mesmo que vivenciem situações diferentes têm o condão de adotar um conjunto único de propostas que tencionam a preservação do pacto federativo e dos direitos e garantias federais), mesmo que sob a gerência do ente central.

Além disso, no âmbito internacional são constatados bons indícios da adoção dos modelos federativos democráticos. Aqui merecem destaque as considerações de Bobbio et al.(1998, p. 477):

[...] o Federalismo, isto é, a teoria do Governo democrático supranacional, instrumento político que permite instaurar relações pacíficas entre as nações e garantir ao mesmo tempo sua autonomia, através da sua subordinação a um poder superior, mas limitado, pode começar a tornar-se tendencialmente uma alternativa teórica e prática historicamente atuante.

Nos Estados federais democráticos há uma retroalimentação e controle das práticas democráticas que passam pelo crivo dos diversos entes federativos, bem como pelo ente central: as práticas democráticas que porventura não forem adotadas na integralidade pelos entes-subnacionais o serão pelo ente central e, o mais importante, a gestão do Estado começa nos entes locais pelos próprios cidadãos.

3. As Novas Formas de Participação na Argentina e Brasil

Os instrumentos de participação popular que são manejados no países do cone-sul, especialmente, na Argentina e no Brasil detêm peculiaridades e similitudes entre si, notadamente o movimento *piquetero* argentino e as manifestações populares no Brasil. Em ambos os casos se verifica a participação mais corporificada do cidadão na gestão da coisa pública, pois o povo não maneja instrumentos jurídicos previstos no ordenamento, ao contrário, conclama suas necessidades ao Poder Público, ocupando espaços públicos no intuito de se fazer ouvir.

3.1. O Movimento Piquetero Argentino

O movimento *piquetero* nasceu no seio popular argentino, desde a década de 30 quando ocorreram as primeiras manifestações dos trabalhadores nas portas das fábricas até o combate intenso à ditadura militar, tendo se fortalecido mais recentemente nos protestos da despedida em massa de trabalhadores da empresa estatal YPF (*Yacimientos Petrolíferos Fiscales*) na província Argentina de Neuquén. São manifestações de cunho pacífico, compostas, *a priori*, por desempregados que, interrompendo o tráfego normal nas ruas, chamam atenção para o descontentamento com a política governamental instalada naquele país.

As primeiras organizações *piqueteras* conclamavam direitos dos trabalhadores nas portas das fábricas. Eram os direitos sociais, não garantidos pelo empregador-capitalista, nem pelo Estado. Com a evolução da sociedade e o aprimoramento das relações de trabalho, as características, a forma de reivindicação e os sujeitos envolvidos no movimento *piquetero* mudaram. Somaram-se aos trabalhadores desempregados, estudantes, professores, profissionais liberais, trabalhadores em geral, donas de casa, conclamando novas posturas políticas do governo para combate à inflação, à violência, para a prestação dos serviços de saúde, a preservação dos direitos dos trabalhadores, tendo como sujeito passivo o governo.

Sobre as novas feições do movimento *piquetero*, destaca Pacheco (2004, p. 11):

Vale destacar que la masividad y la legitimidad del reclamo muchas veces no eran motivo suficiente para que éste fuera tomado en cuenta. Sólo después de instancias de confrontación con las fuerzas represivas, los medios masivos de comunicación se dignaban informar sobre el conflicto, lo que obligaba al gobierno a dar una respuesta. Estas serán características constantes en los primeros piquetes, todos en el interior del país: Neuquén, Córdoba, Salta, Jujuy, Tucumán.

Os novos movimentos *piqueteros* surgiram de forma apartidária, embora, *a posteriori*, adquiriram feições políticas. Eles não emergiram a partir de uma organização e/ou instituição popular que percebeu que a luta em conjunto colhe resultados mais palpáveis. Como estopim desse processo de organização pontua-se o início da década de 90 e os feitos do processo de globalização, em boa parte danosos à sociedade argentina à época, aliados à reestruturação do modelo estatal que primava pela desregulação e privatização da economia, ocasionando forte mudança de paradigma no Estado, fazendo a população tomar uma atitude comissiva àquela realidade.

Em 1º de maio de 1996, trabalhadores desempregados, anciãos, militantes católicos e não católicos, militantes políticos da esquerda, mães com seus filhos, representações de bairro de toda grande Buenos Aires se dirigiram à Praça de Maio. Carregavam em suas mãos cartazes que conclamavam: “*Por trabajo y dignidad, ni un paso atrás*”; “*Es preferible / morir de pie / y peleando / que de rodillas y de hambre*”. Lutavam contra a política governamental instalada no governo Menem e pelas práticas mercadológicas do capitalismo. Conclamaram um manifesto mais organizado, o que ocorreu. As reivindicações ganharam forças e algumas propostas dos manifestantes foram atendidas.

Nesse momento histórico vieram à tona os movimentos contra a despedida em massa de trabalhadores de cidades argentinas petroleiras. Aqui os grupos eram heterogêneos e não tinham interlocutores claros e mesmo que o governo quisesse negociar os intentos para repressão se mostravam infrutuosos.

Em 24 de maio daquele mesmo ano, os manifestantes se reuniram novamente agora conclamando: “*Contra el hambre, la represión y la Desocupación*”. Em 1997 as lutas

se intensificaram contra a política do governo Menem que perdeu não só na região da grande Buenos Aires, mas também em Córdoba, Salta e Río Negro. Aqui se pode ressaltar que o movimento *piquetero* produziu novos e complexos efeitos, quando algumas organizações *piqueteras* chegam a controlar mais o plano social que os próprios municípios, pois detinham maior legitimidade, conforme pontuaram Svampa e Pereyra (2009).

Com destaque se tem o “*Movimiento de Trabajadores Desocupados Teresa Rodríguez*”. Sobre este, releve Pacheco (2004, p. 14):

[...] que acaba de conformarse, con base en Mar del Plata y Florencio Varela, realiza una serie demovilizaciones en esta última localidad del Gran Buenos Aires y un corte de ruta en la primera. Son las primeras experiencias piqueteras en la provincia de Buenos Aires que conquistan planes sociales, otorgados por el gobierno provinciales.

Neste *momento* é trasladado o cerne das movimentações para a Buenos Aires, por isso os resultados começam a ser mais positivos. Marca-se uma nova fase para o movimento *piquetero*: em face do processo de empobrecimento das classes sociais e o crescimento desordenado de aglomerados urbanos no entorno bonaerense fazem com o que o **bairro** surja como um novo espaço natural de ação e organização através de diferentes atores: o povo, associações eclesiais, não governamentais, os desempregados da indústria. Neste ponto adotou-se uma postura de conglomeração de valores e ideário de reivindicações: a construção de um movimento multisetorial formado por todos aqueles atingidos pelo modelo neoliberal de Estado.

O povo organizado conseguiu desempenhar um papel importante: interferir na gestão das políticas estatais visando o asseguramento de garantias institucionais básicas (água, energia elétrica, saúde, educação, dentre outros). Os cidadãos são sujeitos ativos desse processo, conclamando a manutenção da dignidade da pessoa humana. O espaço de reivindicação deixa de ser a fábrica e se fixa no bairro. Nesta época, foram construídas redes dentre as organizações de base buscando o melhor acesso ao Estado². Aqui merece um ponto de reflexão importante no qual o movimento *piquetero* se bifurca em três vertentes: (i) os trabalhadores empregados; (ii) os aposentados e pensionistas e (iii) os trabalhadores desempregados. Os movimentos sociais adquirem novas feições que agregam valores dos trabalhadores no mercado de trabalho; as lutas daqueles que não estavam mais na ativa, no entanto, eram beneficiários de um plano de aposentadoria e o desemprego.

Em um terceiro momento, o processo de construção do movimento *piquetero* adquire novas feições. É acrescentado nesse diapasão um sentimento de pertencimento político-comunitário, através do qual a condição de cidadão é posta em pauta. O cidadão agora é

2 Aqui se destacam a formação da *Red Alimentaria*, a *Red de Barrios* e a FVT (*Federación Tierra, Vivienda y Hábitat*).

sujeito ativo e atuante na sociedade. Sem ele o processo político no Estado Democrático não é construído. No caso Argentino, esse momento do movimento *piquetero* é fomentado pela influência do movimento peronista-assistencialista, no qual se privilegiam os excluídos do sistema. As transformações estão aliadas também ao surgimento das doutrinas neopentecostais, que transformam o conceito do que é **o comunitário**, redefinindo o que é privado e o ligando ao lado social. Verificou-se aqui uma nova forma de arranjo coletivo dos movimentos *piqueteros* na qual se congrega reclamos para preservação da dignidade da pessoa humana e o sentimento de pertencimento ao Estado.

Sob a égide desse processo, a atitude das classes sociais também vai se modificando. Ressalte-se que o sistema de classes não modificou o Estado, apenas minimizou a situação das classes sociais, mas a ideia de estratificação não desapareceu da sociedade. O traço marcante de uma sociedade afluyente e capitalista é a redução do foco da cidadania para o consumo, já que o capitalismo quer tornar todos iguais pelo consumo e não pelos direitos.

Dessa forma, o conceito de cidadania deve englobar não só o direito de participação, mas também os elementos sociais, incluídos com a adoção do Estado de bem-estar econômico, responsabilidade do Estado à educação, saúde e outros serviços prestacionais. A definição de cidadania é conglobante, abarca não só os direitos de participação política numa sociedade organizada, mas também os econômicos, sociais e transindividuais.

Svampa e Pereyra (2009, p. 245-246) enumeram cronologicamente as etapas de evolução do movimento *piquetero* argentino:

1) Primera etapa (constituición) 1996-1998: de los estallidos en provincia y los cortes multisectoriales a la automatización de organizaciones de desocupados.

[...] *Omissis*

2) Segunda etapa (consolidación), 1998-2001: conformación de las organizaciones masivas e instalación en el conurbano bonaerense, autonomización en el menjo deplanes, desarrollo de proyectos productctivos, constitución como interlocutores en la política nacional.

[...]

3) Tercera etapa (diversidad y fragmentación), 2001 hasta la actualidad: punto de inflexión asambleas de La Matanza (julio y setiembre de 2001), la línea institucionalizada y la línea radicaliada, respuestas frecuente a la crisis de diciembre de 2001 y al nuevo gobierno de 2003.

Nesse *percurso* histórico percebe-se que gradativamente o governo argentino sentiu-se pressionado a negociar e não só a nível nacional, mas também na seara provincial e local. O movimento *piquetero* argentino surgiu a partir das portas das fábricas, transportou-se

para os bairros e ganhou as ruas das cidades do interior e emergiu para a capital, tomando dimensões gerais. Foi um processo que partiu das localidades para as extremidades, vindos do anseio popular. Suas organizações se revelaram como um fato político e social inovador dos últimos tempos. Por sua origem multifacetada³ ajudaram a construir um movimento de participação popular inovador, sem precedentes em outros países e que alocaram o cidadão como agente ativo do processo de construção de políticas públicas em um Estado Democrático de Direito.

3.2. As Manifestações Populares Brasileiras

No Brasil, os movimentos similares ao movimento *piquetero*, as manifestações populares, pulverizaram toda a história constitucional. Nesse diapasão, pode-se fazer um recorte histórico e pontuar dois momentos: (i) os movimentos populares ocorridos antes da promulgação da CF/88 e (ii) os ocorridos pós-CF/88. Ambos tiveram motivações e formas de expressão que retratavam a realidade vivenciada.

Com a outorga da primeira Constituição, em 1891, observou-se no Brasil, a ocorrência de manifestações populares em boa parte das regiões brasileiras. Segundo Fausto (2009, p.113): “[...] foram movimentos de revolta regional e não revoluções regionais. Esse foi o traço comum de episódios como a Inconfidência Mineira (1789), a Conjuração de Alfaiates (1789) e a Revolução de 1817 em Pernambuco”. Citem-se ainda a Confederação do Equador, as revoltas provinciais no Rio de Janeiro (1831-1832); a Guerra dos Cabanos (1832-1835), em Pernambuco; a Cabanagem, no Pará (1835-1840); a Sabina, na Bahia (1837-1838); a Balaiada no Maranhão (1838-1840) e a Farrroupilha, no Rio Grande do Sul (1836-1845). Tais movimentos fomentavam as ideias brasileiras pro Independência que ocorreu em 1822.

Com a promulgação da Constituição de 1891 (Constituição Republicana) e a nova realidade social, econômica e, sobretudo, política vivenciada no Brasil também foram verificadas manifestações populares: a Revolução Federalista (1893-1895), no Rio Grande do Sul; a intitulada “Guerra” de Canudos (1896-1897), na Bahia, além de outros movimentos sociais que surgiram no campo⁴ e na zona urbana⁵ em diversas regiões do Brasil.

3 Como as reivindicações dos trabalhadores desempregados, o movimento nas ruas no “corpo-a-corpo”, visavam a preservação de direitos fundamentais básicos, as solicitações dos trabalhadores empregados e pensionistas, os conclames das organizações de bairro, levando o movimento ao centro das cidades, aliados as novas feições do Estado neoliberal.

4 Além de Canudos (BA), também ocorreu um movimento similar, de cunho religioso, em Juazeiro do Norte (CE), encabeçado por Padre Cícero, e o Contestado, que surgiu entre o Paraná e em Santa Catarina.

5 Tais movimentos foram caracterizados pelas precárias condições de trabalho na zona urbana brasileira e foram verificados com maior intensidade no Distrito Federal, Rio de Janeiro e São Paulo, fizeram com que o movimento sindicalista crescesse como objetivo de melhorar as condições de trabalho e vislumbravam a instalação do socialismo no país.

Os fatores históricos que marcaram a Constituição de 1934 foram influenciados pelo Tenentismo⁶, fomentado pela Revolução de 1930⁷, e a Guerra Paulista, de 1932. Em 1937, surgiu uma nova Constituição fruto de um Golpe Militar, fomentada com o violento choque entre antifascistas e integralistas em São Paulo (1934).

Com o processo de redemocratização e final da 2ª Guerra Mundial preparou-se o Brasil para o processo de redemocratização e a promulgação da Constituição de 1946, que perdurou até o início dos anos 60. Nesse período verificou-se significativo avanço nas Ligas Camponesas (1955), cresceu a mobilização dos estudantes através da União Nacional dos Estudantes (UNE) aliados aos movimentos surgidos no seio da Igreja Católica que culminaram com a formação de uma ala pró-reforma agrária. Os anseios militares, mais uma vez, rondavam os ares brasileiros, agora fortemente influenciados pela radicalização do governo Goulart, bem como pelo ideário nacionalista antipopulista que visava combater o avanço das ideias comunistas através dos decretos chamados Atos Institucionais (AI).

O golpe militar foi deflagrado em 1964 e os militares tomaram o poder estabelecendo um regime centralizador que orbitava em torno da garantia à segurança nacional. Através do AI-1 instalou-se o novo regime, mantendo a Constituição de 1946, mas acabou por modificar as feições do Brasil: centralizou forças no Executivo, além de terem sido suspensas as imunidades parlamentares em todos os níveis da federação, bem como dos membros do Poder Judiciário.

Em oposição à investida militar vários movimentos classistas atrelaram-se com mais força visando combater o regime antidemocrático que havia se instaurado no cenário nacional. Uniram-se o clero progressista e também os estudantes e representantes de classe. Eles foram às ruas conclamando a queda da ditadura militar, que, num primeiro momento, gerou atitudes antidemocráticas. No entanto, o agravamento das feições democráticas brasileiras atingiu o seu cume com a edição do AI-5 em 1968: por meio dele houve o cerceamento das liberdades públicas no Brasil em nome de uma pseudo **segurança nacional**. Crimes foram cometidos, mandatos foram cassados e com grande violência os militares pulverizaram os poucos resquícios democráticos que ainda restavam no país. Foi um momento tenebroso da história brasileira que não deve ser esquecido, ao contrário, deve ser reavivado na memória de todos para que sejam evitadas novas violações ao regime democrático.

6 Esse movimento ficou assim conhecido porque os jovens tenentes se rebelaram contra o governo vigente para defender a honra do Exército brasileiro com o argumento de que cotidianamente era vilipendiado. Ocorreu antes e depois de 1930. O primeiro caracterizado como movimento de rebeldia contra o governo da República; depois de 1930 entraram no governo e procuraram lhe dar um rumo que promovesse seus objetivos, segundo Fausto (2009).

7 Tal manifestação foi armada e encabeçada pelos Estados de Minas Gerais e Rio Grande do Sul, por meio do qual depôs o então Presidente da República Washington Luís e empossou Júlio Prestes.

Na década de 80 vivenciou-se o movimento das **Diretas Já**, por meio do qual se demandava o coroamento do processo de redemocratização através das eleições direitas para a presidência da República.

Mesmo diante de tantos esforços, as eleições direitas para o executivo federal não aconteceram em face da rejeição da Proposta Emenda de Constitucional. Foram realizadas eleições indiretas com a vitória de Tancredo Neves⁸ para a presidência e José Sarney para ocupar o cargo de vice-presidente. Neste interstício um fato marcante mudou os rumos da história constitucional: a morte de Tancredo Neves, antes de sua posse no Palácio do Planalto. As esperanças redemocratizantes quedaram-se com a sua morte. José Sarney assumiu a presidência da República em 1985 e em um razoável espaço de tempo convocou, para o sossego do povo brasileiro, a Assembleia Nacional Constituinte que redundou na promulgação da Constituição Cidadã de 1988. Corou-se, assim, a transição definitiva dos vestígios antidemocráticos para um regime pautado na garantia de direitos ao povo e, por ter sido lenta e gradual, não provocou grandes abalos sociais.

Na década de 90, depois das primeiras eleições direitas para a Presidência da República, a partir da recém-promulgada CF/88, veio à lume um grande escândalo de corrupção que envolvia diretamente a figura do Presidente da República – a esse momento some-se a fadiga por suas medidas econômicas impopulares, especialmente o congelamento das poupanças. Novamente vê-se o poder das manifestações populares de forma cabal. O povo foi às ruas através do movimento denominado **Cara Pintada** em que as reivindicações populares (especialmente dos estudantes que pintavam os seus rostos de verde e amarelo para expressarem a indignação com as práticas do Presidente) giravam em torno do *Impeachment* do Presidente da República, à época, Fernando Collor de Mello, o que ocorreu.

Novamente vê-se no Brasil a força do povo que ainda não estava adormecido para lutar contra as afrontas democráticas. Collor foi responsabilizado pelo Senado, teve seu mandato cassado e seus direitos políticos suspensos, mesmo tendo renunciado antes do julgamento. Itamar Franco, vice-presidente à época, assumiu o poder. Alguns anos depois, o STF anulou o processo de *impeachment* do citado Presidente baseando-se em flagrantes vícios formais no processo.

Em abril de 2013, as manifestações populares eclodiram novamente em meio à realização do campeonato futebolístico denominado **Copa das Confederações** e fomentado por graves crises econômicas que atingiram frontalmente o cidadão, como: o aumento vertiginoso das tarifas de transporte público, a péssima qualidade do serviço prestado, o aumento da inflação, gastos não explicados com a Copa do Mundo a ser realizada em 2014, crise na saúde pública, aumento da inflação, a corrupção praticada por parlamentares e

8 Entre os candidatos à Presidência, Tancredo Neves, ganhou uma parcela de simpatia da população, pois tinha um discurso redemocratizante, mesmo que tímido.

pessoas ligadas ao governo⁹, dentre outros fatores, fizeram eclodir no Brasil momentos decisivos e fortalecedores para a Democracia: as manifestações populares. O povo organizado saiu às ruas de inúmeras cidades do Brasil utilizando bordões como: **O gigante acordou, Gratuidade no transporte público, Você não me representa!**

A preocupação do governo firmou-se no fato de que vários eventos de cunho mundial estavam acontecendo ou prestes a acontecer no Brasil: além da Copa das Confederações, a Jornada Mundial da Juventude, a Copa do Mundo em 2014 e as Olimpíadas em 2016, no Rio de Janeiro.

As manifestações tomaram fôlego em todo o território nacional, bem como em outros países onde residiam brasileiros que aderiram à causa. Vários fatos pitorescos marcaram um período intenso no Brasil. Muitas cenas foram emblemáticas nas chamadas **jornadas de junho**, no entanto, a mais marcante foi a grande manifestação realizada em Brasília. Na ocasião, milhares de pessoas tomaram o Congresso Nacional, exigindo mais moralização na política.

Mesmo tendo como estopim o aumento nas passagens do transporte público no Brasil, várias outras fragilidades democráticas vieram à tona, impulsionadas pelas redes sociais que formam mecanismos agregadores e ao mesmo tempo difusores das manifestações. Agreguem-se a estas, a crise de representatividade vivida no país e outros canais independentes de comunicação. A grande maioria das manifestações teve um cunho pacífico e nelas não era estampada nenhuma bandeira política. A família, a sociedade, os intelectuais, os artistas, os estudantes, os movimentos religiosos, outros apartidários, crianças e adolescentes se juntaram em uma grande massa reivindicatória que durou cerca de 30 (trinta) dias de forma intensa.

Em um primeiro momento, nas grandes cidades brasileiras, Rio de Janeiro, São Paulo, Brasília e Porto Alegre, o poder público não interveio. No entanto, com o desenrolar das manifestações e algumas vezes, com a eclosão de atos de vandalismo praticados por pessoas estranhas às manifestações que se valiam delas para o cometimento de crimes, a polícia foi acionada. Mas a preocupação do governo foi o combate à violência e ação policial moderada. Claro que excessos foram cometidos de ambos os lados, porém, o interessante a se ressaltar foi o fato de que a maioria das pessoas envolvidas nas manifestações populares foi às ruas de **carra limpa**¹⁰, exigindo uma nova postura política dos governantes,

9 Dentre esses se destaca um escândalo deflagrado no Governo Lula, denominado **Mensalão** que levou à prisão várias pessoas (inclusive deputados) condenadas por lavagem de dinheiro para o suborno da bancada opositora ao governo.

10 Essa atitude quis expressar o real sentimento da população brasileira que saiu às ruas conclamando uma moralização democrática com o intuito de que os governantes pudessem enxergar cada um. As pessoas que se manifestaram queriam mostrar seus rostos e que todos conhecessem suas histórias, seus nomes, profissões, demonstrando, assim, a sua condição de sujeito ativo de direitos, o cidadão de forma plena, contrapondo-se as manifestações violentas realizadas pelos *black blocks*.

e combatia com fervor qualquer ato de violência que porventura viesse a ser praticado no curso daquela reunião.

As reivindicações não eram dirigidas exclusivamente à Presidência da República, ao Congresso Nacional ou aos membros do Poder Judiciário, elas se difundiam para todas as funções estatais e para todos os níveis de governo: federal, estadual ou municipal. Cada grupo de pessoas se organizava e protestava por violações democráticas ocorridas na sua localidade.

Durante quase um mês, de forma intermitente, vivenciou-se um período intenso de manifestações populares em todo o Brasil e, em contrapartida, o Executivo Federal manteve-se silente. Alguns parlamentares federais, governadores estaduais, prefeitos e vereadores municipais já tinham se dirigido à mídia para responder aos anseios populares, em sua maioria de forma isolada e dissonante. No entanto, no dia 21 de agosto de 2013, a Presidente da República veio à rede nacional responder aos anseios da população e propor reformulações na política governamental para enfrentar a crise desencadeada pelas manifestações populares. A Presidente propôs a construção de um pacto em cinco áreas bem definidas: responsabilidade fiscal reforma política, saúde, educação e transporte público. Neste colaborariam governadores e prefeitos. Ressaltou também, que o dinheiro público não havia sido investido na construção de estádios para a Copa do Mundo de 2014. “O povo está nos dizendo que quer mais cidadania. Quer uma cidadania plena. As ruas estão nos dizendo que o país quer serviços públicos de qualidade [...]”, afirmou a Presidente Dilma Rousseff¹¹, em rede nacional, no dia 24 de junho de 2013.

Alguns dias depois e em face das divergências doutrinárias que vieram à tona, o governo voltou atrás com a proposta de convocar o Plebiscito para uma Assembleia Nacional Constituinte Exclusiva. A população brasileira, apesar não ter conseguido em um só momento o atendimento de todas as reivindicações, até porque as mesmas não tinham um foco determinado, viu surgir centelhas de cidadania por todos os cantos do Brasil. O povo acordou de forma não repentina, mas ciente de suas responsabilidades na condução política do país e fizeram com que os governantes e também as políticas públicas por eles construídas devem atender aos anseios da sociedade, com um bojo eminentemente democrático.

Neste norte, é oportuno pontuar as palavras de Fausto (2009, p. 555), acerca do futuro da Democracia:

11 A Presidente propôs um pacto em cinco aspectos bem definidos: (i) pacto pela responsabilidade fiscal, (ii) pacto pela reforma política; (iii) pacto pela saúde: “importação” de médicos estrangeiros para trabalhar nas zonas interioranas do país e mais vagas para estudantes de medicina; (iv) pacto pelo transporte público e (v) pacto pela educação pública.

Uma das questões decisivas dos anos que estão por vir será o da preservação do regime democrático, apesar das carências e da desigualdade social. Se os problemas não começarem a ser atenuados, se não houver razões para a população acreditar em seus presumíveis representantes, a democracia se converterá, não em um valor universal, mas em uma palavra vazia. Pior ainda, será associada à irresponsabilidade dos políticos, aos privilégios e à desordem.

Importante destacar que depois das intensas manifestações populares por todo o país nos meses de junho/julho, atualmente são verificadas pontos de conclamação popular em várias cidades. O gigante acordou e não adormeceu mais. Vê-se assim que as jornadas de junho contabilizaram ganhos para a população que ultrapassam o limite da pressão popular aos governantes e atingiram pontos fulcrais à manutenção do Estado Democrático de Direito.

O que se pode extrair em comum ou como aspectos convergentes entre o movimento *piquetero* argentino e as manifestações populares no Brasil, notadamente as ocorridas a partir de junho de 2013, é uma maior semelhança entre selas, ou seja, uma aproximação mais intensa da população para os problemas de gestão de políticas públicas implementadas pelos governos. No caso argentino, os movimentos mais populares e intermitentes são comuns, fazem parte da história e do cotidiano argentinos; são organizados e servem de instrumentos interlocutores como o governo, constituindo-se realmente como atores coletivos.

O percurso histórico do movimento *piquetero* argentino revela a mudança dos espaços nos quais as lutas eram travadas: da fábrica, aos bairros e também a postura organizada que adquirem os movimentos. No Brasil, isso não ocorreu porque a implementação dos direitos sociais e a forma de reivindicações não foram influenciadas historicamente pelos mesmos fatores. Até porque a forma como o Brasil viveu a transição do processo de globalização e o remodelamento do capitalismo foi diversa. As privatizações aconteceram de forma mais institucionalizada e os planos econômicos (na maioria das vezes, danosos) tiveram seus efeitos mitigados pelas políticas governamentais. Talvez se sinta atualmente com mais força tais os efeitos do que à época nas quais foram concretizados.

O que as organizações *piqueteras* argentinas reivindicavam na década de 90 (com a remodelação do Estado e os efeitos negativos da globalização, principalmente os que se direcionam aos serviços privatizados: fornecimento de energia elétrica, telefonia, dentre outros) o povo brasileiro veio conclamar de forma mais expressiva nas jornadas de junho de 2013. No Brasil, a Igreja não participou efetivamente, mas apoiou o movimento.

O movimento argentino (partiu do centro do interior do país) para as grandes cidades. Foi espontâneo e influenciado pela forma de consubstanciação do modelo federativo argentino, apesar de alguns municípios não serem entes federativos, mas se sentem parte

integrante da federação. São diferentes os estilos de intervenção e de construção política com a criação de delegados de base e de outros dirigentes comunitários. As políticas públicas nasceram do *lôcus* do poder.

O movimento *piquetero* trouxe para o centro dos debates a questão social, especialmente a construção da dignidade. A operacionalização das atividades remodelou a vida nos bairros quanto às questões comunitárias. Surge nesse cenário uma nova forma de organização social que não teve influências do movimento sindical, mas fincou suas raízes no movimento *piquetero*. As manifestações populares brasileiras não foram fomentadas através de uma construção histórica diferenciada pelos momentos vividos no Brasil (no processo de remodelação do Estado) e na Argentina no fim da década de 90 e início dos anos 2000.

O Brasil perpassou momentos e situações históricas, políticas, culturais, econômicas diferenciadas. Até mesmo a opção de aderir de forma mais branda ao processo de globalização e a um modelo federal tripartite (no qual todos os municípios são entes federativos, mesmo que algumas vezes de forma incipiente), a gestão da economia e o manejo das políticas públicas, fizeram com que as manifestações populares fossem consubstanciadas de forma diferenciada.

Ambos os movimentos têm aportes positivos e negativos na sua construção e que se constituem como mecanismos interlocutores entre ambos os países visando construir um forte espaço democrático na América do Sul.

4. Análise do Grau de Consciência Democrática nos Países Federativos do Conesul

Cada Estado foi fortemente influenciado por circunstâncias sociais, políticas, econômicas e culturais na construção dos seus pilares fundamentais, todavia, não há um modelo pronto, acabado e com regras e critérios que se amoldam a todas as realidades existentes. Alguns adotaram modelos flexíveis, outros, estabeleceram padrões rígidos, no entanto, dificilmente encontrar-se-ão modelos idênticos. Vão existir similaridades que servirão como instrumentos indicadores do seu delineamento e proporcionarão aportes para que sejam conectadas políticas públicas, notadamente nos países que se encontram em uma mesma realidade social e posição geográfica, como no caso da Argentina e do Brasil.

Esses países possuem similaridades que se encontram num ponto de intersecção na busca dos caminhos democráticos. Para tanto, nas últimas décadas, com o remodelamento das feições dos Estados aliado ao processo de globalização e ao fortalecimento dos instrumentos democráticos gerou-se uma nova realidade, que deve ser enfrentada visando à construção de um Estado que priorize a gestão feita a partir do cidadão.

Carbonell (2010), nesse sentido, destaca que o momento é de cada Estado conhecer a Constituição (com suas peculiaridades); aplicá-la bem, inclusive preenchendo os conceitos vagos com diretrizes vertentes democráticas; educar para o neoconstitucionalismo pautado em uma doutrina constitucional própria que abarque o melhor que foi produzido em outros países, mas que seja capaz de responder aos dilemas e necessidades próprias, através de uma atitude comissiva que se desvencilha da anomia.

E sob esse último aspecto é que os ordenamentos jurídicos, argentino e brasileiro, encontram aportes comuns: proximidade geográfica, cultural, fatores históricos, econômicos e, sobretudo, políticos. Partindo dessa premissa, se consegue fechar um ciclo fortalecedor nesses Estados que adotaram a Federação pautada nos moldes democráticos e, nessa realidade, melhor se operacionalizam os instrumentos de participação popular, por meio dos quais o cidadão participa ativamente da gestão das políticas públicas e se concretiza o conceito de cidadania.

A realidade desses países é fértil para aplicar a teoria da interpretação de plural de Habermas (1997), em que todos participam ativamente do processo de interpretação e aplicação das leis e a Democracia se fortalece, pois vigorarão as interpretações que se direcionem ao povo, à realidade vivenciada. Verifica-se, assim, um modelo federativo adotado na Argentina que descentraliza competência e alguns municípios ostentam a condição de ente federativo, sempre levando em consideração a máxima de que as políticas públicas devem ser implementadas no ente local, mesmo sendo gerenciadas pelo ente central. O movimento *piquetero*, o manejo dos instrumentos de participação popular (com dicções normativas e políticas públicas operacionalizadas pelos cidadãos), o amadurecimento da consciência política com a implementação dos direitos sociais, encontram similaridades com a realidade brasileira.

Assim, no Brasil, tem-se um modelo federativo também pautado na descentralização de competências que vem gradativamente priorizando os entes locais (municípios) com a execução de políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais (apesar das diferenças estruturais entre os moldes federativos desses países). As manifestações populares, de maneira especial as ocorridas em 2013, denominadas de **jornadas de junho**, que, embora tenham origem histórica e forma de organização e execução diferenciadas do movimento *piquetero* argentino, propiciam os mesmos efeitos. O orçamento participativo, as dicções normativas fruto dos instrumentos de participação popular (como a Lei da Ficha Limpa), constituem-se pontos comuns que demonstram que, nas Federações democráticas, os instrumentos de participação popular são executados de uma maneira mais eficaz.

Isso ocorre porque as estruturas federativas argentina e brasileira se pautam na descentralização política, financeira e administrativa, constitucionalmente previstas, favorecem a construção de canais de interlocução: associações de bairros e sindicais, outras organizações não governamentais, o orçamento participativo (no Brasil), o manejo do

plebiscito, referendo e, notadamente, da iniciativa popular para a consubstanciação das espécies normativas ou favorecem a implantação de políticas públicas (por meio de grupos de cidadãos que agem diretamente na gestão do Estado) e também o movimento *piquetero* e as manifestações populares. Tais instrumentos são políticas que oferecem aos cidadãos acesso direto às instituições decisórias.

Tocqueville (1987) já apregoava que o sistema federativo é uma das mais poderosas combinações a favor da prosperidade e liberdade. A partir dessa premissa percebe-se que as práticas federativas beneficiam a implementação dos instrumentos de participação popular nas Democracias, os entraves muitas vezes se encontram no antagonismo que se constrói quando se impõem mecanismos separatistas entre as práticas do indivíduo e o Estado.

É necessário, portanto, que conjuguem novos métodos, novas práticas ao modelo federativo democrático através da utilização dos instrumentos de participação popular (formais e informais). Isso se torna viável por meio da ampliação da interpretação no discurso comunicativo, como já apregoava Haberle (1997), na qual todos os cidadãos interpretam as dicções normativas na realidade social vivida e não só quando as práticas sociais são judicializadas. É o cidadão atuando na condução política e administrativa do Estado o que ocorre mais fortemente nos modelos federais, notadamente naqueles em que os municípios são entes federativos ou têm autonomia ampliada, porque nestes a participação popular aumenta e, conseqüentemente, o grau de compreensão dos cidadãos sobre o funcionamento da máquina administrativa. A maior tomada de decisões fortalece a cidadania funcionando como importante instrumento pedagógico.

Os organismos internacionais e as constituições de diversos países que adotam o regime democrático preveem expressamente os pilares da democracia e, por esse fato, passam necessariamente a integrar o sistema internacional e global de proteção dos Direitos Humanos.

A federação estimula a diversidade (práticas plurais de participação) mesmo garantindo a unidade nacional que se amolda perfeitamente ao conceito de Democracia construído sobre bases que admitem interpretações plurais e abertas a práticas não homogêneas nas quais os planos político, social e cultural vão se amoldar ao econômico. Santos (2002) já apontava essa interlocução nos países do Mercosul e destacava o seu manejo através das constituições, todavia, apontava a existência de instrumentos frágeis.

Agregue-se nessa discussão a contribuição dada pelo uso das inovações tecnológicas que viabilizam a Democracia e fortalecem as decisões coletivizadas. A modernização deve buscar transformar as técnicas e as relações, alterando o funcionamento da estrutura social.

Habermas (1997), na construção da teoria do discurso comunicativo, defende que todo poder político parte do povo e se concretiza através de procedimentos e instrumentos

comunicativos participativos e isso se adequa de melhor forma nos Estados federativos democráticos.

5. Os Instrumentos de Participação Popular Informais e sua Contribuição para o Fortalecimento das Práticas Democráticas

A teoria dos movimentos sociais apregoada por Gohn (2006) direciona-se à construção de uma democracia na qual os indivíduos são capacitados, formados como cidadãos ativos. Emerge, assim, um novo modo de se educar voltado para as realidades sociais das quais eles participam. Aqui se capilariza a importância dos conselhos dos cidadãos, instâncias que preparam os indivíduos para atuarem numa sociedade civil organizada.

A prática dos movimentos sociais colabora para a construção de uma cidadania ativa, participativa, que se direciona a vertentes multidisciplinares em sociedades com ideias plurais: mulheres, crianças, negros, fatores ecológicos, religiosos, indígenas, imigrantes, dentre outros. O processo educativo constrói a cidadania e a cidadania educa em um processo cíclico, como destacou Gohn (2006).

Em um Estado com feições polissêmicas, com são os Estados Federais, a democracia se ergue para preservar as diferenças setoriais ao mesmo tempo em que amolda e harmoniza interesses. Nesse sentido, a importância da democracia não está em se conjecturar um modelo único, mas sim na forma que eles são operacionalizados. Já destacava Araújo (2010, p. 526): “A probabilidade de se alcançar a justeza e participação da gestão do poder é diretamente proporcional à diminuição da proximidade entre quem decide e quem está subordinado às decisões”.

O processo cíclico que a democracia substancial constrói, como pontuado por Bobbio (2005), favorece o fortalecimento dos Estados Democráticos. A isso se some a força propulsora das associações populares que fortalecem a soberania dos Estados nos moldes propostos por Tocqueville (1987).

Esse processo pode ser claramente exemplificado através da conjugação entre: Federação – Estados Democráticos – Instrumentos de Participação Popular. Aqui parte-se da premissa que as Federações que adotam os regimes democráticos com os instrumentos de participação popular (formais e informais) fortalecem os Estados pautando-se em um processo cíclico. Esse fenômeno pode ser vislumbrado claramente nos países em estudo. Isso se deve ao fato de: (i) ambos terem adotado a Federação como forma de Estado (embora com feições diferenciadas, sobretudo, aquelas atinentes à condição dos municípios); (ii) a democracia tem capilaridades em todos os setores da sociedade e (iii) os mecanismos de participação popular (formais e informais) aproximam o cidadão (educando-os) da gestão do Estado.

Apesar das variáveis existentes entre Argentina e Brasil (dimensões territoriais, diversidades políticas, históricas, culturais) há condições de se implantar políticas democráticas comuns fortalecedoras das peculiaridades locais e dos pilares democráticos. Essa consideração não pode ser desprezada.

Tal proposta é inovadora para países limítrofes e integrantes do mesmo bloco econômico. A sedimentação dos fatores que faltam aos instrumentos de participação popular na Argentina e no Brasil pode ser superada pelas boas práticas e políticas exitosas um do outro. O velho conceito de que as comunidades tiveram que unir forças para sobreviverem e desenvolverem-se, adotada há vários anos através da história da humanidade se atualizam e se adequam à realidade atual, aos países integrantes do Cone Sul.

Deste modo, propõe-se, por exemplo, que a fomentação ideológica e a política organizacional do movimento *piquetero* argentino e os outros instrumentos de participação popular (formais e informais) possam se amoldar ao modelo brasileiro, menos arquitetado e de uma menor fomentação ideológica. Dos moldes brasileiros, pode-se extrair de positivo e fortalecedor as nuances da previsão legal e a regulamentação infraconstitucional dos instrumentos formais (plebiscito, referendo, iniciativa popular, dentre outros).

No entanto, o importante a ser destacado é o enfrentamento da questão política pelo povo diretamente interessado, seja no movimento *piquetero* ou nas manifestações populares brasileiras. Nestes, o grau de consciência política tem sido maturado e propenso a uma tendência de unificação, efeito esperado do processo de globalização e que propicia o fortalecimento dos Estados, principalmente, os federais que são detentores de uma soberania (remodelada com as novas feições sociais, políticas, econômicas e culturais) e uma autonomia arquitetada na descentralização político, financeira e administrativa dos entes que a compõem. Talvez o fato de descentralizar a gestão das políticas públicas (em governos subnacionais mais próximos do povo), fortalece a implementação dos instrumentos de participação popular nas Democracias, especialmente as do Cone Sul.

Na realidade, atualmente presencia-se o que Klink (2001) denominou de minimização da capacidade econômica do Estado, já que os fatores que levaram ao processo de globalização tornaram o Estado-nação grande (ou mesmo pequeno demais) para conduzir os novos projetos desenvolvimentistas. Vislumbra-se uma reterritorialização voltada para as peculiaridades da própria região, não se considerando uma expansão externa. Essa é a vertente regionalista proposta por boa parte dos estudiosos para o novo fenômeno mundial. De tal modo, a globalização permanece mais cooperativa e menos fragmentada.

Faz-se necessário, assim, a redefinição de políticas conjuntas entre os Estados em estudo baseando-se em uma nova teoria democrática que redesenha os espaços públicos e supera as fronteiras existentes, através da presença e ação organizada de seus segmentos, e se aplica com tranquilidade nas Federações, que por suas características heterogêneas,

favorece uma maneira rápida de articulação e ajustes políticos, culturais, sociais, econômicos, dentre outros.

O processo político deve estar em constante construção que favoreça a adoção de valores mais adequados ao pluralismo, elemento intrínseco à construção de uma teoria democrática, nas quais se retomam os clássicos direitos fundamentais que perpassam a esfera pública, privada e coletiva — nesta os indivíduos elevam-se a categoria de cidadãos ativos aptos a operacionalizar a execução dos objetivos do Estado. Ademais, quanto mais se maneja mecanismos participativos, mas se adicionam diferentes atores no processo de gestão das políticas públicas do Estado fazendo com que se alcance o maior número de situações específicas. Assim, se incluem, se coordenam e se cooperam com os interesses das partes através de diversos canais.

As experiências democráticas e federais argentinas e brasileiras servem de matéria-prima para a construção de um ensaio comum a ser aplicado de forma corrente em ambos os Estados e que supere as disparidades existentes. Constrói-se também uma conexão profícua entre os objetivos do Estado e os interesses da sociedade, ainda que nos países em estudo essa realidade aconteça em níveis insuficientes.

Mesmo diante de todas as dificuldades encontradas num horizonte internacional e em meio a tantas diversidades políticas, econômicas, sociais e culturais, a busca do fortalecimento da democracia continuará. Nesse ínterim, o conceito de soberania adquirirá feições flexibilizadas ao fortalecimento dos Estados conjuntamente. O isolamento não é a solução e não há como retroceder, até mesmo porque, no anseio pela sobrevivência, os homens por serem mais fortes e inteligentes buscaram se unir para formar uma comunidade, depois se organizaram em sociedade e, finalmente conceberam o conceito de Estado, regulamentando as relações de convivência entre os diversos grupos sociais, com a preservação dos direitos fundamentais, que se formaram ao longo da história da humanidade.

6. Conclusões

Foi possível verificar que, efetivamente, o modelo federal oferece um sustentáculo fecundo para o fortalecimento da democracia devido à descentralização dos poderes em níveis subnacionais e, concomitantemente, fortalece a manutenção da estrutura federal em um processo de sinergia.

A identificação de pontos comuns entre os instrumentos de participação democráticos argentinos e brasileiros permitem inferir que pode ocorrer uma harmonização no caso de ser necessária uma ação desse tipo no Mercosul.

Participar é um processo decisório. A democracia participativa pode realizar-se por diversos instrumentos de manifestação da vontade popular formal ou informal como,

por exemplo, a iniciativa popular de leis e de emendas constitucionais, o referendo, o plebiscito, a revogação de mandatos e o veto legislativo popular, os movimentos populares (*piqueteros*) –estes últimos, como forma de participação social, são uma nova modalidade de participação instituída na década de 1980 cuja categoria central não é mais “comunidade”, nem “povo”, mas a “sociedade”. A participação da sociedade organizada ocorreu em todos os níveis de pressão por liberdade e democracia. Nas manifestações de rua, na organização de agrupamentos sociais, nas eleições, na organização dos trabalhadores urbanos e rurais, na organização e luta das mulheres contra a discriminação e pela conquista de direitos, dos negros, dos estudantes, enfim, do empresariado, dos políticos, nas mais variadas formas de manifestações. Este processo de abertura abriu espaço para uma diversidade de interesses e de projetos colocados na arena social e política.

Contudo, participação não é realmente efetiva se não há modificação e ampliação das relações de poder nem educação. O princípio da participação cidadã surge como fundamento da soberania popular e encontra-se implícito no ordenamento constitucional brasileiro e argentino. Tal participação, todavia, permanece escassa, no geral. Ainda é necessário, nos países em estudo, o fortalecimento da cultura de participação popular. É preciso ajudar a conduziros processos de transformação social, mesmo em falta a partir da base, ou seja, a partir de organizações locais que trabalham há anos em áreas como a desigualdade social, educação, meio ambiente, direitos humanos, igualdade de gênero, ou soberania alimentar, entre outros. É necessário que a mesma população organizada seja consciente das desigualdades e promova, construa projetos de transformação para alcançar o desenvolvimento humano sustentável. Nesse sentido, a educação está emergindo como uma ferramenta poderosa para aumentar a conscientização e promover a mudança.

É certo que há muito ainda a ser conquistado e aprimorado. A sociedade e as políticas públicas implementadas também fomentarão novas nuances a esses instrumentos de participação popular. Importante destacar o papel de primazia e os mecanismos institucionalizados para a construção de um governo de todos que priorize as minorias e acolha os excluídos. E esse processo só pode ser viabilizado por meio do melhoramento das capilaridades democráticas, bem como das condições de acesso dos cidadãos aos espaços públicos. Ademais, a fragilização dos instrumentos de participação popular, especialmente, aqueles estudados na Argentina e no Brasil (movimiento piquetero e as manifestações populares) pode ser superada pelo compartilhamento das boas práticas sociais e de medidas políticas exitosas em cada Estado.

7. Referências

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. Federalismo e princípio da simetria: entre unidade e diversidade. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET,

- Ingo Wolfgang (Orgs.). **Estado Constitucional e Organização do Poder**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 513-549.
- ARGENTINA. Constitución (1994). **Constitución de la Nación Argentina**: con las reformas de la Convención Constituyente de 1994. Buenos Aires: Editora aZ, 2008.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BIDART CAMPOS, Germán J. El federalismo argentino desde 1930 hasta la actualidad. In: CARMANGNANI, Marcello (Coord.). **Federalismo latinoamericano**: México/Brasil/ Argentina. México: Fideicomiso Historia das Americas, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- BRASIL. Constituição (1988). **Manuais de Legislação Atlas**. MORAES, Alexandre de. (org.). 35. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo sociedade**: para uma teoria geral da política. (Trad.). Marco Aurélio Nogueira. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.(Coleção Pensamento Crítico, vol. 69)
- BOBBIO, Norberto; NICOLA, Matteucci; GIANFRANCO, Pasquino; **Dicionário de Política**. (Carmen C, Varriale et al. tradutores; coord. trad. João Ferreira). Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1998.
- CARBONELL, Miguel. Reinventar la democracia, reinventar el constitucionalismo. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). **Estado Constitucional e Organização do Poder**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71-91.
- CAVALCANTI, Amaro. **Regime federativo e a República brasileira**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.
- FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13 ed. São Paulo: Edusp, 2009. (Didática, vol.1).
- GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Perspectivas para o federalismo. In: BASTOS, Celso Ribeiro (Coord.). **Por uma nova federação**. São Paulo: RT, 1995.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade, 1. Trad. de Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

- KLINK, Jeroen Johannes. **A cidade-região:** regionalismo e reestruturação no Grande ABC Paulista. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.
- MALVAÉZ, Juan Montes de Oca. El nuevo federalismo del siglo XXI ante los gobiernos-municipales y la Democracia. **Gaceta Electoral**. Instituto Electoral del Estado del México. México, Año 5, nº 29, 2010.
- PACHECO, Mariano. Del piquete al movimiento. Part 01: De los orígenes al 20 de diciembre de 2001. **Cuadernos de la Fuyesp:** Fundación de las Investigaciones Sociales e Políticas.n.11 Buenos Aires: Enero de 2004. Disponível em: <<http://fisyp.rcc.com.ar/11.Piqueteros.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2014.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia:** os caminhos da democracia participativa. Porto: Edições Afrontamento, 2002.
- SVAMPA, Maristella; PEREYRA, Sebastián. **Entre la ruta y el barrio:** la experiencia de las organizaciones piqueteras. 3. ed. Buenos Aires: Biblos, 2009.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. 4. ed. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1987.
- VOGEL, Hans-Jochen. El régimen federal de la ley fundamental. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang (Orgs.). **Manual de Derecho Constitucional**. 2. ed. Trad. de Antonio López Piná. Madrid: Marcial Pons, 2001.

A COMPATIBILIZAÇÃO DO USO SACRIFICIAL DE ANIMAIS PELO CANDOMBLÉ COM A PROTEÇÃO DA FAUNA

PATRICIA DA COSTA SANTANA

Doutora em Direito Público – UFBA. Mestre em Direito Público – UFBA. Procuradora Federal-PGF/AGU.

Resumo

O artigo tem como objetivo apontar um mecanismo para solução dos conflitos entre direitos fundamentais ou princípios constitucionais, mais especificamente do conflito entre a proteção das manifestações culturais imateriais de religiões de matriz africana, que utilizam animais de forma sacrificial, e a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, com ênfase na proteção da fauna. Os direitos fundamentais são estudados em sua gênese teórica e evolução legislativa, até a perspectiva atual do tratamento constitucional do tema. Ao final é oferecida uma técnica, que tenciona restringir os princípios de forma a possibilitar a permanência e realização de ambos, garantindo a efetividade constitucional.

Palavras-chave

Ponderação; Salvaguarda do patrimônio cultural imaterial; Religiões de matriz africana; Proteção aos animais.

Abstract

This article has as main objective to point a way to solve the conflicts between the fundamental rights or constitutional principles, more specifically the conflict between the protection of the immaterial cultural manifestation of African matrix religion that uses animals sacrifice and the environment protection ecologically balanced with emphasis in the fauna protection. The fundamental rights are studied in their theoretical genesis and legislative evolution up to the present perspective of the constitutional treatment of the subject. In the end it is offered a technique which intends to restricts the principles and makes possible the permanence and realization of both, guaranteeing the constitutional effectiveness.

Key words

Balance of interest; Safeguarding of the intangible cultural heritage; African matrix religions; Animal protection.

1. Introdução

Conflitos que envolvem aspectos do patrimônio cultural material são comumente encontrados no âmbito do Poder Judiciário. Tombamentos de bens e as consequências de sua incidência são temas que, com frequência, compõem as ações judiciais, em especial nas ações civis públicas. Com menor incidência ocorre com os bens de natureza imaterial¹. Dos casos já levados à discussão pelos Tribunais Brasileiros cumpre lembrar, pois bastante conhecida, a disputa em derredor da Farra do Boi, decidida pelo Supremo Tribunal Federal, que determinou a paralisação da prática, considerando a ofensa ao princípio da proteção ao meio ambiente e a vedação de condutas que possam significar crueldade com animais.

Alguns livros situam a polêmica antropológica e jurídica e são conhecidos trabalhos monográficos que abordam especificamente o conflito², trazendo argumentos que se colocam na defesa dos bens ambientais, mormente na defesa da fauna, em detrimento dos bens culturais. Alinham-se considerações que apoiam a visão ecocêntrica, consistentes no crescente conhecimento acerca dos limites do ecossistema planetário, na consciência de que o mundo natural tem seu valor próprio, intrínseco e inalienável, vez que é muito anterior ao aparecimento do homem sobre a Terra, e por isso necessita de tutela, independentemente das avaliações e dos interesses humanos.

Segundo o prisma ecocêntrico, parece questionável submeter a Ecologia aos exclusivos interesses humanos e de, certo modo, caberia à antropologia subordinar-se à ecologia, cujo alcance estende-se ao ecossistema global. Segundo seus defensores, a assunção da concepção ecocêntrica forçaria os indivíduos e os governos a contrariarem seus próprios interesses, tirando-nos do conforto para passarmos a nos preocupar com a sobrevivência do planeta³.

1 Quando se fala em patrimônio imaterial ou intangível, não se está referindo a meras abstrações, porque para que haja qualquer comunicação é necessário suporte físico. Mas cabe distinguir entre aqueles bens que, uma vez produzidos, passam a apresentar relativo grau de autonomia em relação a seu processo de produção, e aquelas manifestações que precisam de atualização por meio de mobilização de suportes físicos. LONDRES, Cecília. Para além da “pedra e cal”: por uma concepção ampla de patrimônio. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, 147, out./dez., 2001, p. 191.

2 LEIS, Maria Fernanda. A influência do tratamento cruel aos animais domésticos no patrimônio cultural imaterial brasileiro. 2002. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo; BAHIA, Carolina Medeiros. Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna. Curitiba: Juruá, 2006. Embora outros trabalhos tenham se dedicado ao tema do uso de animais nas religiões de matriz africana: POSSEBON, Roberta Mottin. A reação das religiões de matriz africana no Rio Grande do Sul: conflitos com neopentecostais e defensores dos animais. 2007. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. SOUSA JUNIOR, Wilson Caetano de. Na palma da minha mão: temas afro-brasileiros e questões contemporâneas. Salvador: EDUFBA, 2011.

3 MILARÉ, Édis; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo x ecocentrismo na ciência jurídica. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 09, n. 36, out./dez. 2004, p. 26.

Por vislumbrar a possibilidade de semelhante conflito se estabelecer com referência a outras manifestações culturais imateriais, e para contribuir com o debate, a proposta e objetivo do presente artigo é apontar mecanismo que viabilize solução para a colisão entre os princípios constitucionais brasileiros da proteção ao meio ambiente e da proteção ao patrimônio cultural imaterial, com ênfase nas práticas culturais de comunidades religiosas de matrizes africanas, especificamente o Candomblé, em que ocorre a utilização e o sacrifício de animais.

A pergunta que se impõe e motiva o estudo é saber se a concepção ecológica ecocêntrica, que vem se apresentando como a mais consentânea com uma nova ética no relacionamento do homem com a natureza, torna justificável a proibição da realização de práticas culturais que envolvam animais.

De outra forma, ante os termos da Constituição Federal de 1988 é sustentável dizer que o ecocentrismo deverá sempre guiar e resolver os conflitos entre a garantia do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e a salvaguarda da manifestação cultural? Ou existe a possibilidade, no confronto entre o princípio constitucional da proteção do meio ambiente, que veda condutas cruéis e protege da extinção a fauna, e o da promoção da cultura, de que bens culturais de natureza imaterial, consistentes em práticas de religiões de matrizes africanas, mereçam ser salvaguardados e ter sua execução e difusão garantidas, mesmo ao utilizarem animais de forma sacrificial?

A percepção da cultura como bem indispensável a todos não se exprime com a mesma contundência que a luta pelos meios materiais de sobrevivência. Todavia, falar em direitos culturais significa ter em consideração os bens que garantem a integridade espiritual do indivíduo e da coletividade a que pertence⁴. Ou seja, se ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com todos os seus elementos, se atribui a característica de ser essencial à sadia qualidade de vida, não é menos importante para a vida digna que se garanta o direito ao exercício, à promoção, à difusão da cultura, em suas diversas formas de apresentação.

Mostra-se necessário e atual investigar o conflito entre princípios relativos ao meio ambiente e ao patrimônio cultural, destacando-se a importância de buscar-se o devido cumprimento constitucional e dispondo-se a pesquisa a fornecer meios para a maior efetivação desses direitos culturais.

Aponta-se a técnica da ponderação, proposta por Robert Alexy, em sua obra *Teoría de los derechos fundamentales*⁵ e que vem recebendo acréscimos em trabalhos posteriores,

4 Antonio Candido citado por FONSECA, Maria Cecília Londres. O Patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; MinC – Iphan, 2005, p. 78.

5 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

consistentes em artigos publicados em periódicos e reunidos em livro⁶, para o deslinde do conflito.

2. O que é Cultura?

Da significação originária que diz respeito à atividade ou intervenção do homem para modificar o ambiente o termo cultura passou a compreender o refinamento progressivo da intervenção humana na natureza⁷. Tornando-se, posteriormente, sinônimo de civilização, ou aprimoramento e aperfeiçoamento da humanidade, a palavra cultura passa a dar ensejo à classificação das culturas segundo estágios que variavam de atrasadas às avançadas, e a simbolizar a relação dos humanos com o tempo⁸.

Desta forma caminha-se do caráter universalista, passando pela valorização das conquistas espirituais, que traduziam uma expressão nacionalista, até culminar no relativismo cultural que caracteriza as modernas teorias, e pela ênfase na diversidade humana, que conduz à acentuação da importância da identidade e da referência.

Todavia, o relativismo cultural que defende a resistência à civilização imperial e universal agora se coloca ao lado das minorias e não das nações. Numa sociedade multicultural as diferenças culturais devem ser respeitadas, e até mesmo estimuladas⁹.

Numa concepção dinâmica da relação entre cultura e identidade cultural, não se vê esta como um atributo original e permanente ligado àquela. A identidade é uma construção decorrente da relação que opõe um grupo aos outros que estabelecem contato; identidade existe sempre em relação a uma outra, nunca em si mesma. “No entanto, considerar a situação relacional na qual é elaborada uma cultura, não deve levar a negligenciar o interesse pelo conteúdo desta cultura, o interesse pelo que ela significa em si mesma”, como afirma Denys Cuche¹⁰.

6 ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 157.

7 BELLO, Angela Ales. *Culturas e religiões: uma leitura fenomenológica*. Tradução Antonio Angonese. Bauru: EDUSC, 1998, p. 42.

8 CHAUI, Marilena. *Cidadania cultural: o direito à cultura*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 105-107.

9 Apesar das vozes da resistência que veem, na ênfase nas diferenças culturais, uma forma de exploração política de divisão, hierarquia e controle, como ocorreu na África do Sul. VIANNA, Hermano. *Diversidade e construção do futuro*. BRANT, Leonardo (Org.) *Diversidade Cultural: globalização e culturas locais: dimensões, efeitos e perspectivas*. São Paulo: Escrituras Editora; Instituto Pensarte, 2005, p. 118. Na expressão de Armand Mattelart “A negação do direito à autodeterminação ressuscita a visão de povos infantis, postos sob tutela pelos doadores de lições das nações adultas.” MATTELART, Armand. *Diversidade cultural e mundialização*. Tradução Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2005, p. 35.

10 CUCHE, Denys. *A noção de cultura nas ciências sociais*. Tradução Viviane Ribeiro. 2ª ed. Bauru: EDUSC, 2002, p. 183, 202 e 238.

Esta breve exposição sobre a noção de cultura revela uma incessante discussão sobre o significado da palavra, seu conteúdo e a relação com o destino de povos e nações, e suas sucessivas reformulações, com alusões às tradições iluminista, ou francesa, e romântica, ou alemã, e finalmente americana, transparece no discurso oficial ou no conceito de patrimônio cultural a ser preservado, como será evidenciado em seguida.

3. O Percurso da Proteção dos Bens Culturais: do Patrimônio Cultural Nacional como Bem Tangível de Excepcional Valor à Diversidade Cultural que Consagra o Intangível

Sendo detectado no sentimento de piedade religiosa e de devoção às relíquias, característico da civilização europeia, a origem do sentimento de apego a bens simbólicos que evocam a ideia de pertencimento a uma comunidade, o conceito de patrimônio só vai se constituir efetivamente como conjunto de bens a serem cultuados, preservados e legados para uma coletividade, em função de valores leigos, como os valores histórico e artístico, e enquanto referências a uma identidade nacional, asseguradas pelo Estado nacional¹¹.

A formação de patrimônios históricos e artísticos nacionais, como informa Maria Cecília Londres Fonseca, é uma prática característica dos Estados modernos que delimitam um conjunto de bens no espaço público, que passam a ser mercedores de proteção, visando a sua transmissão para as gerações futuras, pelo valor que lhes é atribuído, enquanto manifestações culturais e enquanto símbolos da nação. As políticas de preservação se propõem a atuar no nível simbólico, tendo como objetivo reforçar uma identidade coletiva¹².

A ideia de posse coletiva como parte do exercício da cidadania inspirou a utilização do termo patrimônio para designar o conjunto de bens de valor cultural que passaram a ser propriedade da nação, ou do conjunto de todos os cidadãos¹³.

11 FONSECA, Maria Cecília Londres. O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; MinC – Iphan, 2005, p. 54-55. Conforme Marilena Chauí, o Estado-nação se viu compelido a inventar o patrimônio cultural nacional. “É nessa disputa de prestígio, poder e riqueza que o Estado-nação inventa a ideia de patrimônio cultural da nação como patrimônio artístico, histórico e geográfico, ou seja, aquilo que o poder político detém contra o poder religioso e o poder econômico.” CHAUI, Marilena. Cidadania cultural: o direito à cultura. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006, p. 119.

12 FONSECA, Maria Cecília Londres. O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; MinC – Iphan, 2005, p. 21.

13 Cuida-se, aqui, da situação que seguiu ao que Maria Cecília Londres Fonseca denomina de vandalismo pós-reforma e pós-revolução francesa, que fez surgir, com a destruição e o confisco de bens, algumas iniciativas visando evitar a destruição de edificações já identificadas à fisionomia da cidade. O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; MinC – Iphan, 2005, p. 58. Igualmente referida por Françoise Choay, a invenção da conservação do monumento histórico, com seu aparelho jurídico e técnico, foi antecipada pelas instâncias

A noção de patrimônio se inseriu no projeto mais amplo de construção de uma identidade nacional e passou a servir ao processo de consolidação dos Estados-nações modernos¹⁴. Cumpria funções simbólicas, como: a) reforçar a noção de cidadania, por identificar no espaço público, bens de propriedade de todos os cidadãos, a serem utilizados em nome do interesse público; b) objetivar essa entidade ideal que é a nação, que tem na necessidade de proteger o patrimônio comum o reforço da coesão nacional; c) funcionar como prova material da versão oficial da história nacional, que constrói o mito de origem da nação e da ocupação do território, visando a legitimar o poder estatal. O sentimento nacional se desenvolveu com ênfase nos aspectos culturais típicos, diferenciadores de cada nação¹⁵.

As noções de cultura que significavam civilização e progresso, refinamento e elevação da produção material, que podem ser comparadas com as a excepcionalidade da produção cultural, todavia, modificaram-se para alcançar as aquisições e produções do espírito, e bens culturais sem a expressão da valorizada grandiosidade de outrora. O reconhecimento e a ênfase na diversidade humana conduzem à acentuação da importância da identidade e da referência.

revolucionárias. Cabe destacar que o sentido mais antigo para monumento é tudo aquilo que é edificado por uma comunidade de indivíduos para rememorar ou fazer com que outras gerações rememorem acontecimentos, ritos ou crenças; ele é selecionado para fins vitais, na medida em que pode contribuir para manter e preservar a identidade de uma comunidade étnica ou religiosa, nacional, tribal ou familiar. O monumento é uma defesa contra o traumatismo da existência. O papel do monumento, em seu sentido original foi perdendo sua importância nas sociedades ocidentais, assumindo um valor arqueológico, estético e de prestígio, evoluindo para significar o encantamento ou o espanto provocados pela proeza técnica e por uma versão moderna do colossal. Diverso é o significado de monumento histórico, uma invenção datada do ocidente, e que é constituído a posterior, pela união dos olhares convergentes do historiador e do amante da arte. Embora seja possível situar o nascimento do monumento histórico em Roma, por volta de 1420, com relação aos monumentos da Antiguidade, e se possa dizer que antes do fim da idade média, grande número de obras e de edifícios tenha sido, com interesse utilitário ou não, objeto de conservação deliberada e estimulada pelo clero, sendo, todavia, interdito denominar qualquer conduta anterior relativa às antiguidades greco-romanas de preservação do monumento histórico, em razão da ausência de distanciamento, a expressão aparece em 1790, no momento em que, no contexto da Revolução Francesa, elaboram-se o conceito de monumento histórico e os instrumentos de preservação a ele associados. Em verdade, dois processos distintos ocorreram: o primeiro é a transferência dos bens do clero, da Coroa e dos emigrados para a nação, que como valor econômico exigiam ser conservados, e utilizados, às vezes, porém, para subvencionar despesas militares e até como fornecedores de materiais de construção; o segundo é a destruição ideológica, a partir de 1792, de que foi objeto uma parte destes bens, o que suscita uma reação de defesa imediata (do mesmo aparelho revolucionário de que deriva o vandalismo ideológico), comparável à que foi provocada pelo vandalismo dos reformadores na Inglaterra, visando, contudo à conservação não apenas das igrejas medievais, mas da totalidade do patrimônio nacional. CHOAY, Françoise. A alegoria do patrimônio. Tradução Luciano Vieira Machado. 3ª ed. São Paulo: Estação Liberdade: UNESP, 2006, p. 18-19, 25, 28, 31, 36-37, 44-52 e 95-109.

14 Até o século XVIII, na Europa, os Estados eram religiosos e monárquicos.

15 FONSECA, Maria Cecília Londres. O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; MinC – Iphan, 2005, p. 59 e 62.

Esse percurso teórico que expõe as alterações do conceito de cultura é refletido na transformação do conceito de patrimônio cultural, com evidente influência na redação de textos que visam a proteção dos bens culturais no âmbito das organizações internacionais e na legislação brasileira. Passou-se da prática de valorização, apenas, dos bens de excepcional valor, ligados, no caso brasileiro, no mais das vezes, a uma herança colonial, de índole grandiosa e vinculado a uma identidade nacional, à ênfase no que reconhece, valoriza e promove a identidade dos povos através dos seus conhecimentos, expressões, práticas e técnicas.

A ênfase da ideia de nação atinge o ápice no período que vai de 1914 a 1945, quando duas guerras mundiais eclodem sob o impulso dos nacionalismos. Posteriormente, a interação das nações em organismos como a Organização das Nações Unidas - ONU - e a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO -, contribuiu para a dissolução dos conceitos nacionalistas, levando a convivência à eleição da diversidade, humana e ambiental, como valor a ser promovido universalmente. Surgiram gradativamente variedades de âmbitos patrimoniais de comunidades, como as indígenas e as sociedades foram interpretadas como compostas por diversos grupos sociais¹⁶.

A perspectiva reducionista inicial que reconhecia o patrimônio apenas no âmbito histórico, acabou, aos poucos, suplantada por uma visão mais abrangente, passando a definição de patrimônio a ser pautada pelos referenciais culturais dos povos, pela percepção dos bens culturais nas dimensões testemunhais do cotidiano e das realizações intangíveis. Isto permitiu que construções menos prestigiadas ou populares, como mercados públicos, fossem reconhecidas como patrimônio, incluindo no rol produções contemporâneas e bens culturais de natureza imaterial, como conhecimentos, expressões, práticas e técnicas.

Em 1985, a Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais entendeu que a cultura pode ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais, materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade e um grupo social; que as tradições e as formas de expressão de cada povo constituem sua maneira mais acabada de estar presente no mundo e que a afirmação da identidade cultural contribui para a liberação dos povos. Afirma que identidade cultural e diversidade cultural são indissociáveis, e que é um dever velar pela preservação e defesa da identidade cultural de cada povo, o que reclama políticas culturais que protejam, estimulem e enriqueçam a identidade e o patrimônio cultural de cada um, além de estabelecerem o mais absoluto respeito e apreço pelas minorias culturais. Declara que é direito de cada povo e de cada comunidade cultural afirmar e preservar sua identidade cultural e exigir respeito a ela. Ressalta que a cultura não pode ser privilégio da elite, nem quanto à sua produção, nem quanto a seus benefícios. Proclama

16 FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. Patrimônio histórico e cultural. Coleção Passo-a-passo, 66. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 20.

que o patrimônio cultural de um povo compreende as obras de seus artistas, arquitetos, músicos, escritores e sábios, assim como as criações anônimas surgidas da alma popular e o conjunto de valores que dão sentido à vida. Ou seja, as obras materiais e não materiais que expressam a criatividade desse povo: a língua, os ritos, as crenças, os lugares e monumentos históricos, a cultura, as obras de arte e os arquivos e bibliotecas. Recomenda a valorização das línguas nacionais como vínculos do saber e a cooperação internacional fundada no respeito à identidade cultural, à dignidade e ao valor de cada cultura, à independência, à soberania nacional e à não-intervenção¹⁷.

A ampliação do campo das políticas de patrimônio, na UNESCO, é fruto tanto da crítica ao eurocentrismo da noção tradicional de patrimônio histórico e artístico, como da reivindicação de países de tradição não-europeia, para verem reconhecidos os testemunhos de sua cultura como patrimônio cultural da humanidade¹⁸.

O principal fundamento da crítica era o predomínio do interesse das potências econômicas e na valorização do patrimônio ligado às elites, resultado de soluções eruditas ou acadêmicas, e à Europa, em particular. Essa visão vem mudando com o crescente reconhecimento do valor da diversidade humana. O olhar das sociedades sobre si mesmas, seus valores e relações que mantém com outras culturas evoluiu e a história da arte e da arquitetura, a arqueologia, a antropologia e a etnologia não se limitam mais ao estudo dos monumentos em si voltando-se para os conjuntos que traduzem no espaço as organizações sociais, os modos de vida, as crenças, os saberes e as representações das diferentes culturas presentes no mundo inteiro¹⁹. Foi ampliada a acepção do conceito de patrimônio, que ficou compreendido não apenas por produções de artistas reconhecidos, mas por criações anônimas, oriundas da cultura e alma popular.

Posteriormente, a UNESCO, em outubro de 2001, adota uma Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural. Nela é elevada a diversidade cultural à posição de patrimônio comum da humanidade, e considerada tão vital para o gênero humano, quanto a biodiversidade na ordem dos seres vivos. A Conferência Geral de 2003 decide elaborar para

17 Declaração do México. Elaborada em 1985, no México, na Conferência mundial sobre as políticas culturais. Conselho Internacional dos Monumentos e Sítios - ICOMOS. CURY, Isabelle (Org.). Cartas patrimoniais. 3ª ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004, p. 271-280.

18 LONDRES, Cecília. Para além da “pedra e cal”: por uma concepção ampla de patrimônio. Revista Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, nº 147, out./dez. 2001, p. 189. No mesmo sentido Márcia Sant’Anna, que ademais assinala que enquanto a noção de monumento histórico e de patrimônio são datadas e ocidentais, a noção de patrimônio imaterial é eminentemente oriental, ocorrendo sua assimilação pelo mundo ocidental a partir dos anos 80, sendo a Carta de Veneza, de 1964, o primeiro documento a introduzir a importância de sua valorização. Patrimônio imaterial: do conceito ao problema da proteção. Revista Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, nº 147, out./dez. 2001, p. 152-153.

19 LÉVI-STRAUSS, Laurent. Patrimônio imaterial e diversidade cultural: o novo decreto para a proteção dos bens imateriais. Revista Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, nº 147, out./dez. 2001, p. 24-25.

o ano de 2005 uma Convenção Internacional para a Preservação da Identidade Cultural, posteriormente alterada para Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. Seu propósito é conferir força de lei à Declaração adotada em 2001, para assegurar o direito dos indivíduos e dos grupos a criar, difundir e ter acesso aos bens e serviços culturais, especialmente quando se encontrarem em perigo ou em situação vulnerável, cuidando para que a proteção à diversidade não se faça em prejuízo da abertura a outras culturas²⁰. Referida Convenção busca garantir a especificidade das diferentes criações culturais, afirmando que a diversidade cultural é uma característica essencial da humanidade, constituindo um seu patrimônio comum, a ser valorizado e cultivado em benefício de todos, além de destacar a importância da diversidade cultural para a plena realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais proclamados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e outros instrumentos universalmente reconhecidos e de acentuar que a cultura assume formas diversas através do tempo e do espaço, e que esta diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade das identidades, assim como nas expressões culturais dos povos e das sociedades que formam a humanidade. A Convenção reconhece a necessidade de adoção de medidas para proteção da diversidade das expressões culturais²¹.

Em 17 de outubro de 2003, foi aprovada uma nova Convenção para proteger os bens culturais imateriais da humanidade, cujo texto aprovado passou a se chamar Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial e cujo objeto é a proteção da sociodiversidade, entendida por ela como diversidade cultural. A citada convenção conceitua patrimônio imaterial como “as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e espaços culturais que lhe são inerentes – que as comunidades, os grupos, e em alguns casos os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural”. Declara que ele se manifesta pelas tradições orais, inclusive o idioma, as artes e espetáculos, os usos, sociais, rituais e festivos, conhecimentos e usos relacionados com a natureza e as técnicas artesanais tradicionais. Reconhece que ele é recriado pelas comunidades e grupos em função de sua relação com o ambiente, gerando um sentimento de identidade e continuidade, contribuindo para

20 A Conferência Geral de 2003 decide elaborar para o ano de 2005 uma Convenção Internacional para a Preservação da Identidade Cultural, posteriormente alterada para Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. Seu propósito é conferir força de lei à Declaração adotada em 2001, para assegurar o direito dos indivíduos e dos grupos a criar, difundir e ter acesso aos bens e serviços culturais, especialmente quando se encontrarem em perigo ou em situação vulnerável, cuidando para que a proteção à diversidade não se faça em prejuízo da abertura a outras culturas. MATTELART, Armand. *Diversidade cultural e mundialização*. Tradução Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2005, p. 139 e 141.

21 UNESCO. *Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais*. Informação disponível em: <<http://portal.unesco.org/la/convention.asp?language=E&KO=31038>>. Acesso em: 11 jul. 2007.

promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Assume, por fim, que as comunidades, em especial as indígenas, desempenham importante papel da produção, salvaguarda, manutenção e recriação do patrimônio cultural imaterial²².

Para que haja salvaguarda destes bens o texto da Convenção entende necessário aplicar medidas para garantir a viabilidade de existência destes bens, incluindo a identificação, documentação, pesquisa, preservação, proteção, promoção, valorização, transmissão pela educação formal e informal e revitalização, recomendando a cada Estado parte que se empenhe para assegurar o reconhecimento, o respeito e a valorização do patrimônio cultural imaterial na sociedade, cujo interesse é geral para a humanidade.

4. O Tratamento Normativo-Constitucional Brasileiro da Proteção das Manifestações Culturais

Não há qualquer noção de patrimônio cultural ou de bens patrimoniais no Brasil do século XIX²³. Como o conceito de cultura identificava-se com o de civilização, associado à literatura, teatro, música, pintura, escultura e arquitetura, o Brasil e o seu povo se encontravam num estágio de “infância da arte”, entendida a arte como processo evolutivo de formas primitivas e que atingiria o padrão acabado, cuja referência era a arte clássica da Antiguidade e da Renascença. Além do conceito clássico de cultura, a noção de patrimônio no século XIX, particularmente no Brasil, parecia recair sobre a documentação, razão porque o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, fundado em 1838, no Rio de Janeiro, passaria a colecionar e preservar da destruição a história do Brasil²⁴.

A Constituição Brasileira de 1824 era omissa quanto à proteção dos bens de valor cultural. Da mesma forma o texto constitucional de 1891. Foi somente com a Constituição de 1934 que o assunto ganhou o foro constitucional e no art. 10, atribuía à União e aos Estados a competência concorrente para proteger as belezas naturais e os monumentos

22 Convenção para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial. Aprovada pela UNESCO na 32ª sessão da Conferência Geral, em Paris, 17 de outubro de 2003. CURY, Isabelle (Org.). Idem, p. 371-390. Segundo Antonio Augusto Arantes essa tendência à ampliação do conceito de patrimônio funda-se na revalorização de bens simbólica e materialmente, pois para a vida contemporânea, patrimônio significa riqueza acumulada por gerações passadas, e que é disponível hoje como recurso. Patrimônio imaterial e referências culturais. Revista Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, nº 147, out./dez. 2001, p. 129-130.

23 José Eduardo Ramos Rodrigues corrobora a informação, destacando que iniciativa isolada foi tomada pelo Ministro do Império, Conselheiro Luiz Pedreira de Couto Ferraz, transmitindo ordens aos Presidentes das Províncias para que obtivessem coleções epigráficas para a Biblioteca Nacional e ao Diretor de Obras Públicas da Corte, para que tivesse cuidado na reparação de monumentos para não apagar as inscrições neles gravadas. RODRIGUES, José Eduardo Ramos. A evolução da proteção do patrimônio cultural – crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, ano 3, nº 11, jul./set. 1998, p. 27-28.

24 CAMARGO, Haroldo Leitão. Patrimônio histórico e cultural. 3ª ed. Coleção ABC do Turismo. São Paulo: Aleph, 2005, p. 72-75.

de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte, ao tempo em que introduziu o abrandamento do direito de propriedade, quando esta se revestisse de um interesse social ou coletivo (art. 113, inc. 17). No art. 148 a Constituição estabelecia caber à União, aos Estados e Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do país.

Em 1934, o Ministro da Educação e Cultura, Gustavo Capanema, propôs a criação de um serviço de proteção dos bens culturais²⁵. Pela Lei nº 378, de 1937, que reestruturava o Ministério da Educação, foi criado o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, com a finalidade de promover o tombamento, a conservação, o enriquecimento e o conhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional. A Carta de 1937 estendeu a competência aos Municípios para proteger os monumentos históricos, artísticos, naturais, as paisagens e locais particularmente dotados pela natureza (art. 134), submetendo o direito de propriedade ao interesse coletivo (art. 122, inc. 14). Em 30 de novembro de 1937, adveio o Decreto-Lei nº 25 que passou a dispor sobre a organização da proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, com os acréscimos do Decreto-Lei nº 3.866, de 1941 e da Lei nº 6.292, de 1975.

No Brasil, o Decreto-Lei 25/1937 ensejou a proteção da arquitetura colonial e imperial, do litoral norte e nordeste do Brasil²⁶. O patrimônio cultural era chamado de histórico e artístico e considerado como o conjunto de bens tombados²⁷. As primeiras ações em defesa do patrimônio nacional incluíram a seleção de edifícios do período colonial, em estilo barroco e palácios governamentais²⁸, devido a seus vínculos com a história oficial

25 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3ª ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 58.

26 *Ibidem*, p. 67.

27 Registre-se que o esboço da Lei do modernista Mário de Andrade, em 1936, assim como proposta preservacionista de Aloísio Magalhães, na criação do Centro Nacional de Referências Culturais – CNRC - já faziam referência ao patrimônio intangível, o que ao final não foi acolhido na elaboração do Decreto-lei nº 25/37 (talvez devido ao pouco peso político da proposta e do proponente), somente passando a fazer parte do corpo legislativo brasileiro com a CF/88, que passa a basear a ação na referencialidade dos bens. ANDRADE, Mário de. Anteprojeto para a criação do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Brasília, nº 30, 1999, p. 271-287; OLIVEIRA, Ana Gita; FREIRE, Beatriz Muniz. Nota sobre duas experiências patrimoniais. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Patrimônio imaterial e biodiversidade. Brasília, nº 32, 2005, p. 153. De Mário de Andrade ainda se pode dizer que à frente do Departamento de Cultura, instituiu um centro de documentação de manifestações culturais populares, em cuja discoteca são reunidos filmes, matrizes de discos e registros escritos sobre músicas e danças populares. AYALA, Marcos; AYALA, Maria Ignez Novais. *Cultura popular no Brasil: perspectiva de análise*. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 24-25.

28 O conceito dominante vai ser sempre o da excepcionalidade, sendo a atribuição de valor feita, via de regra, por experts que decidiam o que era patrimônio. CASTRIOTA, Leonardo Barci. *Conservação e valores: pressupostos teóricos das políticas para o patrimônio*. GOMES, Marco Aurélio A. de Filgueiras; CORREA, Elyane Lins (Org.). *Reconceituações Contemporâneas do Patrimônio*. Coleção Arquivemória. Salvador: EDUFBA, 2011, p. 55.

da nação, elevando-se a arquitetura à condição de marca capaz de promover a imagem de solidez do Estado brasileiro²⁹.

Na época, as edificações coloniais ou de partido colonial já haviam sido relegadas ao abandono ou à destruição, não sendo difícil imaginar que o nacionalismo, apoiado no legado luso-brasileiro, poderia ser uma reação das elites desta origem para reafirmar o seu prestígio e sua antiguidade na terra, além de colocar em discussão o passado histórico rejeitado³⁰ como símbolo do atraso e que agora iria se resgatar como sinônimo da nacionalidade³¹.

A reiterada preocupação com as raízes luso-brasileiras não deixou de valorizar o passado escravista, rejeitando, por outro lado, o legado dos imigrantes e os fazeres de camadas populares que não se adequavam à inventada tradição que se queria cultivar³².

A priori, as propostas dos intelectuais vinculados ao Iphan³³ foram orientadas por critérios seletivos pautados pela identificação da característica estética das obras, sua autenticidade e seu caráter excepcional. Tais preceitos remontam à matriz francesa que serviu de modelo para a definição da Lista do Patrimônio Cultural da Humanidade e para a institucionalização do ensino de arquitetura e engenharia em diversos países do mundo, [...].³⁴

Na década de quarenta, passou o Brasil a considerar, por leis, que foram interpretadas como produtoras de efeito igual ao do tombamento, bens coletivos como monumentos nacionais. No âmbito constitucional, pouca distinção quanto ao tema trouxe a Carta Federal de 1946, ao declarar que o amparo à cultura é dever do Estado e submeter à sua proteção as obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como dos monumentos naturais, paisagens e locais dotados de particular beleza. Em 1961 a Lei nº 3.924, que trata dos bens arqueológicos, ampliou o conceito de patrimônio histórico e artístico, para disciplinar a proteção dos bens arqueológicos e pré-históricos, deixando de mencionar, todavia, os sítios históricos.

29 FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. Idem, 2006, p. 47. Joaquim Falcão situa tais ações na época do afrouxamento dos laços culturais com a Europa (embora seja de estranhar a continuidade do modelo francês). Patrimônio imaterial: um sistema sustentável de proteção. Revista Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, nº 147, out./dez. 2001, p. 169.

30 Todavia é necessário destacar ações como as de José de Alencar e sua preocupação em demonstrar a existência e o valor de uma cultura nacional e popular muito antes do movimento modernista. AYALA, Marcos; AYALA, Maria Ignez Novais. Idem, p. 13.

31 CAMARGO, Haroldo Leitão. idem, p. 80-81.

32 Ibidem, p. 91. O mesmo autor destaca que no começo do século XX, no Rio de Janeiro, adotou-se um modelo europeizante, com largas avenidas, efetivando-se a demolição de habitações, cortiços e pontos de encontro ou alimentação, removendo sua população para lugares afastados, “expulsando do centro da Capital Federal a ‘aldeia africana’ que maculava a visão da ‘Paris nos trópicos’”. Ibidem, p. 78.

33 Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

34 FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. Idem, p. 46-47.

O art. 172 da Constituição de 1967 e o art. 180 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, tinham idêntica redação: declaravam ser dever do Estado o amparo à cultura, ao tempo em que colocavam sob sua especial proteção os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas. Criaram-se novas categorias de bens a serem preservados, elegendo as jazidas e os sítios arqueológicos, antes classificados como locais de valor histórico. Em 1977, a Lei nº 6.513 passa a considerar de interesse turístico os bens de valor histórico, artístico, arqueológico ou pré-histórico, as paisagens notáveis e as manifestações culturais ou etnológicas e os locais onde ocorrem.

Em 1979, com a criação da Fundação Nacional Pró-Memória, o reconhecimento de uma vasta gama de bens procedentes do saber popular alargou, no Brasil, a concepção de patrimônio, assentada na diversidade cultural, étnica e religiosa do país. Na década de 1980, a proteção foi marcada pela preservação dos espaços de convívio, recuperação dos modos de viver na restauração de mercados públicos e outros espaços populares. Dentre as iniciativas mais marcantes, encontra-se o tombamento federal, em 1986, após reconhecimento como Patrimônio da Cidade de Salvador, em 1982, do Terreiro da Casa Branca do Engenho Velho ou Ilé Axé Iya Nassô Óká, um dos mais antigos templos de culto religioso negro do Brasil³⁵.

Assim, no Brasil, somente nos anos 80 do século XX, as resistências modernistas, que consideravam que as produções do século XIX e do ecletismo fossem consideradas cópias apátridas e pouco dignas de proteção, seriam vencidas, para a incorporação de outros bens que não os barroco-coloniais³⁶.

A implementação de políticas patrimoniais, consoante afirmam Pedro Paulo Funari e Sandra de Araújo Pelegrini, deve partir dos anseios da comunidade e ser norteada pela delimitação democrática dos bens reconhecidos como merecedores de preservação. “Mas a seleção dos bens a serem tombados precisa estar integrada aos marcos identitários reconhecidos pela própria comunidade na qual se inserem”³⁷.

No Brasil, grande alteração no tratamento do tema somente ocorreu com a CF/1988. Observa-se claramente uma ampliação do rol dos bens que compõem o acervo cultural do país, bem como a enunciação da evolução dos mecanismos de proteção. O conceito de

35 Com inserção no Livro Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, e no Livro Histórico, ao lado de monumentos representativos do culto católico, até então os únicos privilegiados. FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. *Idem*, p. 50. Tal passo, conforme Marco Aurélio Luz, pode ser considerado um passo importante para repensar as bases eurocêntricas, positivistas e produtivistas do Estado nacional que não contemplava os valores, necessidades e aspirações da grande maioria da população, não legitimando e excluindo de seu contexto a pluralidade sócio-cultural brasileira. LUZ, Marco Aurélio. *Cultura negra em tempos pós-modernos*. 2ª ed. Salvador: EDUFBA, 2002, p. 105.

36 CAMARGO, Haroldo Leitão. *Idem*, p. 91.

37 FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. *Idem*, p. 59.

Patrimônio Cultural abarca tanto as obras arquitetônicas, urbanísticas e artísticas, quanto as manifestações de natureza imaterial, relacionadas à cultura no sentido antropológico, como as visões de mundo, memórias, relações sociais e simbólicas, saberes e práticas, consideradas chaves das identidades sociais³⁸. A ampliação do conceito permite integrar ao patrimônio cultural coletivo as lendas, os mitos, ritos e técnicas, interpretações musicais e cênicas, conhecimentos tradicionais, práticas terapêuticas, culinárias e lúdicas, técnicas de produção etc.

Importante sublinhar que a salvaguarda não deve ter em mira a proteção do patrimônio cultural porque é característica da nacionalidade brasileira, mas porque é significativo para referenciar a memória dos povos, com suas identidades próprias, que juntos formaram a sociedade brasileira. Como refere Marilena Chauí, a nação adquiriu, historicamente, uma dimensão simbólica em que se instalam o sentimento da identidade e a percepção da alteridade³⁹.

Interessante síntese realiza Aurélio Virgílio Rios, ao dizer que significativa modificação conceitual de bens culturais foi dada pela atual Constituição que afastou a referência exclusiva aos monumentos e à grandiosidade da aparência externa das coisas imóveis já feitas ou acontecidas, para privilegiar outras situações e outros contextos que ainda estão acontecendo, dentro de uma visão de cultura como processo contínuo e dinâmico, como a representatividade e identidade étnica de cada um dos grupos formadores da nacionalidade⁴⁰.

Em 2000, para dar concreção ao texto constitucional, e no que se refere aos bens de natureza imaterial, o Decreto nº 3.551 institui o registro dos bens dessa natureza e prevê a instituição do Livro de Registro das Formas de Expressão, o Livro de Registro dos Saberes, o Livro de Registro das Celebrações e o Livro de Registro dos Lugares.

A ideia de herança cultural tem sido cada vez mais valorizada, como fonte de intercâmbios sociais e como memória cultural de uma comunidade. O próprio modo de ser e de interpretar a vida passam a importar na definição de bens culturais, na categoria de patrimônio imaterial, que não tem outra importância senão pela evocação ou representação que sugerem.

38 VIANNA, Letícia Costa Rodrigues. Dinâmica e preservação das culturas populares: experiências de políticas no Brasil. Revista Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, nº 147, out./dez., 2001, p. 96.

39 CHAUI, Marilena. Idem, p. 54. “Ela (a nação) é uma *prática* sociopolítica, um conjunto de relações *postas* pelas falas e pelas práticas sociais e políticas para as quais ela serve de suporte empírico (o território), imaginário (a comunidade e a unidade por meio do Estado) e simbólico (o campo de significações, valores e normas culturais historicamente produzidas pelas lutas sociais e políticas).” (destaques no original). Ibidem, p. 55.

40 RIOS, Aurélio Virgílio. Quilombos e igualdade étnico-racial. BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República - SEPPPIR. Ordem jurídica e igualdade étnico-racial. Coordenado por Flávia Piovesan e Douglas de Souza. Brasília: SEPPPIR, 2006, p. 190.

É o conceito de referência cultural, na visão de Juliana Santilli, “aliado ao abandono da perspectiva elitista, monumentalista e sacralizadora do patrimônio cultural e à valorização da cultura ‘viva’, enraizada no fazer popular e no cotidiano das sociedades, que fundamentou a ampliação do conceito de patrimônio cultural”⁴¹.

No caso do processo cultural, referências são as práticas e os objetos, por meio dos quais os grupos representam, realimentam e modificam a sua identidade: são constitutivas da diversidade cultural. Elas são encontradas e esquecidas, elaboradas e reinventadas. São referências os monumentos, assim como as artes, os ofícios, as festas e os lugares a que a vida social atribui sentido diferenciado, seja a suportes tangíveis, ou não. “É com as referências que se constrói tanto proximidade quanto distância social, a continuidade da tradição assim como a ruptura com uma condição passada ou a diferença em relação a outrem”⁴².

O patrimônio cultural brasileiro pode ser entendido, a partir desta nova ênfase constitutiva, como a produção humana, relacionada às artes, à memória coletiva, ao repasse de saberes, visando à dignidade da espécie como um todo, e de cada um dos indivíduos e que se refira à identidade, à memória dos diversos grupos formadores na sociedade brasileira.

5. Exigências Específicas na Tutela do Patrimônio Cultural Imaterial

Refere Carlos Frederico Marés de Souza Filho que é difícil a caracterização dos bens imateriais, e ainda mais complexa sua ambientação jurídica, porque o sistema tutelar foi elaborado, primordialmente, sobre os bens materiais. Por bens culturais o direito sempre entendeu coisas concretas, palpáveis, apropriáveis, cuja proteção tem o condão de contrariar o direito de propriedade individual, sendo difícil, por outro lado, determinar o limite em que os ditos imateriais passam a ser juridicamente relevantes e tutelados, ou em que uma manifestação passa a ser bem jurídico⁴³.

Todavia, é possível dizer que hábitos ou costumes passam a ter relevância jurídica quando a comunidade reconhece a necessidade de protegê-los, o que os eleva à categoria de bem jurídico intangível, cuja titularidade é coletiva ou difusa.

É a atribuição de valor pela comunidade ou pelos órgãos oficiais que leva à decisão de se conservar (ou não) um bem cultural. As políticas de preservação trabalham sempre com a dialética lembrar-esquecer⁴⁴.

41 SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 77.

42 ARANTES, Antonio Augusto. *Idem*, p. 131.

43 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Idem*, p. 50.

44 CASTRIOTA, Leonardo Barci. *Idem*, p. 50.

No Brasil, antes do advento do Registro como instrumento de salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, e mesmo após a sua instituição pelo Decreto nº 3.551/2000, o tombamento foi usado para tutela de espaços destinados a liturgias de religiões de matrizes africanas⁴⁵. Considera-se, como fundamento para a utilização do instrumento, que o tombamento reafirma a política de reconhecimento do Candomblé como um sistema religioso fundamental na constituição da identidade de parcela da sociedade brasileira e da resistência cultural negra no Brasil.

O Decreto em comento determina que para a inscrição do bem no livro do registro correspondente seja organizada uma instrução do processo, que contenha a caracterização da manifestação cultural, sua descrição pormenorizada, acompanhada da documentação correspondente, devendo mencionar todos os elementos culturalmente relevantes.

Esta descrição, ou a fixação do bem intangível em suporte material, todavia, demonstra o que é, ou era, naquele momento e local, a manifestação cultural registrada. Não autoriza dizer que a continuidade da prática cultural está assegurada, senão pela possibilidade de conhecimento que concede a quantos com ela travem contato.

Uma forma de tutelar os bens imateriais é garantir a abertura e a manutenção de espaços destinados à realização das práticas. A criação de espaços, todavia, apenas permite a continuidade da manifestação, que se não desenvolvida, difundida e incentivada corre risco de desaparecimento.

Buscando evitar tal ocorrência, é que a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial⁴⁶ propõe como medidas de salvaguarda as que visem garantir a viabilidade do patrimônio cultural imaterial, tais como a identificação, a documentação, a investigação, a preservação, a proteção, a promoção, a valorização, a transmissão – essencialmente por meio da educação formal e não-formal - e revitalização deste patrimônio em seus diversos aspectos⁴⁷.

Bens culturais imateriais são processos que possuem dinâmicas específicas de transmissão, atualização e transformação que não podem ser submetidas às formas usuais de

45 É o caso dos terreiros maranhense da Casa das Minas Jeje, tombado em agosto de 2002, e baianos do Ilê Iyá Omim Axé Iyamassé (Gantois), tombado em novembro de 2002, do Bate-Folha, tombado em agosto de 2003, e do Alaketu Ilê Maroiá Láji, em dezembro de 2004. Dados extraídos do sítio do IPHAN. Consulte-se: ZAMBUZZI, Mabel. O espaço material e imaterial no Candomblé da Bahia: o que e como proteger? 2010. 142 fl. Dissertação (Mestrado em Arquitetura). Universidade Federal da Bahia.

46 Aprovada pela UNESCO na 32ª sessão da Conferência Geral, em Paris, 17 de outubro de 2003. CURY, Isabelle (Org.). Idem, p. 371-377.

47 É preciso referir que a partir de 1993 a UNESCO elaborou proposta de dispositivo, com base em experiências de países orientais, para o reconhecimento e apoio financeiro a detentores de saberes tradicionais, recomendando que indivíduos ou grupos sejam declarados “Tesouros Humanos Vivos” e passem a receber ajuda financeira para a transmissão de seus conhecimentos às novas gerações. GÓES, Fred. Bens imateriais em desfile: a caminhada axé. Revista Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, nº 147, out./dez. 2001, p. 67.

proteção, preservação ou conservação do patrimônio⁴⁸. As práticas culturais somente se mantêm, desaparecem ou se modificam à medida que os homens realizam ou deixam de realizar aquelas práticas⁴⁹. A natureza imaterial do bem exige que a sua conservação efetiva seja realizada pela vivência da manifestação⁵⁰, sob pena de constituir-se uma ação danosa à preservação do patrimônio cultural.

Como expõe Joaquim Falcão, “a herança cultural tem de ser apropriada em sua dimensão pragmática. O patrimônio imaterial só molda a identidade cultural, quando molda também a prática cotidiana, de hoje e não apenas de ontem”⁵¹.

6. Importância da Proteção às Manifestações Culturais Religiosas de Matrizes Africanas

Acompanhando o movimento internacional e, segundo Flávia Piovesan, acolhendo a concepção contemporânea de cidadania⁵², o ordenamento jurídico brasileiro reconhece expressamente a existência de direitos culturais⁵³. Neste passo dispõe a CF/88 que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais” (art. 215).

Outra importante observação faz Flávia Piovesan chamando a atenção para inovação do texto de 1988, que não mais se limita a assegurar direitos individuais, passando a incorporar a tutela dos direitos coletivos e difusos, “aqueles pertinentes a determinada classe ou categoria social e estes pertinentes a todos e a cada um, caracterizados que são pela indefinição objetiva e indivisibilidade de seu objeto”⁵⁴.

Tendo em conta a importância atribuída à proteção dos direitos culturais, que se revela tributária do fortalecimento das identidades dos povos que formaram a nação brasileira, é que se vislumbra forte imposição do comando constitucional que recomenda na liberdade das manifestações culturais, e na difusão da cultura, a concretização dos valores constitucionais. A tradução que se pode fazer do texto constitucional é a preocupação com o resguardo e o respeito da memória coletiva.

Pode-se acrescentar aos fundamentos, e na específica e especial conjugação em favor das comunidades religiosas de matrizes africanas, as prescrições constitucionais que

48 SANT’ANNA, Márcia. Patrimônio material e imaterial: dimensões de uma mesma ideia. GOMES, Marco Aurélio A. de Filgueiras; CORREA, Elyane Lins (Org.). Reconceituações Contemporâneas do Patrimônio. Coleção Arquimemória. Salvador: EDUFBA, 2011, p. 196.

49 AYALA, Marcos; AYALA, Maria Ignez Novais. *Idem*, p. 33.

50 VIANNA, Letícia Costa Rodrigues. *Idem*, p. 97.

51 FALCÃO, Joaquim. *Idem*, p. 168.

52 Que abrange uma gama diversificada de direitos: direitos políticos (de primeira geração), direitos econômicos, sociais e culturais (de segunda geração), e direitos de solidariedade (de terceira geração).

53 PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 340.

54 *Ibidem*, p. 330.

determinam a proteção às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras (art. 215, § 1º), assim como atribuem valor aos sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 216, § 5º), numa ação de enaltecimento da diversidade cultural⁵⁵.

É preciso destacar que a redação do art. 215 da CF/88 revela a garantia estatal a todos do pleno exercício dos direitos culturais, bem como de apoio e incentivo à valorização e à difusão das manifestações culturais. De não menos importância lembrar que a CF/88 declara inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida a proteção aos locais de culto e suas liturgias (art. 5º, VI).

Cumprido destacar que

Quanto a índios e negros, como compensação às violências sofridas em decorrência do desterro e da submissão, deu-se intensa prática de rituais atinentes às respectivas origens, externados de forma dissimulada, em virtude da imposição de novos valores, o que fez originar o sincretismo cultural, de múltiplas facetas⁵⁶.

Exatamente para resgatar as formas originais de representações culturais é que se deve garantir a realização dos cultos, liturgias e das festas como “sinais dos diversos momentos vivenciados pelas coletividades (que) ficam encravados em bens culturais que simbolizam as relações, os pensamentos, os modos de criar, fazer e viver, encetadores ou degradadores dos ideais humanitários que se deseja implementar”⁵⁷.

Não pode existir cultura sem o homem e, uma vez que o homem não é sozinho, sua existência em sociedade significa muito, sendo a cultura o seu modo de viver. Considerando que cultura, valores e concepções ligados à história e à herança cultural africana são estruturantes para a história de vida pessoal de cada um e da comunidade em que se desenvolve, e que é forte a imposição constitucional para a promoção das ações que valorizem as referências, a identidade e a memória dos povos formadores na nação brasileira, são, agora, desenvolvidos os argumentos que expõem os fundamentos, os caracteres, as funções e as técnicas das práticas sacrificiais de animais adotados pelas religiões de matriz africana, com ênfase no candomblé.

55 Não somente a etnia, *strictu sensu*, mas a diversidade de identidades, a questão da alteridade, está sendo cada vez mais colocada na ordem do dia. LUZ, Marco Aurélio. Cultura negra em tempos pós-modernos. 2ª ed. Salvador: EDUFBA, 2002, p. 106.

56 CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Cultura e democracia na constituição federal de 1988: a representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 22.

57 *Ibidem*, p. 46.

Os ensinamentos do “Candomblé” são transmitidos nas práticas dos processos religiosos⁵⁸. Tolher tais práticas importa restrição violenta a direito fundamental constitucionalmente assegurado.

O *ebó*, ou oferenda, decorrente muitas vezes do sacrifício de animais⁵⁹ acompanha todo o processo construtivo dos terreiros⁶⁰, marcando ritos de passagem e o cotidiano social dos membros e adeptos – iniciados, simpatizantes e público eventual⁶¹. O ritual da “matança” se propõe a ser o momento ritual que reforça a estrutura religiosa, estabelecendo um elo com a ancestralidade mítica⁶², e possibilitando a integração e a comunicação do *àyé* (mundo visível) com o *orum* (mundo intangível), sendo de extrema importância no sistema cultural⁶³.

Os sacrifícios são executados de acordo com um ritual especial para a ocasião e incluem a oferta de galinhas, galos, pombos, carneiros, cabras e bodes⁶⁴. Citam-se, ainda, como exemplos de animais propícios aos sacrifícios, pintos⁶⁵, galinhas-d’angola, caracóis e tartarugas⁶⁶, e em casos excepcionais, bois⁶⁷.

58 SODRÉ, Jaime. As esculturas do Mestre Didi o arco-íris do olhar. *Cultura Visual: Revista do Mestrado em Artes Visuais da Escola de Belas Artes*. Salvador, v.1, nº 8, 2º semestre de 2006, p. 63.

59 Constituído de partes sacralizadas dos animais sacrificados, inclusive os ossos depois de consumidas as carnes pelos participantes da cerimônia.

60 Os sacrifícios animais e as oferendas de comidas rituais nos altares dedicados às divindades constituem a base da religiosidade africana, especialmente das tradições da África ocidental. PARÉS, Luís Nicolau. *A formação do candomblé: história e ritual da nação jeje na Bahia*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2006, p. 116.

61 LODY, Raul. *Dicionário de arte sacra e técnicas afro-brasileiras*. Rio de Janeiro: Pallas, 2003, p. 290. Exemplifica o autor com os diversos tipos de ebós, conforme enumeração de Edson Nunes da Silva, que destaca os sacrifícios: para os primeiros frutos; para a paz; propiciatório; pelo pecado; às ondas; pelo dízimo; de elevação; de libação; de agradecimento; de livre-arbítrio; queimado; de oferenda do eu interior; de redenção; familiar; de rua aberta; para limpeza da cidade. *Ibidem*, p. 290.

62 Essa ligação com as raízes do próprio ser e com as gerações passadas, no que diz respeito às tradições de culturas africanas, é enfatizada por Angela Ales Bello, *idem*, p. 151.

63 LIMA, Fábio Batista. *Os candomblés da Bahia: tradições e novas tradições*. Salvador: Universidade do Estado da Bahia/ARCADIA, 2005, p. 149. Também Marco Aurélio Luz traz a ideia de mediação entre os mundos, cuja relação dinâmica das forças são simbolizadas pelos ebós. Agadá: dinâmica da civilização africano-brasileira. 2ª ed. Salvador: EDUFBA, 2000, p. 457. Ver ainda M. Mauss e H. Hubert. “Não há oferenda em que o objeto consagrado não se interponha igualmente entre o deus e o oferecedor” ou “A vítima é o intermediário pelo qual a corrente se estabelece. Graças a ela, todos os seres que participam do sacrifício se unem, todas as forças que nele intervêm se confundem”. MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. *Sobre o sacrifício*. Tradução Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005, p. 17 e 50. Explica-se a necessidade do intermediário pela natureza das forças religiosas que, quando atingem certa intensidade, tornam perigoso o contato com o profano. *Ibidem*, p. 104.

64 PIERSON, Donald. *O Candomblé da Baía*. Curitiba, São Paulo, Rio de Janeiro: Guairá, 1942, p. 22.

65 PRANDI, Reginaldo. *Os Candomblés de São Paulo: a velha magia na metrópole nova*. São Paulo: HUCITEC: EDUSP, 1991, p. 194.

66 VERGER, Pierre Fatumbi. *Orixás deuses iorubas na África e do novo Mundo*. Tradução Maria Aparecida da Nóbrega. 6ª ed. Salvador: Corrupio, 2002, p. 39-40 e 72.

67 LIMA, Fábio Batista. *Idem*, p. 150.

Informa Roger Bastide que esta parte do ritual religioso não é propriamente secreta, porém, não se realiza em geral senão diante de um número reduzido de pessoas, todas fazendo parte da seita. “Teme-se sem dúvida que a vista do sangue revigore entre os não-iniciados os estereótipos correntes sobre “barbárie” ou o “caráter supersticioso” da religião africana”⁶⁸.

Se do princípio da igualdade se poderia extrair que nenhuma manifestação cultural poderia ser oficializada ou privilegiada, não importando a origem, também se poderia inferir que nenhuma poderia ser negligenciada, abandonada ou proscrita, “[...] considerando que cultura, valores e concepções ligados à história e à herança cultural africana são tão estruturantes quanto a história de vida pessoal de cada um”⁶⁹.

Enquanto direito fundamental, o direito à cultura impele o Estado a não impedir que o indivíduo viva de acordo com os signos e com os valores de sua cultura, ao tempo em exige determinadas prestações positivas do Estado para tornar o acesso à cultura eficaz.

O ordenamento jurídico brasileiro afirma o pluralismo cultural como valor a ser reconhecido e garantido constitucionalmente. A importância do pluralismo é garantir a liberdade individual de escolha dos valores culturais a serem seguidos e assegurar a permanência da diversidade cultural⁷⁰.

Daniel Sarmiento faz enfática exortação à promoção dos direitos culturais de comunidades afro-descendentes, ao afirmar que:

É preciso corrigir a desigualdade econômica entre as raças no Brasil, ampliando o acesso dos negros ao mercado de trabalho, ao ensino superior e a outros bens socialmente valorizados, mas é essencial também promover os seus direitos culturais, valorizando seus símbolos e heróis e combatendo as ações que reforcem estigmas e preconceitos enraizados na sociedade⁷¹.

A descontinuidade de uma manifestação cultural pode levá-la ao desaparecimento, extinguindo o direito de exercício de gerações futuras, contrariando assim o mandamento que recomenda a sua difusão. E a situação de risco impele o Poder Público e a sociedade a agir e intervir para protegê-la.

68 BASTIDE, Roger. O candomblé da Bahia (rito Nagô). Tradução Maria Isaura Pereira de Queiroz. 2ª ed. São Paulo: Ed. Nacional; Brasília: INL, 1978, p. 18.

69 ROCHA, Jussara. A palavra do tecido: o vestuário como afirmação da identidade o corpo como suporte da obra. *Cultura Visual: Revista do Mestrado em Artes Visuais da Escola de Belas Artes*. Salvador, v.1, nº 8, 2º semestre de 2006, p. 39.

70 BAHIA, Carolina Medeiros. Idem, p. 160.

71 SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República - SEPPIR. Ordem jurídica e igualdade étnico-racial. Coordenado por Flávia Piovesan e Douglas de Souza. Brasília: SEPPIR, 2006, p. 62.

Embora refira Luis Nicolau Parés que o Candomblé não é uma religião submetida a uma hierarquia institucional que imponha dogmas a serem seguidos por todos, e apesar de tudo ser feito de acordo com a tradição, que permite e até exige uma constante adaptação às circunstâncias de cada momento, esta flexibilidade e ecletismo parece apenas significar mudanças progressivas que constituem uma variedade de práticas rituais e divindades que diferenciam uma congregação da outra⁷², não afetando a permanência do ritual sacrificial⁷³. As diferenças aparecem nos cantos, nos alimentos e animais oferecidos e no seu preparo, assim como no tipo de corte e cor dos animais sacrificiais⁷⁴. Daí porque não é possível falar em substituição dos sacrifícios por outras formas de oferenda, sem grave ofensa ao sistema religioso e a tudo o que ele significa.

7. A Proteção da Fauna e a Tentativa de Proibição do Uso de Animais nos Rituais Religiosos

As formas de relacionamento da espécie humana com o mundo natural, informam Édís Milaré e José de Ávila Aguiar Coimbra, são ditadas pelas diferentes cosmovisões ou modos de enxergar o mundo que nos cerca⁷⁵.

Necessário, então, tratar de como a ética no trato com o ambiente modificou-se, através dos conceitos de antropocentrismo, biocentrismo e ecocentrismo. No decorrer das últimas décadas desenha-se uma nova posição da sociedade humana em face do meio ambiente. As preocupações com a degradação ambiental tiveram início em meados da década de 60, coincidindo com a revolução ambiental norte-americana, assinalando a década de 70 a expansão desta preocupação por diversos países⁷⁶.

Levando em conta o disposto na CF/1988, que estabelece uma natureza jurídica comum para os bens ambientais, ao definir o meio ambiente como bem de uso comum do povo⁷⁷ e essencial à qualidade de vida, o bem ambiental, ainda que inserido em uma

72 PARÉS, Luis Nicolau. Idem, p. 314.

73 Segundo Marco Aurélio Luz, o legado africano se expandiu de tal forma que hoje vivemos da mesma maneira os princípios e valores desta tradição civilizatória, apesar de algumas transformações que, todavia, não alteram em sua totalidade a dinâmica constituinte de um mesmo *continuum*. LUZ, Marco Aurélio. *Agadá: dinâmica da civilização africano-brasileira*. 2ª ed. Salvador: EDUFBA, 2000, p. 31.

74 PARÉS, Luis Nicolau. Idem, p. 340 e 345.

75 MILARÉ, Édís; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo x ecocentrismo na ciência jurídica. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 09, nº 36, out./dez. 2004, p. 09-10.

76 Somente a partir da década de 60 é que começou a se esboçar uma crítica radical aos estilos de desenvolvimento nascidos da Revolução Industrial. SOFFIATI NETO, Aristides Arthur. *Ecosistemas Aquáticos: antropocentrismo, biocentrismo e ecocentrismo*. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 10, nº 37, jan./mar. 2005, p. 205.

77 Que se não permite a consideração como bens públicos *stricto sensu*, os coloca como bens de interesse público, independente da sua dominialidade pública ou privada. SANTILLI, Juliana. Idem, p. 61. José Robson da Silva os qualifica como bens de interesse difuso, apontando como paradoxo a concepção

propriedade particular, estaria submetido a limitações que asseguram a todos a fruição mediata do bem.

Mas estas modificações na natureza jurídica dos animais silvestres, adverte Heron Santana, pouco contribuíram para a garantia da integridade física e psíquica desses seres, pois se antes eles eram considerados coisas de ninguém agora são de todos, o que no fundo é a mesma coisa. E aponta entre os motivos que concorrem para a ineficácia social das leis ambientais de proteção à fauna, o fato de que o foco central da sua proteção não é o animal em si mesmo, mas a sensibilidade do próprio homem⁷⁸.

De outra forma, como ressalta José Robson da Silva, a consideração de que os animais são bens públicos não é uma ruptura, um salto qualitativo, pois os animais continuaram a ser considerados como um bem, suscetível de ser utilizado⁷⁹.

A realização da 2ª Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, trouxe grande visibilidade para o assunto, inserindo o meio ambiente entre os grandes temas da agenda global. Os documentos assinados durante o evento constituem as referências fundamentais para o direito ambiental internacional⁸⁰. Dentre eles se destaca a Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento⁸¹, contendo os princípios do desenvolvimento sustentável e do direito intergeracional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a Convenção sobre a Diversidade Biológica⁸².

A Declaração afirma que os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável, para as presentes e futuras gerações, e têm direito a uma vida saudável, em harmonia com a natureza, que necessita de medidas para a conservação, proteção e restauração da integridade do ecossistema.

simultânea como bens de uso comum do povo, de dominialidade estatal. Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 77.

78 SANTANA, Heron José de. Abolicionismo Animal. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, ano 09, n.º 36, out./dez. 2004, p. 97-98. Ver também FELIPE, Sônia T. Ética e experimentação animal: fundamentos abolicionistas. Florianópolis: Editora da UFSC, 2007, p. 201-238. RODRIGUES, Danielle Tetü. O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa. Curitiba: Juruá, 2006.

79 SILVA, José Robson da. Idem, p. 73.

80 SANTILLI, Juliana. Idem, p. 43.

81 ONU. Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Adotada na Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro em 14 de junho de 1992. MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). Coletânea de direito internacional. São Paulo: RT, 2003, p. 581-582.

82 ONU. Convenção sobre Diversidade Biológica. Adotada pela Assembleia Geral da ONU, no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 2, de 03 de fevereiro de 1994 e promulgado pelo Decreto n.º 2.519, de 06 de março de 1998. MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). Idem, p. 614-632.

O direito à proteção do ambiente tem sido classificado pela doutrina dentro da terceira geração de direitos humanos. Tem por objeto a tutela da vida, da saúde e o equilíbrio ecológico. Vela pela conservação dos recursos naturais, da paisagem e dos bens culturais. O direito de gozar de um ambiente são e ecologicamente equilibrado é um direito subjetivo concebido para todos e cada um dos sujeitos, oponível a qualquer pessoa (Estado e/ou particular) e com possibilidade de ser exercitado por qualquer pessoa, por compor os denominados “interesses difusos”⁸³.

A CF/1988, no Título VIII, Capítulo VI passa a dar o mais abrangente tratamento ao tema, atribuindo, ao Poder Público e à coletividade, o dever de defender o meio ambiente e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Em razão do específico tema do artigo, será a seguir limitada a análise ao que dispõe o inciso VII, do art. 225, no que se refere à fauna e tendo como guia a redação do caput do artigo.

A respeito da função ecológica, cabe ressaltar que o equilíbrio de um ecossistema é alcançado mediante a interação de vários fatores, e a fauna é um deles, por terem os animais, ao lado de outros elementos, a responsabilidade de manter o seu funcionamento, seja pela participação na cadeia alimentar, seja pela polinização das plantas, disseminação de sementes etc.⁸⁴.

A proteção conferida pela CF/88 para evitar a extinção de espécies⁸⁵ visa a manutenção do equilíbrio ambiental e a biodiversidade do ecossistema, considerada indispensável em razão dos benefícios que proporciona aos seres vivos, considerando aspectos ecológicos, econômicos, de bem-estar e saúde humanos.

Cabe destacar que em 1998 sobreveio grande mudança na proteção penal do meio ambiente, com a Lei nº 9.605, que traduziu da CF/88 para a legislação infraconstitucional o conceito de crueldade, no art. 32, revogando as previsões da Lei de Contravenções

83 CHACON, Mario Peña; CRUZ, Ingrid Fournier. Derechos humanos y medio ambiente. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, ano 10, nº 39, jul./set. 2005, p. 193. Entendendo por não excludentes as categorias direitos subjetivos e interesses difusos, no que se refere aos bens do patrimônio ambiental, também se pronuncia José Robson da Silva. Idem, p. 250-265.

84 BECHARA, Erika. A proteção da fauna sob a ótica constitucional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 38 e 46-49.

85 Paulo de Bessa Antunes traz interessantes dados a respeito da extinção das espécies, ao dizer que ela ocorre de tempos em tempos e é parte da história da Terra e do próprio Universo, não devendo impressionar a perda da diversidade biológica como consequência da própria evolução. Há estimativas que dão conta do desaparecimento de 99,99% de todas as espécies desde a aparição dos primeiros organismos multicelulares. Mas o autor adverte: “o raciocínio que vem sendo desenvolvido neste parágrafo não tem por finalidade diminuir ou reduzir o significado que a perda de diversidade biológica tem para a nossa sociedade concreta no tempo presente. Ao contrário, dando-lhe a dimensão histórica precisa, fica mais fácil entender-lhe o significado, bem como perceber as suas limitações sociais.” ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 371-374.

Penais, ao dizer que constitui crime praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.

Segundo Álvaro Luiz Valery Mirra é preciso ter em mira que o bem jurídico protegido pelo direito ambiental é a manutenção da vida na terra, com qualidade e de forma a garantir saúde aos seus habitantes, ou a preservação da qualidade ambiental propícia à vida no presente e no futuro⁸⁶.

Observe-se que o constituinte relacionou o meio ambiente como um direito de todos à qualidade de vida⁸⁷. A vida humana é o valor maior do ordenamento jurídico pátrio, “que deve viabilizar a realização plena do potencial produtivo e criativo intrínseco a cada indivíduo”⁸⁸.

Analisando os termos do art. 225, CF/88, afirma Carolina Medeiros Bahia que a ordem constitucional brasileira filiou-se à perspectiva antropocêntrica alargada, vez que constitui a opção ética acolhida pelo sistema jurídico brasileiro, tendo em vista a concepção de desenvolvimento humano sustentável, que tenta compatibilizar a proteção ambiental com as facetas econômica, social, política e cultural do desenvolvimento humano, sendo imperativo que a proteção ambiental guarde sempre a dimensão da garantia da dignidade da pessoa humana e da sadia qualidade de vida⁸⁹.

Esse antropocentrismo alargado não se confunde com o antropocentrismo clássico que considera o ambiente como coisa a ser saqueada. Ele estabelece um paradigma que rompe com o centralismo jurídico em torno do homem e define uma preocupação plural, que o põe na teia da vida⁹⁰. É possível observar uma tendência ao aumento da proteção dada aos animais⁹¹.

8. Da Necessidade da Ponderação

Destaca-se que uma orientação teórico-dogmática que pende, ora para a centralidade do humano, enquanto destinatário de um ambiente ecologicamente equilibrado que

86 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2004, p. 41.

87 MARQUES, José Roque Nunes. Direito ambiental: análise da exploração madeireira na Amazônia. São Paulo: LTr, 1999, p. 130.

88 MILARÉ, Édís; LOURDES, Flávia Tavares Rocha. Meio ambiente e os direitos da personalidade. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, ano 10, nº 37, jan./mar. 2005, p. 15. Segundo os autores, e coerentemente com a opinião expressada pelo primeiro em sua obra individual que preza por uma nova ética ecológica, “Isso não significa dizer que a vida humana possui importância superior às demais formas de vida. A decorrência inexorável da valorização da vida humana é a consagração do direito à vida, no topo da pirâmide hierárquica, onde vão inspirar-se todos os demais direitos subjetivos conferidos pelo sistema jurídico”. Ibidem, p. 15.

89 BAHIA, Carolina Medeiros. Idem, p. 113.

90 SILVA, José Robson da. Idem, p. 202-205.

91 PAIXÃO, Rita Leal. Aspectos éticos nas regulamentações das pesquisas em animais. SCHARAMM, Fermin Roland et all. (orgs). Bioética, riscos e proteção. Rio de Janeiro: UFRJ/FIOCRUZ, 2005, p. 233.

visa a sadia qualidade de vida, ora para a linha de defesa dos recursos naturais por seus próprios fins e interesses, impede a assunção de qualquer dos parâmetros como último e definitivo para a solução dos conflitos que se observam nos entrechoques dos princípios.

A aceitação do antropocentrismo alargado não prescinde de um mecanismo que viabilize a resolução da tensão sempre presente e simbolizada pela expressão desenvolvimento sustentável.

Em face da igual previsão dos direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e da proteção da fauna, e ao exercício das manifestações culturais portadoras de referência às identidades, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira, os conflitos entre ambos, caracterizados como casos difíceis, não podem ser resolvidos pelo método da subsunção, exigindo o desenvolvimento de técnica especialmente voltada para a concepção dialética da Constituição⁹². Os direitos fundamentais, numa Constituição pluralista, não podem ser desconectados das outras partes da Constituição, e por isso se irradiam em direção a todas as partes dela, encontrando suas fronteiras ou guias de interpretação. Ou se consideram todos os direitos absolutos, ou se deixam para os casos concretos o deslinde de eventuais contenções⁹³.

Cuida-se de estabelecer, para uma colisão percebida em tese, uma ponderação em abstrato⁹⁴. Modelos assim elaborados podem servir de parâmetros para a aplicação a casos concretos quando surjam perante o aplicador do direito, que podem, em contrapartida aprimorar o modelo geral formulado pela ponderação em abstrato⁹⁵.

Encontram-se na CF/88 normas que podem ser classificadas como princípios ou como regras e esta distinção é importante para quando se indaga se mesmo os direitos fundamentais que não receberam do Constituinte normatividade suficiente são auto-aplicáveis.

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais. Traduzem mandados de otimização com força constitucional, traduzindo um dever dos poderes públicos de extraírem das normas a maior eficácia concreta possível. Os direitos fundamentais caracterizados como regras

92 BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In BARROSO, Luís Roberto (Org.) A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 345.

93 SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 103.

94 BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 60.

95 Ibidem, p. 65.

constituem-se em ordem de execução e obediência vinculada⁹⁶. Nesta ordem de ideias cumpre fundamental papel a teoria da ponderação de princípios⁹⁷ constitucionais para lhes conferir efetividade.

Thomas Bustamante explica que dizer que uma norma é um mandado de otimização estabelece o dever de realizar um estado ideal de coisas na máxima medida possível, sem descrever, antecipadamente, os comportamentos necessários para tanto. São normas às quais se pode aderir em maior ou menor extensão, sendo possível cumprir em diferentes graus o comando em questão; em cada colisão entre princípios constitucionais, a forma de otimização será diferente, em razão das condições fáticas e normativas do caso concreto⁹⁸.

As possibilidades fáticas são avaliadas, no caso concreto, diante dos fatos. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos, funcionando como cláusula de exceção a carga de argumentação em relação a um deles, afastando os demais, total ou parcialmente⁹⁹.

9. Conclusões

A convivência de princípios constitucionais que devem ser atendidos na maior medida possível e que, por outro lado, importam em restrições ou compressões na esfera de atuação de outros é decorrência da adoção, pela CF/88, da concepção pluralista de direitos e de interesses políticos.

Tanto a proteção dos animais contra atos cruéis ou que os conduzam à extinção, quanto a preservação da liberdade de ação cultural são valores relevantes, mas como os demais princípios do nosso ordenamento, não apresentam caráter absoluto.

Pela estatura constitucional de que gozam, e pela condição de estabelecerem direitos fundamentais, tanto o princípio da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com a garantia de salvaguarda dos animais de práticas que importem crueldade, a extinção de espécies e o comprometimento da sua função ecológica, quanto o da garantia da realização das manifestações culturais que singularizam os grupos formadores da

96 SCHÄFER, Jairo Gilberto. Direitos fundamentais: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 59.

97 Humberto Ávila entende que a ponderação não é de aplicação privativa entre os princípios, já que em alguns casos as regras entram em conflito e a solução depende da atribuição de peso maior a uma delas. ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 52-53.

98 BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, ano 14, nº 54, jan./mar. 2006, p 83.

99 PUHL, Adilson Josemar. Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. São Paulo: Editora Pillares, 2005, p. 96-97.

sociedade brasileira, exigem do interprete um especial esforço a fim de preservar cada uma das normas envolvidas, e conferir efetividade a todas as previsões da CF/88.

Decisões baseadas na ideia de proporcionalidade expõem a ilegitimidade de todas aquelas outras que diante de uma situação de colisão de direitos fundamentais, apontam para posições que privilegiam um princípio em detrimento do outro. A inexistência de hierarquia em tese entre os direitos fundamentais recomenda o uso da técnica da ponderação, em que somente após a avaliação da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito da relação entre a intensidade da restrição a um princípio, por um lado, e o fundamento do cumprimento do outro princípio, por outro, é possível apontar para uma solução justa do conflito.

Mesmo que se levem em conta as teorias que fazem a defesa de determinados direitos para certos componentes dos recursos naturais, é preciso reconhecer que elas não se encontram refletidas nos instrumentos internacionais que se dedicam ao estabelecimento de normas e programas para a questão ambiental, a serem seguidas pelos governos. As teorias que fazem a defesa específica de elementos dos recursos naturais como dotados de um direito à existência que não cederia em nenhuma hipótese, e significam uma virada radical em oposição ao antropocentrismo, conduzem ao extremo de sobrepujar as evidentes diretrizes que elevam a patamar de direito fundamental a disposição constitucional que consagra a vida humana digna.

Ainda, por outro lado, que se considere que a dignidade da pessoa humana, eleita fundamento da República Federativa do Brasil, assinale uma orientação antropocêntrica na avaliação dos bens e interesses constitucionais em comento, é preciso lembrar que o art. 225 da mesma CF/88 oferece uma dicção que permite focalizar as duas éticas ambientais. É o que se pode denominar de antropocentrismo alargado que preconiza o equilíbrio da vida em todas as suas formas, sem fazê-lo em detrimento da preservação da vida humana digna.

Assim, na colisão entre os princípios ou direitos fundamentais em comento não se pode decidir de forma a conduzir à restrição extremada de qualquer deles; deve-se buscar preservar a ambos os bens jurídicos, já que não é o caso de fazer prevalecer um em total prejuízo de outro.

A cultura confunde-se simplesmente com a existência humana e ao invés de funcionar para suplementar, desenvolver e ampliar capacidades, ela parece ser o ingrediente dessas capacidades, ou seja, os recursos culturais são ingredientes, e não acessórios do pensamento humano. E segundo as últimas teorias sobre cultura, ainda existe a pressuposição de que as pessoas vivem num mundo de símbolos, sendo de notar que o relativismo apregoa que toda cultura é fundamentada em premissas singulares.

É exatamente a diversidade das culturas que deve ser valorizada, com o que deve-se aspirar, sim, a uma cultura mundial comum, mas que não diminua a particularidade das partes que a compõem. Cultura e identidades estão em fluxo constante e não podem mais ser desprezadas. O reconhecimento e a ênfase na diversidade humana conduzem à acentuação da importância da identidade e da referência. A cultura deve ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais, materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade e um grupo social. As tradições e as formas de expressão de cada povo constituem sua maneira mais acabada de estar presente no mundo. Identidade cultural e diversidade cultural são indissociáveis, constituindo um dever velar pela preservação e defesa da identidade cultural de cada povo, como um conjunto de valores que dão sentido à vida.

Verificou-se a eleição da diversidade, humana e ambiental, como valor a ser promovido universalmente e tanto os documentos das organizações internacionais, quanto a CF/88, nos arts. 215 e 216, passaram a albergar tal concepção. A ideia de herança cultural tem sido cada vez mais valorizada, como fonte de intercâmbios sociais, e culturais e como memória cultural de uma comunidade e neste sentido o patrimônio cultural ampliou o campo de visão até outras manifestações.

O sacrifício animal, na sua dimensão simbólica é considerado provavelmente o ato mais importante da religião de matriz africana, em especial o Candomblé, como um todo. Como parte integrante e fundamental para a constituição e continuidade das práticas religiosas de matriz africana, na medida em que, como direito cultural, importam em concretização do princípio da dignidade da pessoa humana assume uma dimensão de peso que, aliado ao preceito que recomenda a aceitação, o reconhecimento, a valorização da diversidade de identidades e das referências culturais, impossibilitam que uma intervenção que proíba a sua realização seja considerada simplesmente leve; cuida-se de uma intervenção de intensidade grave.

A técnica da ponderação de Alexy coloca aos intérpretes um mecanismo axiologicamente neutro para solução de conflitos, a exigir e a permitir que em cada caso concreto sejam atribuídos os devidos pesos que fundamentem os níveis de restrição e de promoção dos princípios, tudo de forma a alcançar a justa solução do litígio.

Se surgem tormentosos problemas para a determinação do alcance da regra de proteção, quando se confrontam as disposições dos art. 216 e 225 da CF/88, especialmente quando se considera que a atribuição do sentido de crueldade também guarda grande proximidade com a necessidade de se considerar práticas culturais e representações valorativas de conteúdo plural presente em grande número de eventos e manifestações associadas a espécimes integrantes da fauna, silvestre ou não, somente a realização de julgamentos de proporcionalidade podem dar solução adequada ao dilema.

10. Referências

- ALEXYS, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ANDRADE, Mário de. Anteprojeto para a criação do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional. **Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**. Brasília, nº 30, 1999.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
- ARANTES, Antonio Augusto. Patrimônio imaterial e referências culturais. **Revista Tempo Brasileiro**. Rio de Janeiro, nº 147, out./dez. 2001.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- AYALA, Marcos; AYALA, Maria Ignez Novais. **Cultura popular no Brasil: perspectiva de análise**. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2006.
- AYALA, Patryck de Araújo. O princípio da precaução e a proteção jurídica da fauna na constituição brasileira. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 10, nº 39, jul./set. 2005.
- BAHIA, Carolina Medeiros. **Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna**. Curitiba: Juruá, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In BARROSO, Luís Roberto (Org.) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BASTIDE, Roger. **O candomblé da Bahia (rito Nagô)**. Tradução Maria Isaura Pereira de Queiroz. 2ª ed. São Paulo: Ed. Nacional; Brasília: INL, 1978.
- BECHARA, Erika. **A proteção da fauna sob a ótica constitucional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

- BELLO, Angela Ales. **Culturas e religiões**: uma leitura fenomenológica. Tradução Antonio Angonese. Bauru: EDUSC, 1998.
- BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 14, nº 54, jan./mar. 2006.
- CAMARGO, Haroldo Leitão. **Patrimônio histórico e cultural**. 3ª ed. Coleção ABC do Turismo. São Paulo: Aleph, 2005.
- CASTRIOTA, Leonardo Barci. Conservação e valores: pressupostos teóricos das políticas para o patrimônio. GOMES, Marco Aurélio A. de Filgueiras; CORREA, Elyane Lins (Org.). **Reconceituações Contemporâneas do Patrimônio**. Coleção Arqui-memória. Salvador: EDUFBA, 2011.
- CHAUÍ, Marilena. **Cidadania cultural**: o direito à cultura. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.
- CHOAY, Françoise. **A alegoria do patrimônio**. Tradução Luciano Vieira Machado. 3ª ed. São Paulo: Estação Liberdade: UNESP, 2006.
- CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Tradução Viviane Ribeiro. 2ª ed. Bauru: EDUSC, 2002.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na constituição federal de 1988**: a representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- CURY, Isabelle (Org.). **Cartas patrimoniais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004.
- FALCÃO, Joaquim. Patrimônio imaterial: um sistema sustentável de proteção. **Revista Tempo Brasileiro**. Rio de Janeiro, nº 147, out./dez. 2001.
- FELIPE, Sônia T. **Ética e experimentação animal**: fundamentos abolicionistas. Florianópolis: Editora da UFSC, 2007.
- FONSECA, Maria Cecília Londres. **O Patrimônio em processo**: trajetória da política federal de preservação no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; MinC – Iphan, 2005.
- FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. **Patrimônio histórico e cultural**. Coleção Passo-a-passo, 66. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- GÓES, Fred. Bens imateriais em desfile: a caminhada axé. **Revista Tempo Brasileiro**. Rio de Janeiro, nº 147, out./dez. 2001.
- LEIS, Maria Fernanda. **A influência do tratamento cruel aos animais domésticos no patrimônio cultural imaterial brasileiro**. 2002. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

- LÉVI-STRAUSS, Laurent. Patrimônio imaterial e diversidade cultural: o novo decreto para a proteção dos bens imateriais. **Revista Tempo Brasileiro**. Rio de Janeiro, nº 147, out./dez. 2001.
- LIMA, Fábio Batista. **Os candomblés da Bahia: tradições e novas tradições**. Salvador: Universidade do Estado da Bahia/ARCADIA, 2005.
- LODY, Raul. **Dicionário de arte sacra e técnicas afro-brasileiras**. Rio de Janeiro: Pallas, 2003.
- LONDRES, Cecília. Para além da “pedra e cal”: por uma concepção ampla de patrimônio. **Revista Tempo Brasileiro**. Rio de Janeiro, 147, out./dez., 2001.
- LUZ, Marco Aurélio. Luz. **Agadá: dinâmica da civilização africano-brasileira**. 2ª ed. Salvador: EDUFBA, 2000.
- LUZ, Marco Aurélio. **Cultura negra em tempos pós-modernos**. 2ª ed. Salvador: EDUFBA, 2002.
- MARQUES, José Roque Nunes. **Direito ambiental: análise da exploração madeireira na Amazônia**. São Paulo: LTr, 1999.
- MATTELART, Armand. **Diversidade cultural e mundialização**. Tradução Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2005.
- MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. **Sobre o sacrifício**. Tradução Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Coletânea de direito internacional**. São Paulo: RT, 2003.
- MILARÉ, Édís; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo x ecocentrismo na ciência jurídica. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 09, n. 36, out./dez. 2004.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente**. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez Oliveira, 2004.
- OLIVEIRA, Ana Gita; FREIRE, Beatriz Muniz. Nota sobre duas experiências patrimoniais. **Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional**. Patrimônio imaterial e biodiversidade. Brasília, nº 32, 2005.
- OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Caminhos da identidade: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo**. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: Paralelo 15, 2006.
- PAIXÃO, Rita Leal. Aspectos éticos nas regulamentações das pesquisas em animais. SCHARAMM, Fermin Roland et all. (orgs). **Bioética, riscos e proteção**. Rio de Janeiro: UFRJ/FIOCRUZ, 2005.

- PARÉS, Luís Nicolau. **A formação do candomblé: história e ritual da nação jeje na Bahia**. Campinas: Editora da UNICAMP, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- RIOS, Aurélio Virgílio. Quilombos e igualdade étnico-racial. BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República - SEPPIR. **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Coordenado por Flávia Piovesan e Douglas de Souza. Brasília: SEPPIR, 2006.
- POSSEBON, Roberta Mottin. **A reação das religiões de matriz africana no Rio Grande do Sul: conflitos com neopentecostais e defensores dos animais**. 2007. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
- PUHL, Adilson Josemar. **Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade**. São Paulo: Editora Pillares, 2005.
- RIOS, Aurélio Virgílio. Quilombos e igualdade étnico-racial. BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República - SEPPIR. **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Coordenado por Flávia Piovesan e Douglas de Souza. Brasília: SEPPIR, 2006.
- ROCHA, Jussara. A palavra do tecido: o vestuário como afirmação da identidade o corpo como suporte da obra. **Cultura Visual: Revista do Mestrado em Artes Visuais da Escola de Belas Artes**. Salvador, v.1, nº 8, 2º semestre de 2006.
- RODRIGUES, Danielle Tetü. **O Direito & os Animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa**. Curitiba: Juruá, 2006.
- RODRIGUES, José Eduardo Ramos. A evolução da proteção do patrimônio cultural – crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 3, nº 11, jul./set. 1998.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado. SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. **Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SANTANA, Heron José de. Abolicionismo Animal. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 09, nº 36, out./dez. 2004.
- SANT'ANNA, Márcia. Patrimônio imaterial: do conceito ao problema da proteção. **Revista Tempo Brasileiro**. Rio de Janeiro, nº 147, out./dez. 2001.
- _____. Patrimônio material e imaterial: dimensões de uma mesma ideia. GOMES, Marco Aurélio A. de Figueiras; CORREA, Elyane Lins (Org.). **Reconceituações Contemporâneas do Patrimônio**. Coleção Arquimemória. Salvador: EDUFBA, 2011.

- SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005.
- SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República - SEPPPIR. **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Coordenado por Flávia Piovesan e Douglas de Souza. Brasília: SEPPPIR, 2006.
- SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais**: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Robson da. **Paradigma biocêntrico**: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SODRÉ, Jaime. As esculturas do Mestre Didi o arco-íris do olhar. **Cultura Visual**: Revista do Mestrado em Artes Visuais da Escola de Belas Artes. Salvador, v.1, nº 8, 2º semestre de 2006.
- SOFFIATI NETO, Aristides Arthur. Ecosistemas Aquáticos: antropocentrismo, biocentrismo e ecocentrismo. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 10, nº 37, jan./mar. 2005.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3ª ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.
- SOUSA JUNIOR, Vilson Caetano de. **Na palma da minha mão**: temas afro-brasileiros e questões contemporâneas. Salvador: EDUFBA, 2011.
- UNESCO. **Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais**. Informação disponível em: <<http://portal.unesco.org/la/convention.asp?language=E&KO=31038>>. Acesso em: 11 jul. 2007.
- VERGER, Pierre Fatumbi. **Orixás deuses iorubas na África e do novo Mundo**. Tradução Maria Aparecida da Nóbrega. 6ª ed. Salvador: Corrupio, 2002.
- VIANNA, Hermano. Diversidade e construção do futuro. BRANT, Leonardo (Org.) **Diversidade Cultural**: globalização e culturas locais: dimensões, efeitos e perspectivas. São Paulo: Escrituras Editora; Instituto Pensarte, 2005.
- VIANNA, Letícia Costa Rodrigues. Dinâmica e preservação das culturas populares: experiências de políticas no Brasil. **Revista Tempo Brasileiro**. Rio de Janeiro, nº 147, out./dez., 2001.
- ZAMBUZZI, Mabel. **O espaço material e imaterial no Candomblé da Bahia**: o que e como proteger? 2010. 142 fl. Dissertação (Mestrado em Arquitetura). Universidade Federal da Bahia. Bahia.

A DESCONSTRUÇÃO DA RELEVÂNCIA JURÍDICA DO SEXO BIOLÓGICO EM FACE DA IDENTIDADE DE GÊNERO NA TRANSEXUALIDADE: A TUTELA JURÍDICA DA MULHER TRANSGÊNERO

CAROLINA VALENÇA FERRAZ

Doutora e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professora do Mestrado e da Graduação em Direito do Centro Universitário de João Pessoa/UNIPÊ. Professora da Universidade Católica de Pernambuco/UNICAP e da Faculdade de Direito de Caruaru/ASCES. Advogada (carolina-vf@uol.com.br).

GLAUBER SALOMÃO LEITE

Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor do Mestrado e da Graduação em Direito do Centro Universitário de João Pessoa/UNIPÊ. Professor Adjunto da Universidade Estadual da Paraíba/UEPB. Professor da Faculdade de Direito de Caruaru/ASCES. Advogado (glaubersalomaoleite@gmail.com).

Resumo

O que define alguém como mulher? Para ser mais exato, quais os atributos necessários para uma pessoa ser reconhecida como do gênero feminino? É possível que alguém não tenha corpo de mulher e mesmo assim expresse uma subjetividade feminina, sendo esse fato reconhecido pelo direito? É possível que o pertencimento ao gênero feminino seja fruto de um ato de escolha e que essa decisão repercuta juridicamente? Essas são as principais questões abordadas no presente estudo, com foco específico em um ator social marcado por extrema vulnerabilidade e, por isso mesmo, alvo de desprezo e preconceito: a pessoa transgênero. O estudo é de natureza jurídica, porém faz-se uso de elementos de outras ciências, na medida em que a temática transborda o universo da ciência do direito.

Palavras-chave

Mulher; Transexualidade; Gênero; Identidade.

Resumen

¿Lo qué puede definir alguien como una mujer? Es decir, ¿Cuáles son los necesarios atributos para que se pueda reconocer una persona como del género femenino? ¿Es posible

que alguien no tenga el cuerpo de mujer y aún así manifieste una subjetividad femenina reconocida en el orden jurídico ? ¿Y además es posible que el hecho de pertenecer al género femenino sea un acto de libre elección de uno mismo y que esta decisión traiga consecuencias jurídicas? Esas son las principales cuestiones analizadas en la presente investigación, con énfasis en un colectivo vulnerable y en riesgo de exclusión social, siendo por ello víctima de desprecio y prejuicios: La persona transgénero. Aunque se trate de un estudio de naturaleza jurídica es imprescindible la utilización de elementos y conceptos estructurales de otras ciencias, puesto que se presenta como una temática poliédrica.

Palabras clave

Mujer; Transexualidad; Género; Identidad.

1. Introdução

O presente trabalho analisa a proteção jurídica conferida às pessoas transexuais, a partir do reconhecimento da identidade de gênero enquanto direito fundamental implícito.

Assinala a necessária distinção a ser feita entre os conceitos de sexo e gênero, e quanto se revela anacrônico atrelar a identificação pessoal ao primeiro elemento.

O estudo está centrado na necessidade de promoção do direito à identidade de gênero como corolário para a tutela da dignidade da pessoa humana. De sorte que este é o enquadramento proposto para uma adequada proteção dos interesses de transexuais e travestis.

Também identifica como os tribunais brasileiros vem decidindo sobre a matéria, mediante uma análise da evolução histórica da jurisprudência pátria.

Ao final, discorre sobre os efeitos jurídicos do reconhecimento do direito à identidade de gênero, especialmente no tocante ao nome e sexo civil as pessoas transexuais.

2. A Dicotomia Sexo X Gênero no Contexto dos Direitos Fundamentais

São vários os critérios definidores do sexo da pessoa: cromossômicos, gonadais, morfológicos. A pessoa é considerada “homem” ou “mulher” a partir de elementos fixos, invariáveis, uma vez que os parâmetros elencados são todos de ordem biológica, naturais.

No instante do nascimento, as características físicas/morfológicas são utilizadas como critério para identificar a pessoa como do sexo masculino ou feminino. Nessa ordem de idéias, é importante consignar que o direito emprega o sexo (ao lado de outros elementos como o nome, domicílio, etc.) como fator de identificação da pessoa, buscando individualizá-la.

Observe que a definição do sexo não provém de um ato de vontade ou diz respeito ao sentir da pessoa, na medida em que tal atribuição se dá a partir de uma situação involuntária, que é o nascimento.

O sexo, portanto, é uma realidade biológica, imutável, de ordem física, estranho, portanto, ao universo da cultura.¹

Ocorre que, com o nascimento, a sociedade exige que seja adotado um determinado padrão de comportamento a partir desse sistema binário do sexo biológico. Com isso, a mulher deverá se sujeitar a um modo de agir “feminino”, enquanto o homem necessariamente terá que adotar um modo “masculino” de agir, no que se refere às vestimentas, ao comportamento, aos hábitos e usos sociais, jeito de falar, etc.²

Está-se aí diante do gênero sexual, que consiste na atribuição social do sexo³, nos “significados culturais assumidos pelo corpo sexuado”⁴. Fruto da cultura, o gênero está assentado no papel social que cada sexo deverá cumprir. Assim, define-se o padrão de comportamento que, de acordo com as convenções sociais, é considerado “normal” para cada sexo.

Conforme referido, o gênero é construído com fulcro no sexo biológico, por isso é esperado que a pessoa que nasceu “homem” adote no plano social um modo de agir masculino, enquanto em relação à pessoa nascida “mulher” opera exatamente o inverso, uma vez que se espera que ela adote uma estereotipia feminina.

Em última análise, trata-se de impor não apenas uma maneira de se comportar, mas também que a pessoa obrigatoriamente se identifique com o sexo biológico aferido no nascimento.

Portanto, haverá respeito aos códigos sociais se houver absoluta simetria entre o corpo físico e o respectivo gênero sexual culturalmente atribuído, em um regime padronizado, pautado na identificação homem/masculino e mulher/feminino.

1 Em um discurso pós-feminista, Judith Butler, entretanto, recusa a idéia de que a definição do sexo esteja fundada em parâmetros anatômicos, no corpo humano. Para ela, mesmo a noção de sexo não seria proveniente de determinismo biológico, inexistindo, portanto, um “sexo natural”. A autora conclui que o reconhecimento do corpo humano como um elemento “pré-discursivo”, anterior à cultura, apto a fundamentar um discurso neutro, não teria nada de natural, na medida em que essa noção seria ela própria fruto de uma construção da cultura. (BUTLER, Judith. *Problemas de gênero – feminismo e subversão da identidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 24-25).

2 Cf. MEZA, Juan N. Silva; HERNÁNDEZ, Sergio A. Valls. *Transsexualidad Y matrimonio Y adopción por parejas del mismo sexo – criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Ciudad de México: Editorial Porruá, 2011, p. 12.

3 Cf. SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 434.

4 BUTLER, Judith. *Problemas de gênero – feminismo e subversão da identidade*, cit., p. 24.

Longe de cumprir um papel libertador, capaz de modificar esse determinismo sexo/gênero, historicamente o direito na verdade contribuiu para reforçar esse quadro, ao prescrever como regra a imutabilidade do nome e do sexo atribuídos no nascimento (e que figurarão no registro de nascimento da pessoa), ainda que o indivíduo eventualmente não se identifique com o sexo morfológico, por sentir não pertencer ao mesmo. O direito, portanto, exerceu (e exerce) influência decisiva para institucionalizar essa convenção social, sob a alegação principalmente da necessidade de individualização da pessoa.

É notório, entretanto, que se o sentimento da pessoa é o de não pertencer ao sexo imposto no nascimento, sem que esse fato seja acompanhado e respeitado pelo direito (de modo a garantir a possibilidade de modificação dos dados referentes ao nome e ao sexo civil no Cartório de Registro Civil), o resultado é o preconceito, a humilhação pública e a exclusão social.

Nesse contexto, importa consignar que, na atualidade, continuar atribuindo ao nome e ao gênero sexual grande relevância na identificação revela certo anacronismo, pela falta de importância desses fatores na individualização da pessoa, por terem hoje mero papel secundário, em vista do desenvolvimento tecnológico e dos novos contornos das relações jurídico-sociais. Outros mecanismos conferem infinitamente maior segurança na identificação da pessoa, como a impressão digital, o exame da íris ou a biometria das mãos, acentuando a idéia de que nome e gênero podem ter na atualidade acentuada relevância no âmbito pessoal, sem o mesmo peso, contudo, na esfera das relações jurídicas e sociais.⁵

Portanto, a fixação de obstáculos severos à modificação do nome e do sexo civil, para adequar tais elementos a real identidade do indivíduo, não encontra amparo em qualquer argumento lógico-jurídico, evidenciando com isso enorme distanciamento da realidade fática.

Da construção do gênero sexual como um dado externo à pessoa, na forma das convenções sociais que estabelecem o modo de agir e se comportar com base no sexo biológico, deve-se ainda falar na existência de uma verdadeira identidade de gênero, oriunda da identidade pessoal, cuja origem é preponderantemente psíquica, apresentando-se como uma projeção interna do indivíduo.

A identidade de gênero consiste no sentimento de pertencer a um determinado sexo, de acordo com as convicções internas de cada um, conforme a própria pessoa se vê ou até mesmo como decorrência de sua vontade.⁶

5 Cf. SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero, cit., p. 427-428.

6 Os Princípios de Yogyakarta, em seu preâmbulo, referem-se à identidade de gênero como “...estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento

Trata-se da verdade pessoal de cada um, do pensar, do agir e do sentir, que por isso mesmo não está de nenhum modo relacionada com o sexo genital, uma vez que se está a falar da realidade psicológica do sujeito.

Nessa perspectiva, a construção “homens” não é aplicada apenas a pessoas com corpos masculinos, na mesma medida em que a construção “mulheres” não é referente tão somente a pessoas com corpos femininos.⁷

Ou seja, é possível que alguém se veja como mulher, sinta ser mulher, aja como mulher, se apresente socialmente como mulher, ostente os signos de mulher, muito embora tenha nascido com um corpo masculino.

É que a identidade de gênero, conforme referido, não guarda necessária relação com o sexo físico, sendo alheia ao sistema fechado do sexo binário.

E eis que chegamos ao ponto central de nossa análise, que são aquelas pessoas que descumprem os códigos sociais, ao expressar um gênero sexual que não corresponde ao que seria “próprio” do seu sexo biológico, como é o caso de alguém nascido com corpo de homem, mas que apresenta, por outro lado, uma subjetividade feminina. Estamos falando das pessoas transgênero, que são aquelas cuja identidade ou expressão de gênero difere do sexo físico⁸, e por tal motivo figuram à margem da sociedade e do direito, sendo costumeiramente incompreendidas, já que “desorganizam” as normas estabelecidas sobre as quais está assenta a relação sexo-gênero.

As transexuais e as travestis, que são as categorias transgênero mais conhecidas⁹, reconhecem a si próprias e se expressam socialmente por um gênero sexual que não seria “compatível” com os respectivos corpos, pois embora o físico seja de homem, os signos, sentimentos, comportamentos, são femininos. Em que pese algumas diferenças, transexuais e travestis constroem o gênero feminino a partir de um corpo fisicamente masculino.

Apenas pra uma melhor compreensão da matéria, façamos algumas distinções conceituais.

A transexual apresenta desconexão psíquico-emocional com o sexo biológico do nascimento, por não se identificar com o gênero esperado para o seu corpo¹⁰. É pessoa marcada

pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos”.

7 Cf. BUTLER, Judith. *Problemas de gênero – feminismo e subversão da identidade*, cit., p. 24.

8 Cf. DOMINGUEZ, Andres Gil; FAMA, Maria Victoria; HERRERA, Marisa. *Derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Ediar, 2006, t. II, p. 1.112.

9 Também integram esse grupo, por ultrapassar os limites culturais de gênero, os “drag queens”, as “drag kings”, “cross-dressers”, transformistas, dentre outros.

10 Cf. SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Diversidade sexual e suas nomenclaturas. In DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 98-99.

por enorme desconforto com o físico, na medida em que sob o aspecto psicológico sente que o gênero sexual ao qual pertence é o inverso. Por isso mesmo, nega ter nascido homem e não aceita os órgãos genitais, recusando qualquer função sexual ao órgão sexual masculino.¹¹ Exatamente por esse motivo, não raro procura a intervenção cirúrgica como medida extrema para a adequação do físico ao seu sexo verdadeiro, que, no caso, é o feminino.¹²

Importante consignar que a caracterização da transexualidade ainda está fortemente atrelada aos paradigmas biomédicos, que, forte no determinismo biológico, define essa construção de gênero como patologia.¹³ Destarte, conforme a Classificação Internacional de Doenças, o “transexualismo” é um transtorno de identidade sexual e está codificado como F64.0.

Todavia, essa nos parece uma percepção que necessita ser redimensionada (por isso mesmo é forte o movimento para que a transexualidade deixe de ser conceituada como doença), na medida em que trata como patológica certa identidade sexual apenas por estar fora do padrão culturalmente edificado, em que o gênero estaria necessariamente atrelado ao sexo físico. E, na medida em que o gênero se afasta dos atributos físicos da pessoa, residiria aí um comportamento desviante e, portanto, doentio. Ora, essa assertiva está claramente consubstanciada em uma premissa no mínimo questionável, por conceber a identidade de gênero, que é fluida e variável, sob o mesmo prisma destinado ao sexo, que, em face de sua carga biológica, é fixo e permanente. Trata-se, sem dúvida alguma, de questão que merece uma reflexão sob novas luzes e cuidadosa, que ultrapassa os limites propostos nesse trabalho.

11 Cf. BENEDETTI, Marco. *Toda feita – o corpo e o gênero das travestis*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 113.

12 Importante registrar que a cirurgia de transgenitalização ou de redesignação sexual pode ser feita através do Sistema Único de Saúde/SUS, visto que o procedimento encontra-se atualmente regulamentado por meio da Portaria 1.707/2008, que determina que “o processo transexualizador” seja “implementado em serviços de referência devidamente habilitados à atenção integral à saúde aos indivíduos que dele necessitem”, porque “a orientação sexual e a identidade de gênero são fatores reconhecidos pelo Ministério da Saúde como determinantes e condicionantes da situação de saúde, não apenas por implicarem práticas sexuais e sociais específicas, mas também por expor a população GLBT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais) a agravos decorrentes do estigma, dos processos discriminatórios e de exclusão que violam seus direitos humanos, dentre os quais o direito à saúde, à dignidade, à não discriminação, à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade”. A Resolução 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, que revogou a Resolução 1.652/2002, autoriza a “cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo”, desde que haja avaliação favorável de equipe multidisciplinar composta por “médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social” após acompanhamento conjunto por, no mínimo, dois anos.

13 Conforme a Resolução 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, a definição de “transexualismo” obedecerá aos seguintes critérios: “1. Desconforto com o sexo anatômico natural; 2. Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3. Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente, por, no mínimo, dois anos; 4. Ausência de transtornos mentais”.

As travestis, por sua vez, têm natureza mais ambígua. Ao mesmo tempo em que modelam e reconstróem seus corpos em busca de uma representação feminina, não abandonam integralmente a natureza masculina. Nascidas com anatomia de homem, as travestis adotam práticas geralmente associadas ao gênero feminino, embora não reneguem os genitais masculinos, que utilizam ativamente na busca do prazer sexual. Ou seja, ao contrário das transexuais, as travestis não sentem desconforto com o próprio órgão sexual, por isso mesmo não desprezam o seu potencial erótico, e, com isso, embora se apresentem socialmente como mulheres, não vivenciam uma separação absoluta entre o gênero masculino e o feminino.¹⁴

Deste modo, as travestis não procuram a cirurgia de redesignação sexual como forma de adequação de gênero, uma vez que não sentem desconforto em relação ao próprio corpo.

Em que pesem tais distinções, transexuais e travestis vivenciam real subversão da construção cultural de gênero, por não cumprirem os códigos sociais relativos ao sexo anatômico, pois se reconhecem e se expressam como mulheres (a despeito da referida ambigüidade das transexuais), apesar do fato de terem nascido com corpos de homem.

É fato também que transexuais e travestis utilizam o corpo em uma verdadeira reconstrução de gênero, pois se entregam à modificação corporal para apresentar determinados signos tidos como femininos. Nessa esteira, são freqüentes determinadas alterações estéticas, como pintar as unhas e deixá-las compridas, deixar o cabelo crescer, uso de batom e maquiagem, etc. Outras modificações são mais profundas, decorrentes do uso de hormônios e da aplicação de silicone, que importarão, dentre outras coisas, na queda ou perda dos pelos e na modelagem do corpo.

Além disso, também é recorrente a assimilação de práticas, atributos e valores associados ao gênero feminino, como a mudança na maneira de falar (com o uso de voz em falsete, mais suave) e no modo de agir.

Tudo para se apresentar socialmente como mulher, uma vez que não é bastante apenas se sentir mulher, é fundamental que as relações sociais sejam travadas nessa perspectiva e que haja o reconhecimento por terceiros dessa condição feminina.

3. O Reconhecimento do Direito à Identidade de Gênero como Direito Fundamental

A Constituição Federal, no art. 1º, III, reconhece a dignidade humana como um dos fundamentos da República. Trata-se de verdadeira cláusula geral de proteção da

14 Cf. BENEDETTI, Marco. *Toda feita – o corpo e o gênero das travestis*, cit., p. 113-114.

personalidade, que define claramente a prioridade de tutela dos interesses existenciais em face dos interesses patrimoniais.

Com isso, o livre desenvolvimento da personalidade se revela o núcleo fundante de toda a sistemática dos direitos fundamentais. E, vale recordar, como a Lei Maior não ostenta atualmente a mera qualidade de Carta Política, é forçoso concluir que as regras e princípios constitucionais têm eficácia não apenas nas relações em que o Estado estiver presente, mas também nas relações jurídicas mantidas exclusivamente por particulares.

E, considerada a hierarquia superior da Constituição Federal, essa tutela preferencial dos direitos existenciais (direitos fundamentais ou direitos da personalidade, a depender da perspectiva empregada) define os contornos de todo o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que toda a legislação infraconstitucional deverá ser interpretada e construída de modo a resguardar enfaticamente a dignidade humana, sob pena de se distanciar da tábua axiológica constitucional.

Portanto, qualquer norma ou decisão judicial que não respeitem a dignidade humana, serão eivadas de inconstitucionalidade.

A posituação da dignidade humana, em nível constitucional, significa o reconhecimento de que toda pessoa humana será merecedora de igual respeito e consideração, pelo simples fato de ser pessoa, uma vez que ela apresenta valor intrínseco.

Ou seja, são irrelevantes os atributos ou características como a cor da pele, raça, religião, condição física, sexo, gênero sexual, orientação sexual, etc., também os atos, condutas e escolhas de vida são indiferentes, nesse contexto todas as pessoas apresentam exatamente a mesma dignidade, tão somente por serem pessoas, por pertencerem à raça humana.¹⁵

Os elementos centrais da dignidade humana parecem ser aqueles descritos no artigo I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que preceitua que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, sendo “dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Destarte, a autonomia individual, conseqüência do direito de autodeterminação, ainda que em termos potenciais, é o elemento nuclear da dignidade da pessoa humana.¹⁶ Apenas a pessoa humana, por ser dotada de racionalidade, é apta a fazer as escolhas de vida a partir de um projeto livremente delineado. Essa capacidade de definir o próprio

15 Cf. FERRAZ, Carolina Valença. Transexualismo: os reflexos da igualdade e da dignidade da pessoa humana na proteção da diversidade sexual. In FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão Leite; NEWTON, Paulla Christianne da Costa (coord.). *Cidadania plural e diversidade – a construção do princípio fundamental da igualdade nas diferenças*. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 197.

16 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*, 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 53.

destino a partir de decisões livres e conscientes é uma qualidade inerente a todo ser humano, sendo também exclusiva dele, de modo que esse é um traço que o diferencia dos outros animais e das coisas.

A noção de dignidade, portanto, está assentada na liberdade da pessoa em estabelecer os contornos da própria existência, portanto, a tutela dos direitos de liberdade é pressuposto indispensável para a promoção da dignidade humana, de modo que sem liberdade a dignidade humana não será reconhecida e protegida.¹⁷

Há atentado à dignidade humana na ausência de garantias legais, bem como na edificação de obstáculos, ao livre desenvolvimento da personalidade, que impeçam ou dificultem a realização pessoal do indivíduo e a busca da felicidade.

Fixadas essas rápidas premissas, indagamos: como reflexo da proteção da dignidade humana, é possível falar na existência de um direito fundamental à identidade pessoal?

Parece-nos que a resposta é afirmativa, até mesmo como consequência da expressa previsão constitucional dos direitos à igualdade, à liberdade, à não discriminação, à privacidade e à saúde.

Por identidade pessoal compreende-se o conjunto de caracteres, atributos e ações que individualizam a pessoa na sociedade, fazendo com que ela seja uma determinada pessoa e não outra.¹⁸ Apresenta-se sob duas dimensões distintas, uma interna e outra externa, sendo a primeira a maneira como o indivíduo vê a si próprio, como ele se reconhece, e a segunda o modo como ele se expressa no meio social.

Cada pessoa é única, em razão de suas características físicas, psicológicas, herança genética, valores, opiniões, visão de mundo, etc., sendo legítimo que cada um seja dono de sua própria verdade, devendo esses traços marcantes ser respeitados como forma de garantir o pleno desenvolvimento da personalidade.

O direito à identidade pessoal é direito fundamental implícito, que não conta com expressa previsão no texto constitucional, mas que deflui de certos direitos fundamentais positivados (mencionados anteriormente), e especialmente do macroprincípio da dignidade humana.

Pode-se afirmar que é o direito de ser reconhecido como a pessoa é realmente, de acordo com o seu modo de ser, respeitadas todas as suas singularidades. Importante observar que além do espaço necessário para que o indivíduo exerça a sua subjetividade, esse direito consiste, não apenas, mas principalmente, na garantia de exigir que terceiros o reconheçam e o tratem como ele enxerga a si própria e como ele se expressa socialmente.

17 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*, cit., p. 98.

18 Cf. MEZA, Juan N. Silva; HERNÁNDEZ, Sergio A. Valls. *Transexualidad Y matrimonio Y adopción por parejas del mismo sexo – criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, cit., p. 32.

O direito à identidade pessoal é direito de liberdade, pois está alicerçado na autonomia individual e na capacidade de autogoverno, em que a pessoa modela as ações de acordo com as próprias decisões, trilhando o caminho definido em seu projeto de vida.

Nessa seara, integra o núcleo do direito à identidade pessoal o direito à identidade de gênero.

É indiscutível que, na esfera da identificação pessoal, no modo como o indivíduo concebe a si mesmo, de acordo com as próprias singularidades, o sentimento de pertencer a um determinado gênero sexual é expressão das mais relevantes. Portanto, não apenas o nome ou certos atributos físicos são determinantes para a individualização da pessoa, a designação do gênero masculino ou feminino a alguém é fator que tem direta ligação com o desenvolvimento de sua personalidade.

O direito à identidade de gênero, portanto, consiste na garantia de livremente definir a qual gênero sexual pertence, de acordo com os sentimentos mais íntimos, valores e convicções. Com isso, cada indivíduo tem assegurada a prerrogativa de expressar o gênero feminino ou masculino, havendo ou não correlação com as características físicas, na medida em que prevalecem nesse contexto as certezas que a pessoa tem em relação a si mesma, conforme a sua verdadeira subjetividade.

Vivenciar a real condição de gênero é pressuposto indispensável para a construção de um projeto de vida, a partir do qual o indivíduo guiará os seus atos no sentido de alcançar a realização pessoal e a plena felicidade.

Importante ressaltar que o direito à identidade de gênero significa não apenas o espaço necessário para que a pessoa defina o gênero sexual em consonância com a própria vontade, mas também a garantia de expressar isso no meio social, e, principalmente, a prerrogativa de ser reconhecido pelo gênero livremente escolhido, por terceiros e pelo Estado, ainda que não haja coincidência com o sexo morfológico.

Necessário consignar que a identidade de gênero repousa na liberdade individual e na capacidade de autodeterminação, garantindo-se a cada um o direito de livremente viver como homem ou como mulher, e desta forma se apresentar socialmente, a partir de um ato de vontade, de uma opção de vida.

Portanto, se a caracterização morfológica é um dado da natureza (na medida em que, independentemente do nosso querer, nascemos com genitais de um sexo ou de outro), viver e se expressar por meio de signos normalmente associados ao feminino ou ao masculino é pura decisão pessoal, e que deve ser respeitada por todos, sob pena de frustrar o desenvolvimento da personalidade.

Não menos importante é registrar que qualquer ingerência na decisão de viver como homem ou mulher revela-se atitude arbitrária e, portanto, antijurídica, especialmente

quando consubstanciada na imposição da “moral vigente”, em uma tentativa de moldar a pessoa aos “valores sociais dominantes”, pois o direito à identidade funciona exatamente como escudo contra esse tipo de agressão, na medida em que é reservado a cada um, desde que não ameace ou viole direitos de terceiros, o espaço necessário para definir a sua própria individualidade, podendo viver conforme seus valores pessoais, ainda que destoantes dos valores consagrados pela maioria.

Essa garantia está alicerçada no chamado direito à diferença, que é expressão da dignidade humana e que integra o núcleo do direito à igualdade, posto que a Constituição Federal assegura a todos um tratamento igualitário, imune a qualquer tipo de discriminação, mesmo que a pessoa não se identifique e não aja de acordo com os valores dominantes na sociedade, preservando-se, assim, a sua identidade pessoal.¹⁹

Afinal, o Estado Democrático de Direito não se caracteriza apenas pela garantia legal assegurada à população de escolher periodicamente os seus governantes, mas também (e principalmente) no respeito aos direitos fundamentais de todos, sem distinção, uma vez que se revela abusiva e inconstitucional a tentativa de uniformização do pensar, do sentir, do querer e do agir, em uma tentativa de impor a todas as pessoas o padrão social vigente.

4. Mudança de Nome e Sexo: Reconhecimento Jurídico da Condição de Mulher das Transexuais e das Travestis em uma Perspectiva Civil-Constitucional

As transexuais e as travestis, apesar de terem nascido fisicamente com corpos de homem, se identificam e se expressam a partir de valores, atitudes e signos femininos. Trata-se de um longo processo de reconstrução de gênero, mas que não deixa margem à dúvida: essas pessoas vivenciam uma realidade feminina, na medida em que se apresentam socialmente como mulheres, por terem a convicção de ostentar atributos de mulher.

Em suma, estamos diante de pessoas que, no curso de praticamente todas as suas vidas, pensam, sentem, agem, se comportam, e se relacionam como mulheres, por serem, a bem da verdade, tomando por base um critério psicossocial, de fato mulheres.

Transexuais e travestis são “diferentes” da maioria das pessoas, pois o padrão social existente é o de uma perfeita simetria entre o corpo físico trazido do nascimento e o gênero sexual, cujo sistema binário impõe a seguinte correlação: homem/masculino e mulher/feminino. As pessoas “trans”, por sua vez, fogem desse determinismo culturalmente forjado, ao expressar um gênero sexual em dissonância com suas características morfológicas.

19 Cf. PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49-50.

Deste modo, por estar fora dos padrões sociais dominantes as pessoas “trans” pagam um preço altíssimo, já que “ousam” viver de acordo com suas convicções pessoais, conforme a própria identidade, enfrentando por isso desprezo social, humilhação pública e discriminação.

Na esfera jurídica, em uma perspectiva imediata, a principal demanda das transexuais e travestis é pela modificação do nome e do sexo jurídico no Registro Civil, para que formalmente o direito as reconheça e trate como mulheres. Todavia, é necessário não perder de vista que a tutela jurídica dessas pessoas não está restrita a essa hipótese (que é indispensável, não desconhecemos isso), pois essa proteção deve ser concebida em uma perspectiva mais ampla, que é a da garantia dos direitos fundamentais (que lhes são normalmente cerceados) e do acesso pleno à cidadania (que lhes é comumente negada).

A possibilidade de adequação do nome e do sexo jurídico no Cartório de Registro Civil encontra amparo na Constituição Federal e na legislação ordinária. É importante consignar que não há norma jurídica que expressamente recepcione essa hipótese, mas, na mesma medida, não há também proibição textual a esse respeito, de modo que, assim, trata-se de pretensão lícita, albergada pelo ordenamento.

Tal iniciativa está fundamentada em uma interpretação construtiva da legislação ordinária, a partir das regras e princípios constitucionais, forte na promoção da dignidade humana.

Quanto ao princípio infraconstitucional da inalterabilidade do nome, esclareça-se que este não tem natureza absoluta, visto que a própria Lei de Registros Públicos (6.015/1973) elenca uma série de hipóteses que justificam a modificação do nome atribuído no nascimento.

Desta feita, o parágrafo único do artigo 55, e o *caput* do artigo 58, ambos da referida lei, permitem a modificação do nome das pessoas transgênero, para que o prenome masculino seja substituído por um prenome feminino, de modo a adequar o nome à aparência da pessoa.

Conforme o citado art. 55, parágrafo único, “os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores”.

É sabido que as informações constantes no registro civil serão utilizadas para a confecção dos documentos de identificação (RG, CPF, carteira de motorista, título de eleitor, passaporte, etc.), portanto não é necessário nenhum esforço imaginativo para visualizar todos os constrangimentos que transexuais e travestis passam no dia-a-dia, pelo fato de ostentar prenomes que não correspondem à aparência.

Ainda que o dispositivo legal em comento trate da sujeição ao ridículo em razão de hipótese anterior ao registro, enquanto a retificação do prenome de transexuais e travestis

ocorreria por motivo posterior, isso não nos parece motivo bastante para inviabilizar a recepção também dessa situação²⁰, pois, mediante uma interpretação construtiva da norma, é possível identificar que a sua *ratio* é exatamente a proteção da integridade psíquica do portador nome, da sua dignidade.

Por sua vez, o art. 58, *caput*, dispõe que o “prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”.

Ora, transexuais e travestis se apresentam socialmente por nomes femininos, distintos, portanto, dos nomes que figuram no Registro Civil. Com isso, a retificação de seus prenomes é medida que, na maioria das vezes, está pautada na necessidade de adequação do nome de registro ao apelido que já é utilizado no dia-a-dia para a identificação.

Além da necessidade de adequação do nome, é essencial também a retificação do sexo civil, como forma de assegurar às pessoas “trans” um tratamento digno, corolário da tutela plena dos direitos fundamentais.

O direito à identidade de gênero tem natureza de direito fundamental implícito, e, por isso, é parâmetro que deve nortear a identificação do sexo no registro de nascimento.²¹ Portanto, a atribuição do sexo civil não pode ser pautada tão somente nas características físicas verificadas no nascimento, sem levar em conta um elemento de extrema relevância para a satisfação psíquica da pessoa e também fator de identificação social, que é a identidade de gênero.²²

E no caso das transexuais e travestis, em que há disparidade entre os elementos morfológicos e a identidade de gênero, pois tais pessoas se identificam e se apresentam como mulheres, é imperativo que figure no registro civil a informação que expressa a realidade dos fatos. E, nesse contexto, estamos diante de pessoas cuja realidade individual é a subjetividade feminina.

Importante ainda destacar que a adequação do sexo jurídico para “feminino” está respaldada na obediência a um dos princípios norteadores dos registros públicos, que é o da verdade real, em que os registros devem expressar os fatos como eles são na atualidade, como forma de promover a segurança jurídica.

20 Cf. VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo – mudanças no Registro Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 88.

21 Cf. FERRAZ, Carolina Valença. *Transexualismo: os reflexos da igualdade e da dignidade da pessoa humana na proteção da diversidade sexual*, cit., p. 202.

22 O Estatuto da Diversidade Sexual, anteprojeto de lei elaborado pela Comissão Nacional de Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e que deverá ser apresentado ao Congresso Nacional sob a forma de projeto de lei de iniciativa popular, determina, no art. 39, que: “É reconhecido aos transexuais, travestis e intersexuais o direito à retificação do nome e da identidade sexual, para adequá-los à sua identidade psíquica e social, independentemente de realização da cirurgia de transgenitalização”.

Nesse sentido, o registro de nascimento de uma transexual ou de uma travesti, em que conste o sexo masculino, está consubstanciado em erro, em uma informação falsa, por não expressar a realidade dos fatos, na medida em que tais pessoas vivem uma verdade feminina, e por isso se apresentam socialmente como mulheres.

Consigne-se, principalmente, que o não acolhimento da pretensão de adequar o sexo civil, expondo, dessa forma, as pessoas “trans” a situações vexatórias e frustrando seus projetos de vida legitimamente construídos, viola o direito à identidade de gênero, além de representar sério atentado ao desenvolvimento da personalidade, por submetê-las a situação de indignidade, em desconformidade com os valores e princípios constitucionais.

No tocante às transexuais submetidas à cirurgia de redesignação sexual, é possível verificar, em um rapidíssimo retrospecto histórico, que as decisões judiciais proferidas na década de 70 e início da década de 80, negavam a pretensão de alteração do nome e do sexo jurídico. A partir de meados dos anos 90, todavia, esse quadro começou a ser alterado, na medida em que o Judiciário passou a acolher tais demandas.²³

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem precedentes sólidos no sentido de admitir a retificação de nome e do sexo civil.

Com essa dicção, merece reprodução parte do voto da Ministra Nancy Andrighi, que atuou como relatora no julgamento de um Recurso Especial, no ano de 2009:

A definição da identidade sexual – que deve ser examinada como um dos aspectos da identidade humana – e a autorização para modificação do designativo de sexo dos transexuais, devem ser examinadas sob o crivo do direito à saúde – compreendida, segundo a OMS, como a busca do bem estar físico, psíquico e social, à luz do princípio da dignidade humana, autêntico arquétipo primordial, uma das bases principiológicas mais sólidas nas quais se assenta o Estado Democrático de Direito.

Sob essa perspectiva, a afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.

A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana, cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.

23 Cf. VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo – mudanças no Registro Civil*, cit., p. 173.

Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

(...)

Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.²⁴

Observe que a alteração das informações que constam no registro de nascimento tem sido admitida por meio de decisão judicial, não sendo possível tal modificação na esfera administrativa, diretamente em cartório.

Com o julgamento favorável, a sentença judicial deverá ser averbada em cartório, operando assim a desejada modificação no registro de nascimento original. Perceba que, como se trata de averbação, não será elaborado um novo registro de nascimento, sendo apenas alterado o que já existe, medida esta que nos parece acertada.

A averbação da sentença de modificação de nome e sexo civil figurará apenas no livro do Cartório de Registro Civil, de modo que essa informação não constará na certidão de nascimento, permitindo, assim, que os novos documentos de identificação (RG, CPF, carteira de trabalho, carteira de motorista, título de eleitor, passaporte, etc.) sejam emitidos sem que conste nenhuma referência a esse fato.²⁵ E, justificada pela necessidade de tutela da privacidade e da dignidade da pessoa “trans”, eventual certidão de nascimento de inteiro teor deverá ser expedida apenas a pedido do próprio interessado ou com ordem judicial.²⁶

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça acatou a pretensão de transexual submetida à cirurgia de transgenitalização, para modificar o prenome de “Romar” para “Bruna”, como também a adequação do sexo indicado na certidão, de “masculino” para “feminino”, e reconheceu a necessidade de resguardar a privacidade da recorrente, ao prescrever que a averbação deveria ser realizada “apenas no livro cartorário e à margem do registro civil”, assim:

24 REsp 1.008.398-SP (2007/0273360-5), Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/10/2009.

25 Prescreve o art. 41 do Estatuto da Diversidade Sexual: “Quando houver alteração de nome ou sexo decorrente de decisão judicial é assegurada a retificação em todos os outros registros e documentos, sem qualquer referência à causa da mudança”.

26 Cf. VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo – mudanças no Registro Civil*, cit., p. 184-185.

...tal averbação deve constar apenas do livro de registros, não devendo constar nas certidões do registro público competente nenhuma referência de que a aludida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de cirurgia de mudança de sexo, sob pena de manter a exposição do indivíduo a situações constrangedoras e discriminatórias.²⁷

Também merece destaque julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos seguintes termos:

REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. PRENOME E SEXO. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. AVERBAÇÃO À MARGEM.

1. O fato da pessoa ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano social, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido por apelido, que constitui prenome feminino, justifica a pretensão, já que o nome registral é compatível com o sexo masculino. 2. Diante das condições peculiares da pessoa, o seu nome de registro está em descompasso com a identidade social, sendo capaz de levar seu usuário a situação vexatória ou de ridículo, o que justifica plenamente a alteração. 3. Deve ser averbado que houve determinação judicial modificando o registro, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se, assim, a publicidade dos registros e a intimidade do requerente. **4. Assim, nenhuma informação ou certidão poderá ser dada a terceiros, relativamente a alterações nas certidões de registro civil, salvo ao próprio interessado ou no atendimento de requisição judicial.** (Grifamos).²⁸

Observe que a medida judicial apropriada para as adequações pretendidas não é a ação de retificação de registro civil, prevista no art. 109 da Lei de Registros Públicos. Como se trata de medida que busca alterar o estado civil da pessoa, o pedido deverá ser formulado por meio de procedimento de jurisdição voluntária, designado de ação de redesignação do estado sexual, que contará necessariamente com a intervenção do Ministério Público e deverá ser proposta perante uma vara especializada de família.²⁹

Imperativo esclarecer que essa medida tutela os direitos das pessoas transgênero, ao mesmo tempo em que preserva a segurança jurídica, uma vez que os documentos de identificação que serão emitidos a partir da decisão judicial, a despeito de incorporar as novas informações constantes no registro de nascimento, deverão ser emitidos com a numeração original, de modo que a redesignação de gênero e alteração no prenome não permitirão

27 REsp 737.993-MG (2005/0048606-4), Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10/11/2009.

28 Apelação Cível 70018911594, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 2007.

29 Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil – teoria geral*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 179.180.

que o indivíduo eventualmente venha a se esquivar do cumprimento de qualquer obrigação legal, resguardando-se, assim, os interesses de terceiros.

Com essa dicção, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu o direito de transexual em alterar o registro de nascimento, para que o prenome original fosse substituído por “Sabrina” e o sexo, para “feminino”, e asseverou que “a retificação não apresentará qualquer ameaça à segurança jurídica, vez que será devidamente averbada à margem do registro e o número do CPF do registrando permanecerá o mesmo”.³⁰

Quando se trata de transexual submetida à cirurgia de transgenitalização, é possível concluir, portanto, que a jurisprudência atualmente, após longos anos de hesitações, é favorável à alteração do nome e adequação do sexo jurídico.

Entretanto, no caso das transexuais que não passaram pela cirurgia ou das travestis, a realidade é bastante diferente, visto que elas ainda encontram sérias resistências ao acolhimento de suas pretensões perante o Judiciário.

Apesar da evolução jurisprudencial descrita anteriormente, é fato que a maioria esmagadora das decisões judiciais ainda atrela a adequação formal do sexo à modificação física, especificamente dos órgãos genitais, em clara confusão entre sexo biológico e identidade de gênero.

Contudo, há sinais de que esse quadro começa lentamente a ser modificado, a partir de corajosas decisões judiciais que, apesar da ausência de alteração genital, vem acolhendo a adequação do sexo jurídico de “masculino” para o “feminino”.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assegurou o direito a uma pessoa transexual, que não havia sido submetida à cirurgia de transgenitalização, de adequar o nome de “João Batista” para “Marisa Andrielly” (como ela já era identificada no cotidiano), com base principalmente no direito à identidade de gênero da apelante (que, é importante destacar, não havia requerido em primeiro grau a adequação do sexo registral), ultrapassando com isso os limites tradicionais da identificação do sexo por critérios biomédicos, *in verbis*:

APELAÇÃO. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. TRAVESTISMO. ALTERAÇÃO DE PRENOME INDEPENDENTEMENTE DA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E À DIGNIDADE.

A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com as características que o seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a sua alteração.

30 Apelação Cível 2005.001.01910, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Luis Felipe Salomão, j. 2005.

A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social.

Reproduzimos trecho do voto do eminente relator, Des. Rui Portanova:

Ao fim e ao cabo, desimporta se JOÃO BATISTA é um transexual ou um travesti. Desimporta se ele fez ou fará cirurgia de transgenitalização, se sua orientação sexual é pelo mesmo sexo ou pelo sexo oposto, por homem ou por mulher.

Todos esses fatores não modificam a forma como JOÃO BATISTA se vê e é visto por todos. Como uma mulher.³¹

Defendemos que, na identificação do sexo registral, além dos tradicionais critérios biomédicos, seja levada em consideração também a sua dimensão social, para assegurar que os dados cartoriais sejam fieis à realidade vivida pela pessoa.³²

Portanto, o sexo jurídico pode ser objeto de uma escolha livre do indivíduo, baseada em sua identidade de gênero, como expressão da dignidade humana. Assim, se a pessoa se identifica com o gênero feminino, se ela se vê desta forma, apresentando-se socialmente como mulher, ainda que fisicamente a genitália seja masculina (por não ter havido a intervenção cirúrgica de transgenitalização), o direito deverá não apenas respeitar essa decisão pessoal como também reconhecer a sua validade, conferindo-lhe eficácia, para que as informações registras sejam adequadas a essa realidade pessoal e social.

Conforme referido anteriormente, a proteção constitucional da dignidade pressupõe o reconhecimento da capacidade de autodeterminação, de autonomia, para que as decisões tomadas na esfera da liberdade individual sejam preservadas, de modo a assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Destarte, não vemos obstáculo ao reconhecimento jurídico da condição feminina a transexuais não cirurgiadas e a travestis, a partir de uma interpretação construtiva da legislação vigente, mediante a admissão da força normativa da Constituição Federal.³³

31 Apelação Cível 70030504070, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 2009.

32 Cf. RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivos de sexo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 707.

33 Na América Latina o Uruguai tem legislação pioneira a esse respeito, ao permitir a adequação do registro civil à identidade de gênero, independentemente do sexo biológico, com fundamento na liberdade individual da pessoa. Dispõe a Lei 18.620/2009 que “toda pessoa poderá solicitar a adequação da menção registral de seu nome, sexo, ou ambos, quando os mesmos não coincidam com sua identidade de gênero”, sempre que a pessoa acreditar “que o nome, o sexo – ou ambos – consignados na ata de

Na verdade, trata-se de medida necessária para garantir o cumprimento do princípio da verdade real dos registros públicos, e, principalmente, para assegurar a tutela da dignidade humana das pessoas transgênero, o respeito aos seus direitos fundamentais e a garantia do acesso pleno à cidadania.

Importante consignar que, a partir de 2002, com o julgamento do caso “Goodwin v Reino Unido”, prevalece no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos o entendimento de que na formação da identidade sexual de uma pessoa deve prevalecer o elemento psicológico, atitude e comportamento psicossocial, em detrimento do elemento biológico.³⁴

De caráter paliativo, merece destaque o fato de que são cada vez mais comuns hoje em dia iniciativas para permitir o uso do nome social a transexuais e travestis, no sentido de lhes assegurar o direito de serem identificadas por nome de sua escolha, independente daquele que figura no registro de nascimento. Nesse caso, a adoção do nome social é feita sem a necessidade de pronunciamento judicial, através de procedimentos bastante simples e informais, normalmente de cunho administrativo.³⁵

É consequência inarredável da adequação do sexo jurídico, no registro civil, que a pessoa passe a ser tratada conforme a sua condição feminina em todas as esferas jurídicas (relações familiares, de trabalho, serviço militar, aposentadoria, contratos, etc.), para efeito de direitos e deveres, na medida em que o caso não é de mera alteração formal, restrita à realidade cartorial. É imperativo, sob pena de violação da sua personalidade jurídica, que no âmbito social e do direito, seja admitida plenamente a sua condição de mulher.

nascimento do Registro Civil são discordantes com sua própria identidade de gênero”, asseverando ainda que “em nenhum caso se exigirá cirurgia de redesignação sexual para a concessão da adequação registral da menção do nome ou do sexo que sejam discordantes da identidade de gênero da pessoa a que se faz referência no dito documento” (tradução livre do autor).

34 Cf. DOMINGUEZ, Andres Gil; FAMA, Maria Victoria; HERRERA, Marisa. *Derecho constitucional de familia*, cit., p. 1.160-1.167.

35 Apenas a título de exemplo, destacamos as seguintes hipóteses em que é permitido o uso do nome social: o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP), por meio da Resolução 208, de 27 de outubro de 2009, estabeleceu que transexuais e travestis têm assegurado o direito de usar, durante o atendimento médico, “o nome social, podendo o(a) paciente indicar o nome pelo qual prefere ser chamado(a), independente do nome que consta no seu registro civil ou nos prontuários dos serviços de saúde”; em São Paulo, através do Decreto 55.588/2010, é assegurado o direito “à escolha de tratamento nominal nos atos e procedimentos promovidos no âmbito da Administração direta e indireta” naquele estado, sendo determinado que “a pessoa interessada indicará, no momento do preenchimento do cadastro ou ao se apresentar para o atendimento, o prenome que corresponda à forma pela qual se reconheça, é identificada, reconhecida e denominada por sua comunidade e em sua inserção social”; o estado do Rio Grande do Sul foi ainda mais longe, ao criar a Carteira de Nome Social/CNS, através do Decreto 49.122, de 17 de maio de 2012, que é emitida por um órgão oficial, o Instituto Geral de Perícias/IGP e que permite a transexuais e travestis o direito à identificação por meio desse documento em todos os órgãos do Poder Executivo estadual.

5. Conclusões

O que se observa em relação a transexuais e travestis é tão somente uma expressão de gênero que destoa das convenções sociais vigentes, que atrela o sexo ao gênero a partir de um sistema binário: homem/masculino e mulher/feminino. No momento em que esse elemento da cultura é “descumprido” por pessoas cuja expressão de gênero não “coincide” com o sexo anatômico, o resultado é o choque e, lamentavelmente, a discriminação e o cerceamento de direitos. Esse é o panorama vivenciado pelas pessoas transgênero no Brasil atualmente.

Desta feita, o primeiro aspecto a considerar é a necessidade de deixar de lado toda e qualquer patologização de transexuais e travestis, na medida em que, conforme mencionado, a questão envolve, na verdade, tão somente a quebra de paradigmas de natureza cultural.

Nessa ordem de ideias, é possível identificar na Magna Carta, ainda que de forma implícita, o direito à identidade de gênero como verdadeiro direito fundamental implícito, que permite a toda e qualquer pessoa decidir livremente a respeito da sua expressão social de gênero, mesmo que não coincidente com o sexo anatômico. Com isso, é direito que deve balizar não apenas as relações em que o Estado for parte, mas também as relações entre particulares.

Em vista disso, a expressão social de gênero, a partir de um ato de vontade, é o elemento que deverá ser considerado de forma irrestrita pelo direito para efeito de identificação do indivíduo, para todos os fins: eleitorais, trabalhistas, militares, previdenciários, penais etc.

6. Referências

- BENEDETTI, Marco. *Toda feita – o corpo e o gênero das travestis*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.
- BUTLER, Judith. *Problemas de gênero – feminismo e subversão da identidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- DOMINGUEZ, Andres Gil; FAMA, Maria Victoria; HERRERA, Marisa. *Derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Ediar, 2006, t. II.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil – teoria geral*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FERRAZ, Carolina Valença. Transexualismo: os reflexos da igualdade e da dignidade da pessoa humana na proteção da diversidade sexual. In FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão Leite; NEWTON, Paulla Christianne da Costa (coord.).

Cidadania plural e diversidade – a construção do princípio fundamental da igualdade nas diferenças. São Paulo: Verbatim, 2012.

MEZA, Juan N. Silva; HERNÁNDEZ, Sergio A. Valls. *Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo – criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivos de sexo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*, 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Diversidade sexual e suas nomenclaturas. In DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo – mudanças no Registro Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

A EFETIVIDADE DO DIREITO À TERRA DOS POVOS INDÍGENAS: O CASO DOS POTIGUARA (PARAÍBA-BRASIL)

MÉRCIA REJANE RANGEL BATISTA

Doutora em Antropologia. Professora da Universidade Federal de Campina Grande (Brasil).

GERMANA AGUIAR RIBEIRO DO NASCIMENTO

Doutoranda em Direitos Humanos, Democracia e Justiça Internacional, da Universidade de Valência.

Resumo

Ao longo da história, é possível verificar a luta dos povos indígenas pela terra. Desde o final do século XX, as reivindicações destes povos se tornaram frequentes, o que contribuiu para modificações nas legislações. Com efeito, o direito à terra é garantido pelo direito nacional e internacional. Ocorre que ao se tentar efetivar tal direito, defronta-se com um cenário distinto. O objetivo deste artigo é discutir a efetividade do direito à terra dos povos indígenas, observando-se, para isso, em que medida o referido direito é protegido pelo direito brasileiro e internacional e o reflexo desta proteção no contexto de uma população específica, qual seja, os índios Potiguaras. A investigação tem caráter qualitativo, partindo da análise de documentos atinentes à legislação nacional e internacional e decisões jurisprudenciais.

Palavras-chave

Povos indígenas; Direito à terra; Efetividade; Potiguara.

Resumen

A lo largo de la historia, es posible verificar la lucha de los pueblos indígenas por la tierra. Desde finales del siglo XX, sus reclamaciones son cada vez más presentes, lo que puede ser confirmado por los cambios en la legislación. En efecto, el derecho a la tierra es ahora garantizado por el derecho internacional. En la práctica, la efectividad de este derecho no es tarea fácil, lo que prueba que la multiculturalidad aún no es respetada y debe ser llevada a la mesa de debate. El objetivo de este artículo es analizar en qué medida el derecho a la tierra está protegido en el derecho internacional y nacional en Brasil y como

estas leyes se reflejan en el contexto de un grupo específico, los Potiguara. La investigación es de carácter cualitativo : son revisados y analizados diferentes documentos, legislación nacional y internacional y jurisprudencia al respecto.

Palabras clave

Pueblos indígenas; Derecho a la tierra; Efectividad; Potiguara.

1. Introdução

O artigo 4º da Declaração Universal da UNESCO sobre a diversidade cultural destaca que a defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito da dignidade da pessoa humana. Com efeito, vários grupos, a exemplo dos povos indígenas, são e foram submetidos, por séculos, à discriminação, à exclusão, às piores formas de tratamento, tendo suas liberdades fundamentais violadas. Ora, esses grupos enriquecem a diversidade cultural e merecem ser não somente protegidos, como reconhecidos, para que seus modos de vida, suas crenças, práticas religiosas e modos culturais possam se perpetuar. Ao final do século XX, vários povos começam a manifestar suas reivindicações e aspirações, dentre estas, o direito à terra (YACOUB, 2009, p. 13).

Na América Latina, o final do século XX é marcado pelo surgimento de movimentos sociais de luta pelos direitos dos povos indígenas. Com efeito, os índios passam a constituir esses movimentos e a construir suas pautas, enunciando suas reivindicações. Esses movimentos suscitaram, no Brasil, vários encontros e reuniões com o objetivo de discutir a situação desses povos e seus direitos. No cenário internacional, tivemos a publicação, a partir dos anos 70, dos estudos sobre discriminação das Nações Unidas. Nesse contexto, Hernan Santa Cruz (1971) e José R. Martinez Cobo (1986) contribuem para discussão acerca da questão dos povos indígenas.

Uma das definições oficiais de povos indígenas é a elaborada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Convenção n. 169. São, assim, os povos indígenas “povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas”.

Esta Convenção representa um dos tratados mais avançados em matéria de proteção dos direitos dos povos indígenas. Além disso, leva em consideração o caráter histórico, a especificidade cultural, a autodeterminação e a situação não dominante dos indígenas. Segundo a Organização das Nações Unidas (2010), os povos indígenas contam com cerca

de 370 milhões de membros, ou seja, cerca de 5 % da população mundial repartida em 70 países.

Na América Latina, a população indígena é entre 30 e 40 milhões de pessoas, contando, o Brasil, em 2010, com 817.000 indígenas, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Na região Nordeste se concentra, por sua vez, 170.389 indígenas, existindo, oficialmente, no estado da Paraíba, os Povos Potiguaras e os Tabajaras (Mura e Silva, 2011: p. 106). Segundo Estevão M. Palitot (PALITOT, 2005, p. II), os Potiguaras seriam cerca de 10.837, sendo o maior grupo etnográfico do nordeste concentrados em três municípios: Baía da Traição, Marcação e Rio Tinto. Desde a invasão dos colonizadores, esse grupo vê suas terras sendo invadidas e seus sistemas político, econômico e social desprezados. O direito à terra ainda é objeto de grandes debates e possui um valor simbólico e espiritual para os povos indígenas (NASCIMENTO, 2013).

A partir da metade do século XX, nota-se que um sistema normativo de proteção aos direitos indígenas vai sendo instaurado. O direito tradicional à terra representa a base desse sistema. Este artigo se propõe a examinar assim, no primeiro tópico, em que medida o direito à terra dos povos indígenas é garantido e protegido pela legislação brasileira e internacional, e, no segundo, o reflexo desta proteção legal sobre os Potiguaras, enquanto grupo específico. A metodologia utilizada foi de caráter qualitativo.

2. Uma Legislação Favorável ao Direito à Terra

A Constituição brasileira de 1988 é bastante inovadora no que concerne aos direitos dos povos indígenas. Trata-se do primeiro texto constitucional que protege os povos indígenas sem o intuito de integrá-los à sociedade brasileira, respeitando seu modo de vida e cultura. Ademais, ela assegura que os direitos humanos previstos nos tratados de direito internacional dos quais o Brasil é parte, são integrados no bloco constitucional. Assim, em nível internacional, tratados, convenções e declarações garantindo os territórios dos povos indígenas foram assinados e ratificados pelo Brasil. Mesmo havendo limites nessas leis e nos mecanismos de proteção, nota-se uma opção legislativa de proteger os povos indígenas tanto a nível nacional como internacional.

2.1. Da Garantia do Direito à Terra na Legislação Nacional

A Constituição Federal de 1988 rompe um período extenso de tratamento legal inadequado, marcado por um ordenamento jurídico pautado na abordagem eurocêntrica da temática dos povos indígenas. Nesse sentido, a Carta Magna inovou, ao preconizar uma interação horizontal entre os povos indígenas e o Estado Brasileiro, marcada “pelo respeito à diversidade, por meio do reconhecimento da pluralidade de culturas e da garantia de proteção especial às minorias indígenas” (BELFORT, 2006, p. 25).

Para José Afonso da Silva (2007, p. 70), a Constituição da República Federativa do Brasil revela a preocupação do Constituinte em preordenar um sistema de normas que pudesse efetivamente tutelar os direitos e interesses dos povos indígenas. Entretanto, a despeito de ter logrado êxito em um nível razoável, não atingiu um nível de proteção inteiramente satisfatório. Todavia, há que se reconhecer que ao consagrar os princípios do multiculturalismo e do pluralismo jurídico, a Carta Magna identifica os indígenas como cidadãos brasileiros, atribuindo a eles direitos e garantias, em consonância com o princípio da igualdade.

A Constituição Brasileira elenca no seu artigo 5º os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos. Trata-se de um rol meramente exemplificativo, no sentido em que os direitos e garantias explicitados não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte, conforme parágrafo segundo do mesmo dispositivo constitucional. Assim, são considerados direitos fundamentais do índio, a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade, assegurando-se, ainda, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem.

No que tange aos direitos fundamentais sociais, previstos no artigo 6º, a título de exemplo, destaca-se o direito à educação das comunidades indígenas. A Carta Maior, ao assegurar a formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais, em seu artigo 210, determina que o ensino fundamental regular deve ser ministrado em língua portuguesa, possibilitando às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem (LENZA, 2008, p. 771).

Os direitos dos povos indígenas são assim melhor protegidos, é o caso também do direito à terra. No contexto indígena, assim como das comunidades quilombolas¹ (NASCIMENTO, 2011), a terra apresenta um significado peculiar (BATISTA, 2013), como instrumento de consagração do direito fundamental da moradia (BATISTA E ARAUJO, 2008), previsto no artigo 6º da Constituição e da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, como se verifica no artigo 1º, inciso III, da Constituição.

O valor da dignidade humana se impõe como núcleo básico informador do ordenamento jurídico brasileiro e, juntamente com os direitos fundamentais, confere suporte axiológico e ético ao sistema constitucional, servindo como valor-guia de toda a ordem jurídica, constitucional e infraconstitucional (PIOVESAN, 2000, p 217).

1 Pela primeira vez a lei brasileira reconhece a existência dos chamados remanescentes de quilombos, lhes garantindo acesso à terra na Constituição Federal de 1988.

Débora Pereira (2003, p.12) observa, em relação aos índios, que a terra transcende ao aspecto meramente patrimonial, visto que se apresenta como condição de vida desses povos “retirar-lhes a terra é retirar-lhes o direito à vida, valor fundante de toda ordem jurídica, que tem no homem a sua referência primeira, e que, por esta razão, não se submete a direito ou interesse de ordem meramente patrimonial, sob pena de inversão indevida de valores”. Nessa perspectiva, transpondo a dignidade humana como fundamento da ordem constitucional brasileira para o contexto indígena, observa-se que do seu arcabouço pode-se fundar o direito indígena à terra, crucial para manutenção da condição de vida desses povos, considerando-se que, a dignidade, enquanto valor intrínseco da pessoa humana, jamais poderá ser sacrificada (SARLET, 2001, p. 77).

No que tange ao direito à terra dos indígenas, a Carta Magna, no artigo 20, inciso XI, determina que são bens da União “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, podendo ser classificadas como bens públicos de uso especial. No artigo 231, por sua vez, são positivadas normas fundamentais relativamente às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. O § 1º do artigo 231 identifica as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios: “São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

Quanto à expressão “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, Lenza ressalta que não há relação com o tempo de sua ocupação, mas ao modo tradicional de ocupação das terras pelos índios, sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Nessa perspectiva, “a relação entre o indígena e suas terras não se rege pelas normas de direito civil. Sua posse extrapola a órbita puramente privada, porque não é e nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu habitat, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana” (SILVA, 2007, p. 870).

Por sua vez, o § 2º do artigo 231, dispõe: “As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”, atribuindo-lhes ainda as características de inalienabilidade, indisponibilidade e a imprescritibilidade dos direitos sobre elas, no seu parágrafo quarto. Assim, as terras indígenas não estão sujeitas a usucapião nem a qualquer tipo de aquisição derivada.

Além disso, no parágrafo terceiro, a Constituição Federal condiciona o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas à autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, assegurando-lhes participação nos resultados da lavra, na forma da

lei. Nesse sentido, a despeito de assegurar a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas das terras aos índios, há ainda a possibilidade de exploração econômica, embora mediante autorização do Congresso Nacional. Nesse contexto, ressalta Leite (1993) que “a terra indígena é, portanto, um objeto político por excelência, principalmente e à medida que o Estado e outras organizações definem objetivos e programas distintos para o mesmo território ocupado pelos índios, gerando uma série de conflitos”.

No parágrafo quinto, a Carta Magna veda expressamente a remoção dos grupos indígenas de suas terras. No parágrafo sexto do mesmo dispositivo constitucional, há previsão expressa quanto à anulação e extinção dos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse dessas terras, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União.

Em relação à demarcação das terras indígenas, o caput do artigo 231 prevê expressamente a competência da União para demarcar as terras, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Ademais, estabelece no artigo 67, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a conclusão pela União da demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da sua promulgação. A despeito desse trabalho incumbido à União não ter sido finalizado, pode-se afirmar que os indígenas possuem seus direitos assegurados, independentemente de demarcação. Além disso, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, já se manifestou no sentido de que o aludido prazo não é peremptório, mas tão somente programático para conclusão de demarcações de terras indígenas dentro de um período razoável.

Outras leis brasileiras também tratam do direito à terra do indígena, é o caso do Estatuto do Índio. Este visa regular a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, “com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”, conforme preconiza seu artigo 1º. É, portanto, do âmbito infraconstitucional, a legislação que se propõe a tutelar os direitos e interesses indígenas.

A princípio, percebe-se clara influência da política integracionista das comunidades indígenas, haja vista que o modo próprio de organização, crença e costumes das comunidades tradicionais não constituía parte integrante da identidade nacional do país, razão pela qual deviam os integrantes destas populações se adequarem a um modelo de sociedade imposto, renegando suas identidades em nome de sua inserção à nação brasileira (SOUZA E BARBOSA, 2011).

Antes de ser tratada a questão fundiária relativa aos indígenas no Estatuto, faz mister traçar breve referência à Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Este órgão foi instituído pela Lei n. 5.371, de dezembro de 1967, com a competência de estabelecer diretrizes, garantir o cumprimento da política indigenista e gerir o patrimônio indígena. Surgiu

no período marcado pela política integracionista, segundo a qual teria a incumbência de representar a vontade dos índios, então tutelados, posto que o Código Civil de 1916, no seu artigo 6º, inciso III, qualificava os índios como incapazes relativamente a certos atos.

A lei em comento atribuiu à FUNAI, no seu artigo 12, a prerrogativa de elaborar e propor ao Poder Executivo Anteprojeto de Lei, a ser encaminhado ao Congresso, sobre o Estatuto Legal do Índio Brasileiro. No que se refere à terra, a única alusão feita nessa lei se encontra no artigo 1º, inciso I, alínea b, qual seja, estabelecer como competência da supracitada instituição a de garantir a posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes aos indígenas.

Hodiernamente, o Regimento Interno oficial da FUNAI se encontra regulamentado pela Portaria 542 de 1993, do Ministério da Justiça, demonstrando um esforço para adequar a FUNAI ao novo tratamento dado ao indígena pela Constituição Federal. Entretanto, o que se observa a partir de 1990 é a redução da competência da FUNAI, restando a este órgão indigenista oficial tutelar a questão da terra para os povos indígenas.

Como disposto acima, o capítulo III, do Estatuto do Índio disciplina as questões referentes às terras dos índios. Consoante artigo 17 do Estatuto, são consideradas terras indígenas, as ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, as áreas reservadas e as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas. No artigo 18, o legislador veda o arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.

Por outro lado, no artigo 22, o legislador garante aos índios a posse permanente das terras que habitam o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes. Assegura ainda que o reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente independe de sua demarcação, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, tendo em vista o disposto no artigo 25.

O artigo 19, por sua vez, determina que as terras indígenas serão administrativamente demarcadas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo. Em janeiro de 1996, foi editado o decreto n.1.775 com o intuito de dispor acerca do aludido procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas.

Consoante o disposto nessa legislação, as terras indígenas, por iniciativa e sob orientação da FUNAI serão administrativamente demarcadas, seguindo o processo descrito no decreto, sendo fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, correspondente ao estudo antropológico de identificação.

A demarcação deve ser aprovada por Portaria do Ministro da Justiça, que será homologada pelo Presidente da República e, posteriormente, registrada em livro próprio

do Serviço do Patrimônio da União e do registro imobiliário da comarca da situação das terras. Nesse contexto, há que se salientar que o Supremo Tribunal Federal tem entendido ser dispensada a manifestação do Conselho de Defesa Nacional durante o processo homologatório, mesmo que a terra indígena se situe em região de fronteira.

Quanto à defesa das terras indígenas, o Estatuto determina no artigo 34 que a FUNAI poderá solicitar a colaboração das Forças Armadas e Auxiliares e da Polícia Federal, para assegurar a proteção das terras ocupadas pelos índios e pelas comunidades indígenas, cabendo a ela ainda, a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas (artigo 35).

Por fim, no que tange à atuação da FUNAI, Belfort sustenta que, na qualidade de órgão da Administração Pública, aquela fica obrigada a respeitar e fazer cumprir uma legislação infraconstitucional superada – a Lei 6.001 de 1973, que prima pela tutela e persiste em defender, em simultâneo, a assimilação e a preservação dos índios, o que é extremamente contraditório. Assim, essa lei deve ser interpretada conforme à Constituição Federal, devendo ser substituída o mais rápido possível (BELFORT, 2006, p. 24). Nesse sentido, um projeto foi elaborado, mas ainda não foi votado. Trata-se do projeto em tramitação no Congresso Nacional n. 2.057/91, que prevê a criação de um Estatuto das Sociedades Indígenas, com o escopo de extinguir a tutela reducionista do Estatuto do Índio e garantir uma proteção totalizante e propulsora da cultura indígena.

De acordo com o artigo 2º do projeto em questão, as sociedades indígenas correspondem aos grupos socialmente organizados, compostos de uma ou mais comunidades, que se consideram distintos da sociedade envolvente e mantêm vínculos históricos com sociedades pré-colombianas. Além disso, no artigo 92, define índio como todo indivíduo que se identifica como pertencente a uma sociedade indígena e é por ela reconhecido como tal, ou seja, é a consciência de pertença étnica que o identifica como índio.

Para Barreto, pela disciplina proposta nesses artigos, é visível que os índios e suas comunidades são tratados a partir de uma perspectiva de diferença. É nesse sentido, portanto, que devem ser encaradas as relações interétnicas da comunhão nacional com os índios e as comunidades indígenas (BARRETO, 2003, p. 64) em conformidade com a Carta Magna e com a legislação internacional da qual o Brasil é parte.

2.2. Da Proteção do Direito à Terra nos Textos Internacionais

A partir de uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição brasileira, é possível afirmar que os textos internacionais de direitos humanos assinados e ratificados pelo Brasil, fazem parte do bloco constitucional e assim, devem ser respeitados tais quais os direitos fundamentais descritos na Carta Magna (PIOVESAN, 2009, p. 52).

A Organização Internacional do Trabalho publicou, em 1957, a Convenção n. 107 relativa à proteção e integração das populações aborígenes e outras populações tribais e semitribais nos países independentes. Como se denota do próprio nome, essa Convenção foi bastante criticada, já que visava à integração dos índios na sociedade nacional, desprezando o caráter específico desses grupos. Em razão disso, a Organização publicou, em 1989, a Convenção n. 169 sobre povos indígenas e tribais, que vem substituir a de 1957. O Brasil ratificou essa Convenção em 25 de Julho de 2002. Trata-se de instrumento com força obrigatória, em virtude do que todos os seus artigos devem ser respeitados pelos países signatários.

Um dos fundamentos da Convenção é a importância da terra e dos territórios para os povos indígenas. Com efeito, reafirma-se o caráter essencial da terra para esses grupos em seu artigo 13, por ter um valor sagrado ou espiritual, que transcende qualquer aspecto produtivo ou puramente econômico (OIT, 2009, p. 90). O principal objetivo da Convenção é, conseqüentemente, o respeito da identidade e das aspirações dos povos indígenas (DEROCHE, 2008, p. 224). Nesse sentido, o termo “terras” engloba o conceito de território, que representa todo o meio que os povos interessados necessitam para sua vida.

Ademais, o artigo 7, parágrafo primeiro da Convenção dispõe que: “Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento (...)”. Pode-se, assim, perceber uma complementaridade entre o direito à terra, os direitos culturais e a autonomia dos povos indígenas.

A OIT (2009, p. 94) afirma ainda que o direito à terra não depende de um reconhecimento do Estado, já que ele é fundado a partir da ocupação e utilização tradicional dessa terra, e não do registro de títulos de propriedade pelo Estado. O artigo 14.2 da aludida Convenção, prevê que “os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse”. Isso deve ser colocado em prática para que as terras dos povos indígenas sejam protegidas, para remediar as violações contínuas que esses grupos vêm sofrendo.

Faz-se necessário destacar ainda o artigo 15.1 que estabelece: “Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados(...)”. Isto é afirmado com o objetivo de garantir a autonomia dos povos indígenas (BELLIER, 2010, p. 129).

O Grupo de Trabalho sobre os povos indígenas das Nações Unidas constata o desrespeito dos direitos desses povos e a necessidade de um novo texto internacional. O referido grupo ficou assim encarregado, nos anos 80, de elaborar uma Declaração sobre os direitos dos povos indígenas. O projeto foi adotado pela Subcomissão de Direitos Humanos e

transmitido à Comissão de Direitos Humanos para que fosse discutido e avaliado até sua adoção. Depois de anos, a Assembleia Geral adotou a Declaração no dia 13 de Setembro de 2007, sendo o Brasil um dos países que a ratificaram. Trata-se de um texto que vem reafirmar os direitos já garantidos pela Convenção n. 169, reforçando o direito à terra desses grupos.

O artigo 8.1 preceitua que “Os povos e as pessoas indígenas têm o direito a não sofrer da assimilação forçosa ou a destruição de sua cultura”. Ademais, o artigo 8.2 anuncia que os Estados devem estabelecer mecanismos de prevenção e de ressarcimento eficazes contra todo ato que tenha por objetivo ou por efeito privar os indígenas de sua integridade quanto povos distintos ou de seus valores culturais ou identidade étnica. A existência particular desses grupos deve assim ser garantida e protegida. Para tal, a proteção da terra é essencial. Tal artigo se coaduna com o princípio de não-discriminação, enunciado pela Declaração, assim como com o de direito à vida. A existência particular desses grupos deve assim ser garantida e protegida. Para tal, a proteção da terra é essencial. O artigo 26 da Declaração estatui desse modo que:

1. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que tradicionalmente tem possuído, ocupado ou de outra forma ocupado ou adquirido.
2. Os povos indígenas têm direitos a possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional, ou outra forma de tradicional de ocupação ou utilização, assim como aqueles que tenham adquirido de outra forma.
3. Os Estados assegurarão o reconhecimento e proteção jurídica dessas terras, territórios e recursos. O referido reconhecimento respeitará devidamente os costumes, as tradições e os sistemas de usufruto da terra dos povos indígenas.

O referido artigo vem assim reforçar o que já observava a Convenção n. 169. Além disso, o direito à autodeterminação é fundamental para os indígenas, o que é garantido no artigo 3º. Tais grupos têm assim uma autonomia frente às decisões políticas referentes a eles. Nesse contexto, observa-se que o direito internacional assegura uma proteção integral dos direitos dos povos indígenas. Todavia, apesar desses textos, existe uma ausência de mecanismos jurisdicionais eficazes, o que fragiliza os direitos garantidos. Com efeito, os mecanismos criados até agora serviram, sobretudo como órgãos de recomendações, sem poder obrigatório frente aos Estados. Um desses mecanismos é o Comitê para a eliminação da discriminação racial instalado pela Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, com o objetivo de supervisionar a aplicação do texto pelos Estados partes.

O aludido Comitê enviou uma carta ao governo brasileiro em 2008 (CERD, 2008), pedindo ao Estado informações detalhadas sobre a situação da terra dos povos indígenas

“Raposa Serra do Sol”. O Comitê observou igualmente a necessidade de que medidas fossem tomadas para que todos os ocupantes ilegais das terras fossem retirados delas pacificamente, e que os indígenas fossem informados bem como autorizassem de modo livre a exploração dos recursos hídricos presentes. Apesar da impossibilidade de aplicar sanções aos Estados, é evidente que esse tipo de órgão contribui à promoção dos direitos dos povos indígenas, tendo uma autoridade moral que exerce certa pressão sob os Estados.

A Organização das Nações Unidas, por sua vez, estabeleceu instâncias específicas aos direitos dos povos indígenas, que colaboram também para proteção desses grupos. São três órgãos encarregados de observar a garantia dos direitos desses grupos nos Estados-partes. É o caso da Instância permanente para as questões indígenas, do Relator especial das Nações Unidas para questões indígenas e do Mecanismo de Expertos sobre os direitos dos povos indígenas.

No dia 28 de Julho de 2000, o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas fundou a Instância permanente para questões indígenas, que ficou incumbida de examinar as questões indígenas relacionadas ao Conselho em matéria de desenvolvimento econômico e social, cultural, do meio ambiente, de educação, de saúde e de direitos humanos. Em um relatório sobre os trabalhos da décima primeira sessão (UN, 2012), a Instância recomendou aos Estados de rejeitar toda doutrina que negue os direitos dos povos indígenas.

Ademais, a Comissão de Direitos Humanos da ONU, principal órgão encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no mundo, decidiu, em 2001, nomear um Relator especial sobre a situação dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas (CHR, 2001). O relator tem como prerrogativas visitar países para estudar a situação dos povos indígenas, apresentar relatórios sobre temas de especial importância para esses grupos e observar se o país estabeleceu medidas para colocar em prática as recomendações feitas por relatórios anteriores. Em 2009, o relator James Anaya publicou um relatório sobre a situação dos povos indígenas no Brasil (HRC, 2009), no qual constata que o governo brasileiro se engaja na proteção dos direitos desses grupos, ao ratificar a Convenção 169 e a Declaração de 2007. Em outrem, o país possui várias leis constitucionais e infraconstitucionais que protegem os direitos desses grupos. Apesar disso, ele observa que os direitos dos povos indígenas continuam a ser desrespeitados. Em um relatório de 2012 (HRC, 2012), invoca as recomendações dadas ao Brasil em uma Conferência organizada pelo governo brasileiro. Ele afirma a necessidade de que mais medidas sejam tomadas a fim de que os povos indígenas possam definir suas próprias prioridades de desenvolvimento.

Em 14 de dezembro de 2007, o Conselho de Direitos Humanos instalou o Mecanismo de Expertos sobre os direitos dos povos indígenas. Esse mecanismo tem uma

competência temática em matéria de direitos desses povos. Esse mecanismo tem uma competência temática em matéria de direitos desses povos, sendo composto por cinco membros que devem fazer relatórios anuais. Ele substitui, com efeito, o Grupo de Trabalho sobre as questões indígenas, trabalhando de modo cooperativo com o Relator especial e com a Instância Permanente. Até agora, poucas sessões foram realizadas, todavia, a participação de membros da população civil nelas confirma a importância desse órgão. Assim como as instâncias mencionadas anteriormente, não tem poder jurisdicional, limite que não existe na proteção regional dos direitos dos povos indígenas. Nesse diapasão, Hélène Tigroudja (2009: p. 384) afirma que “os conjuntos regionais, mais integrados e homogêneos, são os que mais tendem a assegurar eficazmente a proteção dos direitos humanos”.

Durante a nona Conferência Interamericana em Bogotá, em 1948, os países interamericanos institucionalizaram o pan-americanismo com a criação da Organização dos Estados Americanos (SANTOSCOY, 1995, p. 4). Um dos objetivos da carta instaurando tal organização era a proteção dos direitos fundamentais e da pessoa humana. Em virtude desse objetivo, é adotada a Declaração Interamericana de Direitos e Deveres do Homem. Paralelamente, a adoção da Convenção Europeia, em 1950, e dos Pactos, em 1966, encorajam a adoção da Convenção Interamericana relativa aos direitos humanos em 1969 (TIGROUDJA ET PANOUSSIS, 2003, p. 3).

A Declaração Interamericana prevê direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, afirmando, desde seu preâmbulo, que os direitos essenciais do homem tem como fundamento os atributos da pessoa humana. Ela reconhece o caráter universal dos direitos humanos e a necessidade de reforçar o direito internacional no que concerne à proteção desses direitos (ROGET, 2009, p. 345). Por ser o Brasil parte dos países signatários, é obrigado a respeitar os direitos assegurados por esse texto.

Inicialmente a Declaração não tinha força obrigatória, já que segundo o direito internacional somente os tratados o possuem. Todavia, com a prática da Comissão Interamericana, assim como da Corte, a Declaração passa a ter força obrigatória. Um costume é instaurado, conforme ao artigo 38b do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. O sistema Interamericano tem assim como fundamento dois instrumentos, a Declaração e a convenção, que possuem força obrigatória.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San Jose, foi adotada no dia 22 de Novembro de 1969 e entrou em vigor em 1978. O Brasil a ratificou em 9 de Julho de 1992 e aceitou a competência da Corte Interamericana instaurada por esse tratado. Com efeito, a Convenção consagra dois órgãos de supervisão do sistema, criando a Corte e confirmando a Comissão como meio de proteção. No preâmbulo da Convenção, afirma-se que o objetivo desta é reforçar no continente um regime de liberdades individuais e de justiça social fundada no respeito dos direitos fundamentais

do homem. Todavia, a Convenção não aborda a questão dos povos indígenas, é o projeto de Declaração que o faz.

A Declaração Interamericana relativa aos direitos dos povos indígenas ainda não foi adotada. Em 1997, um projeto foi criado, elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O parágrafo 4º do preâmbulo reconhece a relação especial que os povos indígenas possuem com a terra, os territórios e seus recursos. A falta de consenso da parte dos Estados no que concerne o conteúdo dos artigos impede a concretização desse projeto. Desse modo, apesar dos avanços dos textos de direitos humanos, para os povos indígenas, o real progresso se faz por via jurisdicional (RINALDI, 2009, p. 219).

De 1959 a 1979, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi o único órgão especializado na matéria de direitos humanos no seio da Organização dos Estados americanos. Em 1979, a Corte Interamericana é criada complementando a proteção desses direitos no continente, podendo, assim, os dois órgãos supervisionar e sancionar as violações desses direitos. Nos casos referentes aos direitos territoriais dos povos indígenas, esses órgãos vêm constituindo atores fundamentais, estabelecendo decisões cada vez mais favoráveis a esses grupos, obrigando os Estados a respeitar os textos adotados.

Uma das recomendações feitas ao Brasil concerne o caso dos Yanomami (CIDH, 1985), povos indígenas situados no norte do Brasil. A Comissão constatou a violação dos direitos desse grupo e recomendou ao governo brasileiro a adoção de medidas sanitárias para proteger a vida e a saúde dos indígenas, a delimitação das terras do Parque Yanomami e que a opinião desse grupo fosse levada em consideração no momento de estabelecer programas de educação e proteção médica. A preocupação da Comissão com os povos indígenas é, desse modo, corroborada.

Ademais, desde 1980, a Comissão pode estabelecer medidas provisórias, conforme o artigo 63 da Convenção. Com base nisso, a Comissão requereu ao governo brasileiro em uma decisão de 01 de Abril de 2011 (MC 382/10) a suspensão imediata da construção da barragem de Belo Monte e que um processo de consulta aos indígenas fosse iniciado.

A Corte Interamericana foi criada pela Convenção Interamericana, tendo como objetivo a aplicação e interpretação desse texto. Segundo os artigos 61 a 64 da Convenção, a Corte tem uma competência contenciosa frente aos Estados-partes e uma competência consultiva frente a todos os Estados membros da OEA (RUNAVOT, 2009, p. 124). Até agora, essa segunda competência ainda não foi utilizada em termos de direitos dos povos indígenas. É assim interessante abordar a competência contenciosa.

No que se refere ao direito de propriedade dos povos indígenas, a contribuição da Corte é muito importante e presente em cinco decisões. Com efeito, como afirma Karine Rinaldi (2009, p. 219) “a Corte consegue tornar a Convenção Interamericana enfim efetiva para as populações indígenas e tribais, interpretando-a conforme aos modos de vida

dessas sociedades tradicionais”. A Corte protege, assim, o direito dos povos indígenas a seus territórios ancestrais e seus recursos naturais.

A primeira decisão sobre esse tema foi a Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, de 31 de agosto de 2001 (CourIADH, 2001). Com efeito, o Conselho Regional da Região Autônoma do Atlântico Norte havia aprovado a concessão do território que a comunidade reivindicava a uma empresa de exploração florestal. A Corte foi contra essa concessão e ressaltou na sua decisão que “o artigo 21 da Convenção protege o direito a propriedade num sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros de comunidades indígenas de possuírem a propriedade comunitária”.

Observou igualmente que “a relação com a terra é um elemento material e espiritual, do qual eles devem usufruir plenamente para preservar sua herança cultural e poderem transmitir as gerações futuras”, levando em consideração a cosmovisão dos indígenas, analisando estudos antropológicos e etnográficos que demonstram o caráter sagrado da terra para a comunidade. Em outra decisão, Comunidade indígena Yakye Axa v. Paraguay, de 17 de Junho de 2005, a Corte afirmou a importância dos textos internacionais na matéria (CourIADH, 2005).

Assim, à luz dos elementos vistos, há textos protegendo os direitos dos povos indígenas tanto internacionalmente quanto nacionalmente. Todavia, a eficácia desses textos continua insuficiente. Os Potiguaras são submetidos a esta lógica que impede a plena garantia do seu direito à terra.

3. Da Eficácia Relativa das Leis à Luz do Caso Potiguara

Os povos indígenas participam de modo limitado ao processo de elaboração de leis que se referem a eles. Apesar disso, eles estão hoje acobertados por textos que são, de modo geral, favoráveis aos seus direitos. Todavia, os índios encontram dificuldades para que essas leis sejam efetivadas. Os Potiguara estão incluídos nesta lógica. A partir dos anos 70, é possível perceber entre eles um processo de (re) articulação política que implica em uma retomada da identidade indígena, através do qual, manifestam-se publicamente por seus direitos. No começo dos anos 80, reivindicam a terra indígena -TI- Potiguara de Baía da Traição, em seguida, a TI de Jacaré de São Domingos e nos anos 90 a TI de Monte-Mor.

3.1. Das Tentativas de Demarcações Frustradas

Os Potiguara vêem suas terras ameaçadas durante séculos. Com a proclamação da República em 1889 os povos indígenas ficaram sem nenhum órgão estatal que se responsabilizasse por eles. Então, a partir das pressões e com a demanda por uma substituição da

mão-de-obra escrava (condição que se encerrou apenas em 1888) e a entrada de colonos europeus e para evitar os conflitos com a localização destes em terras que eram ocupadas pelos índios, criou-se em 1911 o SPILT (Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais, que posteriormente manteve-se apenas como SPI) e que passou a responder pela administração dos povos indígenas. Durante toda a sua existência, que se encerra melancolicamente, em 1967, acusado de práticas genocidas, o SPI adotando a política integracionista pouco fez com relação aos direitos territoriais dos seus tutelados.

Até os anos 70, a FUNAI não se preocupou em resolver a situação desse grupo (PALITOT, 2005, p. 58). Além da inércia do governo, empresários ocupavam as terras dos Potiguaras, expulsando-lhes da região. Foi o caso de uma grande empresa de tecidos, a Companhia Rio Tinto, e da agroindústria de cana-de-açúcar. Ademais, a cidade de Baía da Traição começou a atrair o turismo, aumentando a pressão sobre os Potiguaras.

Desse modo, a falta de ação da FUNAI para defender as terras dos Potiguaras contra as atividades da Companhia de tecidos Rio Tinto e das usinas de cana-de-açúcar, se prolongou com a invasão dos turistas. Frans Moonen enviou, em agosto de 1976, um relatório à FUNAI, demonstrando a precariedade na qual viviam os índios, sobretudo no que se refere à educação, à saúde e às suas terras. Em novembro do mesmo ano, a FUNAI afirmou que a demarcação da terra Potiguara era uma prioridade (AZEVEDO, 1986, p. 47). Todavia, para que isso se realizasse, anos de reivindicação pelos Potiguaras foram necessários.

A FUNAI tinha como função não somente a proteção dos indígenas como também a demarcação de suas terras. O Estatuto do Índio afirmava que as terras deveriam ser demarcadas pela FUNAI num prazo de cinco anos. Obviamente, isso não foi concretizado. Tal órgão é constituído por vários grupos, de interesses diversos, o que impediu ou dificultou as demarcações (AZEVEDO, 1986, p. 145). Assim, em virtude da inércia da FUNAI para defender as terras dos Potiguaras, o grupo decidiu autodemarcá-las. Para isso, requisitou a funcionários da Universidade Federal da Paraíba todo o material necessário. Todavia, a FUNAI impediu essa demarcação, argumentando que a Universidade não tinha legitimidade para fazê-lo, apelando à intervenção do delegado de polícia. A autodemarcação foi assim impedida, mas a pressão dos Potiguaras sobre a FUNAI continuou.

Em junho de 1979, a FUNAI estabeleceu um acordo com a Universidade Federal da Paraíba, com o objetivo de demarcar as terras dos Potiguaras. Muito tempo foi necessário para que o acordo fosse assinado, em razão do poder dos grandes proprietários, que não aceitavam que a demarcação fosse realizada. Com esse acordo, a FUNAI funcionou como mediador entre os Potiguaras e a Universidade. Tal texto definiu a função de cada um dos atores, tendo a Universidade atuação bastante limitada. Assim, deveria demarcar a região conforme o que determinava a FUNAI.

Therezinha B. Baumann sustenta que os proprietários não aceitavam este acordo, sobretudo em razão da participação da Universidade e da Igreja ao lado dos Potiguaras. Ana Lucia L. Azevedo (AZEVEDO, 1986, p. 145) cita uma carta de 27 de dezembro de 1978, na qual antes mesmo desse acordo, o proprietário João Antonio Afonso Neto, pede a Polícia Federal que tome medidas contra o Bispo José Maria Pires, haja vista que ele era um elemento subversivo, comunista e incitador dos indígenas.

O procedimento de demarcação começou assim segundo os limites já definidos pela FUNAI, o que foi contestado pelos Potiguaras. Em 14 de novembro de 1979, o professor responsável enviou uma carta ao chefe do Departamento de Construção Civil da Universidade anunciando que sairia do projeto. Em 26 de novembro do mesmo ano, os Potiguaras enviaram uma correspondência a FUNAI pedindo que medidas fossem tomadas para que o projeto continuasse e afirmando que o que a Universidade havia elaborado não levava em conta os limites originais da terra. Ana Lucia L. Azevedo ressalta que os órgãos oficiais afirmavam à época que o procedimento era constantemente suspenso em razão dos indígenas, que criticavam os funcionários da FUNAI, os professores da Universidade e os juízes. Ora, os Potiguaras não poderiam deixar o procedimento continuar se seus direitos não eram respeitados. A demarcação mais uma vez não chegou ao fim.

Em um relatório de 1980, a antropóloga Themis Quezado de Magalhães descreve a situação dos Potiguaras, demonstrando que os conflitos entre eles e outros habitantes da região aumentavam a cada dia (BAUMANN, 1983, p. 133). Tal situação é confirmada por um acontecimento no fim dos anos 1980, quando os Potiguaras destruíram a casa de um invasor e queimaram uma plantação de cana-de-açúcar. Após esse fato, latifundiários do ramo da cana-de-açúcar pressionaram o governo e a FUNAI para que medidas fossem tomadas. É somente com essa pressão que tais órgãos começaram a refletir sobre a questão, o que demonstrou a força desses grupos econômicos (MOONEN, 2008, p. 24).

Desse modo, com o aumento das lutas e conflitos entre Potiguara e outros habitantes, o chefe da Delegacia de Polícia Francisco Eudes de Araujo Lima propôs, em 1980, que “a FUNAI elabore e instale um projeto agrícola compatível com o nível da comunidade Potiguara, para minimizar a influencia da Igreja que os incita a se manifestar por suas terras, dando melhores condições de vida ao grupo” (AZEVEDO, 1986, p. 159). Em 1981, é, assim, criado pelo governo do Estado da Paraíba em colaboração com a FUNAI o Projeto Integrado Potiguara, considerado pela Igreja como um meio para que os Potiguaras parassem de lutar por suas terras.

Segundo Ana Lucia L. Azevedo, o projeto beneficiava quinze aldeias, mas somente catorze aceitaram as melhoras propostas. Os Potiguaras da aldeia São Francisco não permitiram que os tratores comessem os trabalhos, porque tinham receios quanto aos benefícios do projeto. Tal projeto criou no seio dos Potiguaras conflitos entre os chefes

das aldeias. De um lado, João Batista Faustino, chefe da aldeia São Francisco, e de outro, Daniel Santana dos Santos, que tinha a seu lado os chefes das aldeias que haviam aceitado o projeto. Este último organizou uma manifestação em João Pessoa, com 200 Potiguaras contra a presença da Igreja Católica na região. Os Potiguaras de São Francisco acusaram Daniel de defender os interesses da administração. Na verdade, o projeto anunciava uma revolução em todos os domínios da vida dos Potiguaras, mas seu investimento foi irrisório, ratificando a descrença dos Potiguaras de São Francisco. Ele serviu somente para distrair os Potiguaras da luta por suas terras.

Consequentemente, os Potiguaras decidiram outra vez autodemarcar o território. São, sobretudo, os Potiguaras de São Francisco que tomaram tal iniciativa entre outubro de 1981 e setembro de 1982. O novo chefe Severino restabeleceu laços com outros Potiguaras, aumentando o número de pessoas mobilizadas para a demarcação.

Os Potiguaras demarcaram assim a região de 34 300 hectares, limpando os limites das terras e estabelecendo marcas para identificá-los. Todavia, mais uma vez, a demarcação não garantiu nenhum direito aos Potiguaras. Com efeito, para que fosse efetiva, necessitava de homologação por parte da FUNAI, o que não aconteceu. A mobilização do grupo teve assim que continuar, haja vista que a estratégia do governo e da justiça brasileira era sempre no sentido de protelar o processo de demarcação (MOONEN, 2008, p. 25).

Com efeito, desde dezembro de 1979, tendo em conta os conflitos entre Potiguaras, FUNAI e UFPB, o promotor de justiça Romildo de Carvalho requereu aos órgãos responsáveis documentos sobre a história dos Potiguaras e de suas terras para investigar a quem de fato elas pertenciam. Além do Projeto Integrado Potiguaras, que visou desmobilizar o grupo, outra estratégia da justiça era a de requerer cada vez mais documentos para protelar a decisão (AZEVEDO, 1986, p. 180).

Durante os dois anos seguintes, relatórios foram produzidos, sendo o último deles o de Therezinha B. Baumann que confirmou a propriedade das terras dos Potiguaras. Esse relatório demonstrou a presença desse grupo na mesma região desde o século XVI, corroborando o caráter imemorial da propriedade. Tal relatório foi apresentado a FUNAI, mas foi recusado. Felizmente, tal decisão não é acatada pelo procurador da FUNAI, que afirmou que discutir a origem dos Potiguaras era inaceitável (MOONEN, 2008, p. 25). O referido procurador propôs a criação de um Grupo de Trabalho para que uma solução para questão das terras dos Potiguaras fosse encontrada. Em 1982, as terras ainda não haviam sido demarcadas e os Potiguaras ainda esperariam alguns anos para que o fossem.

3.2. *Demarcação das Terras Potiguaras*

O presidente João Figueiredo publicou no dia 23 de fevereiro de 1983, o decreto n. 88.118, que estabeleceu as regras do procedimento administrativo de demarcação das

terras indígenas. Desse modo, a problemática das terras se tornou uma questão de segurança nacional (AZEVEDO, 1986, p. 195). O aludido decreto modificou o procedimento anterior, ao estabelecer em seu artigo 2º, parágrafo 3º, que: “A proposta da FUNAI será examinada por um Grupo de Trabalho, composto de representantes do Ministério do Interior, Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários, Fundação Nacional do Índio e de outros órgãos federais ou estaduais julgados convenientes, que emitirá parecer conclusivo encaminhando o assunto a decisão final dos Ministros de Estado do Interior e Extraordinário para Assuntos Fundiários”.

Assim, a FUNAI perde o monopólio das decisões sobre as demarcações das terras indígenas, que passa a ser responsabilidade do grupo de trabalho interministerial. A terra dos Potiguaras será desse modo, a primeira a ser avaliada por esse grupo.

Desde dezembro de 1981, a FUNAI requer ao Departamento Geral do Patrimônio indígena uma proposição de demarcação das terras dos Potiguaras. Em razão disso, um relatório foi elaborado, no qual consta que a terra dos Potiguaras constitui 34 320 hectares, em um perímetro de 74 quilômetros. Esse relatório respeitou os limites estabelecidos pelo engenheiro Antônio da Justa, em 1865. Segundo Frans Moonen, trata-se de um relatório que já existia no Sistema de Proteção do Índio em 1957 e em 1963. Ademais, ele já havia sido publicado no Jornal Oficial da Paraíba, em 05 de maio de 1976, e transcrito pela Universidade Federal da Paraíba, em 1979. A demarcação, segundo esse relatório, não foi realizada em virtude do novo decreto.

O grupo de trabalho interministerial se reuniu pela primeira vez para tratar da questão da terra dos Potiguaras. Ana Lucia L. Azevedo (1986, p. 26) afirma que durante essa primeira reunião, o presidente da FUNAI, Paulo Leal destacou que não importava qual decisão fosse tomada, pois seria considerada ruim para uma ou para outra parte. Afirmou ainda que a proposta que seria aprovada pelos Potiguaras seria a de 34 320 hectares. Todavia, o representante do Ministério extraordinário para questões de terra discordou, o que levou a elaboração de novas propostas.

Ana Lucia L. Azevedo explica, que no final da segunda reunião, Paulo Leal afirmou que três propostas deveriam ser levadas em consideração, a primeira, de 34 320 hectares, a segunda, de 30 900 hectares e a terceira de 27700 hectares (AZEVEDO, 1986, p. 208). Para Paulo Leal, a proposta de 30 900 hectares correspondia às manifestações dos Potiguaras, mas os outros representantes se mostravam contrários a ela. Em virtude disso, o representante do Ministério extraordinário das questões agrárias requisitou a elaboração de outro relatório pela FUNAI.

Em 26 de maio de 1983, um decreto foi publicado determinando a formação do grupo de trabalho requerido pelo ministro, o que ocasionou uma procrastinação maior da demarcação. Na decisão final, tal grupo afirmou que a demarcação de 30 900 hectares

teria um custo alto e deveria ser objeto de reanálise. Desse modo, na decisão n. 002/83 enviada ao Ministério do Interior, reafirmou-se o consenso histórico da ocupação da região pelos Potiguaras. Além disso, ressaltou-se que a região viável para demarcação correspondia à proposta de 20 800 hectares (MOONEN, 2008, p. 25).

Nesse diapasão, o decreto nº 89 256, de 28 de dezembro 1983, demarcou as terras dos Potiguaras com uma superfície de 20 820 hectares. Um mês depois, as terras foram delimitadas pelo exército brasileiro. As terras dos industriais são, assim, poupadas, e foram excluídas terras onde viviam seis aldeias Potiguaras. Em razão desse fato, os Potiguaras acionaram o Poder Judiciário para contestar essa demarcação - trata-se do processo n. 20 451-6. Todavia, o pedido apresentado não logrou êxito.

Os Potiguaras vêem assim que, apesar da luta por uma demarcação eficaz, na lógica atual são os interesses políticos e econômicos que prevalecem (STIGLITZ, SEN et FITOUSSI, 2009).

Nos anos 80, durante os procedimentos de demarcação, o técnico agrícola da empresa Rio Vermelho, Elionai da Silva Freitas foi morto pelos Potiguaras. Por outro lado, quatro Potiguaras foram assassinados por um funcionário da usina de cana-de-açúcar. Tais fatos demonstram a necessidade de uma solução mais eficaz para a questão das terras desse grupo.

A partir de 1984, diante da explosão de algumas aldeias da demarcação, a FUNAI determinou que seus funcionários elaborassem relatórios sobre a situação de tais aldeias, protelando, mais uma vez, os procedimentos. Desse modo, frustrados com a demarcação, os Potiguaras continuaram a se mobilizar. Um grupo foi a Brasília, em maio de 1986, para reivindicar diretamente junto ao governo federal a demarcação de suas terras (PALITOT, 2005, 114).

Em 1988, finalmente um relatório é apresentado pela antropóloga Vânia Fialho, afirmando o direito dos Potiguaras de Jacaré de São Domingos a uma região de 4 500 hectares. Os limites foram, então, revistos e foi somente, em 1993, que essa região foi homologada com 5023 hectares. Uma vez mais, outras aldeias foram excluídas, obrigando os Potiguaras a continuarem suas reivindicações.

Apesar da demarcação, os Potiguaras de Jacaré de São Domingos continuam a ver suas terras em perigo. De fato, com a homologação da região, os usineiros acionaram o Poder Judiciário, alegando irregularidades no procedimento. Com efeito, o decreto do Ministro da Justiça, anterior ao da FUNAI, definia a região com uma diferença de 314 hectares. Todavia, é evidente que os advogados trabalhavam com o intuito de encontrar incongruências na decisão, já que os órgãos tinham conhecimento de que a região delimitada tinha uma área aproximada, e à FUNAI caberia corrigir e estabelecer as medidas exatas da demarcação.

O processo n. 21 896 foi instaurado em 4 de outubro de 1993, confirmando os interesses contrários das grandes companhias aos dos Potiguaras. Uma vez mais, estes se viram diante de dificuldades para ver suas terras garantidas. Mesmo a Constituição Federal prevendo em seu artigo 5º, LXXVIII, o direito à um tempo razoável do processo, os ministros começaram a discutir a questão e, em 2005, ainda não havia solução. A despeito disso, os Potiguaras continuaram a se mobilizar. Finalmente, em 4 de junho de 2007, o procedimento foi finalizado, e a maioria dos ministros votaram de modo favorável aos indígenas. Assim, a terra de Jacaré de São Domingos foi garantida pela Justiça brasileira, embora outras aldeias continuassem excluídas do processo. É o caso dos Potiguaras de Monte-Mor.

Em 1993, os Potiguaras de Monte-Mor pleitearam assim a FUNAI, com apoio do Ministério Público Federal, que suas terras fossem delimitadas e identificadas como terras indígena. A antropóloga Maria de Fátima Campelo Brito elaborou o estudo de identificação da terra de Monte-Mor, em 1995. De acordo com esse estudo, a terra dos Potiguaras de Monte-Mor correspondia à 5 300 hectares. Tal proposta foi enviada a FUNAI, todavia, foi contestada pelos representantes da Companhia Rio Tinto e das usinas de cana-de-açúcar. A FUNAI não aceitou tais contestações e o processo foi, então, remetido ao Ministério da Justiça.

Sustenta-se que quando o progresso econômico toca o aspecto social, faz-se mister que as autoridades ajam para proteger os interesses de todos os envolvidos. Todavia, não foi o que aconteceu. O ministro da Justiça Renan Calheiros discordou da FUNAI e aceitou as contestações apresentadas, em 14 de Julho de 1999. Trata-se do Ato ministerial n. 53, que impôs novos limites pra terra de Monte-Mor, excluindo as terras utilizadas pelas empresas. Em agosto de 1999, os Potiguaras pediram o auxílio do Ministério Público Federal, que, por sua vez, apelou contra a decisão do Ministro Renan Calheiros no Superior Tribunal de Justiça. Durante o processo, as usinas de cana-de-açúcar acionaram também o Poder Judiciário para garantir a propriedade das terras onde elas estavam instaladas, o que aumentou os riscos para os Potiguaras.

Com todos os conflitos e manifestações, o antropólogo Sidney Peres é nomeado pelo presidente da FUNAI, para elaborar um relatório sobre os Potiguaras de Monte-Mor, que foi publicado em 2000. Ele estimou que as terras dos Potiguaras equivaliam à uma área de 5.800 hectares. Em 2001, um grupo de trabalho foi criado para estudar a situação das terras desse grupo. Em Fevereiro de 2002, Sidney Peres (PERES, 2004) reenviou o relatório com algumas informações retificadas, afirmando que os estudos de identificação coordenados por ele definiam a terra indígena de Potiguara de Monte-Mor com uma superfície de 7487 hectares, num perímetro de 62 quilômetros. Todavia, em 2002, a situação ainda não havia sido definida.

Desse modo, os Potiguaras foram a Brasília para reclamar das autoridades uma solução definitiva. Eles se reuniram com o Ministério Público Federal, o Ministério da Justiça, a FUNAI e alguns agentes políticos. É, finalmente em 2005, que o Superior Tribunal de Justiça decidiu o recurso do Ministério Público Federal. Trata-se do recurso especial n. 802 412/PB, decidindo pela ilegalidade do ato ministerial n. 50, sob o fundamento da atuação do Ministro fora dos limites traçados pela lei.

Igualmente, o Tribunal reforçou o fato de que os direitos dos povos indígenas não são derivados de decisões judiciais, mas preexistem ao Estado de direito. Após o voto do Tribunal, um decreto do Ministério da Justiça seria necessário para que a demarcação fosse permitida. Isso não aconteceu, razão pela qual os Potiguaras ocuparam a FUNAI de João Pessoa por dois dias. É, finalmente, em 13 de dezembro de 2007, que o Ministro da Justiça Tarso Genro assinou o decreto. Entretanto, tal decreto ainda deve ser homologado pela presidente brasileira. Somente assim os Potiguaras de Monte-Mor terão os 7 487 hectares de suas terras definitivamente garantidos pela Justiça brasileira.

4. Conclusões

Da época colonial aos dias atuais, os povos indígenas lutam por uma vida digna no Brasil e no mundo. Esses grupos nunca viram seus valores e culturas respeitados de forma efetiva. Os Potiguaras são exemplo disso. A história deles mostra que para sobreviver enquanto povo indígena é preciso resistir à força de vários atores, tais quais: os grandes proprietários de terra, os grandes empresários, a população civil e o Estado.

A resistência e as reivindicações dos povos indígenas nas últimas décadas obrigaram os Estados a modificarem suas visões. Houve, assim, a elaboração de leis protegendo os direitos desses povos. A Constituição Brasileira de 1988 anuncia o respeito aos direitos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, o princípio de igualdade e de não-discriminação e, sobretudo, o direito à terra. Nesse mesmo sentido, a comunidade internacional elaborou textos e mecanismos para proteger os povos indígenas.

Apesar disso, é possível verificar que os povos indígenas ainda não se beneficiam do gozo de todos esses direitos, mesmo com tantos textos internacionais, dos quais o Brasil é signatário, e nacionais com vistas a protegê-los. Ademais, tais direitos são ameaçados por propostas de mudanças na legislação. Com efeito, a proposta de emenda constitucional n. 215 que está em tramitação visa transferir do poder Executivo ao Congresso brasileiro o poder de demarcar as terras indígenas. Sabe-se que, se ela for aprovada, as demarcações não irão mais ocorrer no Brasil. Além disso, grandes e pequenos agricultores, como os da Federação de Agricultura e da Pecuária da Paraíba, continuam se mobilizando para contestar as terras indígenas já reconhecidas pelo Estado.

É, assim, primordial que os órgãos internacionais continuem com sua ação de proteção para que os Estados modifiquem sua política relacionada aos povos indígenas. Ademais, esses povos devem continuar se mobilizando e reivindicando para que seus direitos adquiridos sejam respeitados. A proteção dos direitos dos povos indígenas não pode ser letra morta e deve ser aplicada concretamente. Sem isso, a lei não tem sentido. O crescimento econômico do país não pode prevalecer sob os direitos dos povos indígenas. É contraditório até que um país com tal desenvolvimento econômico esteja tão longe da efetividade dos direitos humanos.

5. Referências

Obras gerais

- AZEVEDO, Ana Lucia L. *A terra como nossa*. Rio de Janeiro: Programa de pós-graduação em Antropologia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1986.
- BATISTA, Mércia Rejane Rangel; ARAÚJO, E. B.. Quilombos na Paraíba: notas sobre a emergência de uma comunidade quilombola. *Ariús: revista de ciências humanas e artes (UFCCG)*, v. 14, p. 61-75, 2008.
- BATISTA, Mércia Rejane Rangel. Grilo: das memórias de assujeitados ao direito quilombola. In: Alberto Banal; Maria Ester Pereira Fortes. (Org.). *Quilombos da Paraíba: a realidade de hoje e os desafios do futuro*. 1ed. João Pessoa: Imprell Gráfica e Editora, 2013, v. 1, p. 128-173.
- BAUMANN, Therezinha B. *Relatório de Demarcação do P.I Potiguará*. Brasília: Fundação nacional do índio, 1981.
- BARRETO, Helder Girão. *As disputas sobre direitos indígenas*. Brasília: CEJ. Vol. 7. Número 22, 2003.
- BELFORT, Lucia Fernanda Inácia. *A proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, em face da convenção sobre diversidade biológica*. Brasília: Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, 2006.
- BELLIER, Irène. *Les Peuples Autochtones et la crise mondiale*. En: *Multitudes*. Numéro 41, 2010.
- DANTAS Beatriz G. et all, «Os povos indígenas no nordeste brasileiro», in CUNHA Manuela da (dir.), *Historia dos Indios no Brasil*, Companhia das Letras, Sao Paulo, 1998
- DEROCHE, Frédéric. *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre*. Paris: L'Harmattan, 2008.
- DHOMMEAUX Jean, «Les communautés autochtones et tribales dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme», *Le particularisme interaméricain*, Paris, Editions A. Pedone, 2009.

- Human Rights Council. *Report of the Special Rapporteur on the rights of Indigenous Peoples, 2012. A/HRC/21/47 [en línea]. [Consulta: 10 de noviembre de 2014]. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-47-Add3_ES.pdf*
- YACOUB, Joseph. *La question des peuples autochtones : retour aux fondements culturels et identitaires*. En: Revue Etudes Interculturelles. Université Catholique de Lyon. 2/2009.
- LEITE, Jurandir Carvalho Ferrari. *Uma proposta para o monitoramento e análise das terras indígenas*. En: PETI – Museu Nacional. Atlas das terras indígenas do Nordeste. Rio de Janeiro. Museu Nacional, 1993.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARTINEZ COBO, José R. *Etude de la discrimination à l'encontre des populations autochtones, 1986. E/CN.4/Sub. 2/1986/7 et Add. 1 à 4*.
- MARTIN Romain, *L'apport du système interaméricain de protection des droits de l'Homme à la garantie internationale des droits territoriaux autochtones*, Lyon, Université Jean Moulin Lyon 3, 2011.
- MARQUES Amanda C. N., *Território de memória e territorialidades da vitoria dos Potiguara da Aldeia dos Tres Rios*, Dissertacao de mestrado, Universidade Federal da Paraíba, 2008.
- MOONEN, Frans. *Os índios Potiguara na Paraíba*. Recife, 2008.
- MURA, Fabio et SILVA Alexandra B. *Organização doméstica, tradição de conhecimento e jogos identitários : algumas reflexões sobre os povos ditos tradicionais*. En: Dossiê: Povos e Comunidades Tradicionais. Raízes. V.33. Número.1, 2011.
- NASCIMENTO, Germana A. R. do, *As comunidades remanescentes de quilombos e o direito aos títulos das terras por elas habitadas*, Universidade Federal de Campina Grande, 2011.
- NASCIMENTO, Germana A. R. do, *L'effectivité du droit à la terre des peuples autochtones: le cas des Potiguara du Brésil*, Dissertacao de Mestrado, Université Catholique de Lyon, 2013.
- OIT. *Guide sur la Convention n°169 de l'OIT, Les droits des peuples autochtones et tribaux dans la pratique*. Genève: Programme pour la promotion de la Convention n°169 (PRO 169) du Département des normes internationales du travail, 2009.
- ONU. *Report on the eleventh sessio, 2012. E/2012/43 E/C.19/2012/13 [en línea]. [Consulta: 10 de noviembre de 2013]. Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/Indigenous_women_UNPFII_session_11.pdf*

- ONU. *La situation des peuples autochtones dans le monde*. Genève: Département de l'information des Nations Unies, 2010. – DPI/2551/A – 09-64059.
- OLIVEIRA Joao Pacheco de, «O Nascimento do Brasil: Revisão de um paradigma historiográfico», *Anuário Antropológico*/2009 - 1, 2010.
- PALITOT, Estevao M. Os *Potiguara da Baía da Traição e Monte-Mor: historia, etnicidade et cultura*. Joao Pessoa: Programa de pós-graduação em sociologia, Universidade Federal da Paraíba, 2005.
- PAULA Leonardo Nascimento de, «Aspectos jurídicos da proteção dos territórios indígenas no Brasil», *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, número 2135, 2009.
- PEDROZA Manoela, «Terres en indivis, économie morale et réciprocités inégales au Brésil du xixe siècle», *Histoire & Sociétés Rurales* 1/2010 (Vol. 33).
- PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. *A defesa dos direitos socioambientais no judiciário*. São Paulo: Instituto Sócio-Ambiental, 2003.
- PIOVESAN, Flávia. *A desconstitucionalização dos direitos sociais na América Latina*. En: *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*. Curitiba. V. 16. Número 92, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RINALDI, Karine. *Le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme*. En: *Le particularisme interaméricain*. Paris: Editions A. Pedone, 2009.
- ROGET, Maristela Rodrigues. *Le système interaméricain et les principes démocratiques*. Paris: l'Harmattan, 2009.
- RUNAVOT, Marie-Clotilde. *La fonction consultative de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : splendeurs et misères de l'avis du juge interaméricain*. En: *Le particularisme interaméricain*. Paris: Editions A. Pedone, 2009.
- SANTA CRUZ, Hernan. *La discrimination raciale, étude spéciale sur la discrimination raciale dans les domaines politique, social et culturel*. New York: Nations Unies, 1971.
- SANTOSCOY, Bertha. *La Commission interaméricaine des droits de l'homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*. Paris: PUF, 1995.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SOUZA, Manoel Nascimento de e BARBOSA, Erivaldo Moreira. *Direitos indígenas fundamentais e sua tutela na ordem jurídica brasileira*. En: *Âmbito Jurídico*. Rio Grande: XIV. Número 85, 2011.

- SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros. STI-GLITZ, Joseph, SEN, Amartya et FITOUSSI, Jean Paul. 2009. *Richesse des Nations et bien-être des individus*. Paris: ODILE JACOB, 2007.
- TIGROUDJA, Hélène. *La légitimité du particularisme interaméricain des droits de l'homme en question*. En: Le particularisme interaméricain. Paris: Editions A. Pedone, 2009.
- TIGROUDJA, Hélène et PANOUSSIS, Ioannis K. *La Cour interaméricaine des droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 2003.
- VIEIRA Jose Glebson, *Amigos e competidores: política faccional e feitiçaria nos Potiguara da Paraíba*, São Paulo, Humanitas, 2012.

Legislação

- Convention n°107 de l'OIT relative à la protection et l'intégration des populations aborigènes et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants adoptée en 1957.
- Convention n°169 de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants du 27 juin 1989.
- Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965.
- Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, Paris, UNESCO, 2002.
- Charte de l'OEA du 30 avril 1948.
- Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme de 1948.
- Convention américaine relative aux droits de l'Homme du 22 novembre 1969.
- Projet de Déclaration interaméricaine des droits des peuples autochtones, Commission interaméricaine des droits de l'Homme, 1997.
- BRASIL. 1988. Constituição da República Federativa do Brasil [en línea]. [Consulta: 20 de octubre de 2014]. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm
- BRASIL. 1975. Decreto numero 76 593[en línea]. [Consulta: 28 de octubre de 2013]. Disponible en: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/3111024/pg-26-secao-1-diar-official-da-uniao-dou-de-20-02-1976>.
- BRASIL. 1910. Decreto numero 8 072 [en línea]. [Consulta: 25 de julio de 2014]. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/1910-1929/D8072.htm

- BRASIL. 1973. Estatuto do Índio [en línea]. [Consulta: 15 de junio de 2014]. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm
- BRASIL. 1916. Lei 3071 [en línea]. [Consulta: 10 de junio de 2014]. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm
- BRASIL. 1967. Lei 5371 [en línea]. [Consulta: 13 de noviembre de 2013]. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm

Jurisprudência

- BRASIL. 2011. RMS nº 26212/DF. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJ. [en línea]. [Consulta: 30 de octubre de 2014]. Disponible en: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22065383/embdecl-no-recurso-ord-em-mandado-de-seguranca-rms-26212-df-stf>
- BRASIL. 2010. MC 382/10. *Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará* [en línea]. [Consulta: 30 de julio de 2013]. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>
- CERD. 2008. *Letter from UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) to the Government of Brazil*. [en línea]. [Consulta: 30 de noviembre de 2013]. Disponible en: <http://www.forestpeoples.org/region/brazil/publication/2010/raposa-serra-dosol-letter-un-committee-elimination-racial-discrimina>
- CHR. 2001. E/CN.4/RES/2001/57 [en línea]. [Consulta: 14 de septiembre de 2014]. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=4840
- CourIADH, arrêt du 17 juin 2005, *Comunidad indigena Yakye Axa v. Paraguay*, Série C número 125, §95.
- CourIADH, arrêt du 31 août 2001, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vx. Nicaragua*, Série C número 79.
- CIDH. 1985. RESOLUCION Nº 12/85 CASO 7615 PUEBLO YANOMAMI [en línea]. [Consulta: 30 de julio de 2013]. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/JURISPRUDENCIA/CASOS CIDH/4.CASO.7615.BRASIL.doc>
- HCDH. 2001. Résolution du HCDH 2001/57 [en línea]. [Consulta: 30 de julio de 2014]. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=4840
- Human Rights Council. 2009. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. A/HRC/12/34/Add.2* [en línea]. [Consulta: 30 de noviembre de 2014]. Disponible en: http://observatoriopoliticasocial.org/sitioAnterior/index.php?option=com_zoo&task=category&category_id=12&Itemid=450

A IMPRESCINDÍVEL REFORMA *NO* E *DO* PODER JUDICIÁRIO COMO COROLÁRIOS DO ACESSO À JUSTIÇA

BENEDITO CEREZZO PEREIRA FILHO

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR e professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, *campus* de Ribeirão Preto – FDRP/USP.

DANIELA MARQUES DE MORAES

Doutora em Direito pela Universidade de Brasília – UnB e professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD/UnB.

Resumo

O acesso à justiça não se esgota na mera faculdade de se ajuizar e/ou de se contestar uma ação. Esta singela orientação, há muito, deixou de permear a teoria e a prática jurídica e jurisdicional. Para que a magnitude desse relevante instituto seja alcançada, é necessário analisar o direito e o poder judiciário, levando-se em consideração a questão histórica, as mudanças jurídico-valorativas e, por conseguinte, a própria noção sobre jurisdição. A compreensão dos acertos e equívocos do passado é indispensável a fim de que se possa entender o presente e se projetar o futuro. Esse compromisso com o hoje e o amanhã iluminará o real alcance do acesso à justiça. Por outro lado, trabalhar o novo, preso às verdades do passado, é negar ou, no mínimo, dificultar o entendimento do que se pretende como resposta às demandas sociais levadas à responsabilização de uma decisão judicial. É, portanto, essencial transcender épocas, sem cair na armadilha de discutir o novo com as teorias do passado. Não significa negá-las, mas, respeitar seu conteúdo, considerando a época em que foram elaboradas. A visão de acesso à justiça, então, deve estar adstrita às teorias do seu tempo, abstraída daquelas de outros idos. Nega-se acesso à justiça, por exemplo, ao não se permitir uma teoria que possa compreender a ‘ação’ como direito fundamental e merecedora da mais ampla proteção estatal pela efetiva tutela dos direitos. Neste ponto, a atuação do juiz é de extrema importância para que o direito processual civil cumpra sua função constitucional de entregar ao jurisdicionado uma tutela adequada, tempestiva e efetiva. Daí porque ser igualmente relevante a visão que se tem, ou que se deve ter do conceito de jurisdição.

Palavras-chave

Acesso à justiça; Poder judiciário; Jurisdição; Reforma.

Abstract

Access to justice does not limit itself to the sole faculty of adjudicating or contesting a given action. This rather simple notion has left juridical and jurisdictional theory and practice a while ago. In order for the magnitude of this institute be achieved, it is necessary to analyze Right and judicial power, taking into consideration the historical contingency, the juridical-evaluative changes and, therefore, the very notion of jurisdiction. The understanding of rights and wrongs of the past is obligatory to understanding the present and projecting oneself into the future. This connection between today and tomorrow shall illuminate the true reach of the access to justice. On the other hand, working the new, held tight against the walls of the past, is denying or, at least, blurring the understanding that is desired as answer to social demand taken to accountability in a judicial decision. It is, hence, essential to transcend times without falling in the trap of discussing once more the theories of the past. It does not mean denying them, but respecting their content, while considering the historical contingency to which they were submitted to. The notion of access to justice, then, should be attached to the theories of its own time, separated from those of long gone periods. It is denying access to justice when one does not allow a theory in which one can understand the 'action' as a fundamental right and deserving of the utmost protection by the State because it truly and effectively guards certain rights. In this point, the performance of the judge is of vital importance for the civil procedure to fulfill its constitutional function of delivering to the claimants an adequate, timely and effective judicial protection. That is why the vision and the concept of jurisdiction are equally relevant.

Key words

Access to justice; Judiciary power; Jurisdiction; Reform.

1. Introdução

Por um longo período, contentou-se com a idéia de que o papel do juiz, o exercício da jurisdição, portanto, seria limitado a simplesmente 'declarar a vontade da lei ao caso concreto'. A atividade jurisdicional estaria, então, predisposta a historiar o passado para dizer como ocorreu o fato.

A peculiaridade da jurisdição, entendida como 'o poder de dizer a lei ao caso concreto', emprestava-lhe certeza na sua tarefa de descobrir '*o que*' e '*como*' havia se passado o fato. Esta circunstância é crucial para a percepção, hoje, do que vem a ser acesso à justiça, tutela dos direitos e, por conseguinte, direito de ação.

Importa deixar claro que esta lógica do juiz, preocupado em reconstruir o passado, está retratada no Código de Processo Civil vigente, porém, apenas reflete os anseios de

uma época em que a função do Direito era somente “[...] garantir a livre circulação das idéias, das pessoas e, particularmente, dos bens.” (GOMEZ, 2001, p. 17)

Não sem outra razão, a primeira forma de Estado, após a revolução burguesa, foi baseada no “[...] princípio da limitação da intervenção estatal, na liberdade do indivíduo e na crença na superioridade da regulação espontânea da sociedade pela ‘mão invisível’ do mercado (Adam Smith).” (GOMEZ, 2001, p. 17)

Sendo este o modelo de Estado, não intervencionista, o direito, e, por conseguinte, o processo civil, reservaria ao juiz um papel de simples coadjuvante, um juiz sem poder, mero aplicador dos textos legislativos, sabiamente elaborados pelo poder competente e que, pela sua excelência, bastaria ser aplicado à situação pretérita para ordenar a sociedade. Estava, assim, ressaltado o êxito do princípio da subsunção.

Nesta abordagem, SANTOS (2007, pp. 11-12) afirmou:

Na maior parte do século XX, nos países latino-americanos, o judiciário não figurou como tema importante em matéria de reforma, cabendo ao juiz a figura inanimada de aplicador da letra da lei emprestada do modelo europeu. A construção do Estado latino-americano ocupou-se mais com o crescimento do executivo e da sua burocracia, procurando converter o judiciário em uma parte dos aparatos burocráticos do Estado – um órgão para o poder político controlar – de facto, uma instituição sem poderes para deter a expansão do Estado e seus mecanismos reguladores. Nos anos de 1950 e 1960, a política de substituição de importações e o Estado desenvolvimentista não viam os tribunais como parte das estratégias de superação do subdesenvolvimento. Na verdade, para as elites governantes, qualquer interferência na legislação deveria ser inibida para não prejudicar os novos modos de organização da produção. No pólo oposto, e por razões muito diferentes, a esquerda revolucionária tão pouco se ocupava do judiciário como mecanismo importante para a promoção da justiça social. Nos anos de 1970 e 1980, os regimes autoritários, por sua vez, não estavam interessados em fortalecer a instituição judicial ao ponto de ela poder interferir com as suas práticas repressivas.

2. Ideologia do Código-Buzaid: Código de Processo Civil de 1973

O Código de Processo Civil, então, ajustou-se a este modelo de juiz: neutro, imparcial, equidistante das partes para, após cognição ampla, plena e exauriente, dizer a lei ao caso concreto com certeza, reconstruindo o passado e declarando o valor indenizatório devido ao dano causado.

É possível asseverar que inexistia intervenção e, muito menos, interação do juiz (Estado) com as partes. Sua postura era exatamente oposta, de equidistância. Esta é a construção legislativa e teórica da ‘doutrina’ que influenciou o processo civil.

A própria estrutura do Código-Buzaid, alicerçado em três processos (conhecimento, execução e cautelar), fundados em dois procedimentos distintos (comum e especial), cuja classificação trinária da sentença em condenatória, declaratória e constitutiva, arduamente defendida pela doutrina, principalmente pela Escola Paulista de Processo, evidencia bem esse quadro.

2.1. *Criticar o Presente é uma Forma de Melhorar o Futuro*

É sempre importante (re)visitar a construção doutrinária que levou à edificação da legislação processual e à sua interpretação, para que seja demonstrável, ante as evidentes transformações do modelo de Estado e do próprio direito, como, hoje, devem ser pensados e aplicados o direito material e o processo.

Não obstante, não se pode negar o fato de que o juiz deste Código é aquele cujo trabalho é voltado, preponderantemente, ao passado. Daí a necessidade de se pensar e de se repensar o papel do Poder Judiciário.

A dinamicidade do direito e os valores que permeiam a vida na sociedade não coadunam com a insensibilidade e com a indiferença. “Se o processo ficar limitado à legislação processual ou, melhor dizendo, tiver a sua feição escravizada à lei, muitas vezes ele poderá ficar distante das necessidades dos direitos e da vida.” (MARINONI, 2004, p. 28)

Ao contrário do tempo em que a proteção jurídica visava ao patrimônio e, por assim dizer, preocupava-se com poucos, o direito atual passou a servir ao homem, enquanto sujeito de direito, dando relevo à sua dignidade, pois, não há bem de igual ou maior relevo. É, assim, irrefutável assegurar que “As transformações do papel do Estado obrigam, irremediavelmente, à adoção de um novo papel também do direito.” (GOMEZ, 2001, p. 19)

Um novo modelo de Estado e de direito, por lógica, exige, igualmente, outro modelo de juiz. Assim, o vetusto princípio da subsunção cede lugar ao da criação. A interpretação judicial é iluminada de requinte constitucional, notadamente, dos seus fundamentos e valores, consoante os artigos 1º e 3º da Constituição Federal.

O acesso à justiça passa a ser uma inteligência vocacionada à efetiva tutela dos direitos e não como uma mera faculdade de se ajuizar ação processual.

O direito fundamental à adequada tutela jurisdicional exige do juiz uma postura capaz de dar proteção condizente com os preceitos normativos previstos no direito material. Ainda que o processo se ressinta de técnica processual para tal mister, caberá ao juiz empregar esforços a fim de, em respeito ao direito fundamental de proteção, atender efetivamente ao que lhe é pleiteado.

Bem por isso,

O processo deve ser estruturado de acordo com as necessidades do direito material, além de ter que ser compreendido, pelo juiz, como instrumento capaz de dar proteção às situações carentes de tutela. Nesse sentido, o juiz não pode se conformar com uma interpretação que aponte para a incapacidade de o processo atender ao direito material, pois isso seria o mesmo que negar valor ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que espelha o dever de o Estado prestar a devida tutela jurisdicional. O legislador tem o dever, diante do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de instituir as técnicas processuais idôneas à tutela jurisdicional das diversas situações de direito material. Essas situações de direito material, ou as necessidades de tutela dos direitos, devem ser compreendidas pelo legislador, pois de outra forma o direito material certamente não encontrará resposta efetiva na jurisdição. Entretanto, esse direito fundamental não se limita a incidir, como é óbvio, em face do legislador, pois exige do Judiciário a prestação da adequada tutela jurisdicional. (MARI-NONI, 2004, p. 28)

Sendo essa a característica da tutela dos direitos e, como frisado, a busca pela proteção da norma, de tal forma que o ilícito não ocorra, ou, se ocorrido, que seja imediatamente removido, precisa-se, inexoravelmente, de um juiz atuante.

Não se pode pensar em tutela do direito sendo prestada por um juiz espectador, preocupado com a recomposição do passado. Ao contrário, pressupõe um magistrado que possa emitir ordens e fazê-las cumprir.

No entanto, àqueles, apreensivos com o ‘aumento’ do poder do juiz, cabe lembrar que não se trata, na verdade, de aumento. O que se busca é uma racionalização do seu poder ante a necessidade de prestar uma tutela de caráter constitucional.

Em outras palavras, o poder é inerente à atividade jurisdicional. O juiz exerce parte da soberania do Estado, exatamente porque é membro e não mero representante dele. Por isso, a expressão Estado/juiz. Sendo assim, é errôneo falar em aumento ou diminuição desse poder.

O que se tem, isto sim, são meios de controle, notadamente, pelas garantias constitucionais e processuais do direito de ação, contraditório, fundamentação das decisões etc. Entretanto, se, apesar disso, o juiz mantiver-se ‘neutro’, acaba por anular o uso do seu poder, necessário para sua atuação.

Se o judiciário é avocado, cada vez mais, a participar da vida dos cidadãos, por decisões que possam permitir, até mesmo, inclusão social, a racionalização do uso do poder exige procedimentos capazes de dar solução a essa necessidade.

Por tal ensejo, afirmou PEREIRA FILHO (2006, p. 24):

Manter, pois, o judiciário alienado (e isso se consegue basicamente pelo ensino jurídico e, por conseguinte, pela atuação dos juristas/bacharéis) é

situação condicionante para conservar o estado de conquistas burguesas. O juiz sem poder, portanto, é ideal e necessário para o sistema ‘legal’ orquestrado no século das luzes.

O juiz sem poder, portanto, é um mito. O papel reservado ao juiz deve ser pensado e exercido à luz dos direitos fundamentais, notadamente, do direito de ação e, para tanto, segundo CAMPILONGO (1994, p. 118):

A tarefa do julgador não é meramente técnica. Ao contrário, é social e politicamente determinada. Não se trata mais da antiga e decantada capacidade de os grupos econômicos minoritários verem seus interesses generosamente acolhidos em lei ou eficazmente defendidos na Justiça. Agora, setores antes desorganizados e pouco sensíveis à utilização do Direito enquanto ferramenta de conquista e ampliação da cidadania política – ou seja, a grande maioria da população brasileira – passam a encarar o Judiciário como um espaço relevante de luta política. Dito de outro modo: além de continuar resguardando valores tradicionalmente garantidos pela técnica jurídica, o Judiciário vive o dilema de adaptar seu repertório a situações inéditas. Essas situações, protagonizadas por grupos há pouco tempo alijados do acesso à Justiça e, muitas vezes, orientados por uma racionalidade dificilmente amoldável às rotinas judiciais, vêm, lenta mas progressivamente, desafiando a rigidez lógico-formal dos sistemas legais.

Nesta perspectiva, fica evidenciada a necessidade de se analisar o modo pelo qual a magistratura implementou e deve implementar sua incumbência judicante, ou seja, deve exercer a atividade jurisdicional.

3. Julgar é um Ato de Criação-Intelecção. Compreensão Crítica e Conformação da Lei

As normas são elaboradas sob a égide da generalidade e da abstração, sem abranger as particularidades de cada caso, o que seria impossível em vista de seu advertido caráter (abstrato e genérico). Logo, a simples análise legal de um caso concreto, sem as adaptações à realidade daquele fato jurídico específico, levaria ao cometimento de injustiças.

Com acerto, assevera LACERDA (1983, p. 9): “[...] o sistema não aparece pronto. Promulgado um código, ele passa a adquirir vida própria em contato com a realidade, a letra se choca com a vida.”

Para dirimir os choques entre a realidade e a letra da lei, foi atribuída ao Poder Judiciário a tarefa de buscar o melhor, nos moldes do que é justo, para o jurisdicionado, pela prestação da tutela jurisdicional.

A princípio, consoante o modelo liberal, caberia ao magistrado detectar qual lei, geral e abstrata, deveria incidir ao caso concreto em evidência e, de acordo com as circunstâncias, aplicá-la, exercendo o raciocínio da subsunção.

Por meio deste raciocínio, a lei é aplicada com base no silogismo, segundo o qual a premissa maior é a lei geral e abstrata, a premissa menor o caso concreto e a conclusão, a decisão ou o julgamento.

Deste modo, o juiz não teria muito trabalho, a não ser o de presumir que as leis são sempre justas e, a partir de então, localizá-la no arcabouço jurídico para a devida aplicação. Seria como montar um quebra-cabeças. Assim que encontrada a peça certa, bastaria encaixá-la junto às demais já postas.

A respeito do tema, CAMPILONGO (1994, pp. 123-124) afirmou:

O sistema de valores inerentes à função judiciária no Estado liberal é marcado pela ideologia da fidelidade à lei. A rígida delimitação da competência do sistema judicial – marcadamente distinta da competência administrativa e legislativa – reforça a imagem doutrinária do juiz técnico, esterilizado politicamente e que faz da adjudicação um silogismo capaz de garantir, dogmaticamente, a certeza do direito.

Assim, a legalidade estaria sobreposta à justiça, o que claramente era percebido. Com isso, pelo raciocínio da subsunção, pouca, ou mesmo, nenhuma atenção é dada ao jurisdicionado, aquele que sofre as angústias por ver seus interesses sendo decididos por um Poder que deveria provar ser legítimo ante a participação direta com as partes no processo, na busca de sentenças justas.

AGUIAR (1993, p. 21) se pronuncia e esclarece o proposto:

O imaginário ordenado, incriativo e dedutivo gera a sistemática negação do social, do econômico, do político (e isto é uma forma de jogo político), do existencial e de novos paradigmas. **É preciso que o sujeito de direitos continue a ser considerado uma abstração comprimida numa relação bipolar. A vida é um processo, mas não o histórico, e sim o judicial. Desse modo, o sujeito de direitos passa a ser ‘parte’, ‘autor e réu’, ‘impetrante e impetrado’, ‘indiciado’, ‘imputado’, ‘requerente e requerido’, mas nunca gente ou ser humano concreto** [sem grifo no original]. Seus condicionamentos não são considerados e se isso acontece é porque a lei prevê. Sua extração de classe também não conta, até porque a justiça não é para os oprimidos, que não tem vez nem voz nos procedimentos. A decisão judicial é uma mercadoria cujo preço não está a altura dos empobrecidos. Mais uma vez a concretude social e existencial dos sujeitos não é considerada, o que significa dizer que, para o direito burguês de estado periférico, não há espaço para a cidadania concreta. A lei abstrata trata ritualisticamente de sujeitos abstratos.

Ao juiz, portanto, não basta identificar a lei que se encaixa ao caso concreto e aplicá-la com a expectativa de dar a cada um o que é seu. Agindo assim, ele correria o risco de, segundo MANGABEIRA (1999, p. 21), citado por Roberto Lyra Filho, dar “[...] ao

pobre a pobreza, ao miserável a miséria, ao desgraçado a desgraça, que é isso o que é deles [...]”

Ademais, o magistrado, apesar de ser membro do Estado em sua função de prestar a tutela jurisdicional, é homem, pensa, sente e age de acordo com aquilo que para ele é aceitável enquanto ser humano, cidadão e componente de uma sociedade e por mais que esteja preso ao formalismo legal, não consegue fugir a esta realidade.

CAPPELLETTI (1981, p. 16-17), notadamente, explana:

[...] a própria palavra ‘sentença’ vem de ‘sentir’, tal como a palavra ‘sentimento’. Mas, ainda prescindindo da mais ou menos significativa etimologia, resta o inegável fato de que em muitas ocasiões a motivação verdadeira, real, efetiva de uma sentença não é completamente revelada na fundamentação da decisão do Juiz, mas sobretudo encontra-se nas ocultas inclinações – mais ou menos ocultas – do ânimo do julgador. O ‘sentimento’ do Juiz: a simpatia, a antipatia por uma parte ou por uma testemunha; o interesse, o desinteresse por uma questão ou argumentação jurídica; a inclinação para um tipo evolutivo, histórico, sociológico de exegese das leis, antes que para uma interpretação rigidamente formal; o interesse ou o enfado frente a um conjunto de eventos – e assim ia ele discorrendo. Sentimentos: afetos, tendências, ódios, rancores, convicções, fanatismos; todas as variações desta realidade misteriosa, maravilhosa, terrível que é o espírito humano, refletidas com ou sem véus nas frias expressões dos repertórios de jurisprudência: paixões desencadeadas, paixões contidas, predileções mal reveladas, nas estantes emboloradas dos cartórios dos tribunais.

Por um longo período, tentou-se conscientizar que o juiz era nada mais do que um “escravo da lei”, logo não deveria pensar. Se assim o fosse, não haveria necessidade da figura do magistrado em si, bastaria apenas desenvolver, por exemplo, um programa de computador com eficiência de reconhecer qual lei se encaixa ao caso elencado e substituir o julgador por uma máquina.

O juiz não pode ser comparado a um escravo ou, mesmo, a um computador, ou a um programa. Ele tem responsabilidades, sendo a mais relevante restabelecer, por meio de sua decisão, a paz jurídica aos conflitantes que buscam a guarida do Poder Judiciário.

Por esta razão, conforme afirmou MARINONI (2000, p. 38):

[...] a transformação do juiz em mero burocrata, ainda que fundada em motivos sérios relevantes para a época, acabou por retirar do sistema algo que lhe é inerente, ou seja, a possibilidade de dar a quem tem um direito o seu gozo efetivo, evitando que todos possam expropriar direitos desde que se disponham a pagar por eles.

CARVALHO (1997, p. 39), em sua obra *Magistratura e direito alternativo*, aponta: “A aplicação silogística da lei, como é ensinado nas faculdades, nada mais é do que uma forma de aprisionar o Juiz, tirar-lhe a força criadora. Serve às classes que elaboram as leis, pois fazem dele um mero e frio aplicador do direito positivo.”

Com as reformas do processo civil, percebeu-se a urgência na mudança de mentalidade, tanto do juiz, como também do legislador, dos advogados, do estudante de direito, do povo, enfim de todos.

O juiz não pode ficar adstrito ao texto legal; ele deve atentar-se às leis em razão do sistema positivista em que está inserido. Não se pretende aqui defender a idéia de exclusão das leis, isto nem seria possível.

O que se quer dizer é que,

[...] a Lei, longe das expectativas com que sonharam as filosofias européias dos séculos XVII e XVIII, não é mais – na verdade nunca foi – a garantia de nossas liberdades e nem o remédio contra as incertezas inerentes à condição humana. Nosso angustiado e violento século XX encarregou-se de desfazer essa doce ilusão. (SILVA, 2008, p. 139)

Por esta razão, de um lado, o magistrado deve buscar na lei um ponto de referência, contudo, de outro, tem de ser atuante e, ao acompanhar uma determinada demanda, desde a propositura da ação até o ato decisório, identificar quem são as partes, suas reais necessidades, seu nível cultural e intelectual e até mesmo sua condição financeira. Agindo assim, o Estado conseguirá auxiliar na superação de obstáculos que causam o inaccessível à justiça.

4. Função Criadora Inerente ao Juiz

O juiz, portanto, ao julgar, deve optar pelo raciocínio em que, diante de um caso concreto, exerce uma função criadora do direito, ou seja, diante do caso específico, observará a condição financeira, cultural e social das partes, atentando-se ao momento histórico e político em que estão inseridas para, então, completar as leis de caráter genérico e abstrato ao solucionar os conflitos.

Por meio do raciocínio de criação, cabe ao magistrado identificar a lei geral e abstrata a ser aplicada e, uma vez feito isso, analisar a situação cultural, política, social e histórica em que está inserido o fato da vida real para, de modo criativo, ou seja, de modo a atender às reais necessidades dos jurisdicionados, adaptar/complementar a lei ao caso concreto.

FIGUEIRA JUNIOR (2001, p. 136) ressalta:

[...] para que se alcance a *decisão justa (ius aequum)* o órgão julgador é chamado a aplicar o direito ao caso concreto, não mais através de simples

subsunção, mas por intermédio da descoberta de *valorações e decisões de vontade*. [...] E mais: há muito não se pensa que a lei (uníssona e racional) é um produto abstrato da razão pura dos legisladores, único baluarte capaz de levar o julgador à decisão justa. Assim como a formação da lei é reflexo multifacetado da obra humana fundada em interesses diversos e expressão do poder, nada obstante buscar em tese o ‘correto’ e o ‘justo’, não menos verdadeiro é o que se verifica no âmbito da aplicação do direito, razão pela qual não se pode, nos dias de hoje, imaginar os juízes e tribunais limitados a um esquema de mera execução da lei, despindo-se de qualquer conteúdo valorativo.

ABDALA (1995, p. 65), outrossim, afirma: “O julgador, mesmo que não saiba ou não deseje, quando decide baseado somente no direito positivo, apenas repete o sistema e infunde a megaestrutura estatal ao cidadão, podendo até ser o executor expresso ou tácito daqueles que dominam o conjunto da sociedade.”

Ao juiz é dado pensar, ter sentimento; a própria palavra sentença, como ressaltou o processualista italiano Mauro Cappelletti, tem por raiz o verbo sentir e, por esta razão, deve ele aperceber-se dos reais motivos que levaram os cidadãos à situação conflitante e, considerando a evolução social, política e cultural, entregar a tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, como esperado pelos jurisdicionados e de acordo com os preceitos do acesso à justiça.

É sabido que a herança juspositivista os desencoraja, principalmente porque, nos bancos das faculdades de direito, em que a mudança de mentalidade deveria ser enfatizada, com uma formação mais humanística, há uma excessiva preocupação em decorar as leis e os códigos.

O processualista SILVA (2004, p. 36-37) denotou, com exatidão, o que se afirmou:

O ensino do Direito, em nosso país, tenta normatizar os *atos* dando-lhes o sentido de uma *norma*, mesmo que o processo tenha como objeto a *lide*, que é um pedaço da história humana. Nossa metodologia universitária cuida dessa parcela da história como se estivesse a tratar de um problema geométrico, como preconizava Savigny. O estudante não tem acesso aos ‘atos’, apenas às regras.

Em muitas oportunidades, o estudo do Direito baseia-se em sistematizações de assuntos jurídicos, em apostilas sem autores conhecidos, com algumas poucas explicações acerca do conteúdo estudado.

Nestes moldes, os estudantes – alguns futuros magistrados – não são preparados para pensar, apenas para localizar os artigos que serão aplicados ao caso concreto, ficam presos àquele formalismo exacerbado, justificando que uma sociedade livre tem suas bases na legalidade, na formalidade, assim como MONTESQUIEU (1983, p. 8) afirmava no século XVIII: “As formalidades da justiça são necessárias à liberdade.”

Os estudantes, seguindo a linha de estudo acima apontada, prestam concursos públicos para ocupar as carreiras jurídicas, com grandes chances de aprovação, no entanto, isto não quer dizer que estarão aptos a julgar com a tranquilidade de entregar justiça aos cidadãos, cujos interesses foram submetidos à apreciação.

NALINI (2000, p. 22), sensível a esta conjuntura, afirmou:

O operador jurídico afeiçoado às posturas mais arcaicas, fruto daquela faculdade de Direito que não se renovou, não tem noção destas transformações e vive sob permanente estado de perplexidade ou apatia. Não passa de um burocrata, cuja atenção apenas por acaso resolve os conflitos, mas que não raro os intensifica. Isso ocorre quando, de preferência a julgar o cerne da demanda, esta é encerrada com julgamento de matéria preliminar, numa solução tipicamente epidérmica. O conflito continua a existir e o juiz mantém sua consciência em paz, pois se valeu do processo para não enfrentar a dificuldade de mergulhar no mérito.

Percebe-se a dificuldade generalizada de admitir-se e, também, de implementar-se um novo modelo de atividade jurisdicional. Pode-se afirmar que esta dificuldade está fortemente atrelada à transição do regime ditatorial ao democrático. A reabertura política e a consequente redemocratização não promoveram mudanças imediatas no modo de ser e de agir do Judiciário.

LOPES (2002, p. 72) descreve e exemplifica o explicitado:

Ao longo das últimas décadas o Judiciário foi um poder submetido a uma ditadura. Sendo que o regime militar impunha o não conhecimento de determinadas matérias ao Judiciário, este limitou-se a questões menores em termos políticos: os atos do Presidente militar, baseados no célebre AI-5 eram assunto vedado. Além disso, com a militarização das polícias estaduais, e da vida nacional em geral, foram criados os tribunais militares estaduais, que subtraíram dos tribunais civis o direito de julgar policiais militares. O Poder Judiciário foi obrigado a julgar matérias entre cidadãos e cidadãos de maneira geral. Vinda a abertura política e a redemocratização o Judiciário voltou a ter voz mais ativa. Creio, porém, que existe um equívoco na sua avaliação. O Judiciário não se tornou mais independente porque passaria a condenar o Estado a pagar indenizações a *A* ou a *B*. Isto já se fazia antes, sendo certo que grupos de empreiteiras e diversos grupos particulares sempre recorreram ao Judiciário e saíram contemplados com indenizações. O Judiciário, isto sim, devido a pressões dos movimentos sociais de base, movimentos populares e classes populares, passou a ter visibilidade em novas espécies de conflitos, isto sim. A questão da democracia no Judiciário está ainda por ser completada e devidamente analisada.

Apesar disto, para se garantir o compromisso constitucional do acesso à justiça e, por consequência, da jurisdição, a outorga do poder criativo ao magistrado há de ser

valorizada. Não se pode, contudo, com o raciocínio da criação, permitir que haja uma substituição do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário.

Assim como afirmou AVRITZER (2013, p. 219):

[...] o Congresso Nacional precisa reassumir suas prerrogativas no que diz respeito à organização da expressão da soberania popular. Para isso, é necessário organizar uma reforma política que restabeleça a credibilidade dos parlamentares e do sistema de representação em sua relação com os atores da sociedade civil. O Poder Legislativo não pode continuar deslegitimado da forma como se encontra no país, sob o risco de afetar o processo de equilíbrio entre os poderes. Ao mesmo tempo, independentemente da deslegitimação em curso do Poder Legislativo, o Poder Judiciário tampouco pode assumir o papel de legislador, como tem feito sistematicamente em um conjunto de decisões, como a recente legalização da união homoafetiva. Por mais que concordemos com a decisão do Supremo nessa questão, era fundamental que ela tivesse sua origem no Poder Legislativo. Assim, é possível afirmar que o Brasil avançou enormemente no que diz respeito ao aumento das prerrogativas do Poder Judiciário e que a tradição de revisão constitucional, o assim chamado ‘controle concentrado de constitucionalidade’, está definitivamente instituída no país. Todavia, ainda não alcançamos o equilíbrio desejável devido ao enfraquecimento das prerrogativas do Poder Legislativo no país.

É importante frisar que “[...] a prática de uma democracia verdadeiramente participativa não pode prescindir de um Poder Judiciário forte, responsável e politicamente legitimado.” (SILVA, 2004, p. 2), entretanto este poder não pode e não deve se sobrepor aos demais poderes, sob pena de comprometer a independência e o equilíbrio necessários entre eles.

Por esta razão e com a devida ressalva acima, é bastante necessário, assim como fez o processualista SILVA (2008, p. 148), destacar a o papel hermenêutico, de compreensão de texto, exercido pelo Poder Judiciário:

Entretanto, a transformação *paradigmática*, da qual não nos é possível escapar, sob pena de renunciar ao Direito, como instrumento superior de resolução de conflitos sociais, ao mesmo tempo em que permitirá resgatar a figura do juiz “responsável” – oposto ao juiz do sistema, que não comete injustiças, porquanto sua missão está limitada a declarar a injustiça da lei –, determinará que o pensamento jurídico renuncie ao *dogmatismo*, para recuperar a função hermenêutica na compreensão de textos, sob o pressuposto epistemológico de que o texto carrega várias soluções jurídicas possíveis, para, enfim, mostrando que texto e norma não são a mesma coisa, reentrinizar a *Retórica* como ciência da argumentação forense, que o pensamento linear dos juristas geômetras do século XVII pretendeu eliminar do direito processual.

E arrematou: “Isto significa, naturalmente, a reintrodução de juízos de valor na construção do raciocínio jurídico, admitindo que a atividade jurisdicional é formada por um ato de inteligência sim, no sentido de clarificação do texto legal, mas igualmente é constituída por um ato criador de direito, portanto, um ato também de vontade.” (SILVA, 1997, p. 213)

A Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, além de inaugurar uma nova ordem jurídica, alterou, sensivelmente, o protótipo até então existente, de tal sorte que o conceito de jurisdição foi radicalmente modificado.

Com efeito, os fundamentos da República Federativa do Brasil e os objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da Constituição Federal para construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, retiraram da lei o seu sentido absoluto. Sua importância passou a ser subordinada à obediência aos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

Todavia, as verdadeiras vantagens dessa vitória inicial haverão de refletir-se no novo conceito de jurisdição, agora imperativa e não mais meramente arbitral e privada como aquela que vinha sendo concebida e praticada sob o domínio secular do Processo de Conhecimento.

A jurisdição, iluminada pelo dever de se prestar uma tutela adequada, tempestiva e efetiva, como corolário ao direito fundamental de ação, passa a ser vista como um meio de se realizar os fins do Estado e, especialmente, de se alcançar o acesso à justiça.

As reformas pelas quais passou o Código de Processo Civil acentuaram a necessidade de estabelecer um novo conceito de jurisdição, diferente daquele inicial, segundo o qual era bastante que se ‘declarasse a lei ao caso concreto’.

PEREIRA FILHO (2006, p. 30), quanto à questão, arazoou:

A exigência de novos direitos e, principalmente com a nova ordem constitucional, o conceito de jurisdição sofreu mutações significantes. A tutela jurisdicional deixou de ser vista como mera possibilidade de se movimentar o judiciário com a ação de direito processual e, assim, buscou-se, inexoravelmente, a tutela dos direitos, com ênfase à ação de direito material. Os mitos empregados ao juiz (neutralidade/imparcialidade, certeza/segurança jurídica, cognição plenária/exauriente) são, paulatinamente, desmitificados em prol de uma racionalidade cultural capaz de aplicar ao direito uma função social e, como tal, mutável a cada caso concreto e de acordo com a exigência do bem comum dentro do que for proporcional e razoável. Aquela imparcialidade do juiz, confundida com neutralidade, deve ser afastada, pois, o juiz tem o dever de decidir e, ao agir assim, terá

de escolher uma ou outra parte. Em verdade, portanto, o juiz precisa ser parcial. Contudo, sua escolha deverá mirar o débil, o necessitado de proteção jurídica eficaz.

5. Um Novo Conceito de Jurisdição

A jurisdição, assim, passou a ser entendida como a atividade jurisdicional que importa em dizer o direito ao caso concreto – frise-se o direito e não simplesmente a lei –, contudo, de modo ampliado: o ato jurisdicional compreende dizer o direito ao caso concreto, considerando as especificidades da lide e das partes nela envolvidas, mediante um ato de poder de império para fazer com que a decisão judicial seja efetivamente concretizada e não apenas disponibilizada aos jurisdicionados.

Neste novo conceito, estão abrangidas as compreensões discricionárias, criativas, valorativas, intelectivas, ideológicas, interpretativas, hermenêuticas etc., todas inerentes ao ato de julgar.

Posto isto e seguindo o posicionamento de NEVES (1998, p. 10), “A jurisdição, afinal, não cumpre apenas e tão-só uma estrita aplicação da lei, deverá antes considerar-se que uma sua actividade juridicamente criadora é uma situação evolutiva que nas sociedades modernas terá de ver-se como irreversível.”

Satisfeitas as alterações no raciocínio decisório e no conceito de jurisdição, fez-se necessária a ampliação do olhar que deveria se voltar para a magistratura enquanto instituição, considerando-se que as dificuldades não estavam restritas aos elementos acima apontados.

A ineficácia judicial, sublinhada pela, então, predominância do raciocínio de subsunção e pelo insuficiente conceito de jurisdição, conduziu e desencadeou a denominada crise de legitimidade do Poder Judiciário.

Muito se discutiu, principalmente entre os processualistas, acerca do papel do juiz e do exercício da tutela jurisdicional com o propósito de se garantir o acesso à justiça. Bastantes mudanças foram implementadas, em termos processuais, no funcionamento do Judiciário.

Entretanto, o modelo liberal de exercício da judicatura não foi a única razão para a denominada crise do judiciário. O parâmetro de justiça também havia mudado, fazendo com que outras diversas causas, atreladas tanto a fatores internos (anacronismo das estruturas institucional e organizacional), quanto a fatores externos (legislação ultrapassada, despreparo dos advogados, comportamento da polícia/delegacia e dos cartórios, intervenção excessiva da promotoria, interesse das partes etc.), fossem apontadas.

Institucionalmente, iniciou-se uma reflexão a respeito da posição ocupada pelo Judiciário no âmbito dos três poderes. Estavam garantidas a autonomia e a independência

do Poder Judiciário frente aos demais poderes – Executivo e Legislativo? A Constituição de 1988 procurou assegurar, não só formalmente, mas, efetivamente, o princípio da tripartição dos poderes.

Estruturalmente, a Constituição Federal igualmente contribuiu para a melhoria do Judiciário. Foram redesenhados os tribunais já existentes, bem como foram extintos antigos e criados novos tribunais, tudo com o propósito de aprimorar a estrutura organizacional até então existente e de superar a falta de agilidade do Judiciário.

Contudo, conforme acentuou ZAFFARONI (1995, p. 25):

[...] as estruturas judiciárias ampliaram-se, mas não foram realizadas as transformações qualitativas necessárias para adaptá-las às novas formas de conflito que devem enfrentar. Como é natural, a função manifesta – pouco explícita – é superada pelas demandas, e a distância destas para com as funções latentes ou reais torna-se paradoxal. A tudo isso deve-se agregar que boa parte dos países latino-americanos têm sofrido prolongadas ditaduras. A interrupção constitucional impediu que as estruturas mostrassem suas falhas, porque não foram operativas durante longos anos. A ilusão de que as estruturas judiciárias são idôneas desbarata-se em muitos países, quando, depois de várias décadas, tornaram a operar constitucionalmente.

Esta debilidade, quanto às necessárias transformações qualitativas, somada ao insuficiente número de magistrados por habitantes, ao número excessivo de processos, resultou no descontentamento com a função judiciária, apontada como demasiadamente morosa.

Surgem, diante deste cenário, debates acerca das causas que geram a morosidade no julgamento das demandas, o distanciamento entre o Judiciário e os cidadãos, a falta de confiança na justiça, o custo e as dificuldades de acesso à justiça, a judicialização descomedida, entre outras.

Tais sistematizações levaram à apresentação da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 96/92, de autoria do então deputado federal Hélio Bicudo, que resultou, posteriormente, na conhecida Emenda Constitucional nº 45/2004, demarcada como a emenda de Reforma do Judiciário.

Nos 12 (doze) anos de tramitação da referida PEC, porém, as discussões e debates não se quedaram e, em 2003, por ação do jurista Márcio Thomaz Bastos, Ministro da Justiça à época, foi criada a Secretaria de Reforma do Judiciário, junto ao Ministério da Justiça. Sua função, ao lado do Poder Judiciário, era, outrossim, a de pensar e de promover iniciativas para reconhecer os problemas e apontar soluções às mazelas que cingiam o Judiciário, contribuindo para o fim de sua crise.

Como decorrência da aproximação dos Poderes Judiciário e Executivo, sem esquecer do Legislativo, que igualmente manifestou apoio à melhoria do Judiciário, em dezembro

de 2004, os chefes dos três Poderes assinaram o I Pacto Republicano – um pacto de Estado em favor de um judiciário mais rápido e republicano. O II Pacto Republicano foi assinado, nesta mesma perspectiva, em abril de 2009.

Sem receio de cometer qualquer equívoco, pode-se afirmar que a Emenda Constitucional nº 45 proporcionou uma densa reforma do sistema judiciário brasileiro. Composta de 10 artigos, a referida Emenda implementou alterações significativas que alcançaram a organização do sistema judicial, o número, a distribuição e a competência para o julgamento dos processos.

Trata-se de mecanismos que procuram garantir o acesso à justiça, mediante instrumentos de democratização e de controle do Poder Judiciário, além de buscarem conferir celeridade à prestação da tutela jurisdicional.

Dentre as importantes inovações do texto constitucional, pode-se citar, inicialmente, a inclusão do inciso LXXVIII, no artigo 5º, que prevê a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Com o intuito de resgatar a crença no Judiciário e tornar realidade a promessa de uma justiça pronta e célere, buscou-se garantir, por meio de princípio constitucional, que o processo, tanto administrativo quanto judicial, não se perpetue, que alcance seu desfecho em tempo aceitável. Eis um compromisso de alta complexidade, posto que nem sempre uma justiça célere representa uma justiça de boa qualidade e, por isso, a celeridade não pode ser considerada como um fim em si mesma.

SANTOS (2007, p. 24), sobre celeridade da justiça, enfatizou:

As reformas são orientadas, quase exclusivamente, pela ideia de rapidez. Isto é, pela necessidade de uma justiça célere. Sou, naturalmente, a favor de uma justiça rápida. A celeridade de resposta do sistema judicial à procura que lhe é dirigida é também uma componente essencial da sua qualidade. No Observatório Permanente da Justiça Portuguesa temos vários estudos onde analisamos a morosidade, as suas causas e as suas tipologias. Mas, é evidente que, do ponto de vista de uma revolução democrática de justiça, não basta a rapidez. É necessária, acima de tudo, uma justiça cidadã.

Em busca da referida justiça cidadã, outra grande novidade foi a criação do Conselho Nacional de Justiça. Nos termos do §4º do artigo 103-B da Constituição Federal, trata-se de um órgão de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como de controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

É, ainda, o encarregado de zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura (103-B, §4º, I), de zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal e apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por

membros ou órgãos do Poder Judiciário (103-B, §4º, II), com competência para receber e conhecer as reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário (103-B, §4º, III), de representar ao Ministério Público no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade (103-B, §4º, IV) e de rever os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais (103-B, §4º, V).

Ademais, o Conselho Nacional de Justiça possui condições de alcançar, resguardar e sistematizar dados da justiça brasileira, em toda sua extensão territorial, identificando as principais dificuldades e, igualmente, as melhores práticas para tentar eliminar o que for considerado ruim, manter o que for bom, além de aprimorar as atividades consideradas medianas, mas aproveitáveis.

Muito festejado, o CNJ – órgão de controle externo do Poder Judiciário – foi felicitado por prever em sua composição, além dos membros do próprio Judiciário, membros do Ministério Público, advogados e cidadãos.

Há, portanto, a previsão de cidadãos na composição da instituição incumbida de controlar o Judiciário. Não se pode realizar uma leitura ingênua do que se pretende com o vocábulo cidadão. Há critérios para a escolha deste cidadão – notável saber jurídico, reputação ilibada e indicação pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal –, critérios que acabam por excluir a possibilidade de qualquer um do povo ocupar as cadeiras do CNJ.

Sobre esta questão, alertou MARONA (2013, p. 545):

A inclusão de membros de fora da magistratura no CNJ, com poderes de controle administrativo, orçamentário-financeiro e disciplinar serviu para arrefecer os ânimos mais exaltados por um controle político sobre o Judiciário. Contudo, dado o modo como as indicações se realizam, na prática, os tribunais superiores – responsáveis por todas as indicações dos representantes de órgãos locais do Judiciário – concentraram ainda mais poder de controle. Ademais, os dois cidadãos de notório saber jurídico, representantes da sociedade civil, não são indicados pelos movimentos sociais, mas, ao contrário, são designados pela Câmara de Deputados e pelo Senado Federal.

Na mesma perspectiva e sob análogas incumbências, a Emenda Constitucional nº 45 também criou o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP (art. 130-A da Constituição Federal).

A reforma do Judiciário, com o fim de conferir prestígio às decisões do Supremo Tribunal Federal, instituiu a súmula vinculante (art. 103-A) e a repercussão geral (art. 102, §3º).

Com a súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal poderá fixar a interpretação de normas, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, vinculando todos os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública Direta e Indireta.

Por sua vez, no recurso extraordinário, consoante previsão constitucional do artigo 102, §3º: “[...] o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso [...].”

Deste modo, o Supremo Tribunal Federal tem condições de reservar para si a análise e o julgamento das causas de maior proeminência para a sociedade brasileira.

Além das alterações acima, a Emenda Constitucional nº 45 procurou unificar os critérios de ingresso na carreira da magistratura (art. 93, I), bem como fixou a denominada ‘quarentena’, que veda aos magistrados o exercício da advocacia nos juízos ou tribunais dos quais se afastaram, por aposentadoria ou exoneração, antes de decorrido o prazo de três anos do respectivo afastamento (art. 95, §ú, V).

A federalização dos crimes contra os direitos humanos foi, outrossim, considerada pela reforma do Judiciário. Nos casos de grave violação dos direitos humanos, a competência para a apuração e julgamento dos mencionados crimes poderá ser deslocada para a Justiça Federal (art. 109, §5º).

A Emenda Constitucional nº 45 também contemplou os interesses da Defensoria Pública. Instituição de extraordinária importância para o tema acesso à justiça, em vista da assistência judicial/extrajudicial integral e gratuita que presta à população que não reúne condições de arcar com as custas e com as despesas processuais, teve asseguradas a autonomia funcional e administrativa.

Outra alteração ocorreu perante a justiça do trabalho. Aumentou-se de 17 para 27 o número de Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, bem como foram ampliadas suas competências, incluindo-se no rol de causas para seu julgamento aquelas que recaiam, por exemplo, sobre indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho (arts. 111-A, 112, 114 e 115).

Contemporaneamente à Emenda Constitucional nº 45, os chefes dos três Poderes subscreveram um pacto de Estado, o I Pacto pelo Judiciário – Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano.

No ano de 2009, ainda sob os propósitos de proteção dos direitos humanos, de efetividade da prestação da tutela jurisdicional e de acesso universal à justiça, reafirmando-se os compromissos acima transcritos e ampliando-se os objetivos inaugurais, fora firmado o II Pacto Republicano – o Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo.

Em seu anexo, foram elencadas três matérias prioritárias, quais sejam: 1) Proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais; 2) Agilidade e efetividade da prestação jurisdicional; e Acesso universal à Justiça.

Os três instrumentos explicitados – a Emenda Constitucional nº 45 e os dois Pactos Republicanos já assinados – muito significaram, não só pelas alterações e interferências experimentadas, mas pelos diálogos travados em espaços diversificados que puderam contribuir para a qualidade do debate.

Entretanto, há que se reconhecer que a reforma do Judiciário foi limitada e isto precisa ser bem compreendido. A complexidade e a relevância dos temas abordados, assim como os diversos interesses envolvidos, não permitiram avançar mais.

Por esta razão, a reforma do Judiciário foi alvo de diversas críticas. Apontada como tímida e de superfície, foi severamente reprochada pelo processualista PASSOS (2012, p. 204) que afirmou: “Nada de diferente poderia acontecer com a Emenda da reforma do Poder Judiciário. Um faz de conta que favorece alguns setores do Judiciário e seus vizinhos e nada soma em favor do cidadão e da democracia brasileira.”

E acrescentou:

Os motivos ‘conhecidos’ e que foram apontados como determinantes da Emenda 45: Crise do Poder Judiciário. Crise de legitimação? Crise de organização? Crise de desempenho? Não. Crise centrada na ‘excessiva duração’ do processo. Reformou-se para obter uma prestação jurisdicional mais célere e mais efetiva: Celeridade, efetividade, deformalização. Uma reforma *dita* como sendo feita em favor do cidadão, do jurisdicionado. Ou um falso diagnóstico da crise ou o propósito de encobrimento ou despistamento da atenção dos jurisdicionados para os reais problemas do Poder Judiciário, que se identificam com os problemas de nosso país e de sua feição econômica, política e social. (PASSOS, 2012, PP. 204-205)

Considerações dessemelhantes também puderam ser colhidas. FAVRETO (2010, p. 19), em defesa à reforma do Judiciário, declarou:

Mesmo que os avanços conquistados, em especial nesses últimos cinco anos, ainda sejam insuficientes para a universalização e democratização do Poder Judiciário e outras instituições integrantes do sistema de Justiça, entendemos que essas reformas normativas e de gestão têm contribuído muito para a melhoria do acesso à Justiça, maior efetividade e pacificação dos conflitos, em especial pelo exemplo singular de pactuação e soma de esforços dos Poderes da República na busca da sua modernização e atuação em favor da sociedade brasileira.

Nenhum dos dois críticos deixa de ter razão. J. J. Calmon de Passos acerta ao afirmar que os reais problemas do Poder Judiciário não foram enfrentados. Por sua vez, Rogério Favreto, apesar de reconhecer a insuficiência das alterações, aponta, que as reformas, ainda de incipientes, contribuíram para a melhoria do acesso à justiça e dos efeitos dele decorrentes.

O fortalecimento do Poder Judiciário e os mecanismos para seu controle externo propiciam possibilidade de planejamento, de gestão, de transparência, de modernização e tudo isto representa um primeiro passo a caminho do acesso à justiça compreendido em sua forma mais ampla e dinâmica, com garantia de acompanhamento da demanda social por justiça.

Porém, ainda se está longe da democratização do Poder Judiciário. E isto envolve questão de outra ordem. Para aclarar, mais uma vez se pronuncia PASSOS (2012, pp. 136-137):

Dessa constatação, recolho o que tenho reiteradamente afirmado. Somos um país permissivo, mas não somos um país democrático. Há uma tolerância aparente das elites, alicerçada na consciência da fraqueza dos dominados; e há uma mansa aceitação dos dominados, por falta de consciência quanto aos caminhos de sua libertação. O grande drama do Brasil é que os senhores, donos de engenhos e beneficiários de sesmarias e hoje titulares de autonomias indevassáveis e privilégios intocáveis, só aceitam uma democracia formal, de faz de conta, em que o máximo admitido é um poder de controle intraestamentário, que se dá em termos de compadrio no seio das muitas capitânias hereditárias de nossas autonomias constitucionalizadas, sempre excluído o povo enquanto titular de soberania. Daí o espetáculo dilacerante de sermos democracia formal sem nenhuma democracia real. Muitos falaram nas promessas não cumpridas da democracia, por deficiência de sua teorização e institucionalização. No Brasil, será correto falar-se em promessas dolosamente não cumpridas, por se ter até hoje, conscientemente, prometido o que jamais se desejou cumprir. A maturidade e a consciência política só se alcançam com a práxis, na escola da atividade política concreta, no embate das lutas e resistências cotidianas, não por meio de compêndios, ordens do dia e plataformas de governo ou estatutos de partidos políticos. E só na medida em que se oferece para nós o espaço que possibilita essa luta e essa presença é que se inicia o nosso aprendizado e se efetiva nossa participação. O Poder não concede, não transige, não liberaliza. O Poder, por essência e vocação, oprime, exclui, expropria. Só o Poder participado é Poder-Serviço, e a participação nunca é obtida como dádiva, mas é sempre conseguida como fruto da resistência indormida dos que adquiriram consciência de sua cidadania. Como, portanto, dizermos: 'Vamos reformar o Judiciário', quando na verdade o que urge, como tarefa inadiável, é repensarmos as instituições políticas do nosso país e do mundo contemporâneo!

Diante disto, alguns exemplos de distorções e de excessos comprometem, não tão somente a reforma do Judiciário, mas o próprio Poder Judiciário em si.

O tema bastante enfatizado nos debates acerca da reforma do judiciário foi a celeridade. Não por menos, pois o Judiciário era constantemente apontado como lento, moroso.

Diante desta característica, uma das formas de garantir o acesso à justiça seria por meio da prestação da tutela jurisdicional que fosse adequada, efetiva e, principalmente, tempestiva. Foi neste contexto que a Emenda Constitucional nº 45 introduziu o princípio da razoável duração do processo, a súmula vinculante e o instituto da repercussão geral.

Igualmente, criou o Conselho Nacional de Justiça que dentre as suas tarefas, está a de exercer o controle de produtividade dos Tribunais deste país.

Com o propósito de assegurar o resultado desta prática, o CNJ instituiu as ‘Metas Nacionais do Poder Judiciário’ sob a seguinte justificativa:

As metas de nivelamento do Poder Judiciário foram definidas pela primeira vez no 2º Encontro Nacional do Judiciário, que aconteceu em Belo Horizonte, Minas Gerais, em 2009. Ao final do Encontro, os tribunais brasileiros traçaram 10 metas de nivelamento para o Judiciário no ano de 2009. O grande destaque foi a Meta 2, que determinou aos tribunais que identificassem e julgassem os processos judiciais mais antigos, distribuídos aos magistrados até 31.12.2005. Com a Meta 2, o Poder Judiciário começou a se alinhar com o direito constitucional de todos os cidadãos brasileiros que estabelece a duração razoável do processo na Justiça. Foi o começo de uma luta que contagiou o Poder Judiciário do país para acabar com o estoque de processos causadores de altas taxas de congestionamento nos tribunais.¹

Compromisso proposto, compromisso assumido. Assim, os tribunais priorizaram o julgamento dos processos mais antigos a fim de descongestionar a justiça. Expressões como ‘capacidade de produção’, ‘incremento de produtividade’, ‘plano de ação para metas não cumpridas’ passaram a integrar o cotidiano dos tribunais nacionais.

A justiça brasileira haveria de estar atenta às referidas metas, não por escopos ideológicos como o de efetivar a prestação jurisdicional com agilidade, principalmente no caso dos processos muito antigos, mas pelo fato de estar sob o acompanhamento acirrado do CNJ que, periodicamente, passou a disponibilizar a produtividade dos magistrados, com a pormenorização de cada uma de suas atividades, até mesmo com a indicação da quantidade de julgamentos.

Mais do que isto, o CNJ instituiu em sua página eletrônica o ‘processômetro’, instrumento eletrônico que permite acompanhar os dados processuais aferidos, indicando quantos processos foram julgados.

Fica assinalada a distorção segundo a qual a quantidade de julgamentos foi priorizada em detrimento da qualidade. Na prática, o Superior Tribunal de Justiça, assumidamente, manifesta como vem tratando a questão:

¹ *Metas*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas> Acesso em: 02 março 2013.

Abarrotado de processos, STJ busca filtros para reduzir a demanda e priorizar a qualidade. A Constituição Federal assegura a todos a razoável duração do processo judicial. Está no artigo 5º, inciso LXXVIII. Contudo, em um país de dimensão continental, onde impera a cultura da litigância, o elevado número de processos não é suportado pelos magistrados. Segundo dados mais recentes do “Justiça em Números”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2010 tramitavam no Judiciário brasileiro 84 milhões de ações para um contingente de 16,8 mil juízes, desembargadores e ministros. A diferença entre a demanda de decisões judiciais e a capacidade de proferi-las só aumenta, e tem como resultado a morosidade. No Superior Tribunal Justiça (STJ), esse desequilíbrio é enorme. Todos os dias chegam à Corte, em média, de 1.200 processos. No ano, são mais de 300 mil, distribuídos entre 33 ministros. **“Claro que a carga de trabalho é enorme. Para dar vazão ao volume de processos, necessariamente tem que se sacrificar a qualidade do julgamento. Ou se busca vencer a quantidade ou se prioriza a qualidade. Não tem milagre”, explica o ministro Teori Zavascki, que afirma priorizar a qualidade** [sem grifo no original]. “Eu tenho muito mais processos no gabinete do que eu gostaria. Mas eu também não posso ceder à tentação de simplesmente julgar de qualquer jeito. Acho que isso seria violentar não só minha consciência como a função institucional de um ministro do STJ e o próprio Tribunal”, acrescenta. Para equacionar uma conta que não fecha, o STJ tem buscado a instalação de filtros que impeçam que o Tribunal atue como terceira instância, apreciando decisões de segundo grau que já aplicaram entedimento adotado nas cortes superiores. “Se não filtrar, vem tudo. E vindo tudo, nós nunca vamos nos livrar da morosidade, ou então vamos baixar a qualidade”, alerta Zavascki.²

Afirma-se, com bastante tranquilidade, que o enviesamento constatado estabelece um retrocesso exatamente ao que se pretendia combater: o formalismo processual. Quando se prioriza, aleatoriamente, a quantidade, em detrimento da qualidade das decisões, a forma retoma sua importância original e o direito material volta à zona de esquecimento.

Não se está a criticar o Conselho Nacional de Justiça de modo irresponsável. A maioria das práticas implementadas pela instituição visa a contribuir para a melhoria da justiça; no entanto, ao estabelecer metas nacionais, o CNJ incute no magistrado o mister de cumpri-las e, num afã desmedido, sem condições para tanto, ao julgar os processos com ênfase na quantidade, o juiz despreza o jurisdicionado e seu respectivo direito.

2 STJ. Abarrotado de processos, STJ busca filtros para reduzir a demanda e priorizar a qualidade. *Notícias do Superior Tribunal de Justiça*. [on line]. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105006&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco. Acesso em: 11 março 2012.

Se, antes, o formalismo excessivo era observado pelas extinções do processo sem resolução/julgamento de mérito, se, por exemplo, as condições da ação exerciam fascínio, pois propiciavam, desde logo, a possibilidade de encerramento do processo sem análise do pedido, hoje é possível deparar-se com os chamados ‘filtros’, que nada mais são do que ‘elementos de forma’ para o desfecho do processo sem que o caso concreto seja analisado e julgado a partir de suas especificidades.

Ainda sobre a (dis)função e o (des)funcionamento do judiciário, posiciona-se PRESBURGER (1996, p. 206):

Uma outra característica do sistema brasileiro, aliás não diferente no resto da América Latina, é o ritualismo cerimonialista do processo, o que causa pelo menos dois desastrosos efeitos. O primeiro efeito é o de criar verdadeira casta, daqueles que dominam a linguagem e os códigos protocolares, diferenciada do povo; e aqui povo é tomado em sentido amplamente abrangente, já que os empulhados neste cerimonial podem ser pessoas até superiormente educadas. **O segundo efeito é o de possibilitar aos julgadores não entrarem no mérito das questões que lhes são trazidas, decidindo apenas e levando em conta os aspectos formais** [sem grifo no original].

Não se pode afirmar, desta maneira, que o acesso à justiça, que deve garantir mais do que o simples ingresso ao Judiciário, deve, também, garantir a prestação de uma tutela jurisdicional que seja concedida de modo adequado, que seja efetivamente cumprida, realizando-se o direito do jurisdicionado.

Contudo, a preocupação é maior ainda nas hipóteses em que as distorções perpetradas à reforma do Judiciário convergem para os excessos.

O conteúdo abaixo, transcrito da entrevista concedida, em 2010, pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, que ocupava, na época, a presidência da Corte Constitucional, é tão ou mais preocupante do que os filtros buscados pelo Superior Tribunal de Justiça.

O presidente do Supremo Tribunal Federal admite que o excesso de processos que chegam à corte faz com que parte das decisões fique nas mãos de assessores técnicos. Durante quase toda a sua vida, o paulista Cezar Peluso esteve diante de um problema. Ou melhor, de vários. Aos 26 anos de idade, já era juiz de direito. Hoje, aos 67, preside a mais alta corte do país (STF), onde deságuam os mais importantes conflitos da nação. Em seu gabinete, em Brasília, Peluso recebeu a reportagem de Veja para uma conversa franca. Criticou a atuação de promotores, juízes de primeira instância e mesmo a de colegas do STF. Falou sobre temas que magistrados costumam evitar a todo custo - como o fato de, no Brasil, os ricos terem mais chances de escapar da cadeia do que os pobres - e **admitiu: os**

ministros do Supremo vivem tão assoberbados que não conseguem ler todos os processos que lhes caem nas mãos. Acabam tendo de delegar a assessores parte das decisões que deveriam tomar. [...] Os ministros leem todos os processos que julgam? É humanamente inconcebível para um ministro trabalhar em todos os processos que recebe. Ninguém dá conta de analisar 10.000 ações em um ano. O que acontece? Você faz um modelo de decisão para determinado tema. Depois, a sua equipe de analistas reúne os casos análogos e aplica o seu entendimento. Acaba-se transferindo parte da responsabilidade do julgamento para os analistas. É claro que o ideal seria que o ministro examinasse detidamente todos os casos. Isso prejudica a qualidade da decisão? Não quero afirmar que isso sempre prejudica a qualidade da decisão, mas há o risco de isso ocorrer - e só o risco já é suficiente para tentarmos resolver o problema. Essa transferência de responsabilidade para as assessorias pode causar abusos. [sem grifo no original] [...]³

Para diminuir em suas estantes o número excessivo de processos, alguns magistrados, assumidamente, encontram soluções inadmissíveis. Delegar a atividade jurisdicional a terceiros é, no mínimo, desrespeitar o jurisdicionado enquanto cidadão.

O exercício jurisdicional é exclusivo dos magistrados. É do Poder Judiciário a incumbência da jurisdição. A atividade jurisdicional é um ato de poder/dever. Poder por integrar uma das funções do próprio Judiciário e dever porque o cidadão foi impedido de realizar justiça pelas próprias mãos e, por isso, o Estado, na figura do juiz, faz isto por ele.

Não está previsto e tampouco autorizado, em nenhum texto normativo, que a atividade jurisdicional possa ser delegada e/ou terceirizada, ainda que seja para os assessores dos magistrados. E, se referida postura foi admitida pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, fica-se a imaginar como ocorrências iguais a esta pautam-se pelos demais juízos e tribunais do país.

Uma outra modalidade de distorção também pode ser observada. Esta não recai exatamente à matéria da reforma do Judiciário, constante da Emenda Constitucional nº 45 ou dos Pactos Republicanos, mas à transformação do conceito de jurisdição.

O Judiciário brasileiro, quanto ao ato de julgar, estava amoldado a uma cultura legalista, cujo resultado era o exercício de uma jurisdição normativista, segundo a qual o juiz, pelo raciocínio da subsunção, identificava a lei compatível ao caso concreto e decidia, aplicando-a. Ao magistrado não era dado interpretar, mas tão somente declarar a vontade da lei. Numa decisão asséptica, sem discricionariedade, o Poder Judiciário cumpria seu papel.

3 NINGUÉM LÊ 10.000 AÇÕES. *Revista Veja*. Edição n. 2172, ano 43, n. 27, 7 julho 2010. Entrevista, pp. 17-21.

Ao se (re)pensar esta função, em vista de as inúmeras exigências vindas, principalmente do Direito Processual Civil que, diante de suas reformas, exigia um juiz participativo, próximo das partes e que emitisse ordens e as fizesse cumprir, verificou-se a necessidade de instituir um novo modelo jurisdicional.

Aquele magistrado neutro e equidistante que declarava a lei a caso concreto precisava ser substituído por outro que, discricionariamente, criasse o direito a cada caso concreto, de acordo com suas particularidades, interpretando a norma e estabelecendo parâmetros de julgamento com viabilidade de cumprimento de suas decisões.

Eram essas as expectativas das reformas processuais civis e das relacionadas ao Poder Judiciário que, a partir de então, propendeu para a jurisdição jurisprudencial, conforme descreveu o processualista SILVA (2008, pp. 281-282):

A tendência para a jurisprudência, indicada por Picardi, é igualmente a constatação de Castanheira Neves, ao dizer que nos orientamos para o *jurisprudencialismo*, superando ou tentando superar os *normativismos*. Todavia, diz o ilustre jusfilósofo português, “o juiz convocado ao juízo nestes termos é o juiz do jurisprudencialismo e a sua jurisdição a de uma validade problemático-concretamente realizada neste modo judicativo.” (ob. cit., p. 43). Entretanto, será possível à jurisdição que nos legou a Revolução Francesa, reduzida a um serviço público ou, como preferia dizer Montesquieu, reduzida a um “poder nulo”, realizar a tarefa que a História nos impõe? Esta é a questão, que não é apenas nossa, mas que se fez universal, ante as profundas transformações provocadas pela chamada “globalização”. Seria utópico, em nossas atuais circunstâncias, superar o normativismo em prol do *jurisprudencialismo*? Não importa quão distante de realização essa aspiração se encontre. Nosso dever é agir, mesmo porque, como dissera Sartre, “para atuar dispensa-se esperança” (*O existencialismo é um humanismo*, versão portuguesa, Lisboa, Editorial Presença, 1978, p. 240).

Muitos magistrados, cientes do novo papel que lhes é exigido, não obstante a preocupação explanada por Ovídio Baptista, quanto à possibilidade de readequação do modelo jurisdicional, cumprem suas responsabilidades decisórias a contento. Contudo, em algumas decisões, é notório o arbítrio do magistrado, a falta de bom senso ou mesmo de compromisso com o jurisdicionado.

Trecho de decisão jurisprudencial prolatada pelo Ministro Humberto Gomes de Barros explica bem o que se pretende demonstrar:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto.

Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência [sem grifo no original]. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. **Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal** [sem grifo no original]. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (BRASIL, 2001)

Discrecionabilidade não implica arbitrariedade e o fragmento acima demonstra bem a altivez e o egocentrismo completamente distanciados de uma interpretação normativa compatível com a concreção de direitos e, em decorrência, com o exercício da jurisdição.

Longe de qualquer perspectiva hermenêutica do fenômeno jurídico no ato de julgar, certos integrantes do Poder Judiciário afinam-se bem ao conto de Machado de Assis, intitulado *O espelho*.

No conto, Machado de Assis ressalta a natureza da alma e a contradição humana. No início da narração, o escritor afirma que não há uma só alma, há duas: “Cada criatura humana traz duas almas consigo: uma que olha de dentro para fora, outra que olha de fora para dentro.” (ASSIS, 2007, p. 155)

No decorrer da narrativa, explica o que é a alma exterior e descreve uma situação em que um jovem é nomeado alferes e, a partir de então, é enaltecido por familiares, amigos e vizinhos. Tal circunstância decorreu na seguinte constatação: “O certo é que todas essas coisas, carinhos, atenções, obséquios, fizeram em mim uma transformação [...]. O alferes eliminou o homem” (ASSIS, 2007, p. 157). Eis a alma exterior.

Porém, por um certo tempo, o alferes ficou só, nenhum parente, nenhum amigo ou conhecido. Nenhum elogio ou exaltação e a alma exterior padecia, sofria por ser reduzida.

Um pensamento acomete o alferes e, então, ele veste o fardamento e posta-se defronte a um espelho: “Olhava para o espelho, ia de um lado para outro, recuava, gesticulava, sorria, e o vidro exprimia tudo. Não era mais um autômato, era um ente animado. Daí em diante, fui outro. Cada dia, a uma certa hora, vestia-me de alferes, e sentava-me diante do espelho, lendo, olhando, meditando [...]” (ASSIS, 2007, p. 162)

Assim como o alferes, alguns integrantes do Poder Judiciário alimentam uma alma externa e sustentam-se de elogios, mercês etc. Em decorrência, exprimem toda a condição da tal alma em suas decisões como se estivessem a olhar para o espelho.

6. Conclusões

É sabido que as jurisprudências ganharam relevo no cotidiano forense, seu grau de importância é reconhecido. O que não se pode admitir é que as decisões jurisprudenciais não se pautem por critérios jurídico-constitucionais. Todas as decisões precisam ser juridicamente fundamentadas, nos termos da Constituição Federal (art. 93, IX).

Entretanto, em certas ocasiões, há um desvirtuamento e o que se percebe é um conjunto de opiniões e afeições livremente reunidas nas decisões jurisprudenciais, bem como nas sentenças judiciais, sem a cogente fundamentação jurídica.

De forma extremamente crítica, PASSOS (2002, p. 6) preconizou:

E por que as reformas, em sua dimensão mais pretensiosa, agravam antes de solucionar? Porque exacerbam a litigiosidade e favorecem o arbítrio. Essas duas coisas, casadas, estimulam os inescrupulosos a postular e decidir sem ética e sem técnica, transformando aos poucos o espaço forense no terreno ideal para a prática do estelionato descriminalizado, a par de incentivarem os ignorantes a ousarem cada vez mais, os arbitrários a oprimirem cada vez mais, os vaidosos a cada vez mais se exibirem e os fracos a cada vez mais se submeterem.

E o processualista SILVA (s/d, p. 9) assim concluiu:

Estas são as nossas circunstâncias. Contudo, é necessário e urgente salvar a jurisdição, pela sua importância para a construção do regime verdadeiramente democrático. A tarefa exige que sejam exorcizadas idéias e instituições tornadas relíquias ideológicas, que a História há muito superou.

A questão que persiste é a seguinte: como exorcizar as idéias e as instituições tornadas relíquias ideológicas, conforme expressou o professor Ovídio Baptista?

Tanto as reformas processuais civis, como a reforma do Poder Judiciário, propiciaram um alargamento das técnicas do processo e enfatizam os poderes dos magistrados, conferindo “[...] ao cidadão o poder de construir o modelo processual adequado e ao juiz o poder de utilizar a técnica processual idônea à tutela da situação concreta.” (MARINONI, 2006, p. 70)

Para tanto, é necessário que se implemente uma “[...] política de adensamento da cidadania, pela via democrática e do acesso ao direito e à justiça [...]” (SANTOS, 2007, p. 34) para que os direitos sejam reconhecidos pelo cidadão/jurisdicionado e, também, a fim de que seja exigido do Poder Judiciário um comportamento de responsabilidade e de compromisso quanto ao asseguramento destes direitos.

Afinal, não se pode esquecer de que:

O Judiciário é visto por muitos como o poder da República politicamente menos democrático, porque não se acha submetido nem à investidura política nem ao controle popular. Em vista de sua atuação no âmbito do controle de constitucionalidade das leis e, até mesmo, da legalidade dos atos administrativos, ampliam-se as vezes que relembram o seu isolamento institucional e o seu caráter contramajoritário, sendo a representação da sociedade civil, nos termos da EC nº 45/2004, tímida, reduzindo-se, em muito, a possibilidade de um programa de participação social no âmbito do Judiciário. (MARONA, 2013, p. 545)

A questão maior está centrada no fato de, no Brasil, assim como em alguns outros países da América Latina, não se reconhecer o verdadeiro significado de cidadania. De acordo com MARINONI (2000, p. 23):

A cidadania, porém, não se resume na possibilidade de participação através das eleições para o Legislativo e para o Executivo. A cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, radicalizando, até, uma tendência que vem de longa data, ou seja, uma tendência endereçada à adoção de técnicas diretas de participação democrática. [...] Trata-se, em outras palavras, de democratizar a democracia através da participação, intensificando a orimização das participações dos homens no processo de decisão.

A dificuldade está no seu exercício. Não foram estabelecidos debates, na passagem da ditadura para a democracia, comprometendo-se o amadurecimento de práticas que pudessem contribuir para a participação do cidadão, na qualidade de novo ator em novos espaços sociais.

É necessário garantir ao cidadão a participação na construção de políticas de adensamento da cidadania, procurando assegurar a visão exógena do processo e da justiça, na busca do acesso à justiça, nos termos em que propôs SANTOS (2007, p. 33): “Na concepção convencional busca-se o acesso a algo que já existe e não muda em consequência do acesso. Ao contrário, na concepção que proponho, o acesso irá mudar a justiça a que se tem acesso.”

7. Referências

- ABDALA, Edson Vieira. Esquisitices de juiz (dois novos fundamentos para a rejeição da denúncia). In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). *Lições alternativas de direito processual: (civil, penal e trabalhista)*. São Paulo: Acadêmica, 1995.
- AGUIAR, Roberto A. R. de. O imaginário dos juristas. *Revista de Direito Alternativo*. n. 2, São Paulo: Acadêmica, 1993.

- ASSIS, Machado de. O espelho. In: ASSIS, Machado de. *50 contos*. Seleção, introdução e notas por John Gledson. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- AVRITZER, Leonardo. Judicialização da política e equilíbrio de poderes no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa (Orgs.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 279.889 – AL (2000/0098611-9). Voto-Vista. Ministro Humberto Gomes de Barros. 11 jun. 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=2000/0098611-9&data=11/6/2001> Acesso em: 03 set. 2012.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. O judiciário e a democracia no Brasil. *Revista USP/ Superintendência de Comunicação Social da Universidade de São Paulo*, n. 21, São Paulo: Universidade de São Paulo, Superintendência de Comunicação Social, mar./ mai. 1994. Disponível em: <http://www.usp.br/revistausp/21/SUMARIO-21.htm>
- CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. *AJURIS*. trad. por Athos Gusmão Carneiro, v. 23, ano VIII, Porto Alegre: Ajuris, nov. 1981.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e direito alternativo*. 5. ed., Rio de Janeiro: Luam, 1997.
- FAVRETO, Rogério. O II pacto republicano de reforma do sistema de justiça no Brasil. *Revista do II Pacto Republicano de Estado*. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento – arts. 270 a 281*. v. 4, tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GOMEZ, Diego J. Duquelsky. *Entre a lei e o direito: uma contribuição à teoria do direito alternativo*. trad. por Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *AJURIS*. v. 28, Porto Alegre: Ajuris, jul. 1983.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- MANGABEIRA, João *apud* LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*. n. 1, ano I, Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2006.
- _____. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2000.

- _____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARONA, Marjorie Corrêa. Reforma do judiciário no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa (Orgs.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat *apud* LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *AJURIS*. vol. 28, Porto Alegre: Ajuris, jul. 1983.
- NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NEVES, António Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problemas: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*. vol LXXIV, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.
- NINGUÉM LÊ 10.000 AÇÓES. *Revista Veja*. Edição n. 2172, ano 43, n. 27, 7 julho 2010. Entrevista, pp. 17-21.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania tutelada. In: FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz (org.). *Hermenêutica, cidadania e direito*. Campinas/SP: Millennium Editora, 2005.
- _____. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3062>. Acesso em 16 set. 2012.
- _____. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: JusPodivm, 2012.
- PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O poder do juiz: ontem e hoje. *Revista da Ajuris*. ano XXXIII, n. 104. Porto Alegre: Ajuris, dez. 2006.
- PRESSBURGER, T. Miguel. (Dis)função e (des)funcionamento do judiciário. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.
- SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed., rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. *Revista dos Tribunais*. v. 801, ano 91, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2002.

_____. *Da função à estrutura*. disponível em: https://docs.google.com/viewer?a=v&q=-cache:jTcqomSbdRYJ:www.baptistadasilva.com/nova/www/download.php?what%3Dartigo%26fileId%3D14%26hash%3D+da+função+à+estrutura&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESixh__PMtrbd8gf1gjEdjki6k1bUHHeON9X85hbzUo_a8vaIhr4lhwiFeZD00K-yq3Ja0bQZECcui51qjHVNAhq5J-Tb60lAWhqPt3nJVS-eQ3eFAW__dSQf0sJT2LG1y_57KNiIC&sig=AHIEtbTS-cibibcO0Zj-sqxbeL2pKqo3ZAZQ (consulta realizada em 05 mai. 2012).

STJ. Abarrotado de processos, STJ busca filtros para reduzir a demanda e priorizar a qualidade. *Notícias do Superior Tribunal de Justiça*. [on line]. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105006&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco. Acesso em: 11 março 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. trad. por Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

A INCONVENIÊNCIA DAS BANDEIRAS DE CONVENIÊNCIA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

CARMEN LUCIA SARMENTO PIMENTA

Doutoranda em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos – UNISANTOS (2015), Mestre em Direito Internacional pela UNISANTOS (2014). Pós-graduações *Lato Sensu* em Direito Marítimo e Portuário pela UNISANTOS (2014). Professora convidada das Pós-graduações em Direito Marítimo e Portuário da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Universidade Católica de Santos/SP, Universidade Redentor/RJ e da Escola Superior de Advocacia - ESA da OAB/RJ. Vice-presidente da Comissão de Direito Marítimo e Portuário da 57ª Subseção da OAB/RJ. Atua na área de Direito Marítimo e Portuário e Direito do Mar. carmen@matusalempimentaadv.com.br

MARIA FERNANDA BRITTO NEVES

Doutora em Direito Ambiental Internacional, Mestre em Gestão de Negócios, com linha de pesquisa em Meio Ambiente e Portos e graduada em Arquitetura pela Universidade Católica de Santos - UNISANTOS. Docente da UNISANTOS desde 2007, nos cursos de Arquitetura e Urbanismo, Engenharia Ambiental, Gestão de Portos e Administração de Empresas. Atua na área de Arquitetura e Urbanismo, com ênfase em Planejamento Ambiental e Arquitetura Sustentável. fbrittoneves@uol.com.br

Resumo

Estabelecida num momento histórico mundial, a prática da bandeira de conveniência surgiu como uma solução econômica para o barateamento dos fretes navais, fomentando, assim, o tráfego e tráfico marítimos. Com o tempo, entretanto, percebeu-se que essa grande ideia traria, além de grande lucro financeiro, prejuízos para a humanidade, tanto de forma coletiva quanto individualizada. A adoção do uso das bandeiras de conveniência toca, quando se observa de forma mais apertada, ao trabalhador marítimo e, *máxime*, ao meio ambiente. Ofende a dignidade da pessoa humana em prol de um capitalismo voraz. O mundo não deixou de conhecer e discutir a forma como são tratados os inúmeros trabalhadores marítimos embarcados em navios que ostentam bandeira de conveniência. Porém, muito pouco se tem feito para coibir tal prática, sendo urgente e necessária a intervenção de órgãos nacionais e internacionais que visam à proteção da humanidade para que tal prática seja banida de nossos mares.

Palavras-chave

Bandeira de Conveniência; Direitos Humanos; Violação; *Shipping*.

Resumen

Establecido un momento histórico mundial, la práctica de la bandera de conveniencia surgió como una solución económica para el abaratamiento de los fletes marítimos, fomentando así el tráfico y el tráfico marítimo. Con el tiempo, sin embargo, se dio cuenta de que esto traería gran idea, y un gran beneficio económico, la pérdida para la humanidad, tanto colectiva como individualmente. La adopción de la utilización de pabellones de conveniencia se reproduce cuando se observa con más fuerza, a los trabajadores marítimos y el medio ambiente. Ofende la dignidad de la persona humana hacia un capitalismo voraz. El mundo no dejó de reunirse y discutir cuántos marineros embarcaron en los buques que conducen pabellón de conveniencia son tratados. Sin embargo, muy poco se ha hecho para frenar esta práctica, y se necesita con urgencia la intervención de organismos nacionales e internacionales que tienen como objetivo la protección de la humanidad para que esta práctica sea prohibida de nuestros mares.

Palabras clave

Bandera de conveniencia; Derechos Humanos; Violación; Shipping.

1. Introdução

Os direitos humanos foram construídos a partir de conceitos filosóficos de direitos naturais atribuídos desde a criação do homem por Deus. Ainda que lentamente, os Direitos Fundamentais do Homem, desde a sua declaração em 1948, se desenvolveu de tal forma que, hoje, tem lugar de destaque nas cartas magnas dos Estados e nos mais importantes documentos internacionais.

O primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Organizações das Nações Unidas afirma que todos nascem livres em dignidade e em direitos e que são dotados de razão e de consciência, devendo agir de forma fraternal entre si. (Organização das Nações Unidas, 2015).

Entretanto, apesar das garantias conferidas aos direitos humanos, a sua violação ainda é observada pelo mundo, sendo objeto de repúdio de toda a humanidade. Entre essas violações, destacam-se a não observância, por parte de alguns armadores, de direitos humanos básicos dos trabalhadores embarcados em navios que arvoram bandeira de conveniência. Além disso, esses navios são, constantemente, focos de poluição do meio ambiente, violando, ao mesmo tempo direitos humanos de segunda e de terceira dimensões.

Essa é uma condição de trabalho aceita, em sua maioria, como consequência de problemas sociais dos Estados de origem desses trabalhadores. Assim, estes deixam seu país de origem numa aventura marítima que, geralmente, lhes dá como pagamento teto e comida.

Tais situações não são veladas às autoridades de fiscalização dos portos, que constantemente presenciam tratamentos contrários aos que se espera serem dispensados à pessoa humana.

Sem dúvida, trata-se de uma “encruzilhada”, parafraseando Norma Sueli Padilha (2010, p.6) quando afirmou ter a humanidade vivido um momento de escolha entre o capitalismo desenfreado, que extingue os recursos naturais, e a sua própria sobrevivência. Nesse momento, porém, o capitalismo concorre com outro direito humano que não o meio ambiente saudável, qual seja com o direito de se ter tratamento digno. A professora, aguerrida ambientalista, assim se manifesta:

Todo esse quadro de alterações no equilíbrio ambiental global ocasionado pela própria atuação da sociedade humana sobre o meio ambiente, na sua voracidade no consumo dos elementos naturais da terra, coloca o modelo de desenvolvimento ocidental hegemônico num verdadeiro impasse. **A grande equação do século XXI é a seguinte: a necessidade de conciliação do crescimento econômico com a proteção ambiental dos escassos e finitos recursos naturais do Planeta.** (original não grifado)

Abstrai-se do exposto que o assunto ainda é controverso e nada pacífico. De um lado, como sempre, figuram os interesses econômicos e, do outro, a proteção dos direitos fundamentais do homem. Por isso, se tentará lançar luz às motivações dos *players* desse enigmático jogo de interesses, com o objetivo de se evidenciar a violação dos direitos do homem a bordo dos navios que arvoram bandeira de conveniência.

2. Lineamento Histórico

De acordo com William Langewiesche (2005, p. 5), a gênese do uso de bandeiras de conveniência (BDC) se deu no período inicial da Segunda Grande Guerra, quando os Estados Unidos da América (EUA), tentando não se envolver na disputa, trocaram a bandeira americana pela do Panamá. Desta forma, os navios americanos puderam levar provimentos ao Reino Unido sem perder a neutralidade desejada durante a 2ª Guerra Mundial.

Como se sabe, os Estados Unidos acabaram não conseguindo permanecer afastados da Guerra, mas, sem dúvida alguma, deram início, naquele momento, à exploração das bandeiras de conveniência. Ao final desse infeliz acontecimento histórico, o Estado Americano apresentava-se como o maior registrador de navios do mundo e a Libéria o país de maior frota.

Longe das aparentes puras intenções de neutralidade dos EUA, os benefícios oferecidos por tal manobra foi logo evidenciado. Com o aval de seu Governo, a indústria *shipping* americana promoveu essa prática evitando os altos custos de contratação de tripulação nacional, afastando os regulamentos mais exigentes e limitando as consequências financeiras decorrentes do possível naufrágio ou perda do navio.

Como se poderia prever, armadores de outros países logo tomaram para si essa grande ideia que aumentaria seus lucros através de práticas não muito idôneas.

A *International Transport Workers' Federation*¹ (2014), com sede em Londres e que reúne cerca de 700 sindicatos representantes de mais de 4,5 milhões de trabalhadores do transporte espalhados por aproximadamente 150 países, apresenta em sua página na internet uma singela definição de bandeiras de conveniência: “Um navio com bandeira de conveniência é aquele que arvora a bandeira de um país diferente do seu país de propriedade”. Já a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), no Brasil, se manifesta de forma mais incisiva (MENDES, 2014, p.16):

O sistema de bandeiras de conveniência é caracterizado por armadores que abandonaram suas bandeiras nacionais para fazer uso de “registros de aluguel ou abertos” **na busca de baratear custos**, não observando os preceitos de qualificação e certificação de mão-de-obra, **fugindo à ação dos sindicatos e burlando o cumprimento da legislação** do Estado de bandeira e das convenções internacionais. (grifo nosso)

Apesar de todos os esforços das organizações mundiais, no sentido de manutenção do equilíbrio nas relações entre o homem e o meio em que habita, muitas vezes, estes se apresentam como um trabalho hercúleo, pois grandes são as motivações para que alguns coloquem o interesse pessoal em primeiro plano, em detrimento dos direitos da maioria, figurando a economia, sem dúvida alguma, em primeiro lugar no *ranking* dessas motivações.

A concorrência desleal promovida pelos países que adotam a bandeira de conveniência, tanto dos que a concedem quanto dos que as arvoram, é um forte exemplo desse comportamento individualista. Armadores europeus tentaram, através de seus governos, tomar medidas contra essa prática, sendo frustrados pelo Princípio da Liberdade em Alto-mar², que garante a todos os Estados o direito de conceder nacionalidade a navios, fundamentados na legislação nacional e internacional.

Não obstante essa prática vislumbrar consequências danosas para a humanidade e o meio ambiente, o uso de BDC tem crescido durante os anos. Atualmente, a frota usuária

1 “A flag of convenience ship is one that files the flag of a country other than the country of ownership”. (tradução livre das articulistas)

2 Princípio da Liberdade em Alto Mar - são livres a navegação, o sobrevoos, a pesca, a pesquisa científica, a instalação de cabos e dutos e a construção de ilhas artificiais. (nota das articulistas)

de bandeira estrangeira é quase duas vezes maior do que o número de navios que optam pela bandeira nacional como demonstrado pelo resumo do relatório da *United Nations Conference on Trade and Development - UNCTAD*, publicado pelo Sindicato Nacional de Empresas de Navegação Marítima no Brasil (ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014).

3. Da Motivação dos Armadores e dos Estados

Importante esclarecer que, quando se fala em armador, se faz de forma ampla tal como usualmente falado, visto que o registro de navio é dever do seu proprietário que comumente acumula a função de armador.

De notória sabença, a nacionalidade de uma embarcação é determinada por seu registro de propriedade. Assim é que, se um navio, por exemplo, for registrado no Brasil, passa a ser parte integrante de seu território. Isso significa que, além do direito de arvorar a bandeira brasileira, essa embarcação estará sob o dizer de todas as leis e tratados internacionais ratificadas pelo Brasil. Por conseguinte, far-se-á viger, naquela embarcação, as leis brasileiras em relação ao direito da tripulação e todas as demais que lhe conferirão navegabilidade operativa.

Portanto, um armador brasileiro deve estar consciente de toda responsabilidade e, principalmente, dos ônus advindos das aventuras de sua embarcação muito antes de iniciá-las.

Entretanto, muitos armadores viram no exemplo vivido pelos Estados Unidos no período da Segunda Guerra uma forma de alcançar maiores lucros na atividade de *shipping*. Logo, um grupo de companhias petrolíferas, também americano, criou o registro liberiano para os seus navios-tanque, sob o manto do bem intencionado projeto de desenvolvimento ou auxílio internacional, gozando do completo apoio do governo americano.

Desta forma, um navio, para muitos o objeto mais independente da face da terra, pode a qualquer tempo mudar de identidade, assumindo a nacionalidade do Estado que melhor lhe permita desenvolver a sua função. Assim, o armador deixa de registrar o seu navio no Estado de sua origem para fazê-lo em outro que lhe ofereça lucros maiores.

Eliane Octaviano Martins (2013, p.161) assevera a necessidade de sopesamento entre as vantagens e desvantagens da adoção de bandeiras de conveniência:

Sob a ótica da competitividade, a adoção de BDC, per se, consiste em estratégia empresarial perfeitamente viável e lícita que visa à maior eficiência e lucratividade.

Há que se analisar, contudo, se os benefícios conjunturais da adoção de bandeiras de conveniência compensam alguns aspectos negativos de

extrema relevância: alto índice de desastres marítimos envolvendo navios que ostentam BDC, **as condições insatisfatórias de trabalho da tripulação**, a evasão de divisas dos países que concedem registros nacionais e o fenômeno do tráfico de terceira bandeira. (grifo nosso)

Não fosse pelo rastro de prejuízos deixados por essa prática, o lucro em si é algo que faz parte do negócio e sempre será muito bem-vindo. Infelizmente, ao surgir, no pós-guerra, como o maior registrador de navios no mundo, os Estados Unidos deslembrou de observar que o novo esquema trazia certo retrocesso ao colonialismo. Passa-se a analisar as vantagens e desvantagens do arvoreamento das bandeiras de conveniência.

4. Das Externalidades pelo Uso de Bandeiras de Conveniência

4.1. *Externalidades Positivas*

Infelizmente, pouco há que se falar de externalidades positivas no uso de BDC para a humanidade. Historicamente, para conseguir o apoio de seu governo, os armadores americanos alegaram estar ajudando a Libéria, que, como país subdesenvolvido, necessitava de incentivos econômicos. Tentavam demonstrar com isso uma aceitação parcial ao Protocolo de Kyoto, do qual até hoje não são signatários.

Inconformados com o princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada dos Estados, imposta pela Convenção-Quadro da ONU sobre as Mudanças Climáticas, os Estados Unidos não assinaram esse Protocolo, mas alguns de seus estados tentam cumprir as diretrizes por ele determinadas. Dentre elas, o incentivo tecnológico e financeiro aos países em desenvolvimento para minimizar a pegada ambiental durante o seu desenvolvimento.

Certamente, o uso da bandeira de conveniência liberiana é uma forma de os Estados Unidos demonstrarem que não são totalmente contrários ao Protocolo de Kyoto. Mas, seria uma inocência concluir que essa prática tem finalidades filantrópicas. Ao contrário, como se observa, o objetivo americano é aproveitar a oportunidade de abaixar os custos na prática do transporte marítimo.

Prova disso é que, apesar dos ditos incentivos americanos, a Libéria foi considerada em 2010 o país mais corrupto do mundo pela organização não governamental Transparência Internacional (*TRANSPARENCY*, 2014), estando muito distante de deixar a classificação de subdesenvolvimento. Ao contrário, apesar dos esforços da ONU, esse país ainda luta para manter uma estabilidade política democrática, recém-restabelecida, de tal forma que incentive o investimento econômico em seu território (*CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY*, 2014).

Em que pese as boas intenções dos armadores, concretamente as externalidades positivas encontradas no uso de BDC está direcionada apenas aos próprios empresários.

Destas, podem ser elencadas: fiscalização reduzida, diminuição dos encargos de exploração dos navios devido à menor tripulação, nível salarial minimizado, direitos sociais anulados, custos administrativos quase inexistentes, afastamento de consequências financeiras mais graves em caso de perda ou naufrágio do navio e facilitação da política de investimentos.

Compreende-se que, no setor de transporte marítimo, muitas companhias de navegação não conseguem sobreviver diante da concorrência desleal e até casos de *dumping* comercial e social. Assim, estas encontram nos benefícios do emprego da BDC a única opção para manter suas empresas em condições de competir nesse mercado.

É claro que não podemos deslembrar da insignificante taxa que alguns países concessionários de BDC cobram anualmente pelo serviço prestado na magra relação dos benefícios da BDC. Porém, é muito difícil considerar essa parca contribuição uma externalidade positiva.

Portanto, torna-se árdua a missão das articulistas de apresentar nessa pesquisa externalidades positivas na prática de admissão da BDC além do lucro desmedido e inconsequente dos armadores dos navios que delas fazem uso. Ao contrário, não há como observar essa atividade sem considerar todos os danos por ela trazidos como se apresentará em seguida.

4.2. Das Externalidades Negativas

Sem dúvida alguma, nota-se que a introdução da prática de adoção da bandeira de conveniência trouxe muitas externalidades negativas não apenas para os Estados, mas, também, para a humanidade.

Ao se analisar o assunto de forma ampla, observa-se desde logo que o armador, ao adotar a bandeira de outro Estado, produz para este o lucro que deixa de levar para o seu Estado de origem. É como no dizer de Eliane Octaviano Martins (2014):

Os navios que arvoram pavilhões de conveniência **não integram, de modo efetivo a economia dos Estados de Registro**, não servem a seu comércio exterior nem são para tais países positivamente produtores de divisas, salvo no concernente aos direitos de inscrição. (grifo nosso)

Como afirma a maritimista, o armador não está sequer obrigado a estabelecer a sua empresa no território do Estado que lhe concede BDC. Seguindo o exemplo das anglicais motivações americanas para o uso da BDC, o armador poderia fundamentar sua opção com a boa intenção de estar levando divisas para o país de registro de seu navio, que, certamente, carece de tal incentivo. Porém, não é isso que acontece, podendo o empresário da armação estabelecer a sede de sua empresa no Estado que lhe for mais conveniente. Obviamente que este o faz naquele que lhe cobra menores impostos.

É assim que, por exemplo, um navio construído em estaleiro nacional e, inclusive, com a ajuda financeira do governo pode ser registrado por seu proprietário/armador em Estado distinto do de sua construção, exceto se protegido por contrato que o impeça de fazê-lo e, além disso, passar a sede de sua empresa para outro Estado.

Nesse momento, entende-se que o prejuízo trazido ao Estado de construção daquele navio foi, muito além do financeiro e moral, pois deixou o armador de prestigiar o seu incentivador, eximindo-se de levar divisas para o país que acreditou no seu projeto, para buscar situação mais lucrativa em outro.

Como se sabe, o grande atrativo da opção pela BDC são as facilidades no processo de registro, os incentivos fiscais e a falta de vínculo entre o navio e o seu Estado de registro em completa colidência com o recomendado pelo art. 91 da Convenção das Nações Unidas para o Direito no Mar - CNUDM (MARTINS, 2015, p.103):

Artigo 91. Nacionalidade dos navios

1. Todo estado deve estabelecer os requisitos necessários para a atribuição da sua nacionalidade a navios, para o registro de navios no seu território e para o direito de arvorar a sua bandeira. Os navios possuem a nacionalidade do Estado cuja bandeira estejam autorizados a arvorar. **Deve existir um vínculo substancial entre o Estado e o navio.**

2. Todo estado deve fornecer aos navios a que tenha concedido o direito de arvorar a sua bandeira os documentos pertinentes. (grifo nosso)

Preconiza a Constituição dos Oceanos a necessidade de haver entre o navio e o seu Estado de registro um liame tal que justifique aquele arvorar a bandeira deste. Entretanto, sabe-se que a maioria dos navios usuários de bandeiras de conveniência nunca sequer passou próximo à cidade onde foram registrados. Inclusive, para muitos, isso seria impossível, visto que algumas dessas cidades estão localizadas a quilômetros de distância da costa, não tendo, obviamente, porto onde atracar qualquer embarcação. A cidade de La Paz, no interior da Bolívia, é um dos exemplos dessas cidades de registro. Outra situação que chama a atenção são os navios registrados no deserto da Mongólia.

Atualmente, o Panamá, eleito pelos Estados Unidos, deixou de ser o Estado preferido para o registro de navios dando lugar à Libéria e outros com trâmites burocráticos muito mais simples. Isso porque o Panamá trata do registro através de seus consulados, cobrando taxas para fazê-lo. Já a Libéria tratou de estabelecer um escritório voltado exclusivamente para esse fim na Virgínia/EUA. Da mesma forma, o Cambodja fixou escritório na Coreia do Sul, enquanto as Bahamas, na cidade de Londres.

Importante é destacar que os Estados de registro de BDC não exigem, tampouco fiscalizam com o rigor necessário a adoção e o cumprimento dos regulamentos e normas nacionais e, muito menos ainda, internacionais por parte das embarcações nele registradas,

assim como os de segurança da navegação, tais como a Convenção Internacional sobre a Prevenção da Poluição por Navios (MARPOL), e a Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar (SOLAS) etc.

5. Da Violação dos Direitos Humanos a Bordo de Navios BDC

A questão financeira é, sem dúvida alguma, fator importantíssimo na avaliação do presente estudo. Porém, dados ainda mais graves devem ser trazidos à luz como a violação dos direitos humanos, assim como também de leis e tratados internacionais quando da adoção dessas bandeiras.

5.1. Da Violação dos Direitos de Segunda Geração

A garantia dos direitos de segunda geração, direitos sociais do indivíduo, foi a resposta do Estado, também, à necessidade do cidadão de regular e garantir as novas relações de trabalho, almejando salário mínimo digno, limitação das horas de trabalho, aposentadoria, seguro social e férias remuneradas, entre outros benefícios.

Em seu *site*, a *International Transport Workers' Federation* – ITF - apresenta manifestação contrária à forma como os marítimos são tratados quando embarcados em navios *FOC system - Flags of convenience*³ (SINDICATO NACIONAL DE EMPRESAS DE NAVEGAÇÃO MARÍTIMA, 2014). Com mais de 600 mil marítimos nela inscritos, a Federação se impõe contra os prejuízos sofridos pelos marítimos quando as leis nacionais do país da bandeira do navio são confrontadas com as leis dos portos por ele visitados.

A ITF se opõe ao sistema de bandeiras de conveniência (FOC). Este sistema permite aos proprietários de navios registrá-los sob bandeira estrangeira, evitando a tributação e regulamentação imposta pelos seus próprios países. **Embarcações FOC tem uma elevada percentagem de vítimas e de detenções** por parte do controle do Estado do porto. Há pouco ou nenhum controle sobre os armadores pelos estados FOC.

A ITF trabalha para garantir que **os padrões estabelecidos sejam cumpridos e marítimos sejam informados dos seus direitos ao abrigo do ITF** aprovados por acordos coletivos. (grifo nosso)

3 “*The ITF opposes the flags of convenience (FOC) system. This system allows ship owners to register their ships under foreign flags, avoiding taxation and regulations imposed by their own countries. FOC vessels have a high percentage of casualties and port state control detentions. There is little or no control over ship owners by FOC states. The ITF works to ensure the established standards are met and seafarers are informed about their rights under ITF approved collective agreements*”. (tradução livre das articulistas)

É de notório saber que armadores usuários do sistema de bandeiras de conveniência buscam tripulação mais barata e com legislação trabalhista muito mais afrouxada do que, inclusive, o estabelecido nas convenções internacionais. Curiosamente, em sua maioria, os países que concedem sua nacionalidade aos navios, se recusam a ratificar tais convenções. Sem dúvida alguma, cabe a intervenção de um poder mais eficaz a fim de não se permitir mais que marítimos sejam tratados como se fossem animais, muitas vezes trabalhando em troca de um prato de comida.

Pesquisa de campo foi realizada em uma das Praticagens do Brasil que, em razão de solicitação feita pelos profissionais entrevistados, não se menciona especificamente a Zona de Praticagem visitada.

Nessas entrevistas, ficaram demonstrados os tratamentos desumanos por parte dos oficiais de bordo aos seus subalternos. Em recente manobra de atracação, um dos práticos informou ter presenciado o comandante do navio, um alemão, dar uma bofetada na cara de um marinheiro indiano por causa de uma ordem supostamente mal cumprida.

Outra situação muito comum observada pelos práticos são os problemas de comunicação a bordo devido às dificuldades com a língua. Assim é que muitas das ordens dadas no momento da manobra demoram tempo muito maior do que o esperado para serem cumpridas porque o marinheiro fala e entende apenas a sua língua de origem. Um dos práticos entrevistados relatou que tal situação é comum, trazendo enorme insegurança à manobra. Eis o relato do prático:

Em uma manobra de atracação realizada, em que foi preciso largar o ferro em situação de emergência, o comandante, por várias vezes, tentou passar essa ordem para os marinheiros de origem filipina encarregados desta faina na proa do navio. Quando finalmente os filipinos entenderam a ordem, já era tarde demais e o navio colidiu com o cais. O correto, nesse caso, seria que, no mínimo, houvesse um oficial filipino, com fluência na língua inglesa, no passadiço, traduzindo as ordens do comando para os seus compatriotas na proa, encarregados das operações nas âncoras (informação verbal).⁴

Mais uma vez, percebemos que o lucro de uns pode ser o prejuízo de muitos. No caso acima relatado, sabe-se que o prejuízo foi mínimo e apenas para os particulares envolvidos naquela manobra. Entretanto, o prejuízo ambiental seria enorme caso o acidente da navegação tivesse causado derramamento no mar. Nesse caso, perderia a humanidade!

O relatório de 2013 da *United Nations Conference on Trade and Development* – UNCTAD, apresentado pelo Sindicato Nacional de Empresas de Navegação Marítima –

⁴ Entrevista concedida por Prático dos Portos, no Brasil, em 2014.

SYNDARMA – (ONU, 2014) informa que, das 37.817 embarcações do mundo, 23.182 são usuárias de BDC, sendo a Grécia o país com a maior frota controlada. O Brasil figura em 21º lugar, visto que 108 de suas 202 embarcações estão na mesma situação.

No Brasil, a fiscalização das embarcações nos portos é feita pela Coordenação Nacional de Inspeção do Trabalho Portuário e Aquaviário, subordinada ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Em entrevista à Revista da ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), em 2006, a coordenadora nacional, Vera Lúcia Ribeiro de Albuquerque, informou que recebeu 33 denúncias de irregularidades em embarcações (MENDES, 2014):

“Este número já foi bem superior, principalmente no porto do Rio de Janeiro”, afirma. E os dados brasileiros confirmam as denúncias do ITF: os navios com problemas são os de bandeira de conveniência, normalmente aqueles com cargas de pouco valor agregado. **“Nunca tivemos problemas com navios de registro diferente das bandeiras de conveniência”**, afirma. (original não grifado)

Em sua edição de julho de 2014, a revista do *International Maritime Pilots’ Association* – IMPA - apresenta matéria intitulada “Problemas de Linguagem contribuiu para a colisão de navios da CMA CGM”⁵ (PORTER, 2014):

Chamadas de rádio em mandarim deixaram o oficial de quarto filipino sem compreender o acordado entre os oficiais chineses dos navios. Problemas de linguagem contribuíram para um acidente no ano passado quando um navio contêiner da CMA CGM colidiu com um graneleiro após os oficiais de cada navio terem se comunicado em mandarim.

O fato deixou o oficial de quarto do 5,100 teu CMA CGM Florida, de nacionalidade filipina, alheio ao que, exatamente, havia sido acordado pelo seu colega de bordo chinês que havia conversado com a tripulação do 175,569 dwt Chou Shan enquanto os dois navios se aproximavam um do outro a 140 milhas a leste de Shanghai em março de 2013. O resultado do mal entendido foi o abaloamento entre os dois, suportando cada um o seu prejuízo. [...] Não houve feridos dentre os 24 tripulantes de cada navio, mas cerca de 610 toneladas de óleo bruto foram derramadas do navio contêiner registrado no Reino Unido.

5 “Language problems contributed to CMA CGM ship collision”. “Radio calls in Mandarin left Filipino officer-of-the-watch unaware of Chinese officers agreement. Language problems contributed to an accident last year when a CMA CGM containership was in collision with a bulk Carrier after officers on each ship had talked to each other in Mandarin. That left the Filipino officer-of-the-watch on the 5.100 teu CMA CGM Florida unaware of exactly what had been agreed by his Chinese colleague who had been conversing with the crew of the 175,569 dwt Chou Shan as the two ships approached each other some 140 miles east of Shanghai in March 2013. The resulting misunderstanding led to a collision between the two, with each ship sustaining damage. [...] There were no injuries to any of the 24 crew on each vessel, but some 610 tonnes of heavy fuel oil spilled from the UK-registered containership.” (tradução livre das articulistas)

A matéria conta ainda que o navio *CMA CGM Flórida* havia deixado o porto de Yang Shan, na China, no dia anterior e estava indo em direção Pusan, na Coreia. Já o graneleiro *Chou Shan* ia de Qinhuangdao, na China, para a costa leste da Austrália. O relatório da *Marine Accident Investigation Branch* (MAIB, 2014) emitido em 01/05/2014, afirma que os problemas de segurança identificados foram:

- a) O Rádio VHF foi indevidamente usado por ambos os navios para evitar colisões. A negociação de uma manobra por rádio VHF, nesses casos, é contrária ao protocolo estabelecido pelo art. 15 das COLREGS;
- b) Comunicações de rádio VHF foram conduzidas em mandarim e não foram totalmente traduzidas para o Inglês a fim de permitir que o OOW (*Officer of the Watch*)⁶ do navio entendesse o que havia sido tacitamente acordado;
- c) Uso de prioridade AIS. A lista de alvos múltiplos do AIS incentivou o OOW a concentrar-se nos navios com a menor CPA (*Closest Point of Approach*)⁷ ou intervalo, em detrimento da manutenção de uma visão mais estratégica da situação do trânsito;
- d) A dificuldade de relacionamento entre as duas culturas a bordo do CMA CGM Florida dificultou em muito a execução das manobras adequadas para evitar o abalroamento.

Como se demonstrou, são várias as questões advindas do uso do sistema BDC que precisam ser estudadas. Porém, fica evidenciada a dificuldade de comunicação entre culturas tão distintas demonstrada no exemplo do acidente entre os navios CMA CGM Florida e o Chow Shan. Certamente, essa dificuldade é muito mais agravada no dia a dia a bordo, tornando o relacionamento entre os tripulantes e os oficiais muito mais delicado, especialmente quando há autoridade hierárquica, como nesse caso.

Em artigo publicado na Revista ANAMATRA, Daniele Mendes (2014) expõe as dificuldades vividas pelos marítimos enquanto embarcados em navios registrados em regime de BDC:

A ausência de aplicação de normas mínimas de segurança e a falta de material de trabalho, equipamentos de proteção, remédios e até de alimentação são parte da rotina de muitos marinheiros mercantes que trabalham embarcados. Com exceção das escassas empresas que se comprometem com o bem-estar do trabalhador marítimo e com o cumprimento das leis

6 Oficial de quarto - trata-se do oficial de plantão naquele momento. O período de plantão de um oficial a bordo dos navios é chamado de “quarto”. Essa expressão foi lapidada com fundamento no fato de que o serviço de um oficial era de seis horas, ou seja, ¼ do dia. Daí, oficial de quarto. (nota das articulistas)

7 Closest Point of Approach - ponto mais próximo de aproximação. (nota das articulistas)

trabalhistas, o número de embarcações substandard (de baixo padrão) é bastante alto em todo o mundo.

Estudos da Organização Internacional do Trabalho (OIT) apontam que o maior problema com relação às condições de trabalho a bordo de navios reside nas chamadas bandeiras de conveniência.

Esses navios apátridas ferem os preceitos da Organização das Nações Unidas (ONU) que estabeleceu, em 1982, a “Convenção ONU sobre Direito Marítimo”. Nessa convenção, foi instituída a obrigação de o Estado “exercitar eficazmente sua jurisdição e controle dos assuntos administrativos, técnicos e sociais sobre os navios de suas respectivas bandeiras”.

Em embarcações com bandeiras de conveniência as condições de higiene são precárias, colocando em risco a vida e a saúde da população. Nesses navios os tripulantes se submetem a situações muitas vezes constrangedoras.

De acordo com o coordenador regional de Bandeiras de conveniência da Federação Internacional dos Trabalhadores em Transportes (ITF), Luiz Fernando de Lima, “há casos em que o tripulante é abandonado e fica à mercê do destino e da própria sorte, até que a ITF e seus afiliados encontrem uma solução para o problema, já que o armador se eximiu da responsabilidade e o próprio Estado da bandeira se omitiu em prestar a devida assistência”. (grifo nosso)

No extrato, a articulista demonstra a consciência mundial quanto aos problemas advindos do uso de BDC no que tange aos tripulantes embarcados. O mundo está, há muito tempo, incomodado com a falta de fiscalização trabalhista por parte dos países concessores de BDC, consubstanciando-se num completo desprezo pelas normas nacionais e mundiais e pelos direitos humanos.

O premiado filme estadunidense *Capitão Phillips* (COLUMBIA, 2013), estrelado por Tom Hanks, traz como tema principal a difícil e controvertida situação da pirataria no mundo, em especial na costa da Somália. Porém, não deixa o autor de mencionar as dificuldades vividas pela marinha mercante, no caso, a americana.

O protagonista, logo no início da película, quando se despedia de sua esposa para iniciar a viagem que fundamentou a história, preocupado com o futuro de um dos filhos, lamentou o fato deste não seguir a sua carreira na marinha mercante americana. Porém, em melhor reflexão, logo afirmou ser a opção do filho mais adequada devido à terrível situação que os novos marítimos têm encontrado nos navios, principalmente os que ostentam BDC.

Diante do exposto, se pode enumerar pelo menos cinco externalidades negativas pelo uso de BDC:

1. Deixa de levar divisas para o seu Estado de origem;

2. Essas divisas podem também não ser direcionadas ao Estado de registro do navio, optando o armador por se estabelecer no país que lhe cobre menor valor de impostos;
3. Ameaça ao desenvolvimento da Marinha Mercante e da frota nacional, com o afastamento de oportunidades de emprego;
4. Violação dos direitos dos trabalhadores marítimos; e
5. Constante ameaça ao meio ambiente, patrimônio da humanidade.

Num breve histórico sobre a Marinha Mercante no Brasil em seu site, o SYNDARMA avisa sobre a diminuição tanto da frota mercante quanto da receita que consequentemente seria trazida para o Brasil (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2014):

A receita gerada pelos fretes no transporte marítimo internacional no Brasil gira em torno de US\$ 6 bilhões, com tendência de crescimento. No entanto, o número de navios próprios e afretados nesta atividade vem caindo: de 1995 para 2000, o percentual de navios próprios baixou de 8% para 3%; o de embarcações afretadas diminuiu três pontos percentuais, passando de 18% para 15%. Na mão contrária, estão os navios de bandeira estrangeira, cuja participação no comércio exterior brasileira aumentou de 74% para 82%.

5.2. Dos Casos Concretos de Ameaça ao Meio Ambiente

Os inúmeros acidentes ocorridos com embarcações que elegeram a BDC e os consequentes danos ao meio ambiente demonstram a necessidade urgente de medidas mais drásticas de controle para a garantia dos direitos humanos de terceira geração. Destes, pode-se elencar algumas das embarcações de acordo com seus países de registro:

- A. De bandeira liberiana:
 - a) O navio *Rena* que, em 2010, encalhou na costa da Nova Zelândia derramando no mar, além de 70 contêineres, uma mancha de óleo de 22 quilômetros;
 - b) O encalhe do Petroleiro *Sea Empress* na costa do País de Gales derramando no mar 70 mil toneladas de óleo e matando 25 mil aves marinhas em 1996;
 - c) O Petroleiro *Braer*, em 1993, derramou mais de 84 mil toneladas de petróleo no mar devido ao mau tempo que o fez encalhar nas rochas na costa da Grã-Bretanha formando uma mancha negra ao longo de 40 km da costa;
 - d) Mais uma maré negra causada pelo Petroleiro *Amoco Cadiz* em 1978 que derramou 230 mil toneladas de petróleo cru devido ao seu naufrágio próximo à costa da França;

- e) 90 mil toneladas de petróleo foram derramadas ao longo da costa da África do Sul devido ao abaloamento dos Petroleiros *Texanita* e *Oswego Guardian* com a consequente explosão e naufrágio do segundo em 1972. A explosão foi tal que vidraças a 40 milhas da costa foram quebradas, resultando ainda na morte de trinta e três pessoas do *Texanita* e uma do *Oswego Guardian*;
- f) Em 1967, as costas inglesas e francesas foram atingidas por uma mancha negra de 300 km² devido ao derramamento de 183 mil toneladas de petróleo em consequência do encalhe do navio *Torrey Canyon*.

B. Das Ilhas Marshall:

Em 2010, a Plataforma *Deep Water Horizon* causou dano ambiental inestimável na costa mexicana.

C. Das Bahamas:

O fatídico acidente do Petroleiro *Prestige*, em 2001, deixou um rastro de óleo ao longo da costa da Galícia, naufragando próximo ao litoral da Espanha, contaminando as águas com aproximadamente 20.000 toneladas de combustível e trazendo enorme prejuízo à pesca daquela região.

D. Da Ilha de Malta:

Em 1999, o Petroleiro *Érica* que, partindo-se em dois, próximo à Costa da Bretanha Francesa, derramou 20 mil toneladas de óleo no mar, afetando mais de 400 km do litoral francês.

E. Do Chipre:

A explosão do Petroleiro *Haven*, em 1991, no Mar Mediterrâneo com o derrame de 30.000 toneladas de petróleo na costa de Gênova/Itália. Em seguida, o navio naufragou sem se partir evitando uma catástrofe ainda maior.

F. De Madagascar:

Em 1980, o Petroleiro *Tanio* partiu-se em dois, próximo à Finisterra, causando a morte de oito marinheiros. A parte da proa naufragou com oito mil toneladas de óleo cru nos tanques.

Em estudo mais apertado de cada um dos inquéritos desses acidentes, se conclui pela falta de observação das leis de segurança, a falta de preparo da tripulação e do comando assim como o desdém com a manutenção da própria embarcação. Eliane Octaviano Martins (2009) apresenta as principais causas dos acidentes da navegação que resultam em derramamento de petróleo:

Os acidentes da navegação que resultam em derramamento de petróleo e derivados são causados por inúmeros fatores. São evidenciadas as seguintes

causas: i) erro humano da tripulação ou decorrentes de instruções da praticagem; ii) incêndio, explosões e fenômenos da natureza (fortuna do mar); iii) estado precário de navegabilidade e casco simples; iv) idade dos navios; v) adoção de bandeiras de conveniência (BDC); vi) preocupação com a competitividade em detrimento da segurança; vii) descumprimento de normas de segurança.

6. Conclusões

O assunto em estudo é polêmico, pois se encontra entre interesses financeiros de particulares, muitas vezes de Estados, e o direito da humanidade. Parece que alguns insistem em trazer reminiscências da Revolução Industrial que motivou a construção dos direitos de segunda geração, os direitos sociais. No mundo atual, não há mais espaço para tal regressão.

Como se demonstrou, a prática das bandeiras de conveniência, em razão de variantes múltiplas, muitas vezes, é fator contribuinte para causa de acidentes, com danos ao meio ambiente marinho. Tal fato é frontalmente colidente com o primeiro princípio da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, que afirma ser direito do homem uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza.

Infelizmente, torna-se verdadeira a afirmação da epígrafe desse artigo “A conveniência de uns é a inconveniência de outros” (CORTELLINI, 2014).

O desafio encontra-se em não permitir que a prática do uso de bandeiras de conveniência em navios mercantes, perfeitamente aceita pelas regulamentações internacionais, seja travestida num tipo de pirataria. Os benefícios esperados por essa boa ação estão longe de ser alcançados da forma como vem sendo realizada.

Parece que apenas pelo esforço de todos, países e organizações não governamentais, se poderá alcançar uma governança adequada para a proteção desses direitos humanos. Cabe, porém, às autoridades de todos os Estados evitarem tal violação com poder coercitivo, impondo sanções consubstanciadas em multas e medidas de segurança.

7. Referências

- CENTRAL Intelligence Agency. The World Factbook.* In: Disponível em: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/li.html>. Acessado em: 10/10/2014.
- COLUMBIA Pictures. Captain Phillips.* Direção: Paul Greengrass. Produção: Michael De Luca, Dana Brunetti e Scott Rudin. Roteiro: Billy Ray. Elenco: Tom Hanks, Barkhad Abdi e outros. Música: Henry Jackman. Estados Unidos, 2013. Color, 134 min.

- CORTELLINI, LA. **Pensador UOL**. Disponível em: <http://pensador.uol.com.br/autor/lacortellini/>. Acessado em: 10/11/2014.
- INTERNATIONAL TRANSPORT WORKERS' FEDERATION. **Flags of Convenience: Avoiding the rules by flying a convenient flag**. Disponível em: <http://www.itfglobal.org/en/transport-sectors/seafarers/in-focus/flags-of-convenience-campaign/>. Acessado em 14/10/2014.
- LANGEWIESCHE, William. **The Outlaw Sea: A World of Freedom, Chaos, and Crime**. New York: North Point Press, 2005.
- MAIB. Relatório da MAIB. **Marine Accident Investigation Branch Report**. Disponível em: http://www.maib.gov.uk/cms_resources.cfm?file=/CMACGMFlorida_Report.pdf. Acessado em: 05/11/2014.
- MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. V. I – Teoria Geral, 4 ed. Barueri: Manole, 2013.
- _____. (Org.). **Vade Mecum de Direito Marítimo**. Barueri: Manole, 2015.
- _____. Desenvolvimento Sustentável e Transportes Marítimos. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/182-211-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/182-211-1-PB%20(1).pdf). Acessado em: 02/10/2014.
- _____. Propriedade de navios e a adoção de bandeira de conveniência. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6840. Acesso em 05/10/2014.
- MENDES, Daniele. Sobrevivendo à Marinha Mercante. **Revista ANAMATRA**. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/uploads/magazine/00000454.pdf>. Acessado em: 04/10/2014.
- ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, art. 1º. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acessado em 01/05/2015.
- _____. **Relatório da United Nations Conference on Trade and Development**. In: Sindicato Nacional das Empresas de Navegação Marítima. Disponível em: http://www.syndarma.org.br/upload/Estatistica%20de%20navega__o%20internacional%202013.pdf. Acessado em: 03/10/2014.
- PADILHA. Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- PORTER, Janet. **The International Pilot**. Issue 36. London., IMPA, July 2014. Disponível em: <http://pt.calameo.com/read/000311559b596ac181eb0>. Acessado em: 04/10/2014.

*TRANSPARENCY International, The global coalition against corruption. **Corruption Perceptions Index 2010.*** Disponível em: <http://www.transparency.org/cpi2010/results>.
Acessado em: 10/10/2014.

A MOBILIZAÇÃO SOCIAL COMO REAFIRMAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA: A FRATERNIDADE COMO EXPRESSÃO DE UMA NOVA CULTURA RELACIONAL

HELEN CRYSTINE CORRÊA SANCHES

Doutora em Direito pelo Programa de Pós-graduação do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina- UFSC- Brasil. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade da UFSC.

DEISEMARA TURATTI LANGOSKI

Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina- UFSC- Brasil. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade da UFSC.

Resumo

A democracia consubstancia-se em um direito fundamental dos cidadãos. Democracia e participação se aprimoram e se complementam, uma vez que não há democracia sem a participação ativa e consciente do povo no processo político. Esta participação democrática perfaz-se por instrumentos, que possibilitam o exercício da cidadania, entre eles, destacam-se os movimentos sociais. Existe uma relação direta do movimento social com a democracia, aquele existe apenas em sistemas democráticos, enquanto que a democracia exige a participação da sociedade civil nos espaços estatais. O movimento social consiste em uma organização estruturada com o intuito de agregar pessoas para a defesa ou promoção de direitos, contendo identidade social e forma peculiar de pensar e agir coletivamente para alcançar o bem comum e uma nova ordenação da vida. As particularidades do movimento social, permitem vislumbrar que a expressão maior da participação cívica contribua para uma mudança cultural na sociedade, uma vez que, com objetivos comuns, as diversidades são superadas fomentando uma relacionalidade, que tenha por escopo a ética, a partilha e a fraternidade. Com a compreensão da fraternidade em seus diversos desdobramentos - histórico, político, jurídico, ético – a análise permite indicar como a fraternidade contribui para que a pessoa respeite o outro, aceite as diferenças socioculturais e econômicas, com ênfase ao senso de pertencimento coletivo. Nesse sentido, este artigo tem a finalidade de verificar se tomam parte dos movimentos sociais e coopera na construção de uma nova cultura relacional, que seja mais humana, justa e fraterna.

Palavras-chave

Mobilização social; Participação democrática; Fraternidade; Cidadão.

Abstract

Democracy represents a fundamental right for citizens. Democracy and citizen participation are developing and they complement each other, given that there is no democracy without the active and conscious participation of citizens in the political process. This democratic participation occurs through tools that enable the practice of citizenship, and, among them, the social movements stand out. There is a direct relationship between the social movements and democracy: whilst the social movements exist only in democratic systems, democracy requires the participation of civil society with the state. The social movements consist on a structured organization that has the purpose of uniting people to defend and promote rights, containing social identity and a particular way of thinking and acting collectively to achieve the common good and a new sort of life. The particularities of the social movements let one glimpse that the major expression of civic participation contributes to a cultural change in society, given that, with common goals, the differences are overcome, encouraging a relatedness which looks for ethics, sharing and fraternity. The understanding of fraternity in its various forms – historical, political, legal and ethical – contributes to a development in respect among people, acceptance of socio-economic and cultural differences, emphasizing the feeling of a group belonging. This way, this article aims to analyse social movements and its cooperation in building a new relational culture, more Humane, Fair And Fraternal.

Key words

Social Mobilization; Democratic Participation; Fraternity; Citizen.

1. Introdução

A participação democrática consiste em um princípio valorativo, imprescindível para o bom funcionamento do Estado, de modo a direcionar as políticas públicas ao bem comum, culminando no pleno exercício da cidadania.

Clama-se o cidadão, para que utilizando-se dos instrumentos legais de participação popular, exerça-os civicamente a fim de que haja o controle e respeito aos direitos, deveres e garantias constitucionais, sem olvidar o bem-estar coletivo.

Contemporaneamente, a sociedade, os grupos de pessoas estão unindo-se por finalidade comuns, reivindicando espaços públicos para suas manifestações, no sentido de fazer valer os anseios e aspirações na forma grupal. Esta modalidade consubstancia-se nos movimentos sociais, instrumento de participação na gestão pública.

Contudo, a sociedade em geral, busca uma nova forma de relacionar-se coletivamente, baseada nos processos dialógicos, do não uso da força e com a retomada de valores que outrora fizeram ou fazem parte da humanidade, mas que pelo desenvolvimento globalizado, acabaram sendo deixados de lado, como a fraternidade.

Para atingir o objetivo firmado, dividiu-se o trabalho em quatro partes. Primeiro, pretende-se trazer uma breve introdução sobre o tema da participação democrática e os diversos meios que o cidadão possui a seu dispor para exercê-la, conforme o preconizado na Constituição brasileira de 1988. Na sequência, abordam-se o assunto dos movimentos sociais, que constitui-se uma das formas de participação popular em proeminência na atualidade e, concomitantemente sua importância para a construção de uma nova cultura relacional, a partir da ideia do compartilhamento coletivo.

Em outro momento, passa-se a tratar da fraternidade, sua compreensão enquanto categoria histórica, política, jurídica e ética e, como escopo deste estudo, configura-se como o fio condutor da mudança relacional. Por fim, estabelece-se um paralelo com a práxis dos movimentos sociais, para verificar se a fraternidade, detém a capacidade de ser o norte para se alcançar uma sociedade mais justa, fraterna, humana e equitativa, cuja atenção esteja voltada para o bem da coletividade.

2. A Participação Democrática: Breve Introdução

Duas democracias compõem o modelo democrático: a participativa e a representativa. Ambas enfrentam sua própria história e fórmula, sendo que a democracia participativa passa a ganhar características próprias em face das dificuldades enfrentadas pelo modelo democrático liberal (democracia representativa), com o intuito de avigorar os aparelhos de controle a respeito do desempenho estatal. Neste sentido aponta Perez (2004, p. 32) que,

Para tanto, a democracia participativa conta com instrumentos institucionais até certo ponto novos (iniciativa de leis, referendo), que importam na modificação do modo de atuação de todos os poderes estatais e na alteração do relacionamento Estado-sociedade.

Na atualidade, a participação democrática possui ampla importância, sendo considerada condição para a efetiva concretização do sistema da democracia, ou seja, denota a abertura estatal a uma extensa participação popular ao inverso do que se acolhia no modelo de democracia genuinamente representativa.

Isto significa a participação ativa do cidadão no exercício de todas as funções estatais, participação esta que a pessoa deve adotar desde que possua os pré-requisitos da vontade, predeterminação e consciência cívica. Significa dizer que os cidadãos são “fontes autônomas

de reivindicações fundadas, melhor dizendo, devem ser participantes ativos da vida política para que se preserve a continuidade da democracia” (PEREZ, 2004, p. 33).

A participação democrática é indispensável para o adequado funcionamento do Estado, a fim de direcionar as políticas públicas ao bem da coletividade. “Tal direito, portanto, determina uma maior contribuição dos cidadãos na tomada de decisões referentes ao Estado. Fala-se, destarte, em processualização das decisões administrativas e da formação de sua vontade” (SCHIER, 2002, p. 74).

Participar ativamente consiste em um pressuposto da vida social democrática e configura-se como uma obrigação intrínseca à qualidade de cidadão (DALLARI, 2004, p. 89-90). Corroborando com este pensamento, Modesto (2005) sintetiza a participação democrática como:

[...] interferência no processo de realização da função administrativa do Estado, implementada em favor de interesses da coletividade, por cidadão nacional ou representante de grupos sociais nacionais, estes últimos se e enquanto legitimados a agir em nome coletivo. (grifos do autor).

Wolkmer (1992, p. 59) esclarece que esta tomada de parte dos cidadãos no Estado expressa “a sociedade civil organizada pela plena participação democrática e pelo autêntico exercício da cidadania popular.” Com efeito, Schier (2002, p. 74) diz: “[...] o direito de participação contribui para a alteração do poder e para a mudança das relações de domínio, é um direito que une e integra os homens, transformando-os em uma comunidade de sujeitos ativos.”

Decorrente da democracia, admissível pela Constituição brasileira de 1988, a participação já perfaz um válido e perfeito princípio jurídico, consistindo em condição para a consolidação da ordem democrática (PEREZ, 2004, p. 34-35). No art. 1º, da Constituição Federal de 1988¹, encontra-se o dispositivo que assegura ao cidadão o direito de participação, “dando-lhe a natureza de direito fundamental e situando-o concretamente a partir de sua dupla dimensão: “a democrática (na qual ele concretiza o princípio Democrático) e de controle (na qual ele efetiva o princípio do Estado de Direito)” (SCHIER, 2002, p. 76).

Cléve *apud* Schier (2002, p. 111)² apresenta o cenário dos instrumentos de participação, de acordo com a Constituição brasileira de 1988, qualificando a participação segundo o exercício deste direito pelo cidadão:

-
- 1 Constituição Federal. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.
 - 2 Os parágrafos seguintes terão por base os ensinamentos de Cléve *apud* Schier, 2002, p. 112-129.

Inicialmente, tem-se o cidadão como eleitor, “é através do voto direito que se perfaz o controle mais direto do poder público pela população”. Em seguida, considera-se o cidadão como agente do poder, que abarca todas as pessoas que ingressam como servidores no poder público, aqui se enquadram os ocupantes de cargos efetivos, cargos em comissão e as contratações por excepcional interesse público.

Outra forma de participação consiste no cidadão colaborador na gestão privada de interesses públicos, são os casos de delegação de serviços públicos a particulares (concessão, permissão e autorização), subscrição pelo particular de ações de sociedade de economia mista, exercício de funções e cargos honoríficos, trabalhos da defesa civil, prática de mutirões para a construção de obras públicas ou de interesse público e participação em conselhos ou colegiados de órgãos públicos.³

Considera-se também a participação do cidadão seduzido, mediante a realização de ação conjunta do Estado e cidadão com finalidade pública, tais como, isenções fiscais, concessão de crédito, doação de imóvel, entre outras. Há ainda a situação do cidadão censor, quando “o cidadão para exercer diretamente o controle das atividades do poder público”, utiliza, por exemplo, o direito de petição (art. 5º, XXXIV da CF/88); Nesta categoria, no âmbito do Poder Judiciário, encontra-se a legitimidade na proposição da ação popular (art. 5º, LXXIII), a ação de inconstitucionalidade genérica ou por omissão, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo”.

Existe também a possibilidade do “cidadão como propriamente participante” do Estado, seja no âmbito político ou administrativo. No campo político a participação direta é exercida por meio do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular (art. 14 da Constituição Federal de 1988). E, administrativamente, constatam-se situações em que “ocorre uma participação de fato, ou seja, não é regulada pelo direito, mas que, de uma forma ou de outra, influencia na decisão administrativa”⁴. Enquadram-se neste modelo, os movimentos

3 Os colegiados são também denominados Conselhos e têm guarida na Constituição Federal de 1988. Moreira Neto diz que “as legislações ordinárias poderão criar colegiados públicos como órgãos permanentes na estrutura da Administração Pública, tanto federal, como estadual e municipal, desde que a iniciativa seja dos respectivos Chefes do Poder Executivo, nos termos do art. 61, § 1º, II, “e” c.c. o art. 48, XI, da CF/88.” Neste sentido, encontra-se o art. 89, VII da CF/88 que prevê a criação do Conselho da República, já na legislação infraconstitucional, como exemplo tem-se a previsão do Conselho Nacional da Educação, o Conselho de Defesa dos Direitos Humanos, além de órgãos colegiados nas universidades, com representantes do corpo docente, discente e funcionários. “Assim, os conselhos são instrumentos que auxiliam a concretização da democracia na medida em que são *locus* de debate de questões relevantes para a comunidade, servindo, portanto, a “instrumentalizar as mais diversas vozes sociais.” (SCHIER, 2002, p. 113-116).

4 Quanto às formas reguladas de participação no âmbito administrativo, a CF/88, refere-se aos seguintes: garantia de participação dos trabalhadores em empregadores nos colegiados de órgãos públicos de seu interesse (art. 10); a eleição de um representante dos empregadores, em empresas que contem com mais de duzentos empregados, para promover o entendimento direito com os empregadores (art. 11), a participação dos interessados na gestão administrativa da previdência social (art. 194), a gestão democrática do

populares, os movimentos sociais reivindicantes, as manifestações de rua, a coleta de opinião, o debate público. Incluem-se também nesta modalidade de participação democrática a audiência pública e o *ombudsman*⁵. Por fim, como espécie de participação inclui-se o inquérito civil e a denúncia aos tribunais ou conselhos de contas. (MOREIRA NETO *apud* SCHIER, 2002, p. 128-129).

Nader (1997, p. 21) sintetiza dizendo que a vida social configura-se um processo de adaptação, uma vez que “para atingir a plenitude do seu ser, o homem precisa não só da convivência, mas da participação na sociedade.” Deste afazer participativo cívico e ativo, retira proveitos para sua vida individual, geram benefícios para toda a coletividade e tem o condão de causar a promoção humana e a justiça social.

No próximo item, abordam-se em específico os movimentos sociais, a fim de verificar se este instrumento de participação democrática possui o condão de permitir que as relações humanas e sociais sejam de fato partilhadas em uma perspectiva de mudanças na relacionalidade.

3. Mobilização Social: Experiência de Relacionalidade Compartilhada?

A participação democrática na elaboração, prática e fiscalização das políticas públicas contribui para elevar tanto a efetivação e inclusão das ações estatais, bem como o estabelecimento dos movimentos sociais enquanto práxis e experiência dos sujeitos e atores sociais no espaço de compartilhamento relacional.

Na contemporaneidade os movimentos sociais expandiram os espaços de interlocução com o Estado, entre estes locais, destacam-se: conferências, conselhos, ouvidorias, mesas de diálogo etc., os quais inovam no exercício para a efetivação do sistema de democracia participativa.

Frise-se que, propostas conjunturais importantes para a coletividade, acabaram sendo determinadas e implementadas por meio do diálogo com os pares e da extensa e aberta negociação com os movimentos sociais. Neste sentido Pires (2011, p.3) ressalta:

Estes espaços de participação criados tem gerado oportunidades para atores sociais, grupos, movimentos, associações localizarem suas

ensino (art. 206, VI), a possibilidade de participação da comunidade na defesa do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, § 1º), a cooperação de associações representativas no planejamento municipal (art. 29, X).

5 No Brasil não existe previsão constitucional para este instituto, porém suas funções acham-se previstas na CF/88, como por exemplo, junto aos Tribunais de Contas, Ministério Público e Comissões do Congresso Nacional. É através da audiência pública que “[...] é assegurado ao cidadão o direito de ser ouvido e, com isso, influenciar na tomada de decisões na esfera administrativa, interferindo na elaboração de projetos, políticas e regulamentos.”

demandas. São grupos que, frequentemente, por representarem minorias políticas, têm grande dificuldade de levar suas demandas aos legisladores e formuladores de políticas públicas.

Afirma Dallari (2004, p. 66-67) que a natureza do ser humano é associativa e que o coletivo, especialmente quando se trata de grupos economicamente fracos ou socialmente marginalizados, possuem mais força e entusiasmo do que se a reivindicação partir de forma individual, por isto que os direitos de associação e reunião constam nas Constituições como direitos fundamentais da pessoa humana.

Nesta conjuntura, políticas de desenvolvimento, geração de emprego e renda, inclusão social, saúde, educação, meio ambiente, segurança pública, defesa da igualdade dos direitos das mulheres, de minorias sexuais, dentre tantas outras, são exemplos de mobilizações populares organizadas que tem se intensificado nos últimos anos em benefício de determinada finalidade política.

Os movimentos sociais não são um fenômeno novo, eis que se revelam no decorrer da história da humanidade, ou seja, pode-se auferir que desde a descoberta pelo homem de suas potencialidades para agir, se reconhece em coletividade e se movimenta com seus pares dividindo anseios, angústias e emoções, buscando assim a construção da vida que lhe proporcione liberdade e autonomia.

Mafra (2010, p. 107) afirma que as mobilizações sociais são tidas como emancipatórias, constituindo-se em um “processo político, essencial numa sociedade democrática,” uma vez que “[...] se norteiam por princípios de autonomia e participação, no sentido de constituir sujeitos capazes de interferir no mundo e construir a própria realidade.”

De acordo com Toro e Werneck (1996, p. 5) “Mobilizar é convocar vontades para atuar na busca de um propósito comum, sob uma interpretação e um sentido também compartilhados.”

A atuação mobilizadora requer a organização de pessoas envolvidas em contextos peculiares e vinculados em determinada causa social e desde que essas tenham a habilidade em compartilhá-la com outras pessoas, a fim de que possa haver reelaboração da realidade vivenciada e do cotidiano da sociedade.

Mafra (2010, p. 117) apresenta, em síntese, tópicos relevantes decorrentes do processo de mobilização social:

1. Elemento constituinte das principais práticas sociossubjetivas contemporâneas, permitindo aos sujeitos postura de liberdade e autonomia na configuração de suas redes de relações e interações;
2. Fomenta a participação de sujeitos, por meio de processos de identificação e vinculação intersubjetivos e compartilhados;

3. Acordo entre sujeitos por determinada causa, a fim de compartilhar sentimentos, conhecimentos e responsabilidades para a modificação de uma dada realidade;
4. Uma técnica comunicativa de organização de expectativas compartilhadas e adaptadas intersubjetivamente.

Pode-se auferir que o movimento social é uma organização estruturada com a intenção de reunir o maior ou menor número de pessoas para a defesa e promoção de determinadas situações. Verifica-se a presença de uma identidade social e uma forma particularizada de pensar e agir coletivamente, buscando a ordenação da vida.

Com caráter educativo, assimilável aos seus participantes e à sociedade de forma ampliada, as mobilizações populares, resultam em metodologias emancipatórias de construção da cidadania político-social, por isto que existe relação direta com a democracia participativa.

A participação da população nas mobilizações torna-se mais significativa quando atender os interesses e necessidades almejadas pelos grupos, como instrumento da cidadania coletiva – onde pugnam pelo benefício de todos.

Baggio (2009, p. 85) afirma que existe vinculação entre a ideia de fraternidade com a de cidadania, uma vez que experimentações já evidenciaram que o exercício da participação democrática fomenta possibilidades hermenêuticas e práticas fraternais na dimensão relacional, possibilitando a “construção de novas identidades de povo”.

Para alcançar a solução adequada dos problemas político-sociais em conexão com a cultura democrática é necessário a participação ativa dos cidadãos com a redefinição dos desígnios da vida cotidiana, quer dizer, “[...] de forma que recuperem e atualizem a ideia de ‘bem comum’: isso deve ser compreendido por todo cidadão como um dos ‘bens’ essenciais que compõem seu horizonte de bem pessoal” (BAGGIO, 2009, p. 89).

Essa participação desempenha-se na forma de mobilização, que no entendimento de Baggio (2009, p. 89), constitui-se “todas as vezes que estão diretamente em jogo os direitos e os interesses de uma comunidade local ou categoria de cidadãos”. Nesta perspectiva de atuação cívica, desafios são colocados para serem superados e afrontados:

[...] o primeiro está ligado à eficácia efetiva dos princípios universais da democracia nas sociedades contemporâneas; o outro, à possibilidade de uma ética compartilhada, sem a qual não é possível estabelecer um ‘bem comum’ da sociedade. (BAGGIO, 2009, p. 89)

A inclinação e habilidade do cidadão de desempenhar processos decisórios que acarretem a diversidade dos códigos éticos e culturais da cidadania ampliam a

abrangência do bem comum, abarcando as determinações que envolvem a sociedade, por meio da partilha e participação das experiências morais. Igualmente, “a decisão participada entre culturas diferentes no espaço público” provoca, segundo Baggio (2009, p. 90),

[...] a necessidade de dar um novo fundamento à racionalidade, enfrentando o obstáculo representado pela diferença radical do *outro* e buscando, portanto, uma compreensão da categoria da alteridade que permita a “participação intensa” entre diferentes.

Esta metodologia de participação democrática nos movimentos sociais, produz uma abertura para o diálogo, o encontro e a discussão no ambiente público, envolvendo um processo deliberativo interativo e que possibilite o reconhecimento da diversidade e a aceitação do outro. Nestes termos, a ideia de participação política tem por finalidade “decidir juntos”, conforme preceitua Baggio (2009, p. 91).

Para Gohn (1995, p. 44), movimentos sociais,

[...] são ações coletivas de caráter sociopolítico, construídas por atores sociais pertencentes a diferentes classes e camadas sociais. Eles politizam suas demandas e criam um campo político de força social na sociedade civil. Suas ações estruturam-se a partir de repertórios criados sobre temas e problemas em situações de: conflitos, litígios e disputas. As ações desenvolvem um processo social e político-cultural que cria uma identidade coletiva ao movimento, a partir de interesses em comum. Esta identidade decorre da força do princípio da solidariedade e é construída a partir da base referencial de valores culturais e políticos compartilhados pelo grupo.

Os movimentos sociais na atualidade apresentam outras dimensões, além das melhorias sócio-econômicas, uma vez que a finalidade da ação humana consiste em alcançar a felicidade, mesmo que este objetivo difira quanto à natureza e finalidade de uma pessoa para outra. No entanto, a participação do cidadão em espaços públicos decisórios promove a consciência emancipatória e desperta para identidade coletiva e o reconhecimento da diversidade cultural.

Neste sentido, os movimentos sociais atuam primeiramente como intermediários na busca de respostas às questões levantadas no dia-a-dia, projetando-se para um ponto de vista mais ampliado que as dificuldades cotidianas, ou seja, traduz-se em uma experiência de relacionalidade humana compartilhada.

A seguir se apresenta um panorama dos estudos da fraternidade em sua dimensão histórica, ética, política e jurídica, a fim de relacioná-la com a participação democrática do cidadão na gestão estatal.

4. Fraternidade: Desdobramento Histórico, Ético, Político e Jurídico

Etimologicamente, a palavra fraternidade tem origem no latim *frater*, que significa “irmão” e expressa a ideia de “Laço de parentesco entre irmão e irmã. Laço de solidariedade e de amizade entre homens, entre membros de uma sociedade” (DICIONÁRIO AURÉLIO, 2008-2014) ou também, procede da palavra *fraternitas*, que de acordo com o Dicionário Larousse (2006, p. 1131), além dos significados mencionados, acrescenta: “[...] 3. Elo estreito entre pessoas pertencentes à mesma organização ou que participam do mesmo ideal. 4. Amor ao próximo”.

Na Bíblia, no Antigo e Novo Testamento, encontra-se a expressão irmãos referindo-se às pessoas que compõem a família, que são da própria tribo, que pressupõe a relação fraterna. A fraternidade aparece em inúmeras passagens bíblicas⁶ anunciando, especialmente, o conjunto das condições que permitem aos homens (como irmãos), deixar de lado as rivalidades para auxiliarem-se mutuamente, tolerando as diferenças, as pretensões, as limitações do outro. Nesta perspectiva ela constitui-se em objetivo de civilização e não uma circunstância natural e tem o condão de cumprir o mandamento de “amar a seu próximo como a si mesmo”, para isso é indispensável ultrapassar três impedimentos: amar a si mesmo, amar os outros e amar os outros como a si mesmo.

De acordo com Sá (2008, p. 30 - 31) o termo *fratria* deriva do grego *Phratría* e significa “irmandade”, sendo que no período precedente em Atenas constituía-se de um clã formado por uma família da nobreza e seus dependentes. Depois, as *phratríai* mudaram de posição e foram consideradas organizações religiosas que faziam cultos e relacionavam os cidadãos. *Phratría*, além disso, reporta-se à Clístenes, o fundador da democracia ateniense.

Pode-se dizer que o conhecimento elementar da fraternidade encontra-se nas ideias e formas de organização social e estatal apregoada pelos gregos, notadamente, por Platão (427-347 a.C.) quando, em sua obra “A República”, propõe que ninguém fosse capaz de identificar seu pai ou sua mãe, pois, acreditando-se irmãos, rejeitariam o uso da violência de uns contra outros. Sêneca (4 a.C.– 65 d.C.) já afirmava que viver era ser útil aos outros. Aristóteles (384-322 a.C.) com seu conceito de amizade política, defendia que os cidadãos se unem em consenso para instituir uma determinada comunidade política.

Na Idade Média a percepção cristã do termo fraternidade não se restringiu à questão espiritual. Existiam as confrarias cujos sentidos das palavras e signos religiosos mesclavam

6 Exemplos de fraternidade na Bíblia: Livros Bíblicos: do Gênesis, cap. 4, v. 2 e 9; cap. 13, v. 8; do Salmos, cap. 19, v. 13; do Deuteronômio, cap. 25, v. 3; cap. 1, v. 16; cap. 2, v. 4; do Mateus, cap. 5, vv. 43-48; do Lucas, cap. 10, v. 29; do Êxodo, cap. 2, vv. 11-22; cap. 6, cap. vv. 14-27; cap. 18, vv. 13-27; dos Números no cap. 7, vv. 10-89; do Atos dos Apóstolos, cap. 2, vv. 44-47; cap. 4, v. 32; cap. 11, vv. 27-30; dos Romanos cap. 15, v. 27.

e confundiam-se com uma estirpe profana. Nesta época, negociantes de várias cidades já se agregavam em comunidades, delineando o conceito de confraternização (confrarias - irmandades). Sá (2008, p. 32) assevera que a confraternização medieval, sob o ponto de vista histórico-conceitual, implica em dois marcos distintos:

1. São constatados vínculos fraternos de toda espécie, tanto espirituais como terrenos, que tendem a ser fixados institucionalmente. A consciência do sentimento fraterno foi articulada socialmente e encontrou sua expressão disseminada em diferentes formações sociais. A associação fraterna, na medida em que ultrapassa o vínculo de irmãos consanguíneos, sempre envolve, no mundo medieval, a união organizada para o exercício do sentimento fraterno, seja para fins religiosos, seja para fins terrenos; 2. As confrarias articuladas socialmente resultaram de um evidente e dominante componente cristão.

As irmandades se ampliaram até serem consideradas ameaças para a Igreja Católica, que ambicionava manter o privilégio exclusivo da fraternidade. O concílio de Avignon, de 13 de junho de 1326, impede as irmandades leigas. No entanto, no ano de 1722, a fraternidade ficará no cerne das Constituições de Anderson, que instituem a maçonaria (SÁ, 2008, p. 34).

O conceito de fraternidade continua a ser um conceito indefinido, impreciso e duvidoso, parece mais uma quimera reservada às Igrejas e às irmandades, completamente distante da atuação política, sem dimensão alguma, meramente subjetiva, ao inverso das considerações dadas para a liberdade e a igualdade. Kant (1724-1804), no término do século XVIII, trata a fraternidade com a alcunha de “hospitalidade universal”, fazendo referência ao encanto experimentado quando se recebe um imigrante, se cumpre a obrigação de dono da casa, sem a expectativa correspondente (SÁ, 2008, p. 34).

A passagem para a aceção moderna de fraternidade, por um lado, teve seu sentido acolhido como um pensamento autônomo e, por outro, exauriu o seu significado até então aceito que se consubstanciava na cristianização de “fraternidade” e de “confraria”. Contudo, o conhecimento de fraternidade tal como foi abarcado pelos filósofos gregos e pela cultura medieval não sobreviveu ao Iluminismo. A ideia de que o homem consiste em um animal político que carece de uma identificação cívica para seu aprimoramento ou o arquétipo das confrarias espirituais, foram renunciadas pela tradição liberal (SÁ, 2008, p. 35).

O Iluminismo, ou “fenômeno do Esclarecimento”, é apresentado como um sistema de valores que deu origem ao mundo contemporâneo, para o bem e para o mal, estando na base das grandes transformações políticas, econômicas e sociais a partir do século XVIII” (ELIAS, 2014, p. 17).

O Iluminismo não partiu de um movimento homogêneo, inexistiu uma reunião de princípios coordenados formando uma doutrina de ideias, constituiu-se em uma maneira própria de pensar aliada a um estilo cultural e espiritual, que reuniu filósofos, grande parcela da burguesia, intelectuais, sociedade mundana e até mesmo algumas pessoas que pertenciam ao reinado da época. Neste sentido complementa Elias (2014, p. 19) que “O processo do Esclarecimento é a projeção para o mundo público desta nova racionalidade”.

Na *Enciclopédia*, obra elaborada pelos iluministas, a fraternidade tinha o significado puramente familiar, no entanto, o movimento da Revolução Francesa começa a entender seu incomensurável alcance quando percebe que a igualdade e a liberdade são inconciliáveis sem a fraternidade (SÁ, 2008, p. 34).

Kawauche (2014, p. 33) menciona que a liberdade e a igualdade, palavras-chave da Revolução de 1789 eram opiniões relativizadas entre os pensadores do Iluminismo e acrescenta: “[...] o quadro ideológico na França pré-revolucionária era bastante complexo. E talvez fosse de fato necessário que a revolta dos pobres infelizes eclodisse com violência para mudar o sentido das palavras liberdade e igualdade. E, com elas, a própria história”.

O descontentamento do povo francês, a influência das ideias iluministas, a rejeição aos dogmas, a forte cultura religiosa e os embasamentos do direito natural, fez com que o povo procurasse diferentes feitiços para combater as vantagens e domínios do clero, da nobreza e do soberano, sendo que estas situações eram agravadas ainda pelo colapso financeiro enfrentado pela monarquia na época (OLIVEIRA, 2011, p. 82)⁷.

Na Revolução Francesa, o emblema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” representou a renúncia ao antigo regime e a rejeição à tradição cristã que dominava a época. Com a Revolução de 1789, o lema da tríade vinculava a fraternidade com a liberdade e a igualdade, incumbindo-lhe a função de direção, quer dizer, por meio da sua força, unia e tinha a obrigação de efetivar a liberdade política e a igualdade dos cidadãos (SÁ, 2008, p. 34).

No ano de 1789, a fraternidade é presente em todos os pensamentos e reflexões, todavia, sua concepção, sequer tem a conotação política, apesar de que ideários como cosmopolitismo, opinião pública, direitos universais e emancipação moral da humanidade são iluministas.

A reunião dos Estados Gerais almeja a “união fraternal”; a tomada da Bastilha representa “o início da fraternidade entre os homens”, dispõe Sá (2008, p. 35).

7 Esclarece Oliveira (2011, p. 82) que na França antes da Revolução, o clero (Primeiro Estado) e a nobreza (Segundo Estado) gozavam dos privilégios de não pagar impostos e, além disso, recebiam pensões do Estado e exerciam cargos públicos. Enquanto que o povo, mais de 90% da população francesa da época, considerado o Terceiro Estado, era quem pagava impostos. O Terceiro Estado era composto pela burguesia (alta, média e pequena), pelos camponeses e servos e, pelos *sansculotes*, que eram os trabalhadores urbanos.

A pressão do Terceiro Estado por mudanças na França era muito intensa e, em meio a esta agitação e conflitos, a Assembleia Nacional Constituinte proclama, em 26 de agosto de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que sanciona: “[...] o respeito pela dignidade das pessoas; a liberdade e igualdade dos cidadãos perante a lei; direito a propriedade individual; direito de resistência a opressão política; e direito a liberdade de pensamento e de opinião” (OLIVEIRA, 2011, p. 88-89).

Em 1790, La Fayette (1757-1834) ao proclamar sua fala no Campo de Marte propõe “unir a todos os franceses com os laços indissolúveis da fraternidade”; nas festas geradas pela Federação propõem fraternizar, unir as classes sociais e considerar os povos como irmãos, instituindo uma espécie de solidariedade defensiva contra as ameaças externas (a pátria é considerada um grupo de irmãos) e de conspirar os conflitos entre os franceses pobres e outros setores da sociedade. A Constituição Francesa de 1791 trata da fraternidade como a aspiração das festas nacionais e da educação. Robespierre invoca acabar com as nações e idealiza a edificação de uma “sociedade fraternal planetária, a qual chama de a imensa cidade de Filadélfia”. “A partir de abril de 1791, o conceito de fraternidade muda de natureza e se desloca da universalidade à exclusão, convertendo-se em um signo de pertencimento e reconhecimento próprio das sociedades revolucionárias como a franco-maçonaria e as irmandades” (SÁ, 2008, p. 35).

Compete a Antoine-François Momoro (1756-1794) a concepção de aliar a expressão fraternidade à revolução parisiense, tipógrafo, extremista e membro do Clube dos Cordeliers, seguiu Jacques Hébert (1757-1794) – redator do *Père Duchesne*. Momoro e Hébert, viajavam pela França para divulgar o termo fraternidade e propor que fosse estabelecido um valor máximo para o trigo e nacionalização das terras.

Foi em uma reunião no Clube dos Franciscanos, no ano de 1790, que apareceu a sugestão de compor um lema para a Revolução: “liberdade, igualdade, fraternidade”. Ideia que Robespierre se apropriou e recomendou que a divisa fosse bordada nos uniformes e nas bandeiras da Guarda Nacional: “o povo francês” e “liberdade, igualdade e fraternidade”. Ele não teve apoiadores para este desejo, pois nessa época, as divisa eram “a Nação, a lei e o rei” e, depois, “a Nação, a liberdade e a igualdade”. Entretanto, já circulava pela cidade de Paris, o clamor de “liberdade, igualdade e fraternidade ou morte” (SÁ, 2008, p. 36).

Roland da La Platière (1734-1793), no ano de 1792, recebe os eleitos para a Convenção e é enfático na recomendação de que estes têm como missão primeira a proclamação da República “como a mesma coisa que a fraternidade”. Explana Sá (2008, p. 36-37) em sua descrição história que:

Em 1793, a fraternidade já não é mais que um meio de excluir os nobres, os traidores e os falsos irmãos. “A fraternidade ou a morte” converte-se

em um lema de duplo sentido: há que se morrer para defender o grupo e, também, obrigar os irmãos a não se afastar da ortodoxia sob pena de morte. Nos muros de Paris pode-se ler “Unidade, indivisibilidade da República; liberdade, igualdade ou a morte”. E, por fim, “liberdade, igualdade, fraternidade”. O Terror se instala em nome de uma fraternidade muito distante daquela idéia de fraternidade que existia em 1790. Durante o Diretório, a fraternidade não é mais que uma imagem insípida da Revolução, uma síntese de seus fracassos e de suas vitórias.

No século XIX, as suspeitas sobre a causa da razão e o regresso dos ideários do cristianismo renovam a concepção de fraternidade como uma maneira de impedir a luta de classes. A fraternidade passa a ser reivindicada como justiça social.

A divisa “Liberdade, igualdade, fraternidade” ressurgiu em 1849, como o princípio da nova República, quando o Comitê de Redação da Constituição, designado em 17 de maio, registra no preâmbulo: “A República francesa é democrática e indivisível. Tem por princípios a liberdade, a igualdade e a fraternidade. E tem por base a família, o trabalho, a propriedade e a ordem pública” (SÁ, 2008, p. 37).

No Segundo Império, com a restauração da República, no ano de 1880, a Câmara dos Deputados restituiu como lema da República “Liberdade, igualdade, fraternidade” (SÁ, 2008, p. 37-38), que o autor resume como “síntese de todas as utopias humanas” e é enfático em afirmar que “O conceito de fraternidade foi, portanto, necessário para a defesa dos conceitos de liberdade e igualdade”.

Os momentos festivos instituídos por Robespierre (1758-1794) na nação parisiense, apregoavam envolver os cidadãos em uma fé civil e estreitar “os dois nós da fraternidade”. Quando a Queda da Bastilha completou um ano, em 14 de julho de 1790, na festa em sua comemoração no Campo de Marte, os membros da Assembléia afirmavam manter-se unidos aos franceses, sem distinção, por liames de fraternidade. Neste mesmo ano, na cidade de Paris, por iniciativa dos jacobinos, nasciam as “sociedades fraternas”, nas quais até as mulheres faziam parte da comunidade de revolucionários (SÁ, 2008, p. 38).

Destaca Oliveira (2011, p. 51) que “A Revolução Francesa vai conseguir dessa maneira consagrar na prática as idéias de liberdade e igualdade, que vão permitir a derrubada da estrutura social a época.”

Jules Michelet, esclarece Sá (2008, p. 38) em sua narração, teve verdadeira aversão à separação em castas sociais, motivo pelo qual fez da fraternidade o princípio essencial da Revolução Francesa: “a época unânime, a época santa em que a nação inteira, sem conhecer ainda, ou conhecendo muito pouco as oposições de classe, marchou à sombra de uma bandeira fraterna”. Michelet foi original ao se posicionar no sentido de colocar a fraternidade como fruto da Revolução e mais, afirma que ela cumpriu e excedeu a liberdade e a igualdade. “A verdadeira ordem seria, portanto, fraternidade, liberdade, igualdade”.

A fraternidade existira sim antes de 1789, mas por outras conotações:

Antes de 1789, no entanto, o mundo conheceu duas fraternidades: a fraternidade antiga, reservada aos cidadãos, e que excluía os escravos; a fraternidade cristã, que os incluía e que a Revolução Francesa juntamente continuou e contradisse. Continuou no sentido de que não excluiu qualquer ser humano. E, no entanto, triplamente contradisse: o cristianismo enraíza a fraternidade humana no pecado original e o sentido da Revolução consistiu justamente em romper com o princípio hereditário; o cristianismo adia a fraternidade para outra vida, e o sentido da Revolução consistiu em ensinar a igualdade fraternal “como lei deste mundo”. O cristianismo, por fim, a faz dependente do arbítrio da graça, e o sentido da Revolução foi terminar com qualquer favor. Esses nos parecem fortes argumentos para se defender a idéia de que a tradição cristã não se fez representar nos princípios de 1789. (SÁ, 2008, p. 38).

Em face da abordagem com que os historiadores da Revolução Francesa resguardaram a fraternidade, torna-se possível abarcar e compreender as relações existentes no século XIX entre as explicações republicanas e socialistas, sendo estas relações de oposição ou de parentesco. Aos que se aliaram às relações de oposição: havia os que tinham uma visão mais democrática da Revolução Francesa e, os que idolatravam a fraternidade com visão mais socialista da Revolução, pois contestavam o individualismo. E os que se agruparam às relações de parentesco: viam no cerne do arranjo individualista, a garantia de ampliação a todos do direito revolucionário e o compromisso do aprimoramento da Revolução. Os que preferiram posicionar-se pela oposição admitiam duas revoluções adversas; e os que escolheram pelo parentesco, colocaram a fraternidade como o liame que garantiu, por meio dos incidentes da insurreição, a integração revolucionária (SÁ, 2008, p. 39).

Após o desbarato de Napoleão Bonaparte (1769-1821) acabou a repressão na França. Este episódio da história mundial foi significativo na evolução do conceito de fraternidade. A expansão da revolução burguesa transformou-se em um ideário de solidariedade monárquico-conservador, sendo utilizada para condenar esta mesma revolução. Explica Sá (2008, p. 40) em sua exposição:

Esta idéia de fraternidade anti-revolucionária nasceu com a Santa Aliança de 1815. Segundo o projeto original do Czar russo Alexandre I (1777-1825), o acordo entre os três monarcas de Rússia, Prússia e Áustria deveria levar a que os súditos dos três partidos que concluíram o acordo se unissem pelos vínculos de uma fraternidade verdadeira. Esta “fraternidade verdadeira” deveria ser a da doutrina cristã. Mas, ao mesmo tempo, ela também era, segundo a idéia romântica de Alexander, a verdadeira fonte de toda liberdade civil. No lugar da liga democrático-cristã dos povos entrou a comunidade dos monarcas. A idéia revolucionária de fraternidade foi, com isso, inteiramente liberada da sua origem jacobina e,

a partir desse momento podia ser livremente convertida em todo tipo de sentimento político, social ou religioso.

A ideia de fraternidade retornou com a Revolução de julho de 1830 “promovida ao significado de expansão nacional-revolucionária”. Também se constitui uma das divisas da Revolução de 1848, cujo ponto alto foi o estabelecimento da Constituição da República, onde consta em seu preâmbulo que a República tem por princípios a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Pela primeira vez, a fraternidade passou a existir constitucionalmente, contígua à liberdade e à igualdade. Com o fracasso desta revolução e a decadência da política dos democratas burgueses, ascendeu-se junto ao proletariado a ascensão da fraternidade universal, aliada ao anseio e a expectativa da igualdade social (SÁ, 2008, p. 40).

Neste sentido, reforça Baggio (2009, p. 9-10) que a tríade francesa possui antecedentes teóricos de importância ímpar para a contemporaneidade, e acrescenta a respeito da “Liberdade, Igualdade, Fraternidade”, que:

De fato, ela não se apresenta como um simples “dado”, como um “fato” de 1789. Sua natureza é muito mais complexa. Somente a Revolução de 1848 eleva-a a condição de “divisa” oficial da França republicana, projetando seu significado retroativamente na história e transformando-a na divisa de 1789. [...] Por sua vez, a dupla liberdade-igualdade, caracterizou estavelmente a primeira revolução. A segunda revolução, a de 1848, projeta retroativamente para 1789 uma importância histórica que a tríade não teve, e adota-a para se apresentar como continuação e cumprimento de 1789.

A partir de 1789, a liberdade e a igualdade, tornaram-se categorias políticas, inclusive estando de forma expressa em textos constitucionais, sendo que o mesmo destino não teve a fraternidade. Vale lembrar que, antes de 1789, já se praticava largamente a fraternidade, mas era uma ideia ligada ao cristianismo. No entanto, sob o conceito existente na época, elucida Baggio (2009, p. 10): “Ao longo da história antes de 1789, a fraternidade cristã já fora vivida, praticara hospitalidade, construía hospitais e asilos para os pobres e os idosos, escolas para os meninos pobres”, ou seja, e esta é a questão principal: “antes que a liberdade e a igualdade se afirmassem como princípios e desse início a era dos direitos do cidadão, a fraternidade havia sido vivida no *lugar* da liberdade e da igualdade, que ainda não tinham ganhado o espaço público” (BAGGIO, 2009, p. 10, grifos do autor).

O conceito de fraternidade apresentado pela Revolução Francesa estabelece um referencial histórico significativo, pois pela primeira vez na modernidade foi interpretada como sendo um princípio que deve reger as relações humanas. Este valor, culturalmente radicado na tradição ocidental, por conta da vida cristã, passa, além de categoria religiosa e ética, a ocupar um espaço destacado na teoria, na política e no direito. Sob o ideário da fraternidade, setores da sociedade se agregaram, desenvolveu-se a concepção de sufrágio

universal, ampliou-se a noção de povo, expandiu o conceito de cidadania e o progresso de democratização (BAGGIO, 2008, p. 31-32).

A fraternidade, “princípio esquecido” para Baggio, consiste em uma “categoria cosmo (política)”, quer dizer, consubstancia-se em um método que indica elementos para a cultura relacional humana em que prevaleça o respeito pelo outro em suas diferenças e limitações, a tolerância, a consolidação dos valores fundamentais concernentes a dignidade humana e a cidadania.

Por fim, no último item busca-se fazer uma conexão entre a teoria da fraternidade com a cultura relacional na pós-modernidade, que tem por norte os direitos humanos, e a atuação dos cidadãos nos movimentos sociais, como forma de expressão da participação democrática.

5. A Fraternidade como Expressão de Humanização dos Movimentos Sociais para uma Nova Cultura Relacional na Pós-Modernidade

O(s) fato(s) que marcaram a instituição da proteção jurídica aos direitos fundamentais de forma eficaz, teve seu mais alto grau de ascensão a partir dos acontecimentos sobrevividos na Europa e Estados Unidos da América⁸. No entanto, o marco na consagração dos direitos humanos aconteceu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, procedente da Revolução Francesa, uma vez que os revolucionários de 1789 consideravam-se apóstolos de um novo mundo, documento que passou a ser divulgado para todos os povos em todo o mundo, sendo adverso o posicionamento dos norte-americanos, que desejavam com a declaração consolidar sua independência (COMPARATO, 2003, p. 130).

No simbólico ano de 1789, em que foi proclamada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu texto com dezessete artigos previa os princípios da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, legalidade, liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento, entre outros.

Pelo fato de se desvendar uma conflagração dos ideais iluministas e patrocinadas pela burguesia liberal, o basilar desígnio deste período consistia na criação de um espaço seguro à propriedade privada, prevenindo ações e proibições sem motivos do clero e da nobreza. No entanto, os resultados mais significativos deste período se consubstanciaram no fortalecimento do constitucionalismo, com a formação da doutrina do poder constituinte.

8 Especialmente a Declaração dos Direitos da Virgínia (junho de 1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (agosto de 1789).

Esta ideia é reforçada pela lição de Oliveira (2011, p. 101):

Portanto, pode-se afirmar que as ideias dos pensadores iluministas, os movimentos revolucionários, as declarações de direitos e posteriormente as Constituições de todas as nações ocidentais contribuíram para o surgimento do constitucionalismo moderno-contemporâneo e dos direitos humanos, em busca incessante da humanidade pela concretização de direitos com base nos princípios da Liberdade, da Igualdade e da Fraternidade, como garantidores da dignidade Humana de todos os povos e nações.

Esta tendência para a efetivação do direito pode ser o ensejo do desenvolvimento progressivo da humanidade, quer dizer, o entusiasmo desinteressado que a Revolução Francesa gera no homem, traz a promessa da felicidade e este fato, incide em um fato histórico memorável, para Kant. Neste ponto, a Revolução de 1789, oportunizou a efetivação do direito do povo, do desejo de justiça.

Kant, favorável à Revolução Francesa, a considerava um importante processo de transformação econômica, social, política e principalmente um problema moral. Para ele, a revolução concedeu pela primeira vez a acessibilidade do homem para sua maioridade, quer dizer, o homem passou a exercer o direito de decidir seu próprio destino, de instituir uma Constituição Civil, que acredita ser boa e adequada.

O acontecimento de 1789 simbolizou para Kant, o progresso do gênero humano, admiração esta que vem a significar certa disposição moral da humanidade que se revela de duas maneiras, sucessivamente:

A causa moral aqui interveniente é dupla: primeiro, é a do direito de que um povo não deve ser impedido por outros poderes de a si proporcionar uma constituição civil como ela se lhe afigurar boa; em segundo lugar, a do fim (que é ao mesmo tempo dever), de que só em si legítima e moralmente boa a constituição de um povo que, por sua natureza, é capaz de evitar, quanto a princípios, a guerra ofensiva [...] (KANT, 1993 p. 102).

Existe na atualidade certo consenso acerca do valor dos direitos humanos, pode-se afirmar que há uma aquiescência subentendida convencionada entre as nações, ainda que este acordo não assegure o cumprimento destes direitos. Mas, o que a Declaração Universal dos Direitos do Homem recomenda consiste em evidenciar que esses preceitos são capazes de ser estabelecidos e partilhados por todos os povos, independentemente das diversidades étnicas, culturais, econômicas, religiosas, etc.

Bobbio (1998, p. 353-355) ao dissertar sobre o constitucionalismo, alerta que a Declaração dos Direitos Humanos tem, “um dos seus momentos centrais de desenvolvimento

e conquista que consagra as vitórias do cidadão sobre o poder”. Adverte ainda que, os direitos humanos podem ser dispostos em direitos civis, direitos políticos e direitos sociais e enfatiza que, para serem realmente garantidos, “devem existir solidários”.

O termo fraternidade com a Revolução Francesa adquiriu outra conotação e, juntamente com os ideais de igualdade e liberdade, foi lema de uma insurreição de ideias universais que se propagaram na sociedade e no mundo ocasionando mudanças culturais, políticas e sociais.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), documento culminante da Revolução Francesa, em seu artigo 1º, dispõe: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos”. Consagrou que os direitos individuais e coletivos dos seres humanos são universais, ou seja, os direitos são considerados válidos e exigíveis a qualquer tempo e lugar, pois advêm da própria natureza do homem.

Finalizadas as duas guerras mundiais, tornou-se de extrema urgência que a sociedade mundial repensasse todos os seus ordenamentos e mecanismos que previam a proteção aos direitos fundamentais. Não foi mero acaso que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada em seguida dos absurdos promovidos pelos nazistas, ela teve como pressuposto, antes de tudo, ser uma declaração de princípios.

Alerta Piovesan (2014): “Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução”. Frente a esta conjuntura fatídica, no ano de 1948 surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem, contemplando numerosos direitos da humanidade, sendo que ditos direitos marcam, por sua unicidade e indivisibilidade, a reconstrução dos direitos humanos.

Neste diapasão, foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU, em 10 de dezembro de 1948, que ocorreu o reconhecimento universal e a responsabilização de todos para a realização dos direitos humanos. Em seu artigo 1º consta: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns aos outros com espírito de fraternidade”. E, o artigo 29, item um, apresenta que: “toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”. Estes dispositivos revelam e apregoam a liberdade, a igualdade e a fraternidade que deve existir entre os homens na humanidade.

Nesta direção, ressalta Aquini (2008, p. 133), que a fraternidade,

[...] deve ser considerada – a meu ver – estreitamente ligada ao mesmo tempo ao Preâmbulo, nas partes em que evoca a idéia da família humana e considera a Declaração um ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações, e ao Artigo 29, que introduz a idéia dos deveres que todo ser humano tem para com a comunidade.

Bobbio (1998, p. 355) assevera que “[...] o constitucionalismo moderno tem, na promulgação de um texto escrito contendo uma declaração dos Direitos Humanos e de cidadania, um dos seus momentos centrais de desenvolvimento e de conquista, que consagra as vitórias do cidadão sobre o poder.”

Com a afirmação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os processos constituintes dos Estados que subscreveram referido documento, devem incorporar estes tratados junto à ordem jurídica vigente, instigando o essencial e necessário debate à proteção dos direitos e garantias fundamentais. Observa-se que a partir da segunda metade do século XX e início deste século XXI, os direitos humanos estão no cerne das discussões jurídicas e sociais, percebendo-se a probabilidade efetiva na garantia da dignidade da pessoa humana coletivamente.

O princípio da dignidade da pessoa humana assinala para a acepção de alteridade⁹, de respeito pelo outro enquanto ser singular e diferente. O ser humano é relacional e se descobre nas relações. Este caráter do ser humano convoca à noção de fraternidade. Neste ínterim, vislumbra-se a possibilidade de interação entre a fraternidade e o humanismo. A fraternidade demanda ser vivenciada e sentida, pois sua matriz está ligada a condição humana, em que haja o respeito pelas diversidades, tolerância pelas limitações e da melhor maneira consolidar a igualdade e a liberdade.

Fatos esses que motivaram estudiosos e doutrinadores a pensar acerca do direito de forma genérica, com a perspectiva de “[...] analisar como a cultura que desabrocha da forte necessidade de comunhão inerente à pessoa humana pode dar uma contribuição positiva à atividade jurídica e à promoção da justiça” (OLIVEIRA; VERONESE, 2011, p. 23-24). Acrescenta Pezzimenti (2008, p. 75) que

[...] dos três princípios proclamados pelos revolucionários, o mais difícil de ser concretizado tenha sido justamente a fraternidade. Isto porque – digamo-lo francamente – é o que custa mais, em todos os sentidos. Antes de mais nada, porque temos de reconhecer no outro uma pessoa que deve ter a nossa mesma dignidade, no pleno sentido da palavra.

Os aportes principiológicos da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade, influenciaram os ordenamentos que regem as nações mundialmente. No Brasil, a exemplo, não foi diferente, estes ideais foram alvo de construções teóricas dos pensadores das inúmeras áreas do conhecimento, além de juristas e legisladores, constam no documento constitutivo que fundamenta a República brasileira.

Na Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, o legislador constituinte, comprometeu-se com a construção de uma sociedade fraterna, pluralista, sem preconceitos

9 Para Abbagnano (2007, p. 34), alteridade significa “Ser outro, colocar-se ou constituir-se como outro. A alteridade é um conceito mais restrito do que diversidade e mais extenso do que diferença.”

e, apresentou como valores supremos, ainda no Preâmbulo¹⁰: a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Estabeleceu como objetivo fundamental da República Federativa a construção de uma sociedade solidária¹¹. Para este fim, o Estado brasileiro terá de garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, nos termos do art. 3º, II a IV da Constituição Federal¹². Com este comprometimento de valores e ideais, o Brasil, alcança os preceitos basilares da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Nesta conjuntura, faz-se a conexão com a participação democrática, vislumbrando-se a possibilidade dos movimentos sociais serem instrumentos para uma cultura relacional mais humanizante. De acordo com Santos et al (2006) “Humanizar é antes de tudo mudar a própria vida, de dentro para fora. É enganoso achar que se pode humanizar os outros, o que podemos conseguir é caminhar juntos ao longo desta travessia.”

De tal modo, a cooperação mútua entre os homens é condição fundamental para que todos possam compartilhar interesses comuns, com liberdade, igualdade e no aperfeiçoamento de uma nova cultura relacional. Nesta direção, Tosi (2009, p. 64) diz:

Enfim, o princípio esquecido não quer simplesmente apresentar uma análise sociológica, política e jurídica, mas provocar, incentivar, uma ação ético-política, ou seja, contribuir para criar uma cultura do respeito ao outro, da tolerância, da fraternidade ativa, da não-violência, que fortaleça uma educação aos valores fundamentais dos Direitos Humanos na sua integralidade, que não somente os meus direitos, mas também os do outro.

Esta ideia ampliada de cidadania condiz com a mudança paradigmática em abordar as relações humanas e a vida no coletivo, reconhecendo e resguardando as diversidades entre as pessoas e o convívio socio-familiar. Nesta direção, teoriza Touraine (1998, p. 64-65) que é necessário possibilitar o diálogo entre as culturas, que este possibilite que,

[...] cada indivíduo se constitua desde logo como ator e como sujeito, articulando suas práticas e seus valores; e, no que diz respeito a todos, trata-se

10 Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

11 Constituição Federal. Art. 3º. [...]: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

12 Constituição Federal. Art. 3º: II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

de estender, de aprofundar e de generalizar [...] a defesa, em situações sociais concretas, do direito de cada indivíduo e de cada coletividade de agir em conformidade com sua própria liberdade e no respeito à liberdade e no respeito à liberdade dos outros.

Essa forma em reconhecer o outro como sujeito, reconhecendo a si mesmo nesta condição, estabelece a relação de cidadania universal, que se harmoniza com os elementos da fraternidade. Nesta perspectiva,

O ideal democrático quis lutar contra a desigualdade social; [...] hoje afirma o contrário, que somos todos diferentes, mas que, cada um a sua maneira, nos esforçamos de combinar livremente, em nossa experiência de vida, atividades técnicas e econômicas comuns a todos com a particularidade da identidade pessoal e coletiva de cada um. (TOURAINÉ, 1998, p. 99).

A fraternidade detém a potencialidade para operar na qualidade de “Terceiro Ausente” e a resolutividade para constituir o aprendizado desta nova cultura e, deste modo, confirma-se como verdadeira medida equitativa entre o exercício da democracia participativa, os instrumentos de participação e a expressão da aspiração coletiva, como no caso em estudo, dos movimentos sociais (ROSSETTO; HIJAZ, 2013, p. 253).

O termo “Terceiro Ausente” é preconizado por Norberto Bobbio (2009) em “O Terceiro Ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra”, afirma Rossetto; Hijaz (2013, p. 254) que nesta obra o autor conduz o direcionamento para as discussões sobre a alienação da guerra (metáfora de algum conflito que preserve harmonia com o Estado Político) e da constituição da paz (peculiar das relações e do processo dialógico que se almeja esteja presente no Estado constitucional). Esses serviços não alcançados pela liberdade e a igualdade, enquanto que a fraternidade, na condição do terceiro ausente, transporta em si os potenciais do fazer-se competente e adequada para instituir afirmações e manifestações públicas, com isso constrói-se uma nova relacionalidade.

Esse contexto na pós-modernidade em que se faz presente a fraternidade, sinaliza para transformações contemporâneas, eis que são desafios que os homens necessitam superar a fim de que a sociedade seja mais equitativa e humanitária: da sua avocação identitária e informação de si, dos processos dialógicos para a convivência coletiva, da tolerância das diversidades sociais e culturais, do exercício da cidadania com a participação em processos coletivos em benefício do bem comum.

6. Conclusões

Na construção do Estado Democrático, a participação popular ocupa um lugar de destaque, tendo em vista que oferece instrumentos e garantias constitucionais para que

toda pessoa possa exercer a cidadania e tomar parte de forma ativa e consciente da gestão pública.

Por meio de processos dialógicos, inserindo-se nos movimentos sociais, um dos instrumentos de participação democrática em ampla evolução na contemporaneidade, que o cidadão, tem a oportunidade de compartilhar experiências, anseios, lutas, dificuldades, aspirações tudo em prol da máxima da coletividade.

O ambiente e a metodologia das mobilizações populares unificam, harmonizam e compatibilizam os ônus e os bônus da vida cotidiana, pois há um interesse maior envolvido, que ultrapassa o caráter individual, que se consubstancia no bem comum.

Tendo por norte este escopo, bem coletivo, no espaço democrático, favorecido pelos movimentos sociais, vigora o respeito pela diversidade social, política, econômica e cultural, propiciando uma abertura para a construção de novas formas de agir e pensar socialmente.

A crise provocada pela globalização movimentou as pessoas, a sociedade e o Estado a rever os princípios que norteiam a conduta social e humana, a fim de validar decisões públicas e posturas adotadas coletivamente. Esta retomada dos valores humanos e cidadanos se coadunam com o ideal da fraternidade, cuja finalidade incide em dignificar a vida em comunidade e propor uma nova relacionalidade, que tenha por fundamento o respeito às diferenças, à diversidade, à proteção das identidades, à alteridade.

Por fim, a fraternidade ampara e reafirma a atuação dos movimentos sociais, como espaço que fomenta a emancipação do cidadão para a efetiva participação democrática na gestão pública. Esta postura cidadã e humana, tem o condão de promover uma nova relacionalidade, que valoriza a pessoa - eu e os outros - e gera a integração dos cidadãos com e na sociedade. Produz uma mudança relacional e o compromisso fraternal com a justiça social, a qualidade de vida, em prol do bem da coletividade.

7. Referências

- ALTERIDADE. In: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1. ed. bras. coord. e rev. por Alfredo Bosi, rev. da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 34.
- AQUINI, Marco. Fraternidade e Direitos Humanos. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido**. A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Tradução: Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008. 1 v., p. 127 – 151.
- BAGGIO, Antonio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In: BAGGIO, Antonio Maria. (Org.). **O princípio esquecido**. A fraternidade na

- reflexão atual das ciências políticas. Tradução: Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008, p. 7 – 24.
- _____. A inteligência fraterna. Democracia e participação na era dos fragmentos. In: _____. (Org.). **O princípio esquecido**: exigências, recursos e definições da fraternidade na política. Tradução Durval Cordas; Luciano Menezes Reis. 2 v. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 85 - 130.
- _____. Fraternidade e reflexão politológica contemporânea (Introdução). In: _____. (Org.). **O princípio esquecido**: exigências, recursos e definições da fraternidade na política. Tradução Durval Cordas; Luciano Menezes Reis. 2 v. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 9 - 20.
- BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Tradução de Padre Antônio Pereira de Figueredo. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 2000. Edição Ecumênica.
- BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política I**. Tradução Carmen C. Varriale et al.; Coord. tradução João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 11. ed. Brasília : Universidade de Brasília, 1998. p. 1123.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 mar. 2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que é participação política**. Coleção primeiros passos; 104. São Paulo: brasiliense, 2004.
- ELIAS, Rodrigo. Essa luz. In: ELIAS, Rodrigo. Dossiê iluminismo: À prova de razão. **Revista de história da biblioteca nacional**, Rio de Janeiro, ano 9, n. 104, p. 15-21, maio, 2014. p. 15-21.
- FRATERNIDADE. In: **Dicionário do Aurélio online**. Brasil: aurélio informática, 2008-2014. Disponível em: <<http://www.dicionarioaurelio.com/>>. Acesso em: 03 mai. 2015.
- FRATERNIDADE. In: **Dicionário enciclopédico ilustrado**: veja larousse. São Paulo: Abril, 2006. p. 1131.
- GOHN, Maria da Glória. **Movimentos e lutas sociais na história do Brasil**. São Paulo: Loyola, 1995.
- KANT, Immanuel. **O conflito das Faculdades**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1993.

- KAWAUCHE, Thomaz. In: ELIAS, Rodrigo. Dossiê iluminismo: À prova de razão. **Revista de história da biblioteca nacional**, Rio de Janeiro, ano 9, n. 104, p. 15-21, maio, 2014. p. 30-33.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria Jurídico-constitucional. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**. Instituto Brasileiro de Direito Público. Salvador, n. 23, set./out./nov., 2010. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/RERE/23-SETEMBRO-2010-CARLOS-AUGUSTO-MACHADO.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2015.
- MAFRA, Rennan Lanna Martins. Mobilização social e comunicação por uma perspectiva relacional. **Mediação**, Belo Horizonte, v. 11, n. 10, jan./jun. de 2010, p. 107 – 117. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/mediacao/article/view/310>>. Acesso em: 20 mar. 2015.
- MODESTO, Paulo. Participação popular na Administração Pública: mecanismos de operacionalização. **Revista eletrônica de direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 27 abr. 2015.
- OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; VERONESE, Josiane Rose Petry. Introdução. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de (Org.). **Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 19 - 32.
- _____. O princípio da fraternidade no âmbito das revoluções moderna e contemporânea. In: _____. **Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 33 - 108.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.
- PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- PEZZIMENTI, Rocco. Fraternidade; o porquê de um eclipse. In: CASO, Giovanni et al (Org.). **Direito e fraternidade: ensaios, prática forense: Anais do Congresso internacional “relações no Direito: qual espaço para a fraternidade?”**. São Paulo: Cidade Nova: LT, 2008. 1 v., p. 57 - 76.
- PIOVESAN, Flavia. Declaração universal dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: **Comitê da cultura de paz** (on line). Disponível em: <<http://www.comitepaz.org.br/>>. Acesso em 25 mar. 2015.

- PIRES, Roberto. In: MATEOS, Simone Biehler. *Participação Popular - A construção da democracia participativa. Desafios do desenvolvimento* – A revista de informações e debates do IPEA. Ano 8. Ed. 65 - 05/05/2011. Disponível em: < <http://www.ipea.gov.br/desafios/>>. Acesso em: 25 mai 2015.
- ROSSETTO, Geralda Magella de Faria; HIJAZ, Tailine Fátima. **O paradoxo da maioria: a fraternidade enquanto “terceiro ausente” na dinâmica democrática.** São Paulo, Osasco: Revista Mestrado em Direito, jul./dez. 2013, ano 12, n.2., p. 253-279.
- SÁ, Fernando de Almeida. **Senso moral e política: uma história da idéia de fraternidade/humanidade nos liberalismos dos séculos XVIII e XIX.** Rio de Janeiro, 2008. 297 f. Tese (Doutorado em História) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2008. Disponível em: <http://www.livrosgratis.com.br/arquivos_livros/cp072351.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.
- SANTOS, Adriana Vieira; BRITO, Claudia Ferreira de; FERREIRA, Gilson Brito; OLIVEIRA, Suzana Bispo de; SAMPAIO; Claudia Roberta de Araújo. **Justiça humanizada.** 2006. Disponível em: www.buscalegis.ccj.ufsc.br. Acesso em: 11 abr. 2015.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TORO, A.; José Bernardo; WERNECK, Nísia Maria Duarte. **Mobilização social: um modo de construir a democracia e a participação.** Brasília: Ministério do Meio Ambiente; Recursos Hídricos e Amazônia Legal; Secretaria de Recursos Hídricos; Associação Brasileira de Ensino Agrícola Superior (ABES), UNICEF, 1996.
- TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política? In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O princípio esquecido** – exigências, recursos e definições da fraternidade na política. São Paulo: Cidade Nova, 2009. 2 v., p. 43 – 64.
- TOURAINÉ, Alain. **Igualdade e diversidade: o sujeito democrático.** Tradução Modesto Florenzano. Bauru (SP): EDUSC, 1998.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

A POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO DO CORPO E A INTERFERÊNCIA DO ESTADO NAS LIBERDADES SUBJETIVAS

ALEXANDRE BARBOSA DA SILVA

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense. Professor de direito civil na graduação e pós-graduação da UNIVEL e da Escola da Magistratura do Paraná. Bolsista CAPES no Programa de Doutorado Sanduiche no Exterior nº 9808-12-4, com Estudos Doutorais na Universidade de Coimbra. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Civil-Constitucional “Virada de Copérnico” da UFPR. Procurador do Estado do Paraná.

CATIA REJANE LICZBINSKI SARRETA

Doutora em Ciências Sociais pela UNISINOS. Mestra em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Professora do Curso de Direito da UNIVEL e da Pós-Graduação em Processo Civil da UNIVEL. Coordenadora dos Grupos de Pesquisa: Consumidor Consciente e Direito Fundamental a Cultura. Coordenadora da Pesquisa e Extensão do Curso de Direito da Univel, Coordenadora da Revista de Estudos Jurídicos e Sociais. Pesquisadora.

Resumo

A possibilidade que cada pessoa tem de livremente desenvolver sua personalidade, a partir da ideia de direitos e garantias fundamentais, deve envolver a liberdade do trato com o próprio corpo, ainda que seja razoável refletir sobre o conceito de heteronomia, no atual estágio do direito civil-constitucional. Isso, porque o Direito tende a limitar a disposição do corpo, vedando condutas que possam alterar características fisiológicas ou que induzam a diminuição permanente da integridade física, como se vê do art. 13 do Código Civil. São diversas as referências constitucionais que permitem contradizer o aludido texto codificado, motivo pelo qual se afigura adequado afirmar que muitas vezes essas limitações à vontade individual padecem de bom acômodo no sistema civil-constitucional brasileiro. A vontade consciente de alguém, sem prejuízo do grupo social, deve ser prestigiada, não se verificando coerente que ideologias de outras épocas ou reducionismos de caráter religioso conduzam a limitações das liberdades subjetivas em um Estado democrático de Direito.

Palavras-chave

Direito Civil Constitucional; Corpo; Liberdades Subjetivas.

Abstract

The possibility that each person has to freely develop their personality, from the idea of fundamental rights and guarantees, must involve the freedom of the bargain with her body, although it is reasonable to reflect on the concept of heteronomy, at this stage of civil law -constitucional. That is because the law tends to limit the disposition of the body, forbidding conduct that would change or physiological characteristics that lead to permanent loss of faculty, as we see the art. 13 of the Civil Code. There are several constitutional references that allow contradict the aforementioned encoded text, which is why it is appropriate to say that often these limitations to the individual will suffer from good Accommodotrainer the Brazilian civil and constitutional system. The conscious will to anyone, without prejudice to the social group should be prestigious, it does not appear consistent to ideologies of other times or religious character of reductionism lead to limitations of subjective freedoms in a democratic state of law.

Key words

Civil Law Constitutional; Body; Subjective Freedoms.

1. Introdução

O presente artigo tem a finalidade de contribuir para o debate sobre a temática das liberdades da pessoa, questionando se existe verdadeiro e real direito de disposição do próprio corpo, com liberdade e independência, ou se o Estado é o determinante de como se deva explorar essa matéria indivisível em relação à intimidade e integralidade dos direitos de personalidade.

Faz-se necessário, como via de início, traçar um corte metodológico, que se situa na intenção de tratar o tema a partir da abertura dos conceitos e da proposta de reflexão, atendendo à limitação temporal própria dos escritos breves. Não se visa a uma análise vertical de determinado tema – como a morte digna ou permissão de cirurgias para redesignação sexual – mas, sim, navegar por contornos gerais a todas elas e, em algum momento, trabalhar com exemplos pontuais.

Nessa perspectiva, a temática que se traz à reflexão diz respeito à questão da autonomia do uso e disposição do próprio corpo, a partir do ideal de liberdade que norteia o conteúdo constitucional, mas que, ao mesmo tempo, aparenta como um tanto limitada por outros dispositivos igualmente constitucionais e codificados.

As liberdades mencionadas estão garantidas pelos arts. 1º, III (ao tratar da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito), art. 5º caput (quando fala da garantia de inviolabilidade do direito a vida e liberdade), art. 5º, III (ninguém

será submetido a tratamento desumano ou degradante) e art. 5º, X (inviolabilidade da intimidade e vida privada), todos da Constituição Federal.

A partir da ótica de um civilismo constitucional, qualquer proposta de pensamento que envolva o direito civil deve partir das garantias e liberdades que a carta maior propõe.

Por isso, no tocante às interlocuções do corpo com o Direito, especialmente aqui, na estreita vinculação do Estado (poder público regulador) com o material físico da pessoa humana (o corpo), faz-se relevante ponderar sobre alguns parâmetros de análise acerca da real existência de liberdade do indivíduo sobre seu “próprio” corpo (as aspas ficam justificadas pelo conteúdo do art. 13 do C.C.), uma vez que são muitas as limitações que o ente público impõe ao indivíduo, no que se refere à manipulação, utilização e até mesmo ao conhecimento de sua estrutura física.

2. A Constitucionalização do Direito Civil no Brasil

A inauguração de uma nova ordem constitucional, e de sua consciência¹, faz com que se atente para a urgência na efetivação das garantias de acesso pleno ao Direito, ali contempladas.

O direito civil, como principal ramo do direito a cuidar da pessoa, das titularidades e das ligações (relações jurídicas ou, para alguns, atividades) entre elas, não poderia ficar à mercê do antigo, que refletia o pensamento liberal da modernidade.

Por isso, a civilística se humaniza e passa a visar a melhor satisfação da pessoa em primeiro lugar, com a secundarização das titularidades. Em outras palavras, muda-se o paradigma de que o direito civil tem sua maior incidência sobre a esfera patrimonial, passando-se a pensar mais no ser.

O próprio código de 2002 – diferentemente do de 1916 – vem a tratar dos direitos da personalidade, da boa-fé, da igualdade entre os cônjuges e dos contextos de função social.

A criação das cláusulas abertas evoluiu o direito civil, mas não foi suficiente a atender as demandas mais recentes e complexas.

Voltando no tempo, a ideia contemporânea de constitucionalização do Direito tem seu nascedouro na Alemanha, por meio de Lei Fundamental de 1949, seguindo para a Itália, Portugal e Espanha. (FROTA, 2011, p. 107).

1 Pois de nada adiantaria uma nova Constituição se não tivesse ocorrido alteração da consciência sobre a importância de sua normatividade e efetivação dos direitos ali garantidos, papel, como já dito, em sua maioria atribuível à doutrina crítica do direito.

O direito civil brasileiro, a partir das influências de Luiz Edson Fachin, Gustavo Tepedino e Paulo Luiz Neto Lôbo, ganha corpo de interferência constitucional, especialmente na solução dos denominados “casos difíceis”.

O direito civil constitucional traz nuances de efetivação dos elementos existenciais de maior relevância, na tentativa de superação do dogma positivista, com apreço à dignidade da pessoa humana.

A Constitucionalização do Direito é um processo relativamente recente no Brasil que ganhou mais intensidade com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a “Constituição Cidadã”, que se caracterizou como marco histórico do ressurgimento do Direito Constitucional no país, possibilitando a passagem de um regime autoritário que reinou no Brasil durante a ditadura militar, para um Estado Democrático de Direito.

A proposta da constitucionalização do direito civil é, pois, pautada em três pressupostos teóricos básicos: 1) força normativa da Constituição em relação a todos os ramos do direito, inclusive o direito civil; 2) compreensão de que o ordenamento é complexo e unitário, ante a pluralidade das fontes de direito, segundo os princípios constitucionais e os valores fundamentais; 3) uma teoria da interpretação jurídica não formalista, pautada nos princípios e valores do ordenamento, resultado de um procedimento argumentativo não apenas lógico, mas axiológico, fundado na dignidade humana como prioritário em caso de confronto com interesses do Estado ou do mercado (PERLINGIERI, 2007).

A partir disso, vê-se a nítida intervenção do público – direito constitucional – no conceito e finalidades do direito civil. Mas isso não é suficiente a fundamentar discurso que limite a autonomia privada e as vontades individuais no que tange às decisões relativas ao próprio corpo.

Os princípios nascidos dos direitos fundamentais influenciam o direito civil, com força normativa e até mesmo modificativa do dado codificado. É o direito público interferindo nos resultados da civilística, mas com intuito de conceder liberdades e não, como regra, para determinar limitações.

O fenômeno da Constitucionalização consiste na irradiação dos valores, princípios e regras constitucionais por todo o sistema jurídico, condicionando a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional, repercutindo sobre a atuação dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), na relação entre estes e os particulares, bem como sobre as relações entre particulares (BARROSO, 2005, p. 17).

A umbilical ligação do direito civil contemporâneo com o ideal constitucional, tem a finalidade de libertar o ser, permitindo voar por espaços de liberdade e de autodeterminação. Tudo, naturalmente, sem prejuízo aos demais integrantes do contexto social.

O direito civil constitucional, portanto, favorece e deseja auxiliar na livre construção e desenvolvimento da personalidade², possibilitando que o corpo seja um prolongamento da alma, na tentativa de obter-se o ideal – já aristotélico – de vida boa. É o que se pretende suscitar com este estudo.

3. O “Próprio Corpo” e a Intervenção do Estado em sua Consideração

A ideia de “próprio” deriva do conceito de propriedade, no sentido de titularidade absoluta sobre algo. O absolutismo deste conceito caiu ao longo dos tempos no que se refere aos bens materiais, as coisas. Indagação relevante está em saber se o mesmo aconteceu em relação ao corpo e, ainda, se será o Estado, por meio dos princípios e regras, o real condicionador do quanto de liberdade a pessoa guarda no seu manuseio.³

Partindo de severas limitações públicas (legais) ao uso do corpo é que se pensa esta discussão, como por exemplo, a impossibilidade geral de cirurgias para mudança de sexo, a vedação da eutanásia, ortotanásia e da morte assistida (com suas variações), assim como a responsabilização do médico que deixar de proceder ao transplante de sangue por negativa religiosa do receptor.

Todos estes casos – e outros que aqui não se tocará – são objeto de firmes discussões, fundamentadas em dogmas religiosos, éticos (o que é o ético na contemporaneidade?) e de justificação em garantias individuais e sociais.

Eis aí a intervenção do Estado no corpo. Garantida a liberdade constitucional individual de ação e omissão – que pela ideia russeuniana de Estado como pacto social é o não prejuízo ao próximo – seria possível imaginar a absoluta liberdade da pessoa em auto designar-se para uma cirurgia ou alteração do corpo? É o corpo do indivíduo de “propriedade” do Estado ou dele próprio?

Já se viu que os direitos subjetivos constituem-se em criação da modernidade, para justificar a intervenção do Estado na vida privada, de forma a trazer aparente garantia de liberdade. (ENTERÍA, 1995. p. 33 e 84).

2 O jurista português Paulo da Mota Pinto, acerca do alcance da expressão constante da Constituição Portuguesa “desenvolvimento da personalidade” orienta: “Assim, procurou-se deixar consagrado um direito de liberdade do indivíduo em relação a modelos de personalidade, integrando um ‘direito a diferença’ – dizendo-se que ‘o problema, no fundo, é permitir a cada um que eleja o seu modo de vida, desde que não cause prejuízo a terceiros’. Dir-se-ia, pois, que a previsão expressa do direito ao desenvolvimento da personalidade tem como sentido fundamental tutelar a *diferença da individualidade* de cada ser humano, segundo a sua própria decisão e autonomia – o ‘núcleo irredutível de individualidade.’” (PINTO, 1999, p. 157-158.)

3 Sobre a ideia de próprio corpo, já escrevemos em: SILVA, Alexandre Barbosa da. De quem é o “próprio” corpo? A interferência do Estado nas Liberdades de disposição do corpo. In: Revista de Estudos Jurídicos e Sociais da Univel. v.2. 2013. p. 9-23.

Nada mais é, este suposto conjunto de direitos da intimidade, do que aparência de que existem garantias para a autonomia de gestão da própria vida. Na prática, no entanto, estas supostas garantias são viciadas pelas constantes limitações apostas por um Direito influenciado pelo paradigma legalista.

No atual contexto jurídico, o corpo não é da pessoa humana, mas do Estado, que fixa normas cogentes acerca de como se deve usá-lo para o bem comum. O corpo é da sociedade e não próprio. As ideias de uma ética geral (vista aqui à margem da análise mais profunda da filosofia) e de religião povoam o jurídico, de forma que o debate fica aquém do âmago do ser, sempre pautado por justificações técnicas para explicar os aspectos de subjetividade e individualidade.

Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel, ao tratar da liberdade que deve nortear a decisão da pessoa acerca do fim de sua vida, ofertam interessante pensamento:

A preocupação que moveu os autores foi a de investigar possibilidades, compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, capazes de tornar o processo de morrer mais humano. Isso envolve minimizar a dor e, em certos casos, permitir que o desfecho não seja inutilmente prorrogado. Ainda um último registro introdutório: as considerações sobre a morte com intervenção, aqui lançadas, referem-se tão-somente aos casos de pessoas em estado terminal ou em estado vegetativo persistente. (BARROSO, MARTEL, 2010, p. 4).

O texto resume a ideia de que a dignidade da pessoa humana deve ser vista a partir de que todo indivíduo é um fim em si mesmo. Este é um pensamento já encontrado em Pontes de Miranda. Não deve, por essa razão, o indivíduo servir apenas de instrumento à realização dos interesses dos outros ou de metas coletivas.

A dignidade é uma das bases dos direitos fundamentais, que devem conviver entre si e harmonizar-se com valores compartilhados pela sociedade. Deve apresentar-se como condição interna ao indivíduo – dignidade como autonomia – ou como produto de uma atuação externa a ele – dignidade como heteronomia. (BARROSO, MARTEL, 2010, p. 43)

A concepção da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. A dignidade como heteronomia, por sua vez, funciona como uma limitação à liberdade individual, pela imposição de valores sociais e pelo cerceamento de condutas próprias que possam comprometer a dignidade do indivíduo. (BARROSO, MARTEL, 2010, p. 43).

A heteronomia é necessária, até mesmo para propiciar (ou ao menos tentar) algum equilíbrio de vontades na sociedade, sob pena do caos.

Não obstante, cabe ao direito civil constitucional encontrar o equilíbrio na aplicação efetiva dessas duas vertentes do subjetivismo, da dignidade, não lhe sendo possível abster-se do enfrentamento teórico que levará ao resultado prático esperado.

Ademais, as trincheiras do confronto do público *versus* privado já de há algum tempo estão desabitadas, o que leva à natural possibilidade de composição entre a proteção dos direitos individuais e a colmatação do coletivo.

Há que se atender ao conteúdo sistemático do constitucionalismo brasileiro, devendo reconhecer a presença das duas visões de dignidade, mas fazendo prevalecer a autonomia do indivíduo, em situações absolutamente subjetivas. Isso, em decorrência do paradigma de um direito civil a serviço da vida, no conhecido dizer de Orlando de Carvalho. (CARVALHO, 1981, p. 92).

Não se deseja falar da vida como proteção absoluta do Estado, mas como vida de qualidade, com opções livres e de satisfação da subjetividade e da intimidade.

Nesse sentido a íntima relação com o princípio da Dignidade Humana. Luiz Roberto Barroso (2012, p. 160), procura traçar os conteúdos mínimos do princípio da Dignidade da Pessoa humana, construindo a ideia de três elementos que a compõe, “[...] a dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)”.

A dignidade da pessoa humana como valor intrínseco está ligada diretamente a natureza do ser humano. Em outras palavras, uma pessoa detém dignidade apenas por integrar o gênero humano. Dessa forma, o atributo da dignidade é inerente (daí o termo “valor intrínseco”) a todos, pois decorre da condição de ser humano, fazendo com que os indivíduos sejam credores de consideração e respeito por seus semelhantes (ANDRADE, 2008, p. 2).

Ao primar por respeito, cabe extrair que nos diversos contextos de intervenção do público sobre o particular, a autonomia do sujeito deve merecer especial atenção, sendo lícito haver limitação somente – e somente só – quando se perceber possíveis prejuízos coletivos, mas em uma perspectiva de interesses individuais homogêneos ou heterogêneos claros e específicos. Não apenas um perigo coletivo abstrato. Estes “riscos” coletivos tem sido a marca dos limitadores atuais, ou seja, meros medos sociais já servem de obstáculo à liberdade de edificação e desenvolvimento da personalidade de alguém.

Nos casos de morte com intervenção, por exemplo, deve prevalecer a autonomia do sujeito, pois, além do fundamento constitucional, que dá mais valor à liberdade individual do que às metas coletivas, é forma de emancipação do indivíduo o seu reconhecimento como um ser moral, capaz de fazer escolhas e assumir responsabilidades por elas.

Manter a vida de quem não quer viver é equivalente a tortura ou tratamento desumano, vedado pelo art. 5º, III, CF, o que fere a dignidade e a vida com qualidade.⁴

Em idêntico sentido outras intervenções – excessivas – do poder público enquanto legislativo, executivo ou judiciário, devem ser contidas, no âmbito de proteção à autonomia do indivíduo sobre seu corpo físico.

Tome-se, por ser mais um caso pontual de grande polêmica na esfera jurídica, ética e social, a situação das cirurgias de redesignação sexual (*sex reassignment surgery – SRS*) que, atualmente, somente se realiza em casos específicos e eleitos pontualmente pelo Conselho Federal de Medicina como patológicos.

O fato de alguém pretender determinar sua condição de gênero é algo inteiramente individual e não terá o condão de atingir relevantes direitos alheios, até porque o aspecto instrumental do corpo é secundário na estética social. Aquele que pretender apresentar-se na sociedade com sexo (gênero) diverso, o fará independentemente de apresentar aspecto genital masculino ou feminino.

Não se está a olvidar os importantes aspectos médicos, biológicos e psicológicos acerca das diversas espécies e formas de homossexualidade – que pela objetividade que o texto encerra, fica impossível tratar –, que, sem dúvidas, podem variar no contexto de liberdades e impacto social.

O poder público deve, no entanto, criar políticas de atenção a pessoas que necessitem desses tipos de intervenção, orientando-as, para que os resultados das liberdades públicas não sejam prejudiciais à individualidade dos envolvidos. Não se trata simplesmente de negar o direito a uma ou outra manifestação individual através de lei. A lei não soluciona os conflitos íntimos e de subjetividade.

Na medida em que se apure a necessidade de proteção do outro, a partir dessas situações individuais, mecanismos de políticas públicas deverão ser efetivados, nascidos dos casos concretos e da experiência social.

Sob o argumento da proteção, o Direito acaba por limitar garantias de liberdade individual, tornando-se incoerente com seus próprios fundamentos, especialmente constitucionais. A tutela não deve exaurir-se em meras limitações.

4 Veja o pensamento de George Salomão Leite: “A manutenção da vida contrária à vontade do seu titular, na situação aqui exposta, contrapõe-se ao dispositivo constitucional que estabelece que *ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*. Para um paciente terminal que pretende abdicar da vida, a sua manutenção constitui-se em uma verdadeira tortura, não só física, mas também psíquica. Trata-se de uma violação à integridade física e moral, compreendendo estas duas facetas: o direito de não sofrer tortura ou tratamento desumano ou degradante e o direito de não sofrer intervenções psíquicas ou físicas sem o seu consentimento. O ser humano é detentor de livre-arbítrio, sendo responsável pelas decisões que venha tomar no que diz respeito ao exercício dos seus direitos e cumprimentos de suas obrigações. A capacidade de autodeterminação do indivíduo associada à dignidade constitui os fundamentos do direito de morrer.” (LEITE, 2008, p. 160).

Pietro Perlingieri, falando dos incapazes – mas que com alguma razão pode ser aplicado ao contexto geral das pessoas –, bem especifica o âmbito pelos quais os *institutos de proteção* (em suas palavras) devem atuar:

Todo homem é, como tal, titular de situações existenciais representadas no *status personae*, das quais algumas, como o direito à vida, à saúde, ao nome, à própria manifestação do pensamento, prescindem das capacidades intelectuais, ou pelo menos, de algumas formas de inteligência comumente entendida. O estado pessoal patológico ainda que permanente da pessoa, que não seja absoluto ou total, mas graduado e parcial, não pode se traduzir em uma série estereotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, isto é, levando em consideração o grau e a qualidade do *déficit* psíquico, não se justificam e acabam por representar camisas-de-força totalmente desproporcionadas e, principalmente, contrastantes com a realização do pleno desenvolvimento da pessoa. (PERLINGIERI, 2002, p.164).

O Direito brasileiro, ao mesmo tempo em que garante a dignidade como autonomia (art. 1º, III, CF), a liberdade (art. 5º, caput, CF) e a inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X, CF), veda a disposição do *próprio* corpo a critério do seu titular, que no art. 13⁵, do Código Civil é tido como complemento do direito constitucional à vida e saúde (art. 5º, igualmente no caput). Esta é uma aparente contradição no sistema.

Observa-se o quanto os atos de disposição do próprio corpo são limitados. A integridade física dos indivíduos, sendo um direito da personalidade, é tido como irrenunciável, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, com exceção dos casos previstos em lei, como dispõe o artigo 11 do Código Civil que diz que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

O art. 13, na sua rigidez, não permite o livre desenvolvimento da personalidade através de atos de disposição do corpo que venham a reduzir a integridade física do sujeito de forma permanente ou vá contra os bons costumes, pois sua integridade não pode sofrer limitação de forma voluntária, vide a irrenunciabilidade do direito da personalidade à integridade.

Ora, o direito à vida e à saúde devem ser entendidos, como de sempre deveriam ter sido, como direitos hábeis a proporcionar qualidade de vida.

5 Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo-único. O ato previsto nesse artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

É neste sentido que os adeptos da linha religiosa evangélica designada como “testemunhas de Jeová” argumentam que de nada adianta manter a vida – à custa de transfusão de sangue – se ela será impura (a partir de seus postulados doutrinários) e infeliz.⁶

Stefano Rodotà, a partir do art. 32 da Constituição italiana, entende que aludida carta maior limitou o legislador que, em nenhum caso, poderá violar os limites da dignidade da pessoa humana. Nenhuma vontade externa, diz o autor, pode superar a do interessado. (RODOTÁ, 2010, p. 16).

O direito à vida, o conceito de dignidade humana e seus corolários, hoje, em verdade, são considerados mais em face da técnica do que da individualidade. Sobre a questão da técnica cita-se Herbert Marcuse: “A técnica por si mesma pode promover tanto o autoritarismo quanto a liberdade, tanto a escassez quanto a abundância, tanto a extensão quanto a abolição da labuta”. (MARCUSE, 1996, p. 113).

Equiparando o homem à máquina, quando se descuida no valer-se excessivo do pensamento técnico, o autor continua:

Os fatos que dirigem o pensamento e ação do homem não são fatos da natureza que devem ser aceitos a fim de serem doutrinados, ou fatos da sociedade que precisam que precisam ser mudados por não mais corresponderem às necessidades e potencialidades humanas. Ao invés, são fatos do processo da máquina que aparece ele próprio como corporificação da racionalidade e da eficácia (MARCUSE, 1996, p. 118).

Não há problemas com a abordagem técnica dos assuntos descritos neste escrito. A técnica, por óbvio, é importante.

O problema nasce, no entanto, quando se deixa de lado a coerência na análise dos fundamentos, passando-se a utilização de argumentos de autoridade sob a rubrica de técnica, visando a construir falsas (ou aparentes) ideologias e crenças. Exemplo disso é o espetáculo midiático que envolve a sociedade contemporânea. Os mais fortes em “propaganda” vencem o debate, propiciando o nascimento de opiniões que beiram ao absoluto, com difíceis possibilidades de serem contrariadas ou modificadas.⁷

Outro aspecto que também deve ser considerado reportando-se ao artigo 13 do Código Civil e sua análise em relação à Constituição Federal de 1988, refere-se ao fato

6 Se o Estado, apesar de conceder aos cidadãos o direito de terem uma religião, os puser em condições que os impeçam de a praticar, aí não haverá liberdade religiosa. (MIRANDA, 2003, p. 304).

7 Veja o ensinamento de Heidegger: “A ameaça dos homens não vem primeiramente das máquinas e aparelhos da técnica cujo efeito pode causar a morte. A autêntica ameaça já atacou o homem em sua essência. O domínio da armação ameaça com a possibilidade de que a entrada num desabrigo mais originário possa estar impedida para o homem, como também o homem poderá estar impedido de perceber o apelo de uma verdade mais originária.” (HEIDEGGER, 2007, p. 81)

que o art. 13 não se limita apenas a restringir os atos de disposição do corpo em virtude de diminuição permanente da integridade física, mas também, em virtude desses atos infringirem os bons costumes, ou seja, é a limitação da liberdade dos indivíduos de disporem de seus próprios corpos sob a justificativa de infringirem os costumes difundidos na sociedade.

Por outro lado, exige-se cautela ao se limitar alguma liberdade em nome dos bons costumes, segundo alerta Tepedino (apud. ALVARENGA, 2010, p. 28) dizendo que “Em uma sociedade pluralista, que protege constitucionalmente os mais diversos estilos de vida e preconiza a tolerância e a não-discriminação, torna-se tarefa de difícil justificação a proibição de atos individuais que não atinjam terceiro, sob o fundamento da violação dos ‘bons costumes’”.

O Brasil, sendo um país com notória diversidade cultural, abrigando pessoas das mais variadas descendências, cores, religiões e costumes, seria uma tarefa extremamente arriscada impor uma limitação a alguma liberdade das pessoas em razão de uma ofensa aos “bons costumes” de forma justificada. A variedade de costumes e estilos de vida presentes na cultura dos inúmeros grupos que compõe a nossa sociedade não permite facilmente que se proteja um costume em detrimento de outro, pois a constituição condena qualquer forma de discriminação.

Tal conceito deve ser, contudo, interpretado sob a ótica do ordenamento democrático pluralista. Nesse sentido, através de uma leitura constitucionalizada, o termo “bons costumes” deve ser entendido como moralidade constitucional, em consonância com os princípios fundamentais da República, principalmente a dignidade da pessoa humana. (ALVARENGA, 2010, p. 28).

Assim, os “bons costumes” devem ser analisados a partir de um ponto de vista constitucional, atentando-se principalmente para o princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que se respeite o direito dos indivíduos de serem diferentes, de possuírem a própria cultura e os próprios costumes, garantido que possam livremente desenvolverem a própria personalidade através da disposição do próprio corpo.

Os bons costumes a serem preservados não podem ser os costumes de um grupo específico, bem como não se deve desprezar os costumes de um grupo por ser uma minoria, pois corre-se o risco de se tomar decisões autoritárias, instaurando-se uma ditadura da maioria, restringindo-se as liberdades de uma parcela da sociedade, afetando a sua dignidade, pelo fato de não possuir grande visibilidade no meio social.

O que se espera, portanto, do Direito, é que a técnica de análise dos costumes seja a que se edifique na prospecção de autonomia consciente e justificada nos elementos de um direito civil-constitucional, a partir da liberdade e da responsabilidade.

4. Limites à Autonomia Corporal e à Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana, como já exposto, é formada a partir de três conteúdos mínimos: o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário, este também chamado de dignidade enquanto heteronomia.

A dignidade como autonomia e a dignidade como heteronomia se contrapõem. A primeira, refere-se a capacidade do ser humano de se autogovernar, ao passo que a dignidade como heteronomia tem como objetivo limitar essa autonomia que a pessoa humana possui, como explicam Barroso e Martel (apud. SILVA, 2013, p. 15-16): “A concepção da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. A dignidade como heteronomia, por sua vez, funciona como uma limitação à liberdade individual, pela imposição de valores sociais e pelo cerceamento de condutas próprias que possam comprometer a dignidade do indivíduo”.

Assim, a limitação que dignidade como heteronomia provoca, funciona de forma a proteger o indivíduo de suas próprias condutas como forma de resguardar a sua dignidade. Em outras palavras, o valor comunitário da dignidade, limita a autonomia do indivíduo (que também é conteúdo mínimo da dignidade) como forma de resguardar-se. Pode ser entendido como um escudo contra os excessos da autonomia.

A heteronomia possui grande importância, pois tem como objetivo criar um equilíbrio de vontades entre os indivíduos na sociedade, evitando-se assim o caos (SILVA, 2013, p. 16).

De acordo com Alexandre Barbosa da Silva (2013, p. 18) porém, “Sob o argumento de proteção, o Direito acaba por limitar garantias de liberdade individual, tornando-se incoerente com seus próprios fundamentos, especialmente constitucionais. A tutela não deve exaurir-se em meras limitações”.

A autonomia dos indivíduos merece atenção especial, só sendo possível limitações quando houver a possibilidade de prejuízos coletivos, porém, “em uma perspectiva de interesses individuais homogêneos ou heterogêneos claros e específicos”, e não um mero perigo coletivo abstrato (SILVA, 2013, p. 16).

Dessa forma, a autonomia, apesar de ser essencial para a garantia da dignidade dos indivíduos, não é absoluta. Deve-se, não obstante, atentar para o quanto se limita, visando-se a evitar que a aludida limitação padeça de ilegitimidade. Para que seja legítima somente deve acontecer para precaver reais prejuízos, tanto para um único indivíduo, quanto para a coletividade.

De tudo o que se viu, talvez seja fácil imaginar que a posição constante deste escrito esteja na perspectiva da visão *Subjetivista* da análise dos direitos da personalidade – falando-se especialmente da dignidade – em detrimento da posição *Normativista*.

O que se deseja, em verdade, é uma interlocução entre ambas, ou seja, quando se tenha que tratar de aspectos que envolvam unicamente alcance de vontade individual, importante que seja colocado em voga o argumento subjetivista, por meio do qual deva ser salvaguardada integralmente a autonomia da pessoa para agir ou se omitir, independentemente da vontade do Estado ou da Lei.

Em outras hipóteses, quando se verificar que uma vontade íntima terá efeitos concretos sobre a esfera de direitos constitucionais – e efetivos – de terceiros, e apurando-se que no utilizar dos critérios jurídicos de solução de conflitos entre direitos fundamentais, o seu interesse restar vencido, relevante que se efetive o pensamento Normativista, limitando direitos inicialmente previstos.

5. Conclusões

As limitações a direitos individuais sobre o próprio corpo, de tudo o que se viu, merecem ser relativizadas. As garantias constitucionais de liberdade e livre desenvolvimento da personalidade devem prevalecer sobre o intento legislativo de proibir o uso do corpo para as finalidades individualmente preferidas, dentro de um contexto pautado pela razoabilidade.

Sugere-se, portanto, que não sejam absolutas as situações que limitam, atualmente, os direitos individuais ligados ao livre desenvolvimento da personalidade, especialmente no manuseio do corpo. A análise geral da moralidade não tem o condão de dar conta das demandas sociais, e individuais, contemporâneas.

O desafio é enfrentar o que já se denominou como “estouro dos limites da moral ocidental e das teorias do conhecimento”, ou seja, não basta liberar tudo e nem proibir tudo. O que se tem por fazer é aprofundar estudos que conduzam ao balanço da equação “interesse *versus* prejuízo individual e social”. A tarefa não é fácil.

A ideia moderna de subjetivismo, já não é mais suficiente para atender ao momento histórico que se descortina à nossa frente, motivo pelo qual se torna importante o debate sobre as liberdades pessoais, não como tem acontecido: a partir da lei. A lei deve, isso sim, ser discutida a partir dos interesses individuais, em uma perspectiva coletiva séria, sem politicagens, reducionismos religiosos, ou interesses unicamente econômicos.

A discussão deve girar, assim, em torno do prestígio à intenção científica, com fundamento nos dados estatísticos e jurídicos que envolvam os problemas pontuais da sociedade e dos indivíduos. Isso favorecerá o desenvolvimento de normas e posturas públicas que sejam acentuadamente mais coerentes no atender das vontades das pessoas, quando consideradas individualmente, em total sinergia com os costumes sociais constitucionalmente protegidos.

6. Referências

- ALVARENGA, Luísa Barran de Mello. **Atos de disposição sobre o próprio corpo: O caso da Bodymodification**. 2010. 59f. Monografia (Bacharel) – Departamento de Direito, PUC, Rio de Janeiro, 2010.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **O princípio fundamental da Dignidade da Pessoa humana e a sua concretização judicial**. Web, 2008. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/o_principio_fundamental_da_dignidade_humana_e_sua_concretizacao_judicial.pdf>. Acesso em: 20 de março de 2014.
- BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. 2010. *In*: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-morte-como-ela-e-dignidade-e-autonomia-individual-no-final-da-vida>
- BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Web, 2005. Disponível em : <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em 20 de março de 2014.
- _____. **“Aqui, lá, e em todo lugar”**: A Dignidade Humana no Direito Contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, v. 919, p. 127-196, maio de 2012. Disponível em:< http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf>. Acesso em: 01 de maio de 2014.
- _____. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público**. Mimeografado, dezembro de 2010. Web, 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 20 de março de 2014.
- CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. 2. ed. Centelha, 1981. v.1.
- ENTERÍA, Eduardo Garcia. **La lengua de los derechos. La formación Del derecho público europeo tras La revolución francesa**. Madrid. Aliança Editorial, 1995. p. 33 e 84.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

- HEIDEGGER, Martin. **A questão da técnica**. *Sci. stud.* [online]. 2007, vol.5, n.3, pp. 375-398. ISSN 1678-3166.
- LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. [coords]. **Direitos fundamentais e estado constitucional: Estudos em homenagem a J.J.Gomes Canotilho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2008. [p. 137-162].
- LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do Direito Civil. Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/507>>. Acesso em: 14 mar. 2014.
- MARCUSE, Marcuse. **Algumas implicações sociais da tecnologia moderna**. In: Praga: Revista de estudos marxistas n.1. Editora Boitempo. 1996. p. 113.
- MIRANDA, Jorge. **Constituição e cidadania**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002. p. 164.
- _____. **La dottrina del diritto civil nella legalità costituzionale**. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, nº 31, jul./set. 2007. p. 75-83.
- PINTO, Paulo da Mota. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Portugal- Brasil Ano 2000*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 157-158.
- RODOTÁ, Stefano. **Che cos'è Il corpo?** Roma. Luca Sossella Editore, 2010.
- SILVA, Alexandre Barbosa da. **De quem é o “próprio” corpo? A interferência do Estado nas Liberdades de disposição do corpo**. Univel, Revista de Estudos Jurídicos e Sociais, Cascavel, n. 2, ago. 2013.

ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SUA EFETIVAÇÃO POR PARTE DO ESTADO

FRANCISCO CARLOS DUARTE

Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutorado pela Università degli Studi di Lecce - Itália e pela Universidad de Granada - Espanha. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Procurador do Estado do Paraná e advogado.

Resumo

O presente artigo consiste em um estudo acerca da efetividade dos princípios constitucionais relacionados ao desenvolvimento econômico, que revelaram-se ser os princípios que fundamentam a decisão do Estado de agir por meio das agências reguladoras, conciliando o interesse público e a iniciativa privada. Trata-se de uma revisitação da reforma do aparelho estatal, com um novo enfoque hermenêutico principiológico de acordo com o complexo de situações fáticas, éticas e axiológicas da sociedade contemporânea que viu seus direitos sociais abalados diante do cenário de instabilidade econômica que tem assolado o mundo todo nos últimos anos. Será desenvolvida uma reflexão sobre a interação destes princípios entre si e, em linha conclusiva, como se dá a sua efetivação por parte do Estado.

Palavras-chave

Desenvolvimento; Atividade econômica; Políticas públicas; Agências reguladoras.

Abstract

This paper consists of a study about the effectiveness of the constitutional principles related to the economic development, which proved to be the principles that justify the State's decision to act through regulatory agencies, balancing the public interest and the private sector. It is a revisitation of the reform of the State's apparatus, with a new principiological and hermeneutic approach in accordance to the complex factual, ethical and axiological situations of the contemporary society that saw its' social rights shaken by the economic instability scenario that has affected the whole world in recent years. It will be developed a reflection on the interaction of these principles with each other, and conclusively, how is the effectiveness managed by the State.

Key words

Development; Economic activity; Public policies; Regulatory agencies.

1. Introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988 houve um alargamento significativo na abrangência dos direitos e garantias fundamentais como princípios. A interpretação e efetivação desses princípios constitucionais é um tema fartamente debatido no meio acadêmico, e no cenário atual, de instabilidade econômica, o estudo de alguns destes princípios adquire nova relevância, quais sejam aqueles relacionados ao desenvolvimento econômico.

Em um sistema capitalista abalado, os princípios do livre mercado e da supremacia do interesse público merecem um novo enfoque quanto ao seu conteúdo e sua efetividade. Isso ocorre porque a hermenêutica principiológica abrange aspectos histórico-concretos do ato interpretativo que está condicionado por um complexo de situações fáticas e eventos carregados de exigências éticas e valorativas diante dos fins sociais a serem atingidos.

[...] Qualquer interpretação sofre as consequências do tempo e da época em que é executada, pois cada oportunidade temporal tem sua forma própria de impor suas limitações ou diretrizes, não podendo os intérpretes fugir a este tipo de imposição social. Conforme a época em que é efetuada a interpretação, ela carrega em seu bojo as ideias daquele tempo e os modos como se desenrolam e se desenvolvem as coisas, tudo encarado de forma concreta pelos constituintes das sociedades contemporâneas. (BAPTISTA, R. B. 2006, p.133)

Streck (2005) afirma que a hermenêutica tem como função deixar o fenômeno constitucional visível, “*des-objetificar* a Constituição”, superando o paradigma metafísico da dogmática jurídica e partindo para uma maior concretude das promessas da modernidade e do Estado Democrático de Direito. O erro dos juristas é querer desmembrar a norma constitucional de seu manancial político e ideológico, e do sentido dinâmico e renovador que sempre haverá de acompanhar este tipo de norma (BONAVIDES, 2002).

O que percebemos é que, no panorama atual, muitas dessas promessas não estão sendo cumpridas e isso resulta em grande descontentamento da população de um modo geral – o que é notório diante das diversas manifestações e protestos que estão eclodindo em todo o Brasil. Surge a noção de que os princípios do livre mercado e da supremacia do interesse público seriam antagônicos, onde um estaria prejudicando a efetividade do outro. Há no senso comum a ideia, talvez preconceituosa, de que o interesse privado, próprio do livre mercado, é oposto ao interesse público, de forma que sempre que a balança pender para um lado, o fará em detrimento do outro. Daí a necessária presença do Estado

regulador e fiscalizador, capaz de regular o livre mercado (FERRAZ Jr., 2003). Cabe ao Estado conciliar esses interesses, especialmente porque ambos estão expressamente assegurados na Constituição Federal.

Outro princípio evidentemente relacionado ao desenvolvimento econômico e bem-estar é o princípio da eficiência, que importou da ciência econômica a ideia de custo-benefício, abrindo caminho para que outros conceitos da microeconomia chegassem até a ciência jurídica.

No presente artigo será analisada a atuação do Estado como conciliador de interesses diversos, os meios pelos quais isso ocorre e a interpretação e efetivação dos princípios relacionados ao desenvolvimento econômico.

Para cumprir esta empreitada, optou-se pelo método indutivo, a partir da pesquisa bibliográfica e análise da legislação vigente.

2. Efetividade dos Princípios Aparentemente Conflitantes

O estudo dos meios de conciliação entre princípios conflitantes é de extrema importância para a ciência jurídica, pois é sobre as normas principiológicas que é construído e validado todo o sistema. O clássico modo de resolução empregado na incidência de colisão entre princípios é o método da ponderação. Na visão de Dworkin (2002) a colisão é solucionada levando-se em conta o peso e a importância relativa de cada princípio para escolher qual prevalecerá ou sofrerá menos restrição do que os outros. Robert Alexy (1999) esclarece que os princípios são mandamentos de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus em cada caso concreto.

Quando há um conflito em nível fático, não haverá uma antinomia, os princípios serão verificados de acordo com o peso, ora privilegiando um princípio, ora outro (FARIAS, 2000).

O equacionamento das tensões principiológicas só pode ser empreendido à luz das variáveis fáticas do caso, as quais indicarão ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada cânone constitucional em confronto. E a técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas, é o método de ponderação de bens. (SARMENTO, 2004, p.55)

A ponderação é a decisão jurídica que será aplicada aos casos difíceis, em que uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia, mas que indicam soluções diferentes (BARROSO, 2004). É possível essa decisão acatar todos os princípios aplicáveis ao caso, cada um em menor ou maior grau. Além disso, a decisão não poderá violar o núcleo dos direitos fundamentais, lembrando que estes, igualmente, podem ver

seus conceitos jurídicos variados em função da compreensão histórica dos fenômenos sociais (BARCELLOS, 2005). Para isso, faz-se necessário compreender melhor os princípios aqui abordados.

Sempre que houver confronto entre interesses, há de prevalecer o coletivo. É o que determina o princípio da supremacia do interesse público, que é objeto do Direito Administrativo – ramo que existe para assegurar que a Administração Pública concretize os objetivos fixados em prol da coletividade. O intervencionismo estatal é justificado na medida em que assegura o bem-estar geral e permite que os indivíduos desfrutem de seus direitos constitucionalmente reconhecidos. Esta é a atividade administrativa adequada ao modelo de Estado Democrático de Direito:

[...] parte-se da premissa de que o vigente sistema constitucional, cujo núcleo é a defesa dos direitos e garantias fundamentais, vincula todos os poderes estatais e está no centro de todo o ordenamento jurídico. Dessa forma, a razão de ser do Estado é a satisfação dos direitos e garantias fundamentais. (BAPTISTA, I. 2013, p.57)

O princípio da supremacia do interesse público é apresentado como pressuposto de uma ordem social estável e não se encontra exclusivamente atrelado à Administração Pública – embora à ela compita o poder-dever de zelar por esse interesse. Em uma sociedade democrática, este princípio deve ser aplicado a toda sorte de decisões políticas, jurídicas e econômicas. Sempre que uma ação individual por em risco ou gerar consequências para a coletividade, tal atividade deverá ser impedida.

Entretanto, a Constituição de 1988 instituiu um Estado pluralista, onde *pluralista* significa que interesses diversos devem ser protegidos. Conciliar, por exemplo, o livre mercado com a supremacia do interesse público faz parte dessa proteção plural. “A preservação, na maior medida possível, dos direitos individuais constitui porção do próprio interesse público.” (BINENBOJM, 2005)

O princípio do livre mercado é oriundo do liberalismo econômico e traz diversos sentidos, segundo Eros Roberto Grau (2003), como o livre exercício das atividades econômicas, a mínima ingerência do Estado do domínio econômico e não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei.

No Brasil, este princípio esteve presente já na Constituição Imperial de 1824 no art. 179, inciso XXIV, que determinava que “nenhum gênero de trabalho, indústria, ou comércio pode ser proibido”; a Constituição Republicana de 1891, no art. 72, §24 garante o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial”; a Constituição de 1934 foi a primeira a unir a ordem econômica e a social, garantindo a liberdade econômica de acordo com os princípios da justiça e de uma existência digna; a Constituição de 1937 foi a primeira a permitir a intervenção do Estado no domínio

econômico – este formato foi consolidado também nas Constituições de 1946 e 1967 que traziam expressas a necessidade de se reprimir o abuso do poder econômico. Atualmente, a Constituição Federal de 1988 adota a livre iniciativa, de natureza principiológica, como fundamento da ordem econômica (art. 170, caput) e da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV).

Ainda que previsto constitucionalmente, o princípio do livre mercado e livre iniciativa é limitado, também constitucionalmente, pela proteção à dignidade da pessoa humana e do bem-estar social.

[...] a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. (SILVA, 2012, p.726)

O constituinte teve o cuidado de elencar princípios diversos e até mesmo antagônicos à primeira vista de forma que haveria uma mútua limitação, contendo excessos, privilegiando o equilíbrio. O mercado completamente livre é uma ameaça à estabilidade do próprio mercado. Há a necessidade de uma segurança jurídica para as relações comerciais, a propriedade, os contratos, os impostos, etc. O Estado Democrático de Direito surge com a incumbência de reduzir antíteses econômicas e sociais, e isso se torna possível com a devida interpretação e aplicação de seus preceitos. Esse equilíbrio pode ser verificado nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr:

A livre iniciativa é afirmada prescritivamente, na Constituição Federal, como base da Ordem Econômica (art. 170). Afirmá-la é acreditar na liberdade humana na conformação da atividade econômica, é aceitar sua intrínseca contingência e fragilidade, preferindo uma ordem aberta ao fracasso (risco) contra uma estabilidade imposta e regulada. Significa que a estrutura da Ordem Econômica está centrada na atividade das pessoas e não na atividade do Estado. Isto não significa a eliminação deste, mas sublinha que o exercício da atividade econômica, na produção, na gestão, na direção, na definição da política econômica da empresa está regulado pelo princípio da exclusão: o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido. Esta observação não quer significar uma afirmação do *laissez faire* [...] não há nenhum sentido ilimitado e absoluto na livre iniciativa. A ilimitação está no principiar da atividade, mas não nos desempenhos e nas conseqüências. (FERRAZ Jr., 2003, p.215)

Discute-se aqui a aparente colisão de conflitos porque a historicamente delicada relação entre liberalismo e *Welfare State* foi avaliada, até recentemente, como contraditória. A racionalização normativa da economia somente se firmou após o Protocolo de San

Salvador¹, que expressamente afirmou em seu preâmbulo que há uma estreita relação entre direitos econômicos, direitos sociais e direitos civis e políticos.

O que passamos a investigar aqui não é a interpretação dos princípios com vistas à solução de um único e específico caso concreto, é a interpretação e efetividade dos princípios norteadores da atuação do Estado, pois é sabido que a ordem principiológica jurídica orienta também as decisões políticas, como forma de impedir retrocessos sociais.

Dessa forma, surge um novo paradigma para o Estado. A Constituição Federal de 1988, em seu Título VII, disciplina a atuação dos agentes econômicos vinculando a sua conduta à determinados princípios:

É o conjunto de preceitos e instituições jurídicas, garantidos os elementos definidores de um determinado sistema econômico, que instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica” (MORREIRA, 1974, p.34)

Ocorre que a livre iniciativa e a justiça social estão destacadas já no *caput* do art. 170 da CF – onde os termos “justiça social” podem ser traduzidos como o bem da coletividade. Portanto, não há contradição entre interesse público e interesse privado, pelo contrário, ambos são complementares e devem receber proteções e estímulos equivalentes. Os princípios da supremacia do interesse público e do livre mercado, na realidade, interagem em busca do equilíbrio.

3. O Integrador Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência, de certa forma, é uma soma dos supracitados princípios, podendo ser visto até mesmo como o equilíbrio encontrado a partir de uma paradoxal limitação e complementação mútua e simultânea. Atualmente, as instituições devem garantir o funcionamento estável do mercado, pois este é imprescindível para a realização da justiça social. E a noção de mercado aqui compreende toda a produção e circulação de bens, serviços e ativos financeiros, até o consumo e todos os sujeitos envolvidos neste processo. Neste sentido, o Direito Público, igualmente, visa satisfazer as necessidades sociais de forma eficiente.

O conceito de eficiência, importado da microeconomia, baseia-se na avaliação do custo-benefício, e pode ser resumidamente explicado como a capacidade de realizar trabalhos com o mínimo de desperdícios e o máximo de produtividade. Para o Estado, é a

1 Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

maior realização concreta possível dos fins de interesse coletivo, os maiores benefícios, com os menores ônus possíveis – tanto para o próprio Estado, como para as liberdades dos cidadãos (ARAGÃO, 2006).

Sua inserção no rol dos princípios que regem a Administração Pública se deu através da Emenda Constitucional 19/1998, respondendo aos anseios de uma ordem econômica com tendência neoliberal, consolidando uma reforma administrativa em busca de mais resultados e menos burocracia na gestão da coisa pública.

Nos últimos anos assistimos em todo o mundo a um debate acalorado [...] sobre o papel que o Estado deve desempenhar na vida contemporânea e o grau de intervenção que deve ter na economia. No Brasil, o tema adquire relevância particular, tendo em vista que o Estado, em razão do modelo de desenvolvimento adotado, desviou-se de suas funções precípua para atuar com grande ênfase na esfera produtiva. Essa maciça interferência do Estado no mercado acarretou distorções crescentes neste último, que passou a conviver com artificialismos que se tornaram insustentáveis na década de 90. Sem dúvida, em um sistema capitalista, Estado e mercado, direta ou indiretamente, são as duas instituições centrais que operam na coordenação dos sistemas econômicos. Dessa forma, se uma delas apresenta funcionamento irregular, é inevitável que nos deparemos com uma crise. (CÂMARA DA REFORMA DO ESTADO, 1995, p.9)

O princípio da eficiência veio para dar respaldo à diminuição da máquina estatal, que passa a estar restrita apenas às áreas imprescindíveis e abre espaço para a iniciativa privada. O argumento utilizado pelo governo para implantar o Plano Diretor da Reforma do Estado, em 1995, segue esta linha:

Reformar o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também as finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços – tanto os exclusivos, quando os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida em que se transformem em organizações públicas não estatais – operem muito eficientemente. (DI PIETRO, 1999, p.73)

O desafio era o de favorecer o desenvolvimento e ajustar a atuação do Estado em um cenário de economia de mercado globalizada, mas ainda de acordo com a necessária prestação de serviços básicos e implementação de políticas sociais.

Portanto, dissecado o princípio da eficiência percebe-se, de fato, que este consiste em uma combinação dos princípios da supremacia do interesse público e do livre mercado. Onde o mercado tem um bom funcionamento, a iniciativa privada sente-se mais

segura para atuar e isso resulta em investimentos em capital humano e tecnologia – duas importantes peças da mecânica do crescimento econômico. A vivência econômica absolutamente liberal apresentou sérias limitações nos quesitos de transparência, estrutura, mobilidade social e incentivo para bens e serviços coletivos. A atual ordem econômica constitucional busca conciliar, através de seus princípios, o progresso e a estabilidade, a justiça social e a liberdade.

A Constituição não deve ser algo divorciado da sociedade, mas um feixe de normas e princípios que devem, necessariamente, refletir o sentimento, os anseios e as necessidades da sociedade e a força da consciência popular de uma época. E quando esta *Constituição formal* – entendida como o conjunto de normas constitucionais abstratas – chega a coincidir com a *Constituição material* – entendida como a Constituição viva ou da realidade – tem-se, então, a primeira como parte ativa, influente e reguladora de um sistema em que realmente se exprimem as decisões básicas da sociedade. (BONAVIDES, 2002, p.76, grifo do autor)

Essa decisão normativa suscitou um maior dirigismo estatal na economia: o Estado regulador. “A livre iniciativa, assim, não exclui a atividade fiscalizadora, estimuladora, arbitral e até suplementarmente empresarial do próprio Estado” (FERRAZ Jr., 2003, p.215).

Os princípios indicam o ideal, mas a sua efetividade passa por um caminho tortuoso, que veremos a seguir. Para que os princípios do desenvolvimento econômico pudessem ser mais efetivos, foi imprescindível uma redefinição do papel do Estado, onde este deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via de produção de bens e serviços, para assumir a função apenas de promotor e regulador desse desenvolvimento. O modelo administrativo contemporâneo adota o sistema dual: juridifica o sistema econômico através da regulação. Estado e mercado passam a ser um todo indivisível.

4. A Atuação do Estado com Vistas à Efetividade dos Princípios do Desenvolvimento Econômico

A Constituição Federal de 1988 trouxe expressos princípios para favorecer o desenvolvimento econômico. Visto que os princípios apenas descrevem o estado ideal das coisas – ou, o fim buscado – analisaremos agora o meio escolhido pelo Estado para garantir a efetividade destes princípios.

O modelo burocrático do Estado com acúmulo de funções (produtor, prestador, protecionista e empresário) não era capaz de acompanhar o desenvolvimento da economia e da sociedade, especialmente diante da crescente globalização. Isso prejudicava a gestão pública e afetava profundamente a governabilidade. Era hora de modernizar o

Estado, que passaria a assumir o papel de regulador, fiscalizador e fomentador, estando voltado apenas para as funções mais essenciais.

Em todo o mundo, os cidadãos e seus representantes eleitos parecem simplesmente ter chegado à conclusão de que o governo de seu país, seja qual for o seu tamanho relativo, é grande demais e precisa ser reduzido, de que a administração pública é muito cara e deve ser modificada para oferecer maior eficiência e maior eficácia. (KETTLE, 1999, p. 76)

As atividades econômicas, de acordo com o princípio da livre iniciativa, deveriam ser exercidas prioritariamente pela iniciativa privada. Entretanto, para assegurar o respeito aos interesses da coletividade, essas atividades econômicas deveriam ser rigorosamente reguladas e fiscalizadas, de forma que tiveram que ser importadas para a realidade brasileira as agências reguladoras. As primeiras agências criadas no Brasil foram a ANP - Agência Nacional do Petróleo (Lei nº 9.478/96), ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) e ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica (Lei nº 9.427/96).

O processo de transformação do Estado é constante, assim como a evolução da civilização, onde o setor público abandona algumas funções e assume outras (PIMENTA, 1998). Nas últimas décadas, a globalização foi um fator de aceleração deste processo, pois exige o desenvolvimento da atividade econômica de forma mais rápida, menos burocrática e com mais qualidade, para que o país possa se manter competitivo. Este novo papel adota a descentralização como estratégia, enfraquecendo as funções de produtor direto, interventor e protecionista, e fortalecendo as funções reguladora, fiscalizadora e de indução do desenvolvimento, possibilitando o aumento da governabilidade (GROTTI, 2006).

Este é um ponto de grande importância: o aumento da necessidade de regulação é consequência da opção política e econômica do Estado de, em vez de assumir diretamente o exercício de atividade empresarial, intervir ativamente nessas atividades, utilizando instrumentos de autoridade. Não significa uma redução quantitativa obrigatória da atividade do Estado, mas uma alteração no perfil dessa atividade: ao deixar de assumir a tarefa de produção direta de bens e serviços, o Estado, na mesma proporção, intensifica o exercício de suas prerrogativas de intervenção no domínio econômico. (ALEXANDRINO e PAULO, 2013, p. 160)

Essa alteração ocorre com o propósito de que a Administração Pública direta fique mais voltada às suas atividades-fim. Neste cenário, a Administração Pública indireta torna-se mais relevante, e o controle das práticas econômicas também se dá de forma indireta. O Estado redimensionou a sua atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, CF), através da criação de agências reguladoras, encontrando

a medida exata em que o deve interferir na economia, visto que é sabido que o mercado sozinho não garante desenvolvimento, prosperidade e justiça social, assim como o estatismo exagerado dá vazão ao corporativismo e à ineficiência.

Com a implementação da política que transfere para o setor particular a execução dos serviços públicos e reserva para a Administração Pública a regulamentação, o controle e a fiscalização da prestação desses serviços aos usuários e a ela própria, o Governo Federal, dito por ele mesmo, teve a necessidade de criar entidades para promover, com eficiência, essa regulamentação, controle e fiscalização, pois não dispunha de condições para enfrentar a atuação dessas parcerias. Tais entidades, criadas com essa finalidade e poder, são as agências reguladoras. São criadas por lei como autarquia de regime especial recebendo os privilégios que a lei lhes outorga, indispensáveis ao atingimento de seus fins. São entidades, portanto, que integram a Administração Pública Indireta. (GASPARINI, 2000, p. 342)

Este novo modelo de Estado e de gestão objetiva, principalmente, assegurar maior eficiência no desempenho das atividades da Administração Pública, maior agilidade e capacidade gerencial, maior legitimidade e transparência e maior aproximação com a sociedade.

A característica fundamental das agências consiste na especialização dos fins ou atividades, pois trata-se do ponto principal para que seja possível alcançar o objetivo para o qual elas são criadas. As autarquias existem para atuar em serviços e setores onde é necessária uma administração mais ágil, dependendo, portanto, de pessoal especializado. Uma definição apropriada das agências reguladoras é a seguinte:

São autarquias que recebem por lei tal qualificação, quando de sua criação, para atuar como órgãos autônomos, destinados a administrar setores em que são desenvolvidas *atividades privadas de interesse público*, tais como o são os *serviços públicos*, por delegação (concessões e permissões e institutos afins), bem como as atividades, profissionais ou empresariais, que venham a estar legalmente submetidas a um *regime especial de controle* destinado a salvaguardar valores específicos, como ocorre com a vigilância sanitária, com o regime hídrico e tantos outros, em listagem em expansão, na medida em que as atividades privadas, em áreas econômicas ou sociais constitucionalmente definidas como de *relevância coletiva* recebam específico ordenamento público regulador. (MOREIRA NETO, 2014, p.256-257. Destaque no original)

As agências reguladoras atuam sobre setores vitais da economia – tais como a energia elétrica, telecomunicações, aviação civil, vigilância sanitária e o petróleo – cuja titularidade, via de regra, por imposição constitucional, é pública, mas sua execução, a partir

das privatizações, passou a ser encetada por entidades privadas, em consonância com o art. 175 da Constituição Federal (PIMENTA, 1998). A atividade econômica, portanto, é exercida pela iniciativa privada, mas o interesse público continua sendo velado pelas agências reguladoras, sendo respeitados os princípios constitucionais aqui estudados.

No que tange às funções das agências reguladoras, pode-se dizer que gozam de certa independência em relação aos três poderes do Estado:

(a) em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; (b) em relação ao Poder Executivo, porque as normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; (c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-jurisdicional no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos respectivos serviços. (DI PIETRO, 1999, p.131)

Entretanto, cabe a ressalva de que essa independência deve ser vista em harmonia com o regime constitucional brasileiro que a limita, por exemplo, pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, CF), ou com relação ao Poder legislativo que, por óbvio, as normas emanadas das agências não podem se sobrepor ou conflitar com as disposições constitucionais ou legais editadas pelo Congresso Nacional. Portanto, em que pese serem independentes ou autônomas, as agências reguladoras estão submetidas ao controle dos três poderes do Estado, bem como do Tribunal de Contas da União.

As atribuições das agências reguladoras, quando comparadas umas às outras, de um modo geral, sofrem pequenas alterações de acordo com a lei de criação de cada uma delas. Há, entretanto, uma atribuição comum à todas: a regulamentar – de onde vem o nome “reguladoras”.

Possuindo poder normativo, então, consideraremos o ente uma agência reguladora. Esta será, portanto, não o ente que, simplesmente exerça regulação em qualquer das formas, mas, acima de tudo, o que possua competência para produzir normas gerais e abstratas que interferem diretamente na esfera de direito dos particulares. (MENDES, 2000, p. 129)

Para que o desempenho dessas agências seja considerado satisfatório elas deverão expedir normas operacionais e de serviço, acompanhando o ritmo do desenvolvimento tecnológico e das demandas populares, fiscalizar o cumprimento dessas normas e, quando necessário, aplicar as devidas sanções com rapidez. O poder regulatório se deve ao fato de que as agências são instituídas para combater as prováveis falhas de mercado, assegurando a competitividade do setor no cenário mundial, diminuir custos de transação inerentes à

provisão de bens públicos, reduzir assimetrias de informação entre agentes econômicos, combater externalidades negativas advindas das interações econômicas, universalizar serviços e promover interesses dos consumidores (PRZEWORSKI, 1998).

O regulamento editado pela agência reguladora, portanto, tem validade sempre que houver previsão legal para essa edição, se forem cumpridos os requisitos constantes na lei permissora e se estiver de acordo com o ordenamento jurídico vigente, visto que, obviamente, uma agência reguladora jamais poderá criar uma norma que esteja em desconformidade com o que prevê uma lei hierarquicamente superior. Este poder normativo, ainda que amplo, se dá com base em parâmetros predeterminados chamados de *standards*, que são os limites para o exercício satisfatório do poder delegado.

Essas figuras [agências reguladoras] envolvem o exercício de um amplo poder normativo (o poder de ditar normas com a mesma força de lei e com base em parâmetros [...] - *standards* nela contidos), outorgado pelos diversos diplomas legais que as tem instituído, cumulado com o fiscalizatório, o sancionatório, o de dirimir conflitos de interesses entre agentes econômicos regulados, entre tais agentes e a própria agência, ou mesmo entre tais agentes e usuários, etc. (GROTTI, 2006, p.8)

Essa descentralização do poder permite uma melhor gestão e desburocratização do Estado e celeridade nas decisões. A função normativa das agências reguladoras representa hoje a condição *sine qua non* para que a regulação aconteça de forma ágil e satisfatória.

Como, em princípio, não se fazia necessária e nítida diferença entre as matérias que exigem escolhas político-administrativas e as matérias que devam prevalecer às escolhas técnicas, a competência legislativa dos parlamentos, que tradicionalmente sempre foi privativa, na linha do postulado da Separação dos Poderes, se exerceu, de início, integral e indiferenciadamente sobre ambas. Somente com o tempo e o reconhecimento da necessidade de fazer a distinção, até mesmo para evitar que decisões técnicas ficassem cristalizadas em lei e se tornassem rapidamente obsoletas, é que se desenvolveu a técnica das delegações legislativas. (MOREIRA NETO, 2000, p. 162)

As agências reguladoras estão inseridas no contexto do poder-dever da Administração Pública, ou seja, no poder jurídico conferido ao agente público para a satisfação do interesse da coletividade. Os setores sobre os quais elas atuam estão estritamente relacionados à questão do desenvolvimento pátrio, e portanto, evidenciam o poder-dever da atuação da agência sobre aspectos regulatórios existentes a respeito da relação e equilíbrio entre atividade econômica, energia, desenvolvimento, sociedade e meio ambiente, prevenindo falhas de mercado e preservando o interesse público.

O papel fundamental das agências reguladoras neste cenário é justificado:

[...] desenvolvem uma tripla regulação: a regulação dos monopólios, visando atenuar o efeito das forças de mercado, através de controle de preços e da qualidade do serviço; a regulação para a competição, a fim de criar condições para existência e manutenção da concorrência; e a regulação social, objetivando à universalização dos serviços, que agora obedece a uma certa tendência à eliminação dos subsídios cruzados. Por fim, a circunstância de agirem sem subordinação ao Executivo [...]. Com isso, busca-se assegurar uma regulação imparcial, decisões mais técnicas, dotadas de maior proteção contra as ingerências meramente políticas, que poderiam prejudicar o funcionamento ideal de um modelo competitivo. (GROTTI, 2006, p. 8)

Diante de todos esses aspectos vemos a importância de se ter um órgão especializado para o setor, que seja capaz de acompanhar o desenvolvimento da indústria, solucionar eventuais conflitos e direcionar os ganhos de forma que a economia brasileira possa se fortalecer, pois tudo isso representa, acima de tudo, zelo pelo interesse público. Ademais, o poder regulador ainda vai além do interesse público, conforme explica Tércio Sampaio:

Não basta que a delegação tenha por objetivo fins genéricos do tipo interesse público (ainda que setorial), mas é preciso que as finalidades sejam postas na forma de princípios finalísticos de ação. Não basta, no mesmo sentido, a fixação de fins do tipo interesse protegido do consumidor, mas exige-se algum detalhamento desses interesses. Com isso, a competência instrumental delegada obriga-se a completar este detalhamento, estabelecendo fins tecnicamente viáveis e encontrando os meios adequados, responsabilizando-se, afinal, pela relação solidária de meios e fins (responsabilidade pelo êxito). (FERRAZ JÚNIOR, 2000, p. 151)

As delegações instrumentais à órgãos independentes são essenciais para que o Estado possa conviver com a complexidade social e econômica em termos de técnicas e saberes especializados. Neste sentido, a atuação das agências reguladoras está amparada pelo princípio da eficiência (art. 37, CF).

5. A Fiscalização Legitimadora da Atividade Regulatória

Em resumo, o principal objetivo da delegação do poder normativo em favor das agências reguladoras é propiciar a edição de normas de forma mais rápida e com mais conhecimento técnico e de casos concretos. Esses limites técnicos não podem ser ultrapassados, ou estaria caracterizada uma invasão à competência do Poder Legislativo. As limitações são, portanto, materiais (normas de cunho técnico e sobre matérias específicas) e formais (observando a legislação vigente). Sendo assim, o poder normativo das agências reguladoras não é exercido de forma arbitrária.

Atualmente, no Brasil, as agências reguladoras devem garantir o desenvolvimento sustentável, tanto no sentido de conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente² (em conformidade com o art. 23, inc. VI, da Constituição Federal), como no sentido de garantir que os diferentes setores da economia sejam capazes de se sustentar e se desenvolver ao longo do tempo, ou seja, protegendo os direitos e deveres dos agentes econômicos e dos consumidores e implementando políticas públicas, guiando os setores, inclusive quando há crises, e restabelecendo o equilíbrio dos mercados. Exemplos disso são a atuação da Comissão de Valores Mobiliários, que durante a crise financeira de 2008 publicou novas resoluções³ com o objetivo de atenuar a assunção de riscos no mercado de derivativos e coibir atos prejudiciais ao seu funcionamento, além de fazer as devidas adequações para a harmonização legislativa necessária para a competitividade do sistema financeiro brasileiro diante dos mercados globalizados e das alterações normativas⁴ que ocorreram nos países desenvolvidos. Essa atuação se dá em conjunto com a atuação dos Ministérios.

Na estrutura atual, os Ministérios são os auxiliares do Presidente da República na tarefa de direção da administração federal. De acordo com as atribuições que lhes foram conferidas constitucionalmente, deverão orientar, coordenar e supervisionar os órgãos e entidades que estiverem em sua área de competência. Essa atribuição se estende também para a Administração Pública indireta – as agências reguladoras –, conforme o art. 4º do Decreto-lei 200/67 (MARRARA, 2004).

Decorre do Poder Legislativo a política pública genérica (em sentido amplo), dos Ministérios e Conselhos, a política pública setorial, e cabe à agência reguladora implementá-la, aplicando seu respectivo marco regulatório.

Esse caminho percorrido se dá no sentido de maior concretização. Isso significa que a agência reguladora tem um contato mais direto e mais eficaz com os mercados que regula e com o povo.

As agências reguladoras não são eminentemente responsáveis pela formulação de políticas setoriais. Estas políticas, em especial no que diz respeito a planejamento e metas de universalização e acesso, devem ser formuladas pelos Ministérios, com uma fronteira bem delimitada, a fim de que política setorial não seja tomada por regulação econômica e vice-versa. Nesse particular, note-se que, embora distintas, regulação econômica e políticas setoriais têm papéis complementares e não antagônicos. Com

2 Conceito definido na Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada pela Organização das Nações Unidas.

3 Resoluções 467 e 475 da Comissão de Valores Mobiliários.

4 Um exemplo disso foi a Lei Dodd-Frank, que entrou em vigor em julho de 2010 e alterou os parâmetros de funcionamento dos mercados financeiros.

este propósito, o Poder Executivo deve também assumir e ativar, com firme determinação política e autonomia, os fóruns colegiados e interministeriais responsáveis pela formulação das políticas públicas setoriais, para inclusive poder orientar as agências de forma clara, permitindo-lhes implementar as políticas com o mínimo de ambigüidade. (CASA CIVIL, 2003, p.7)

Dessa forma, as agências reguladoras e os ministérios podem atuar de forma harmoniosa e até mesmo cooperativa. Compete às agências reguladoras “a escolha dos meios e instrumentos que, no âmbito das competências regulatórias, melhor se coadunam para, de forma eficiente, ensejar o atingimento das políticas públicas setoriais.” (CASA CIVIL, 2003, p.08)

Entre as funções das agências no atual cenário brasileiro, portanto, a fundamental é a de aplicar o marco regulatório, concretizando o plano de ação governamental e dando efetividade às políticas públicas. São também responsáveis por garantir a segurança jurídica do mercado, a sua previsibilidade, encorajando os investimentos através da transparência das “regras do jogo”; defender a concorrência, em atuação conjunta com o CADE, preservando a economia e combatendo as falhas de mercado; além de defender os usuários e consumidores dos serviços, promovendo a universalização do acesso e preservando os direitos difusos.

É importante lembrar que conexas à atividade regulatória existe também a atividade de fiscalização. As agências reguladoras, portanto, são as principais fiscalizadoras dos serviços públicos na busca por melhores resultados e promoção do bem-estar social, conciliando e definindo regras que permitam a credibilidade dos agentes econômicos privados e a continuidade da prestação de serviços aos usuários com padrões requeridos de qualidade e a preços compatíveis com o padrão

de renda da população brasileira.

Através da transferência da atividade empresarial para os agentes privados e também devido ao seu conhecimento técnico e especializado – fruto de constantes investimentos em pesquisas –, e à proximidade e boa interlocução com os agentes regulados, as agências e suas políticas regulatórias representam uma solução interessante no sentido de atingimento de metas com pouca onerosidade para o poder público. É o meio mais eficiente de se implementar as políticas públicas, e a efetivação dos direitos fundamentais (política de estado) depende da implementação dessas políticas.

Além disso, a atuação das agências reguladoras é indispensável para o sucesso dos investimentos privados, não apenas pela segurança jurídica que conferem ao mercado regulado, mas também pela tomada de decisões, de acordo com a política idealizada para cada caso concreto, que pode determinar que haja uma participação financeira do poder

público (por meio de subvenção, subsídios ou financiamentos), ou pode determinar que os custos sejam repassados diretamente aos usuários, quando possível e conveniente. O fato é que essas decisões dependem do alto grau de conhecimento que as agências reguladoras possuem sobre seus respectivos setores econômicos, e isso significa que essas agências exercem um papel chave na administração, prevenção ou solução de crises – inclusive porque a confiança dos investidores privados depende da eficiência dessa atuação.

Some-se a isto o fato de que a transferência da execução de determinadas políticas desonera o Estado, pois transfere, total ou parcialmente, os pesados custos com investimentos em infra-estrutura, com as vantagens decorrentes do ganho de eficiência da iniciativa privada, sendo os custos diluídos racionalmente, de modo a não afetar muito o orçamento público (DI PIETRO, 1999). A regulação econômica também pode ser o veículo indutor de criação das condições do mercado em circunstâncias em que elas não existem, estimulando a concorrência, minimizando deficiências e promovendo redistribuições equânimes (SALOMÃO FILHO, 2002). As agências reguladoras, portanto, são os veículos de implementação de políticas públicas que devem conciliar três objetivos: previsibilidade, estabilidade e flexibilidade dos mercados, combatendo a estagnação econômica. Diante dessa nova realidade de transformações econômicas rápidas e constantes e de uma população que cresce exponencialmente, o Estado não poderia permanecer no papel de empresário, produtor e protecionista sem se tornar demasiadamente inchado e oneroso. As agências reguladoras, portanto, representam hoje a única alternativa viável para a modernização da máquina estatal, onde a Administração Pública preserva o interesse público e o bom funcionamento do mercado através da regulação.

6. Conclusões

As normas são formuladas e interpretadas em cada época de acordo com um conjunto de relações políticas e sociais. A Constituição Federal de 1988 e seus princípios da ordem econômica abriram mais espaço para a iniciativa privada e o desenvolvimento do mercado, mas sem descuidar de assegurar a proteção aos interesses da coletividade e o direito à existência digna, conforme os ditames da justiça social. A importação de um conceito da microeconomia para a ciência jurídica, o princípio da eficiência, deu um passo adiante no que se refere à conciliação de interesses aparentemente opostos, encontrando um equilíbrio, um caminho de mais concretude para as finalidades da Administração Pública.

A ação reguladora do Estado, pautada pela liberdade econômica e pela supremacia e indisponibilidade do interesse público, consagrou-se como instrumento para a efetivação tanto dos direitos sociais, quanto do desenvolvimento econômico nacional, e as agências reguladoras foram o meio escolhido para isso. Entretanto, para que o povo recupere

solidamente sua confiança no governo e na economia, a regulação não basta: o próximo passo agora consiste em concentrar esforços para aprimorar a fiscalização, a transparência e a legitimação democrática dos entes reguladores para garantir que o mercado e a iniciativa privada possam, de fato, coexistir harmoniosamente e até mesmo de maneira colaborativa. O caminho está sendo percorrido, mas ainda há passos por dar.

7. Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 21ª Ed. Rio de Janeiro: Método, 2013, p. 160.
- ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. **O princípio da eficiência**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.4, jan/2006, p. 1-7.
- BAPTISTA, Isabelle de. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito**. Revista TCEMG, jan/fev/mar, 2013, p.55-71.
- BAPTISTA, Raimundo Barbosa de Carvalho. **Da interpretação e integração de textos legais: hermêutica**. São Paulo: Iglu, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6º. ed. rev., atual. e ampl.-São Paulo: Saraiva, 2004.
- BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 117-169.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CÂMARA DA REFORMA DO ESTADO. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, novembro de 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 2 de março de 2015.

- CASA CIVIL. **Relatório final do grupo de trabalho interministerial**: Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro. Brasília, setembro de 2003. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf> . Acesso em: 9 de dezembro de 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2º. ed. Porto Alegre: PC Editorial Ltda, 2000.
- FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade**. In: Revista tributária e de finanças públicas, n. 35, pp. 143-158, dez. 2000.
- _____. **Abuso de Poder Econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente**. Revista de Direito Público da Economia, ano 1, nº 1, jan.-mar./2003, pp. 215-225.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As agências reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº6, mai/jun/jul de 2006.
- KETTL, Donald F. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. In: **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Org. Luiz Carlos Bresser Pereira. 3. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.
- MARRARA, Thiago. **A legalidade na relação entre Ministérios e Agências Reguladoras**. Revista Jurídica Virtual. v. 6, n 66, p. 1-15. Brasília, 2004.
- MENDES, Conrado Hubner. **Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Direito Administrativo Econômico, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- MOREIRA, Vital. **Economia e constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 1974.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro; Renovar, 2000.

- PIMENTA, Carlos Cesar. **A reforma gerencial do Estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais.** Revista de Administração Pública (RAP-FGV/ EBAPE). Rio de Janeiro, 32(5), pp. 173-199, set/out, 1998.
- PRZEWORSKI, Adam. **Sobre o Desenho do Estado:** uma Perspectiva Agent X Principal. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora, 1998, pp. 39-73.
- SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e Desenvolvimento.** São Paulo: Malheiros, 2002.
- SARMENTO, Daniel. **Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35a. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CIDADANIA E O COMBATE À CORRUPÇÃO: PROPOSTAS EXTRAPENAIIS DE APERFEIÇOAMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

EDUARDO AUGUSTO SALOMÃO CAMBI

Pós-doutor em direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Diretor financeiro da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR). Curitiba-PR. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: eascambi@mppr.mp.br

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Curso de Mestrado em Direito do Curso Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Líder do Grupo de Pesquisa “Ética, direitos fundamentais e responsabilidade social”. Professor da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: mateusbertoncini@uol.com.br

Resumo

A corrupção é um dos graves problemas brasileiros. O desvio de recursos públicos impede a efetivação de direitos fundamentais sociais e atrasa o desenvolvimento nacional obstando o real acesso à cidadania. O Brasil precisa enfrentar o paradoxo de ser a oitava maior economia do mundo, mas ainda possuir baixos índices de desenvolvimento humano. Justiça social não convive com impunidade. São os recursos públicos, pagos pelos contribuintes, que, desviados pelos esquemas de corrupção, faltam para a ampliação dos investimentos em saúde, educação, segurança e infraestrutura. Além disso, a oportunidade da corrupção se transforma em mais corrupção, quando há impunidade. Para diminuir os índices de corrupção no Brasil, é urgente pensar em alternativas de aperfeiçoamento do sistema jurídico, tarefa que também incumbe à academia. Embora o direito positivo não altere a realidade social, a inexistência de mecanismos jurídicos apropriados obsta o equacionamento de parcela dos problemas da sociedade brasileira, como é o caso da corrupção. Na esfera extrapenal, começando pelo Direito Constitucional, é importante ressaltar a necessidade de aperfeiçoamento de questões como a do fortalecimento dos

controles interno e externo, reformando instituições constitucionais, como é o caso dos Tribunais de Contas. Além disso, a ampliação da transparência e do controle social e o aperfeiçoamento da atuação do Ministério Público no plano infraconstitucional demandam reformas legislativas fundamentais, para se viabilizar a efetivação dos Direitos Humanos consagrados na Constituição de 1988.

Palavras-chave

Corrupção; Propostas de aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro; Cidadania.

Abstract

Corruption is one of the serious Brazilian problems. The embezzlement of public funds prevents the realization of fundamental social rights and delays national development prevent inhibiting the real access to citizenship. Brazil needs to face the paradox of being the eighth world's largest economy, and having low human development indexes. Social justice does not coexist with impunity. Public funds, paid by taxpayers, sidetracked by corruption schemes, fail to reach the investments in the enlargement of public health, education, security and infrastructure. Moreover, the opportunity of corruption increases corruption when there is impunity. To reduce corruption levels in Brazil, it is urgent to think about legal system improvement alternatives, a task which is also entrusted to the academy. Although positive law does not change social reality, the lack of appropriate legal mechanisms prevents the equating of part of the Brazilian's society problems, such as corruption. In the extrapenal sphere, beginning with constitutional law, it is important to emphasize the need to improve issues such as the strengthening of internal and external controls, reforming constitutional institutions, such as the Courts of Auditors. In addition, the enlargement of transparency and social control of the prosecution performance in infra constitutional sphere requires fundamental legislative reforms, in order to provide for the realization of the human rights enshrined in the 1988 Constitution.

Key words

Corruption; Alternatives to improve the brazilian legal system; Citizenship.

1. Introdução

O fenômeno da corrupção no Brasil possui raízes históricas no modelo de Estado patrimonial português, em que o soberano comandava seus subordinados como se fossem servidores pessoais, exercendo autoridade como senhor absoluto, proprietário de tudo e

de todos, semelhante ao exercício do poder do domínio patriarcal sobre o grupo familiar (ZANCARO, 2012, P. 12).

A História do Brasil é marcada por graves crises éticas, marcadas pelo tráfico de influências, manipulação da coisa pública em benefício próprio, distribuição de cargos, benefícios e privilégios, utilização de padrões domésticos de administração dos negócios do Estado, utilização de instrumentos de poder para a manutenção das desigualdades sociais, com ênfase no assistencialismo, neopotismo, parasitismo e clientelismo.

O processo de redemocratização do país, a Constituição Federal de 1988, a maior participação popular e a consolidação de instituições republicanas contribuem para um novo capítulo da História brasileira contemporânea.

Apesar disso, pelo Índice de Percepção da Corrupção, da Transparência Internacional, divulgado no final de 2014, dos 175 países avaliados, o Brasil ficou em posição intermediária (69º lugar). Por outro lado, pelo último Índice de Desenvolvimento Humano, divulgado em meados de 2014, pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), o Brasil, apesar de ser a oitava maior economia do mundo, ocupa o 79º lugar no ranking mundial dentre os 187 países avaliados (CAMBI, 2014, P. 02).

Vale destacar, também, a Pesquisa Nacional sobre Perfil e Opinião dos Jovens Brasileiros, desenvolvida pela Secretaria Nacional da Juventude em 2013. A juventude compreende o grupo etário entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos, e equivale pelo Censo de 2010 um quarto da população brasileira (51,3 milhões de pessoas). Dentre uma lista de problemas brasileiros apresentados, os jovens entrevistados indicaram, como aquele que mais lhes incomoda, em primeiro lugar, a corrupção (36%)¹. Os demais problemas apontados aparecerem com percentagens muito inferiores à corrupção, valendo destacar, sucessivamente: a) a grande desigualdade social: 20%; b) O poder dos traficantes: 13%; c) O racismo e outras formas de discriminação: 10%; d) O despreparo e a violência da polícia: 5%; e) A destruição do meio ambiente: 4%; f) A lentidão e outros problemas da Justiça: 4%; g) O despreparo do povo: 4%; h) A falta de perspectiva profissional para os jovens: 3%.

A corrupção sistêmica aliada aos elevados índices de impunidade desviam recursos públicos indispensáveis à promoção dos direitos fundamentais sociais, o que contribui para a baixa qualidade dos serviços públicos essenciais e aprofunda as desigualdades sociais.

Episódios recentes como o do Mensalão, que pela primeira vez na história brasileira produziu a condenação pelo Supremo Tribunal Federal de políticos do mais alto escalão

1 Cfr. Agenda Juventude Brasil. Pesquisa Nacional Sobre Perfil e Opinião dos Jovens Brasileiros. Brasília: Secretaria Nacional da Juventude, 2013. p. 30.

do governo federal, e a Operação Lava Jato, que tem investigado e punido desvios de recursos da Petrobrás para financiar campanhas políticas e favorecer empresários, colocaram o tema do combate à corrupção no centro da agenda política.

Nesse contexto, o trabalho procura enfatizar algumas propostas extrapenais de repressão à corrupção no Brasil, para a reflexão acadêmica. O Direito Constitucional e o infraconstitucional parecem necessitar de reformas para o aperfeiçoamento do controle da Administração Pública e o combate à corrupção e à impunidade, criando as condições para a efetivação do catálogo de Direitos Fundamentais previstos na Constituição de 1988, direitos esses obstados historicamente pela endêmica corrupção existente na esfera pública nacional, impeditiva do real e progressivo desenvolvimento da cidadania.

A metodologia utilizada na pesquisa é o teórico-bibliográfica e crítica, essencial para uma análise verdadeiramente dialética, propositiva e reflexiva do problema da corrupção no Brasil.

2. Governança no Setor Público

A crise fiscal do final dos anos 80 do século XX, no cenário econômico e político internacional, exigiu maior eficiência do Estado e abriu espaço para a governança no setor público.

A governança no setor público implica o desenvolvimento e a aplicação de mecanismos de liderança, estratégia e controle para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, para que haja maior *eficácia* (cumprimento das ações prioritizadas) e *eficiência* (realização de ações da melhor forma possível, em termos de custos-benefícios) da atuação estatal na condução de políticas públicas e na prestação de serviços de interesse da sociedade².

A excelência na governança pública depende da existência do Estado Democrático de Direito, da participação da sociedade civil na gestão pública, da educação para o exercício da cidadania, de instrumentos adequados e de instituições fortes para combater à corrupção, além da redução dos elevados níveis de impunidade.

Dentre os princípios que devem reger a governança do setor público, incluem-se a *transparência*, que exige o acesso a todas as informações relativas à organização pública, para que se assegure segurança jurídica às relações entre o Estado e terceiros, bem como dê confiança aos governados da lisura dos negócios públicos, permitindo o controle do ente público pela sociedade civil.

Também se destaca o princípio da *accountability*, pelo qual as organizações públicas têm o dever de assumir as responsabilidades de ordem fiscal, gerencial e programática que

2 Cfr. *Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública*. Versão 2. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. p. 33.

lhes foram conferidas, além de prestarem contas aos cidadãos de sua atuação, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões³.

3. Fortalecimento dos Controles Interno e Externo

A Constituição Federal de 1988 preocupou-se com a *democratização* do Estado ao fortalecer o controle externo da Administração Pública.

Os mecanismos de controle da Administração Pública procuram elevar a fiscalização e a revisão da atividade administrativa para que se cumpram as regras e os princípios constitucionais, notadamente os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37/CF).

O controle interno é *intra-orgânico*, pelo qual a própria Administração verifica a legalidade e a eficácia dos atos praticados.

O mau funcionamento dos controles internos da Administração Pública brasileira é uma realidade indiscutível. Os escândalos públicos se avolumam, em todos os níveis de governo, como se inexistisse controle interno. A razão dessa ineficiência, com graves repercussões para a sociedade brasileira, reside na ausência de autonomia dos controladores internos, subordinados hierarquicamente à autoridade nomeante e, ao mesmo tempo, controlada.

Logo, a previsão de mandato fixo e de autonomia do órgão de controle interno, somadas à responsabilidade por omissão, é um caminho ainda não trilhado e que poderia permitir o funcionamento efetivo dessa modalidade de controle, interrompendo ou contribuindo para reduzir a permanente corrupção e ineficiência da Administração Pública nacional.

A título de sugestão, propõem-se a alteração do § 1º do artigo 74 da Constituição Federal, que passaria a ter a seguinte redação: “§ 1º O Controlador Interno, responsável pelo controle interno, detentor de cargo efetivo, estabilidade, formação de nível superior e ilibada reputação, será escolhido pelo respectivo Chefe de Poder, para o exercício de mandato de 2 anos, reconduzível por uma vez. § 2º As controladorias internas serão formadas exclusivamente por servidores públicos de carreira, admitidos mediante concurso público de provas e títulos. § 3º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público, se existentes indícios de crime ou de ato de improbidade administrativa, sob pena de responsabilidade por omissão e solidária”.

3 Idem. p. 34.

O controle externo, por sua vez, é exercido por órgãos diversos da Administração Pública (por exemplo, pelo Poder Legislativo, com auxílio dos Tribunais de Contas; arts. 70 e 71 da Constituição Federal). Tratam-se de mecanismos complementares voltados a evitar, nos planos administrativo e financeiro, à má aplicação dos recursos públicos.

A importância dos Tribunais de Contas é acentuada na Constituição Federal ao competir, entre outras relevantes atribuições, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (art. 71, inc. II, CF)⁴.

A forma de escolha dos Ministros do Tribunal de Contas da União está prevista na Constituição Federal (art. 73), sendo reproduzida, com os respectivos ajustes, nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais para a seleção de Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios.

São requisitos para integrar esses tribunais: a) ter mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade; b) possuir idoneidade moral e reputação ilibada; c) ter notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; d) contar com mais de 10 (dez) anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos *retro* mencionados.

Os membros dos Tribunais de Contas são escolhidos um terço deles, pelo Chefe do Poder Executivo, com aprovação do Poder Legislativo, sendo parcela deles escolhidos alternadamente entre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice, a partir de critérios de antiguidade e merecimento. Os demais membros são escolhidos pelo Poder Legislativo, que constituem *vagas cativas*, que, a rigor, não impõe a obrigatoriedade da nomeação de auditores ou de membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas⁵.

4 *“Com a superveniência da Nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais foram investidos de poderes jurídicos mais amplos, em decorrência de uma consciente opção política feita pelo legislador constituinte, a revelar a inquestionável essencialidade dessa instituição surgida nos albores da República. A atuação dos Tribunais de Contas assume, por isso, importância fundamental no controle externo e constitui, como natural decorrência do fortalecimento de sua ação instituídas, tema de irrecusável relevância”* (STF, ADI 215 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/1990, DJ 03-08-1990 PP-07234 EMENT VOL-01588-01 PP-00028).

5 *“TRIBUNAL DE CONTAS – COMPOSIÇÃO – “VAGA CATIVA” DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA – EGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ALCANCE DO ARTIGO 73, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Prevalece a regra constitucional de divisão proporcional das indicações entre os Poderes Legislativo e Executivo, revelado o critério da “vaga cativa”, sobre a obrigatória indicação de clientelas específicas pelos governadores, inexistente exceção, incluída a ausência de membro do Ministério Público Especial”* (RE 717424, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2014, ACÓRDÃO

A forma de composição dos Tribunais de Contas, no Brasil, é objeto de intenso debate no Congresso Nacional. Há várias propostas em discussão, no Parlamento, para evitar a indevida politização dos Tribunais de Contas (CAMBI, 2014, P. 27-28). Por exemplo, a fixação de mandatos fixos, como ocorre em Cortes Europeias, ou que a escolha dos membros seja precedida de critérios técnicos, com a consulta ampla de órgãos de classe.

Na Câmara Federal, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 374/2014, apensada à PEC 262/2008, que institui mandato com duração de 10 anos, vedando a recondução, para Ministros do STF, TCU e Tribunais de Contas dos Estados, bem como modificando o processo de escolha.

Ou ainda a Proposta de Emenda à Constituição nº 44/2012, em tramitação no Senado Federal, pela qual ocorrendo a vaga, além do cidadão ter entre 35 e 65 anos, notável saber jurídico e reputação ilibada, sejam indicados diretamente pelo Ministério Público, pelo Judiciário e pela Advocacia, por intermédio de seus Conselhos superiores.

Importante ressaltar, também, a Proposta de Emenda Constitucional nº 7/2014 que pretende modificar o § 2º, do artigo 73 da Constituição Federal, para que os Ministros do Tribunal de Contas da União sejam escolhidos mediante concurso público de provas e títulos, anteriormente a sabatina do Senado Federal, sendo a banca julgadora composta por juízes do Superior Tribunal de Justiça.

Independente do mérito e da forma, essa PEC tem o mérito de evitar a *politização* da Corte de Contas, cujo papel no controle externo, voltado para fiscalizar o uso dos recursos públicos, é de extrema relevância. O concurso público, para a investidura no cargo do TCU, tem o sentido de aumentar a eficiência da Corte para melhor proteger os interesses nacionais. A meritocracia na escolha do Ministro também contribui para a maior profissionalização do Poder Público, evitando indicações políticas marcadas pelo “toma lá, dá cá”. Com isso, poderia ser aumentado o controle das constantes práticas de corrupção, que desviam recursos públicos cuja falta compromete o desenvolvimento do país.

Cabe aos Tribunais de Contas a importante função de recomendar, preventivamente, medidas para aumentar a eficácia da aplicação dos recursos públicos, podendo, inclusive, determinar o bloqueio de recursos orçamentários para obras que apresentem graves irregularidades.

Repressivamente, os Tribunais de Contas devem responsabilizar os agentes públicos por ilícitos cometidos, determinando formas de reparação e de sanção. Nesse sentido, podem aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, dentre as quais a aplicação de multa proporcional ao

dano causado ao erário (art. 71, inc. VIII, CF). Quando as multas e os débitos não são pagos espontaneamente, devem ser inscritos em dívida ativa e cobrados, judicialmente, pela Advocacia-Geral da União ou pelas Procuradorias Estaduais ou Municipais⁶.

Os Tribunais de Contas podem, ainda, exercer contribuição decisiva na responsabilização política dos administradores envolvidos em irregularidades graves, ao encaminharem seus nomes à Justiça Eleitoral, que tem competência para indeferir tais candidaturas.

Em relação à aprovação das contas dos Chefes dos Poderes Executivos, os Tribunais de Contas apenas elaboram parecer conclusivo, cabendo ao Poder Legislativo acatar ou rejeitar tal conclusão por maioria simples. Devem, contudo, apontar indícios de condutas criminais ou de improbidade administrativa e levá-los ao conhecimento do Ministério Público.

Na realidade brasileira, os Tribunais de Contas são “instituições semiautônomas” (SPECK, 2012, p. 462), porque são integradas por um corpo técnico concursado, mas dirigido por um colegiado – formado por nove Ministros, no caso do Tribunal de Contas da União, sete Conselheiros, nos Tribunais de Contas Estaduais e cinco Conselheiros nos Tribunais de Contas Municipais – responsável, dentre outras atividades, pela eleição de seu presidente, elaboração do orçamento, programação da fiscalização e a tomada de decisões conclusivas sobre as fiscalizações.

Os critérios de escolha previstos na Constituição Federal ou são *meramente formais* (brasileiros, entre 35 e 65 anos de idade, 10 anos de experiência profissional) ou de *difícil verificação* (idoneidade moral, reputação ilibada, notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos, financeiros ou de administração pública), sendo que somente a minoria do colegiado (dois membros) deve ser escolhida dentre integrantes do corpo técnico concursado⁷. Tais critérios, também, dificultam o controle judicial da nomeação dos membros dos Tribunais de Contas⁸.

6 O Supremo Tribunal Federal, no ARE 823.347-MG, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 02.10.2014, reconheceu repercussão geral da questão constitucional quando a legitimidade do Ministério Público, atuante ou não junto ao Tribunal de Contas, para executar as decisões de condenação proferidas pelos Tribunais de Contas.

7 Idem. Ibidem.

8 “DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO DE CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ANÁLISE DA OCORRÊNCIA DE EVENTUAL AFRONTA AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS INVOCADOS NO APELO EXTREMO DEPENDENTE DA REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA CONSTANTE NO ACÓRDÃO REGIONAL. ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL DO DEBATE. RECURSO QUE NÃO ATACA TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 283/STF. IRREGULARIDADE FORMAL. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 06.9.2012. Divergir do entendimento firmado pela Corte a quo, acerca do preenchimento dos requisitos para a nomeação no cargo de Conselheiro, exigiria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão recorrido, inviável em sede recursal extraordinária. Aplicação do óbice da Súmula 279/STF: “Para simples reexame de prova

A fragilidade desses critérios reflete na politização dos Tribunais de Contas, o que compromete a sua atuação eficiente, em detrimento do efetivo combate à corrupção. Conforme dados divulgados pela Transparência Brasil, em abril de 2014, dos 238 (duzentos e trinta e oito) membros de Tribunais de Contas brasileiros 60% (sessenta por cento) são ex-políticos, 20% (vinte por cento) sofrem processos na justiça ou foram punidos pela Justiça Eleitoral ou pelos próprios Tribunais de Contas por irregularidades administrativas e, pelo menos, 15% deles são parentes de políticos (PAIVA; SAKAI, 2015).

Portanto, é urgente uma reforma constitucional que reveja a formação dos Tribunais de Contas. A indicação direta de seus Ministros ou Conselheiros pelo Chefe do Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo não contribui para o exercício técnico das funções das Cortes de Contas, que se comportam politicamente, segundo as ideologias partidárias, fragilizando o controle externo de contas do Estado brasileiro.

O concurso público para Ministro ou Conselheiro é uma boa opção, assim como a formação de listas tríplexes de Auditores do Tribunal de Contas, Membros do Ministério Público de Contas e advogados, tal como se dá no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Tal discussão merece ser levada a efeito no âmbito da sociedade brasileira, inclusive acadêmica, porquanto o atual modelo de nomeação não tem se mostrado eficiente e eficaz, bastando olhar para o grande número de desmandos na esfera pública, não inibidos pela atuação dessas Cortes.

4. Ampliação da Transparência e do Controle Social

Não deve haver segredos na relação entre Estado e sociedade. A transparência, de um lado, se presta a maior organização da Administração Pública e a profissionalização da gestão. De outro lado, presta-se a concretização da *accountability* e, com isso, a maior concorrência entre os agentes do mercado, a melhor distribuição de recursos, a possibilidade da criação de indicadores e da mensuração de desempenho, além da diminuição da burocracia pública, com a ampliação do controle social e a conseqüente redução dos níveis de corrupção (FIGUEIRAS, 2011, p. 113).

Os cidadãos devem ser tratados como *consumidores* de bens públicos, destinatários das políticas e dos serviços prestados pelo Estado. Por isso, a efetividade dos direitos fundamentais sociais (art. 6º/CF) depende da disponibilidade de informações aos cidadãos.

não cabe recurso extraordinário. Razões recursais que não atacam todos os fundamentos da decisão agravada. Aplicação da Súmula 283/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.” Não preenchimento do requisito de regularidade formal expresso no artigo 317, § 1º, do RISTF: “A petição conterà, sob pena de rejeição liminar, as razões do pedido de reforma da decisão agravada.” Agravo regimental conhecido e não provido” (STF, ARE 763300 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 24-06-2014 PUBLIC 25-06-2014).

Quanto mais amplas as informações a respeito das ações realizadas pelos agentes públicos, mais transparentes são os governos, melhor é a governança pública e menor é a possibilidade de corrupção.

Sem informações adequadas o Estado Democrático de Direito não se realiza. Afinal, somente há verdadeira democracia quando os cidadãos podem pautar suas decisões conforme as informações que lhe forem disponíveis. Aliás, a essência das desigualdades sociais está na “reinvenção da cidadania do excluído” (DEMO, 2002, p. 35), cuja pobreza é resultado do analfabetismo político, da desinformação e da alienação produzida pelos detentores do poder e que nele se perpetuam às custas da marginalização das minorias.

Aliás, pesquisa realizada pelo Movimento Paraná Sem Corrupção, em novembro de 2014, com 2.728 estudantes do ensino médio da rede pública paranaense, revela que 68,40% dos entrevistados com idade entre 16 e 18 anos não se interessaram em fazer o título de eleitor. A pesquisa também mostrou que metade (49,90%) não sabia o que é a Constituição Federal, além de 86,55% nunca terem feito uso de algum portal de transparência e 81% deles jamais ter utilizado a Lei de Acesso à Informação.

A baixa participação popular e o precário controle social da Administração Pública estão relacionadas a diversos fatores como a ausência de educação para o exercício da cidadania (CAMBI; FERREIRA, 2015), a falta de uma cultura de transparência e a não implementação efetiva tanto da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) quanto da Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527/2011).

A Lei de Responsabilidade Fiscal acaba de completar 15 (quinze) anos. Trata-se de uma lei importante, pois impôs o controle de gastos a todos os entes federativos condicionado à capacidade de arrecadação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Tal lei inova ao limitar gastos tanto para as despesas do exercício (prevendo contingenciamentos e limitação de empenhos) quanto para o grau de endividamento.

A Lei de Responsabilidade Fiscal também promoveu a transparência nos gastos públicos, obrigou os entes federativos a apresentar detalhes das finanças aos Tribunais de Contas e institucionalizou os portais da transparência, com a ampla divulgação em meios eletrônicos de acesso público, para estimular o controle social.

Entretanto, o Conselho de Gestão Fiscal, destinado ao acompanhamento e a avaliação da política e da operacionalidade da gestão fiscal, com a presença de representantes de todos os Poderes, do Governo, do Ministério Público e de entidades técnicas representativas da sociedade, nunca saiu do papel. A cultura da transparência se impõe, a fim de que a busca pelo bem comum se dê com a participação integrada de diversas entidades públicas e do fortalecimento do controle social.

Nesse sentido, o artigo 67 da Lei de Responsabilidade Fiscal criou o Conselho de Gestão Fiscal – constituído por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do

Ministério Público e de entidades representativas da sociedade – para realizar o acompanhamento e a avaliação, de forma permanente, da política e da operacionalidade da gestão fiscal⁹. Dentre os propósitos específicos desse Conselho Gestor, está a disseminação de práticas que resultem em maior eficiência na alocação e execução do gasto público, na arrecadação de receitas, no controle do endividamento e na transparência da gestão fiscal, mas também na adoção de normas de consolidação das contas públicas, padronização das prestações de contas e dos relatórios e demonstrativos de gestão fiscal, normas e padrões mais simples para os pequenos Municípios, além dos necessários ao controle social.

Ocorre que, passados mais de 15 (quinze) anos da sanção da Lei de Responsabilidade Fiscal o Conselho de Gestão Fiscal não foi criado nem, tampouco, adveio lei específica para dispor sobre a composição e a forma de seu funcionamento. Ao contrário, tramita no Senado Federal o PLS 141/2014 que justifica a não-criação do referido Conselho a redação original do artigo 67 da Lei Complementar nº 101/2000. Afirma que, ao prever que a sua composição se dará *“por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do Ministério Público e de entidades representativas da sociedade”*, cria um número muito grande de Conselheiros, o que dificultaria a obtenção de *quórum* para a realização de reuniões, bem como tornaria muito difícil definir que seriam os representantes dos Poderes Legislativos e Executivos Municipais e Estaduais. Por isso, o PLS 141/2014 propõe a remoção da obrigatoriedade extensa e paritária dos entes e poderes da federação, devendo a composição do Conselho ser definida por legislação ordinária.

O PLS 141/2014, além de não avançar na real criação do Conselho de Gestão Fiscal, retrocede na modificação do *caput* do artigo 67 que prevê, expressamente, a participação de representantes da sociedade civil. Relega à lei ordinária a composição do Conselho de Gestão sem assegurar que vai ser assegurado o mais amplo e efetivo controle social na gestão fiscal.

Para que se tenha maior eficiência na gestão pública e maior efetividade das políticas públicas implementadas pelo Estado brasileiro, é preciso desenvolver uma nova cultura

9 *“Art. 67. O acompanhamento e a avaliação, de forma permanente, da política e da operacionalidade da gestão fiscal serão realizados por conselho de gestão fiscal, constituído por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do Ministério Público e de entidades técnicas representativas da sociedade, visando a: I - harmonização e coordenação entre os entes da Federação; II - disseminação de práticas que resultem em maior eficiência na alocação e execução do gasto público, na arrecadação de receitas, no controle do endividamento e na transparência da gestão fiscal; III - adoção de normas de consolidação das contas públicas, padronização das prestações de contas e dos relatórios e demonstrativos de gestão fiscal de que trata esta Lei Complementar, normas e padrões mais simples para os pequenos Municípios, bem como outros, necessários ao controle social; IV - divulgação de análises, estudos e diagnósticos. § 1º O conselho a que se refere o caput instituirá formas de premiação e reconhecimento público aos titulares de Poder que alcançarem resultados meritórios em suas políticas de desenvolvimento social, conjugados com a prática de uma gestão fiscal pautada pelas normas desta Lei Complementar. § 2º Lei disporá sobre a composição e a forma de funcionamento do conselho”*.

não-estatal de controle (AVRITZER; FILGUEIRAS, 2011, P. 31-32). Não basta, para tanto, aprimorar a máquina estatal. É indispensável permitir ao próprio cidadão fiscalizar e participar das decisões coletivas. Ampliar o controle democrático não-estatal é uma forma de compensar as falhas do controle administrativo-burocrático, tanto é que em cidades que a participação e o controle sociais do orçamento público são maiores maior é a eficiência do Estado. A terceira via, entre os controles administrativo-burocrático e judicial, deve ser o caminho para reduzir a corrupção sistêmica, enquanto patologia disseminada na política, no mercado e na sociedade brasileiras.

Nesse sentido, além da criação do Conselho de Gestão Fiscal, para ampliar as formas de controle não-estatais por representantes de entidades sociais, é preciso assegurar a todos os cidadãos a fiscalização direta do orçamento público.

Atualmente, o controle da execução do orçamento é uma atividade restrita a algumas entidades que podem ter senhas de acesso. Assim, prevê o artigo 120 da Lei 13.080, de 2 de janeiro de 2015, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária, *in verbis*: “Art. 120. Com vistas à apreciação da proposta orçamentária de 2015, ao acompanhamento e à fiscalização orçamentária a que se referem o art. 70 e o inciso II do § 1º do art. 166 da Constituição Federal, será assegurado aos membros e órgãos competentes dos Poderes da União, inclusive ao Tribunal de Contas da União, ao Ministério Público Federal e à Controladoria-Geral da União, o acesso irrestrito, para consulta, aos seguintes sistemas ou informações, bem como o recebimento de seus dados, em meio digital: I – SIAFI; II – SIOP; III - Sistema de Análise Gerencial da Arrecadação - ANGELA, bem como as estatísticas de dados agregados relativos às informações constantes das declarações de imposto de renda das pessoas físicas e jurídicas, respeitado o sigilo fiscal do contribuinte; IV - Sistema Integrado de Tratamento Estatístico de Séries Estratégicas – SINTESE; V - Sistema de Informação das Estatais – SIEST; VI - SIASG, inclusive ComprasNet; VII - Sistema de Informações Gerenciais de Arrecadação – INFORMAR; VIII - Cadastro das entidades qualificadas como OSCIP, mantido pelo Ministério da Justiça; IX – CNPJ; X - Sistema de Informação e Apoio à Tomada de Decisão - SINDEC, do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT; XI – SICONV; XII - Sistema de Monitoramento do Programa de Aceleração do Crescimento – SISPAC; XIII - Sistema de Acompanhamento de Contratos - SIAC, do DNIT; XIV - CNEA, do Ministério do Meio Ambiente; XV - Sistema de Informação sobre Orçamento Público em Saúde – SIOPS; XVI - Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Educação - SIOPE; e XVII - Sistema de Informações Contábeis e Fiscais do Setor Público Brasileiro – SICONFI. *Parágrafo único. Os cidadãos e as entidades sem fins lucrativos, credenciados segundo requisitos estabelecidos pelos órgãos gestores dos sistemas, poderão ser habilitados para consulta aos sistemas e cadastros de que trata este artigo.*”

O parágrafo único do artigo 120 da Lei Federal nº 13.080/2015, ao exigir que o cidadão seja previamente habilitado para a consulta dos sistemas e cadastros previstos

nesta legislação, além de criar um obstáculo injustificado ao exercício da cidadania, fere o direito humano-fundamental à informação.

A informação é um direito humano, reconhecido por importantes organismos da comunidade internacional. Está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos: *“Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e de expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”* (art. 19).

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção estabelece, nos artigos 10 e 13: *“Cada Estado-parte deverá (...) tomar as medidas necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública (...) procedimentos ou regulamentos que permitam aos membros do público em geral obter (...) informações sobre a organização, funcionamento e processos decisórios de sua administração pública (...)”*.

A Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão também afirma: *“O acesso à informação mantida pelo Estado constitui um direito fundamental de todo indivíduo. Os Estados têm obrigações de garantir o pleno exercício desse direito”* (item 4).

Além disso, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos assevera: *“Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza (...)”* (art. 19).

No Brasil, o artigo 5º, inc. XXXIII, da Constituição Federal expressa, entre os direitos fundamentais, que *“todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”*.

O artigo 37, § 3º, inc. II, da Constituição Federal também afirma que *“a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especificamente (...) II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII”*.

Ademais, o artigo 216, § 2º, da Constituição Federal atribui *“à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem”*.

Os artigos 5º, inc. XXXIII, 37, § 3º, inc. II, e 216, § 2º, da Constituição Federal foram regulamentados pela Lei 12.257/2011, que ficou conhecida como Lei de Acesso à Informação que, por sua vez, trata da transparência ativa e passiva.

Portanto, o artigo 120 da Lei Federal nº 13.080/2015, merece ser alterado ou merecer interpretação conforme para se tornar compatível com os tratados internacionais, a Constituição Federal e a Lei de Acesso à Informação.

Assim, as informações quanto à execução orçamentária devem ser, como regra, de acesso público irrestrito. Não devem ser objeto de senhas nem tampouco, como determina o parágrafo único do referido artigo 120, exigir que o cidadão e as entidades da sociedade civil organizada tenham que se habilitar para a consulta aos sistemas e cadastros, salvo quando as informações cujo sigilo forem imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado. Caso contrário, ficaria o cidadão e as entidades sociais submetidas a critérios nem sempre objetivos e confiáveis dos Administradores Públicos que, simplesmente, poderiam negar ou criar dificuldades não razoáveis ao acesso à informação.

Dessa maneira, o mencionado artigo 120, *caput* e par. ún., da Lei Federal nº 13.080/2015 deveria ter a seguinte redação: “*Com vistas à apreciação da proposta orçamentária de 2015, ao acompanhamento e à fiscalização orçamentária a que se referem o art. 70 e o inciso II do § 1º do art. 166 da Constituição Federal, será assegurado a todos os cidadãos o acesso irrestrito, para consulta, aos seguintes sistemas ou informações, bem como o recebimento de seus dados, em meio digital, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos da Lei 12.257/2011: (...). Par. ún.: Os membros e órgãos competentes dos Poderes Públicos, inclusive aos Tribunais de Contas, ao Ministério Público e às Controladorias-Gerais da União, será assegurado o acesso irrestrito, para consulta, a todos os sistemas ou informações, bem como o recebimento de seus dados, em meio digital, independentemente do caráter sigiloso dos sistemas ou informações*”.

Por fim, não bastam boas leis se elas não são devidamente aplicadas ou regulamentadas. A Lei Federal nº 12.527/2011 é um importante instrumento para a superação da cultura do sigilo para a do acesso às informações. Contribuiu para que os cidadãos sejam mais conscientes de seus deveres e de seus direitos, para a produção de uma sociedade mais bem informada e para assegurar maior eficiência da Administração Pública em todas as esferas. Entretanto, a Lei de Acesso à Informação somente não é mais efetiva, pois não foi regulamentada nem é devidamente aplicada por todos os entes federativos.

Pesquisa realizada pela Equipe Artigo 19 Brasil, entre novembro de 2014 e março de 2015, em 51 órgãos federais dos Três Poderes e do Ministério Público, sobre a transparência ativa e passiva, apurou que 28,5% das respostas recebidas foram incompletas ou não tinham fundamentação adequada, houve 29% de recursos desses casos e apenas 6,8% dos pedidos não foram respondidos ou tiveram seu acesso negado (PAES; BALBINO; MARCHEZINI, 2015, P. 49-51). Para ampliar a transparência ativa, o estudo conclui serem necessárias, entre outras recomendações: a criação de seções específicas sobre participação popular e formas de intervenção social nos sites de cada órgão, para melhor aproximar a sociedade civil e o Estado; divulgação dos mecanismos de participação popular com antecedência adequada e em distintas plataformas de comunicação, inclusive fornecendo a documentação correlata em tempo hábil e linguagem acessível; a divulgação das listas de informações classificadas e desclassificadas; a publicação de relatórios estatísticos sobre

os pedidos de informação e outras informações sobre a implementação da Lei de Acesso à Informação no órgão público, em formato aberto e linguagem acessível; a divulgação, em local acessível, de telefones, endereços eletrônicos e horários das ouvidorias, serviços de informação ao cidadão e outros canais de atendimento; a utilização de glossários e manuais de auxílio para facilitar a compreensão dos dados orçamentários. Por outro lado, para ampliar o cumprimento da transparência passiva, o estudo concluiu serem necessárias entre outras recomendações: a utilização de plataformas eletrônicas de serviço de informação ao cidadão, que possibilitem o acompanhamento do histórico dos pedidos de informação e todos os pedidos de informação pelo usuário; a adaptação dos sistemas de registro de informação para que o cidadão possa apresentar recurso por intermédio do próprio sistema, com a informação inclusive sobre qual o órgão superior competente e o prazo para recorrer; a retirada de qualquer exigência desproporcional de identificação para além do previsto em lei (nome, documento e endereço para resposta) e permissão do envio de pedidos de informação por pessoa jurídica; a adoção de auditorias internas, pesquisas de qualidade com usuários e testes com usuários ocultos; a divulgação de todos os pedidos de informação recebidos, com suas respectivas respostas, preservando dados pessoais dos usuários. Por fim, dentre as recomendações de médio e longo prazo para a efetiva implementação da Lei de Acesso à Informação, o estudo concluiu: pela designação de um orçamento específico e adequado que permita o treinamento contínuo dos servidores, direta ou indiretamente, envolvidos na gestão das informações (e não apenas os que integram os serviços de informação e as ouvidorias); a promoção da cultura da transparência e da gestão da informação, com a eliminação progressiva das lacunas de informação existentes, principalmente nos temas de participação popular e programas e projetos que envolvam direitos humanos; a aplicação das sanções previstas na Lei de Acesso à Informação nos casos de seu descumprimento; a criação de um órgão independente de monitoramento e aplicação da Lei de Acesso à Informação, com a participação da sociedade civil e a autonomia política em relação aos outros órgãos.

Apesar da Lei de Acesso à Informação ter sido publicada em 18 de novembro de 2011, até maio de 2015, conforme dados levantados pela Controladoria Geral da União, cinco Estados da Federação (Amapá, Amazonas, Pará, Rio Grande do Norte e Roraima) ainda não haviam criado legislação própria para definir regras específicas para o cumprimento da lei. Ademais, com relação aos Municípios brasileiros com mais de 100 mil habitantes (307 no total), apenas 36% (ou 188) deles havia regulamentado a Lei de Acesso à Informação¹⁰. A não regulamentação da lei dificulta a sua aplicação, pois ela exige que os Estados e Municípios criem, por exemplo, um serviço de informações ao cidadão, em local com condições apropriadas para atender e orientar o público quanto ao acesso às informações, informar sobre a tramitação de documentos e protocolizar requerimentos de

10 Disponível em: <http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/11157>. Acesso em 01 de junho de 2015.

acesso a dados. Não há informação sobre o cumprimento da Lei de Acesso à Informação sobre os demais Municípios brasileiros, mas é possível supor que a situação seja tão ou mais grave que a apontada em relação aos Municípios maiores que, geralmente, possuem mais condições financeiras para cumprir a legislação.

Ademais, a Organização Contas Abertas, que monitora portais públicos por todo o país, afirma que para se atingir transparência plena é imprescindível que Estados e Municípios melhorem a *usuabilidade*, isto é, a facilidade com que os usuários possam encontrar os dados necessários nos portais da transparência¹¹. Conclusão apontada pelo Índice de Transparência de 2014 constatou que absolutamente todos os Estados precisam desenvolver formulários de pesquisa mais completos, que capacitem o usuário a cruzar informações sobre a execução e a classificação orçamentária. A maior parte das consultas ainda são rígidas, divididas em diferentes campos de busca para cada categorização ou com poucos filtros. É com a melhora da usabilidade dos portais que a cidadania pode ser aperfeiçoada, ao estimular que qualquer pessoa, mesmo sem um conhecimento mais aprofundado do orçamento público, possa encontrar informações e, com isso, se tornar um fiscal dos gastos públicos.

5. Aperfeiçoamento da Atuação do Ministério Público no Combate à Corrupção

O maior número de ações civis públicas de improbidade administrativa e a quase totalidade das ações penais públicas para a defesa do patrimônio público são ajuizadas pelo Ministério Público brasileiro, que tem se notabilizado por ser uma das mais atuantes instituições de combate à corrupção no Brasil.

O artigo 129, incisos I e III, da Constituição Federal afirma que, dentre as funções institucionais do Ministério Público, a promoção privativa da ação penal pública na forma da lei, e do inquérito civil e da ação civil pública, para a promoção do patrimônio público e social.

A Lei Federal nº 7.347/1985, no artigo 1º, inc. VIII, incluído pela redação da Lei Federal nº 13.004/2014, afirma ser objeto de ação civil pública a defesa do patrimônio público e social.

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 329, publicada em 10 de agosto de 2006, para assentar que “*O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público*”.

11 Disponível em: <http://indicedetransparencia.com/2014/05/31/facilidade-de-navegacao-e-o-ponto-fraco-dos-portais-de-transparencia>. Acesso em 01 de junho de 2015.

De igual modo, o Supremo Tribunal Federal, em 03 de agosto de 2012, reconheceu legitimidade ao Ministério Público para a propositura de ação civil pública para a defesa do patrimônio público¹².

Em decisão recente, de 14 de maio de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu poderes investigatórios ao Ministério Público na esfera criminal, desde que respeitados os direitos e garantias de qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob a investigação do Estado, observadas as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e também as prerrogativas profissionais dos advogados (art. 7º, incs. I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX, da Lei Federal nº 8.906/94), sem prejuízo do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14)¹³.

Sendo o Ministério Público uma das instituições vocacionadas para o combate da corrupção no Brasil, é preciso inseri-lo, no *caput* do art. 16 da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), para que promova ou participe, como fiscal da lei, legitimado para ação civil pública de improbidade administrativa e também como *dominus litis* da ação penal, na celebração do acordo de leniência, com reflexos na persecução penal, civil e por improbidade administrativa.

Afinal, a Lei 12.846/2013 prevê em seu artigo 16 o seguinte: “Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”.

Da leitura dessa disposição, nota-se a não legitimação do Ministério Público para a celebração do acordo de leniência, bem assim a sua participação como fiscal da lei nesses acordos, omissão legislativa que merece ser superada.

É o Ministério Público legitimado por excelência da ação civil pública de que trata o artigo 19 da Lei Anticorrupção. Além disso, quando o Ministério Público não é autor dessas ações, deve officiar como *custos legis*, por força do disposto no artigo 21 da Lei 12.846/2013, pois esses processos seguem o rito da ação civil pública (Lei 7.347/1985), que prevê expressamente a condição de *custos legis* nas ações dessa natureza não propostas pelo *Parquet*. Também é o Ministério Público o titular exclusivo da ação penal pública, a ser paralelamente movida contra a pessoa natural dos dirigentes, funcionários e empregados

12 RE 409356 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 03/08/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-163 DIVULG 17-08-2012 PUBLIC 20-08-2012.

13 “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

da pessoa jurídica. Além disso, os membros do Ministério Público, diversamente do que ocorre com os servidores lotados na Controladoria Geral dos entes federativos, têm assegurado pela Constituição independência e autonomia funcional (arts. 127, § 1º e 2º, e 128, § 5º, inc. I, CF), o que afasta e inibe pressões de ordem política e hierárquica.

Sendo as atribuições do Ministério Público muito mais amplas que a da pessoa jurídica lesada, que, a rigor, só tem o processo administrativo, cujo alcance é restrito, podendo ser suprido, em caso de omissão, pela própria atuação do Ministério Público (artigo 20 da Lei 12.846/2013), nada justifica a exclusividade da autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública na celebração da leniência.

Acresce-se que esse tipo de acordo pode ter severos reflexos na própria atuação ministerial, o que recomenda não apenas a participação do Ministério Público como fiscal do acordo, promovendo a sua higidez, como também a sua legitimação para a celebração desse tipo de avença.

De outra parte, a participação ministerial na celebração dos acordos de leniência pode prevenir nulidades insanáveis, impugnáveis judicialmente.

Para tanto, sugere-se a seguinte redação para o artigo 16 da Lei 12.846/1993: *“A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública e o Ministério Público poderão celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: (...) Parágrafo único. Não sendo o celebrante, o Ministério Público atuará nos acordos de leniência como fiscal da lei.”*

De lege lata, as autoridades competentes ora previstas no artigo 16 da Lei Anticorrupção, como condição para a sua celebração, devem manter atualizadas as informações acerca dos acordos de leniência, no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), salvo se vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo, e registrar o seu descumprimento, inclusive para que se impeça que a pessoa jurídica seja beneficiada de novo acordo no prazo de três anos (art. 22, par. 3º e 4º) (CAMBI, 2014, 2014, p. 33-34)

Embora o Ministério Público não participe da celebração dos acordos de leniência, seus membros, com atribuições na defesa civil e criminal do patrimônio público, devem ter acesso aos termos do acordo - ainda que sigilosos - para que possam desenvolver investigações, em conjunto ou em paralelo com os órgãos da administração (arts. 129, incs. VI e VIII, CF, art. 26, inc. I, “c”, da Lei 8.625/93 e 8º, inc. II, da Lei Complementar 75/93)¹⁴.

¹⁴ “(...) 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal,

O acesso a tais informações também permitirá verificar a legalidade, a moralidade e a efetividade dos acordos de leniência celebrados, inclusive para constatar eventualmente a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa, nos termos do artigo 20 da Lei 12.846/2013. Neste caso, o Ministério Público deverá ajuizar ação civil pública para a integral responsabilização objetiva das pessoas jurídicas infratoras.

Acresce-se que os acordos de leniência em desacordo com o ordenamento jurídico poderão ser objeto de ação civil pública, promovida pelo Ministério Público, com o intuito de sua anulação pelo Poder Judiciário.

O Ministério Público também deverá apurar a responsabilidade penal, civil e administrativa das autoridades competentes que, tendo conhecimento das infrações previstas na Lei 12.846/2013, não adotarem as providências para a apuração dos fatos (art. 27 da Lei Anticorrupção), não aplicarem com rigor as sanções administrativas previstas ou se utilizarem indevidamente dos mecanismos de investigação dispostos na lei. Para tanto, qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção (art. 6º da Lei 7.347/85).

Além disso, na perspectiva de aperfeiçoamento do combate à corrupção no Brasil, quanto ao instituto do acordo de leniência, é preciso suprimir o artigo 17 da lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), na medida em que as hipóteses nele previstas não justificam a celebração desses acordos com a pessoa jurídica responsável.

O mencionado artigo 17 tem a seguinte redação: *“A Administração Pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88”*¹⁵.

e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido” (MS 21729, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, DJ 19-10-2001 PP-00033 EMENT VOL-02048-01 PP-00067 RTJ VOL-00179 PP-00225).

15 “Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”.

“Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: (...)”.

Ocorre que as infrações administrativas definidas nesses artigos da Lei 8.666/1993 dizem respeito a fatos certos, inclusive no que tange à autoria, não havendo a necessidade de identificação de envolvidos ou da obtenção célere de informações e documentos, inexistindo justificativa para a celebração de acordo de leniência.

Tal como previsto no artigo 17, o acordo de leniência tem verdadeira natureza de perdão administrativo, isentando das sanções administrativas a empresa contratada que descumpriu o contrato administrativo, imunizando-a no processo administrativo da Lei 8.666/1993, o que apenas contribui e estimula a inadimplência de empresas, em detrimento do interesse público. A revogação, portanto, do artigo 17 da Lei 12.846/2013, é medida que se impõe.

Ademais, o acordo de leniência, tal como previsto na Lei 12.846/2013, beneficia somente a pessoa jurídica autora de atos lesivos. Não alcança os seus dirigentes, administradores e empregados, que poderão responder por ato de improbidade administrativa ou crime, caso tenham tido alguma participação na prática do ato lesivo atribuído à empresa.

Com essa omissão do legislador, não há qualquer estímulo para a celebração do acordo de leniência, porquanto isso representaria, via de regra, a confissão de crime ou de ato de improbidade da pessoa natural representante da pessoa jurídica. Tal como previsto, a disposição estimula o “pacto pelo silêncio”, e não a “identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber”; e “a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”.

É, por isso, que se sugere a adoção de um modelo aproximado da Lei do CADE (Lei Federal nº 12.529/2011, arts. 86 e 87), que poderia corresponder ao artigo 16-A da Lei 12.846/2013: *“Art. 16-A. Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas. § 1º. Nos crimes tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nos tipificados no Código Penal e nos atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, correlacionados com os atos lesivos do art. 5º, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência, bem como a propositura da ação de improbidade administrativa. § 2º. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o parágrafo anterior e a persecução dos atos de improbidade administrativa respectivos”.*

“Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados”.

6. Conclusões

Uma sociedade verdadeiramente democrática é uma sociedade autônoma, que questiona tudo o que é predeterminado e, com isso, possibilita a criação de novos significados (BAUMAN, 2001, p. 263). Logo, a segurança que pessoas emancipadas e uma sociedade democrática podem alcançar não resulta da busca de verdades ou de significados absolutos nem depende da luta contra a incerteza da condição humana, mas do seu reconhecimento e do posicionamento crítico frente a realidade.

A corrupção não é apenas um fenômeno presente na esfera pública, embora quando resulte de desvios de recursos de todos e causa para relegar a miséria milhões de brasileiros deve ser, rigidamente, investigada e repreendida.

O Brasil precisa enfrentar o paradoxo de ser a oitava maior economia do mundo, mas ainda possuir baixos índices de desenvolvimento humano (CAMBI, 2013, p. 02). Justiça social não convive com impunidade. São os recursos públicos, pagos pelos contribuintes, que, desviados pelos esquemas de corrupção, faltam para a ampliação dos investimentos em saúde, educação, segurança e infraestrutura. Além disso, a oportunidade da corrupção se transforma em mais corrupção, quando há impunidade.

Para diminuir os índices de corrupção no Brasil, é urgente pensar em alternativas de aperfeiçoamento do sistema jurídico. Na esfera extrapenal, é importante ressaltar a necessidade de aperfeiçoamento de questões como a do fortalecimento dos controles interno e externo, a ampliação da transparência e do controle social, assim como a da atuação do Ministério Público no combate à corrupção.

O Direito Constitucional brasileiro precisa ser reformado para transformar os Tribunais de Contas em órgãos eminentemente técnicos; o controle interno demanda ganhar autonomia na Constituição de 1988; a transparência e a responsabilidade fiscal impõem a participação popular; e a Lei Anticorrupção necessita de aperfeiçoamento visando a intervenção do Ministério Público, dentre outras mudanças, proposições que se materializadas poderão aperfeiçoar o combate à corrupção e à impunidade, criando parcela das condições necessárias para a materialização do catálogo de Direitos Fundamentais da Constituição de 1988 e a efetivação gradativa da cidadania no Brasil do século XXI.

7. Referências

- AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção e controle democráticos no Brasil*. Brasília: CEPAL, Escritório no Brasil/IPEA, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

- CAMBI, Eduardo. A corrupção que atrasa o país. *Jornal Gazeta do Povo*, Curitiba, 05/12/2013.
- _____. Todos contra a corrupção. *Jornal Gazeta do Povo*, Curitiba, 08.12.2014.
- _____. A atuação do Ministério Público no combate à corrupção na Lei 12.846/2013. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*, nº 4, 2014.
- CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio. *Lei anticorrupção. Comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014.
- CAMBI, Eduardo; FERREIRA, Hwíder Lourenço. Exclusão social e cidadania: participação social e educação como empoderamento do cidadão e fortalecimento da democracia. *Revista Judiciária do Paraná*, vol. 9, maio/2015.
- DEMO, Pedro. *Charme da exclusão social*. Campinas: Autores associados, 2002.
- FILGUEIRAS, Fernando. Transparência e controle da corrupção no Brasil. In: *Corrupção e sistema político no Brasil*. Coord. Leonardo Avritzer e Fernando Filgueiras. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011.
- GHIZZO NETO, Affonso. *Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- PAES, Bárbara; BALBINO, Fernanda; MARCHEZINI, Joana. Monitoramento da Lei de Acesso à Informação em 2014. São Paulo: Article 19, 2015.
- PAIVA, Natália; SAKAI, Juliana. Quem são os conselheiros dos Tribunais de Contas. Disponível em: http://www.excelencias.org.br/docs/tribunais_de_contas.pdf. Acesso em 28 de maio de 2015.
- SPECK, Bruno. Tribunais de Contas. In: *Corrupção: ensaios e críticas*. Coord. Leonardo Avritzer. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- ZANCARO, Antonio Frederico. *A corrupção político-administrativa no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

CONSTITUCIONALISMO(S) E RESIGNIFICAÇÃO HERMENÊUTICA: REFLEXÕES DESDE A PERSPECTIVA CRÍTICA LATINO AMERICANA

IVONE FERNANDES MORCILO LIXA

Doutora em Direito Público pela Universidad Pablo de Olavide (UPO-UFSC) com pós doutoramento em Teoria do Direito (UFSC). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora da Universidade Regional de Blumenau – FURB-SC do Curso de Direito. Pesquisadora e extensionista na área de Direitos Humanos, Hermenêutica Jurídica e Constitucionalismo Latino Americano Contemporâneo, com publicações nas referidas áreas.

Resumo

Em fins do século XX novos e difusos discursos do Direito vão apontando a emergência de modelos teóricos inovadores autodenominados “críticos”. No Brasil, neste contexto, se inaugura uma inovadora e revolucionária face do constitucionalismo que expande o poder do Judiciário, em nome da defesa da ordem democrática e direitos fundamentais. Nesta esteira de mudanças uma das novidades é o amplo catálogo de direitos sociais que redefine o campo hermenêutico, até então herdeiro da tradição formal legalista moderna. Entretanto, no desejo de consolidar e garantir tanto no plano institucional como cultural os direitos fundamentais, se assiste na primeira década do século XXI no Brasil, bem como em alguns países latino americanos, a ampliação do campo da democratização e políticas sociais. Neste marco, ao mesmo tempo que vai sendo implantado um novo paradigma constitucional a partir da plurinacionalidade, demodiversidade e novos direitos vinculados a uma nova racionalidade, há a expansão do papel do Poder Judiciário, o que acaba por povocar uma distorção da jurisdição e dos fundamentos hermenêuticos que lhe servem de legitimação. É a partir desta inédita complexidade que, desde o marco da tradição do pensamento crítico, pensadores do Direito são obrigados a repensar a hermenêutica a partir de uma nova lógica, novos fundamentos e novos elementos epistemológicos, deslocando a questão hermenêutica para uma dimensão distinta do que lhe foi reservado pela racionalidade moderna e além do que até foi legado pela tradição positivista: o campo externo de valoração normativa. Desafio que entre oscilações e divergências não pode ser negado.

Palavras-chave

Constitucionalismo contemporâneo; Hermenêutica jurídica; Teoria crítica; Direitos fundamentais.

Abstract

At the end of XX century, news and diffuse law speeches will pointing the emergence of innovative theoretical models self-proclaimed “critical”. In Brazil, in this context, is inaugurated an innovative and revolutionary face of constitutionalism which expands the power of the judiciary, for the preservation of democratic order and fundamental rights. On this track changes a new feature is the extensive social rights catalog that redefines the hermeneutic field, hitherto of modern formal legalistic tradition. However, the desire to consolidate and ensure both institutional and cultural fundamental rights, is being witnessing the first decade of XX century in Brazil as well as in some Latin American countries, expanding the field of democratization and social policies. In this context, while it is being implemented a new constitutional paradigm from plurinationality, demodiversity and new rights linked to rationality, there is the expansion of the role of the judiciary which ultimately provoke a distortion of jurisdiction and hermeneutic fundamentals that serves as its legitimacy. It is from this unprecedented complexity that since Mark of the tradition of critical thinking, the juridical thinkers are forced to rethink hermeneutics from a new logic, new foundations and new epistemological elements, shifting the hermeneutical question to a different dimension than have been given by modern rationality and beyond what was bequeathed to the positivist tradition: the external field of normative valuation. Challenge between oscillations and divergences can not be overlooked.

Key words

Contemporary constitutionalism; Legal hermeneutics; Critical theory; Fundamental rights.

1. Introdução

“Hermenêutica”, enquanto campo de saber específico relacionado como a “compreensão do sentido”, embora sendo uma inquietação intelectual constante ao longo da história do pensamento ocidental desde a tradição grega, no contexto europeu moderno, adquire nova significação, reinventando-se como Teoria Geral de Interpretação sob o marco do paradigma colonizador moderno de ciência. Especificamente no campo do Direito, indo na mesma direção do modelo de racionalidade dominante, a hermenêutica jurídica, tendo como base teórica, ideológica e política o positivismo jurídico, se constrói como saber técnico instrumental cuja tarefa central foi a de estabelecer critérios tecnicamente válidos de interpretação exclusivamente do direito positivo, definindo-se, nesta perspectiva, como saber dogmático auxiliar e justificador da ciência jurídica. Em fins do século XX, os claros sinais de esgotamento do modelo paradigmático de ciência moderna e de projeto civilizatório, vão sendo construídos novos e difusos discursos que apontam para

a emergência de novos modelos. São tempos de “pós” e de novas políticas constitucionais que realinham as teorias e práticas jurídicas e é neste contexto que o saber subjulgado e subalterno, o “colonial” ganha relevância. Desde uma perspectiva crítica e decolonial “interpretar” assume-se como atitude intelectual de reconhecimento da complexidade e da finalidade política do Direito, o que implica numa nova perspectiva hermenêutica que vai além da “questão metodológica”, deslocando a “questão” hermenêutica para a compreensão e reconhecimento do “plural”, superando-se as “verdades” univocistas do sentido do justo.

2. Colocação do Problema: Hermenêutica e Direito (Paleopositivismos e Jusconstitucionalismos)

A questão inicial que se coloca para qualquer campo do conhecimento é o seu problema constitutivo. Ou seja, o desafio inicial do conhecimento é epistemológico, o que obriga delimitar e particularizar seu objeto de forma a evidenciar a problemática em torno da qual gravitam suas proposições, objetivos e finalidades tornando possível a identificação de seus elementos constitutivos, e simultaneamente, definir seus paradigmas de sustentação e justificadores de sua legitimidade.

Portanto, a primeira tarefa da reflexão aqui proposta é esclarecer o que se define como Hermenêutica, em particular a Hermenêutica Jurídica, e quais as questões essenciais que envolvem a delimitação de seu objeto e particularidades metodológicas, esforço que é um grande desafio aos que se dedicam a este campo do conhecimento que no Direito tem ocupado lugar privilegiado nestas primeiras décadas do século XXI.

Sem dúvida uma das pautas centrais do Direito contemporâneo é a “questão hermenêutica” e seus fundamentos legitimadores, sobretudo, quando as concepções ancoradas no velho paradigma juspositivista legalista ou paleo positivismo – definido pela intrínseca lógica auto sustentadora e auto justificadora legal – é substituído em meados da segunda década do século XX por um neojuspositivismo – subordinando o Direito ao sentido *constitucional* que, embora redefinido pelo princípio da legalidade substancial que vincula o sentido normativo à coerência dos princípios e fundamentos constitucionalmente estabelecidos, mantém o velho paradigma da legalidade formal de produção –; e mais recentemente, acentuadamente a partir das três últimas décadas do século XX e início do XXI, com a entrada em cena das democracias participativas os direitos fundamentais ganham novo *status* político e jurídico constituindo o que Ferrajoli chama da *esfera do não decidível* (FERRAJOLI, L. 2015, P.20), definindo limites políticos e jurídicos tanto da produção das normas como de sua interpretação.

“Hermenêutica” é um termo herdado pela tradição do pensamento ocidental relacionado à compreensão do sentido para além do anunciado pela palavra, uma espécie de

tarefa de transmutação compreensiva.¹ Porém, o que atualmente se rotula como “Hermenêutica” possui um sentido distinto daquele original e *desenvolveu-se, em grande parte, sem ter consciência de si* (GRONDIN, 1999, P. 22), como resultado de uma soma de condições sociais e teóricas ocorridas no cenário europeu moderno, e que acabou por construir-se como campo específico do conhecimento. Por esta razão é questionável que se recue em períodos anteriores aos séculos XVI e XVII para ser escrita a historiografia do pensamento hermenêutico. Sob uma perspectiva histórica, a “questão hermenêutica” é colocada no mundo moderno nos campos do conhecimento relacionados com a interpretação de textos, sobretudo com a teologia e jurisprudência, disciplinas teóricas que vão ser obrigadas a criar instrumentos técnicos segundo uma lógica cientifista acerca do conteúdo de textos transmitidos pela tradição através de uma correta interpretação de seu sentido.

Sem querer mergulhar no imenso oceano da construção do pensamento hermenêutico moderno, o certo é que “Hermenêutica” ganha o status de Teoria Geral de Interpretação como resultado de um processo cumulativo, possível pela conjunção, de um lado, do modelo de racionalidade científica moderna como “fiança” intelectual; e de outro, porque solucionou de maneira eficiente o conjunto de desafios colocados a partir do século XV no campo da interpretação dos textos sacros, profanos e jurídicos. Por esta razão lembra Gadamer que o sentido de “hermenêutica” é situada na tradição científica da modernidade. *O uso moderno da palavra “hermenêutica” principia exatamente ao, quer dizer, com o surgimento do conceito moderno de método e de ciência. No seu uso aparece sempre implícita uma espécie de consciência metodológica. Não apenas possuímos a arte da interpretação como também podemos justificá-la teoricamente* (GADAMER, 2004, P. 113). É exatamente neste sentido que vai se orientar o esforço teórico dos pensadores que delimitaram as propostas iniciais da moderna hermenêutica, qual seja, elaborar uma teoria a partir do conjunto das representações capaz de conferir auto-certeza científica ao conhecimento paulatinamente construído que atinge a “idade da Razão” no século XIX.

Definida como saber específico acerca da compreensão do sentido “Hermenêutica” é um termo que historicamente foi carregado de imprecisões. Na tradição clássica, o grande esforço teórico em sua origem foi o de delimitar regras para eliminar as arbitrariedades e subjetivismos interpretativos, e com esta preocupação, é que se definiram as concepções univocistas, paradigmas dominantes entre os séculos XVII e XIX. Já no século XX ampliou-se o campo metodológico e é reorientado seu objeto assumindo-se a Hermenêutica como filosofia universal da interpretação, considerando a interpretação a característica essencial

1 Embora sem possibilidade de esclarecimento conclusivo sobre a origem e o sentido da palavra *hermèneutiké* na cultura grega antiga, o certo é que era associada à atividade sacra, a transmutação do divino para o humano, e não reflexão sobre o sentido da linguagem tal qual passou a ser considerado na modernidade.

da presença humana no mundo. Um avanço que acabou por definir o panorama do pensamento hermenêutico contemporâneo.

Tanto a redução da realidade ao eterno relativo que condena o humano a impossibilidade do bem e do previsível como a incessante busca da verdade única e universal dada pelo experimental tecnicista podem ser considerados como extremos hermenêuticos que têm servido como mola propulsora ao que se pode definir como “pêndulo” hermenêutico². Tal qual um pêndulo que oscila entre dois polos cuja velocidade diminui pouco a pouco, assim como a distância entre os extremos, mas sempre antagônicos por menor que seja a distância, até que chegue ao centro e pare; a Hermenêutica foi levada ao extremo univocista (que no Direito serve de instrumento operacional ao velho positivismo legalista) e seu contrário o relativismo equivocista (concepção que têm ocupado a discussão jurídica com a emergência do constitucionalismo contemporâneo). Evidentemente dois dogmas se excluem e simultaneamente reducionistas (DORANTES, 2005, P. 31).

Segundo Mauricio Beuchot Puente (2005, Pgs. 46-47) a hermenêutica univocista sustenta a concepção reducionista de que somente há uma interpretação válida e todas as demais, em sua totalidade, são incorretas. Trata-se de uma construção que recebeu distintas matrizes vinculadas ao cientifismo que encontra seu apogeu no positivismo do século XIX e maior elaboração no positivismo lógico do século XX, segundo o qual, um enunciado era interpretado de maneira válida de acordo com o adequado procedimento lógico analítico de verificação independente da realidade, uma vez que a comprovação conceitual é tautológica. Além de que, lembra Beuchot, assim como afirmavam os escolásticos que a universalidade constrói falsidades e a particularidade edifica a verdade é necessário ter cuidado com juízos extremos uma vez que é mais fácil haver equívoco no universal do que no particular. Ou seja, afirmar que apenas é corretamente interpretado o que é empiricamente verificável é uma afirmação em si mesmo insustentável já que a mente que enuncia o princípio é finita e assim o enunciado é em si mesmo inverificável. Ou seja, o univocismo se auto refuta.

É exatamente este univocismo hermenêutico que vai ao encontro do modelo de ciência que vai presidir o Direito moderno (racional e universal) que se alia à consolidação das novas formas políticas resultantes da consolidação do Estado e provocam uma renovação no método hermenêutico na esfera jurídica. Se um lado, o auge da filologia obriga um maior cuidado com o significado das palavras expressas nos textos e de outro, o desenvolvimento de uma nova lógica jurídica que acredita ser possível descobrir o sentido objetivo

2 A expressão “pêndulo” hermenêutico é utilizado por Arturo Guillermo González Dorantes na obra *Hacia una interpretación analógico-icónica del hombre* (Coleção: Analogia Filosófica, nº 16, SIN 0188-896X; México D.F., 2005) para designar as oscilações entre os extremos – do univocismo ao equivocismo – que tem conduzido as teorias hermenêuticas modernas.

da letra da lei no “sistema” normativo positivado conferem ao jurista os elementos para justificar e racionalizar sua tarefa: a de reconhecer e declarar o sentido objetivo da lei.

No entender de Manuel Calvo García podem ser destacadas três consequências com o processo de estatização da lei: a) o direito deixa de ser aquele elemento neutro que se organizava a partir de uma necessidade interior, oculta, derivada de sua condição como *verbum Dei* ou de uma “razão” transformada em direito; b) se rompe com uma sociedade “juscêntrica” que fazia do descobrimento da lei pressuposto da organização do poder e se configurava aos juristas como estamento privilegiado na organização política da sociedade medieval que estaria à mercê de sua intervenção tanto no descobrimento como na aplicação da lei; c) começam a serem definidos os pressupostos do positivismo jurídico. Portanto, o “direito criado” enfrenta os pressupostos de uma autoridade legisladora sedimentada nas manifestações dos doutos juristas (1994, P.38).

Dessa maneira, na medida em que a autoridade quase “mágica” dos juristas vai perdendo terreno frente às novas formas de exercício de poder do Estado, o direito deixa de ser um “direito de especialistas” no sentido estrito. A legitimidade hermenêutica da glosa e do comentário sofria então uma dupla perda: a da origem do texto legal e da negação da obscuridade de seu significado, já que até então, a autoridade quase divina de um texto legal e a opinião dos doutores garantia as exigências de segurança e certeza na fixação de um sentido objetivo da lei. Desde então, é necessário fundar uma nova legitimidade ao “velho” direito. Progressivamente o poder político é secularizado e se positiva o “velho” direito e as novas estruturas de poder culmina com um complexo processo de sistematização do direito que o coloca como objeto científico, como algo autônomo, frente ao intérprete.

Na leitura de Lenio L. Streck o *modus* interpretativo vigente/dominante no cotidiano dos juristas sustenta-se, paradoxalmente, em concepções herdadas exatamente desta velha na tradição positivista e na busca de sua superação. Em um primeiro momento – chamada pelo autor de positivismo primevo – é resolvido o problema da interpretação do direito sob uma perspectiva sintática.

Neste caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõe a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso que representaria as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas (2011, P. 120).

Entretanto, em um segundo momento, com a entrada do pensamento kelseniano é superada esta concepção. Define-se, no entender de Streck (2011, Pgs.120-121), um positivismo normativista, que surge a partir de propostas que aperfeiçoam o “rigor” lógico do cientificismo positivista e assim, ocorre uma modificação significativa já na primeira

metade do século XX, quando o poder regulatório do Estado e a falência dos modelos sintáticos-semânticos de interpretação trazem para o primeiro plano o problema da indeterminação do sentido do Direito, encontrando em Kelsen uma forma de solução dos “desvios” subjetivistas criados pelas correntes hermenêuticas filiadas as Escolas do Direito Livre e da Jurisprudência dos Interesses.

Desde então, superado o positivismo jurídico exegético e firmado o normativista, criaram-se teses e fundamentos hermenêuticos que entre discussões e aporias (tipo: *voluntas legis versus voluntas legislatoris* ou *objetivismos versus subjetivismos*) acabam por situar a questão hermenêutica no campo metodológico, que mais servem como justificativa (*álíbis teóricos*) de legitimação para os resultados que o intérprete se propõe a alcançar ou/e garantir, certezas que serão abaladas com o “giro” constitucionalista provocado pela emergência dos Estados Democráticos de Direito da segunda metade do século XX.

3. Constitucionalismo, Crítica e Resignificação Hermenêutica

As últimas décadas do século XX são marcadas no plano teórico pelo esvaziamento das imagens e discursos representativos da racionalidade moderna, o que acaba por criar um complexo debate no qual são criadas novas rotulações. Instala-se um tempo dos “pós”, “de(s)” e “neo(s)”. Inéditas expressões que significam tentativas de rotular situações às quais ou se defende, e se tenta promover, ou se rechaça. Mas, há o que parece ser um ponto de convergência: o esgotamento das categorias da modernidade e das grandes utopias que serviram para construir o horizonte de futuro moderno, tomando-se a crítica à modernidade o ponto de partida para sua própria superação.

Para autores como Slavoj Zizek (2012) a complexidade sem fim do mundo contemporâneo possibilita o surgimento de conceitos opostos que parecem inquestionáveis, tais como a intolerância como tolerância, religião como senso comum racional, etc. Enfim vive-se um tempo em que é grande a tentação de gritar: “chega de bobagem”! Talvez seja essa, diz Zizek, a manifestação do desejo de estabelecer uma linha demarcatória entre a fala lúcida e sã e a bobagem, reação que tem servido para despertar a ira da ideologia predominante. Segue afirmando:

O senso comum de nossa época diz que, em relação à antiga distinção entre “doxa”(opinião acidental/empírica, sabedoria) e Verdade, ou ainda mais radicalmente, entre conhecimento positivo empírico e Fé absoluta, hoje é preciso traçar uma linha entre o que se pode pensar e o que se pode fazer (ZIZEK, 2012, p.20)

É na tentativa de ir além do mero pensar, neste contexto dos “pós”/“de(s)”/“neo(s)” e com desejo de fazer a reinvenção é que no Brasil se edificam e consolidam correntes no

Direito que se auto denominam críticas. Em meados da década de 80 a realidade brasileira reclamava a reconstrução da ordem democrática. Os instrumentos de exercício de poder esvaziados pelo fim das verdades racionais que sustentaram durante séculos as formas de saber e de racionalidade dominantes não conseguiam mais responder inteiramente às inquietações e às necessidades daquele momento (WOLKMER, 2012, P. 25) produzindo, o que se passou a designar como “crise do direito”. A “crise”, produto da descrença e insegurança jurídica, é definida por Antonio Carlos Wolkmer como a agudização das contradições e dos conflitos sociais em dado processo histórico. Expressa sempre a disfuncionalidade, a falta de eficácia ou o esgotamento do modelo ou situação histórica aceitos e tradicionalmente vigentes (WOLKMER, 2012, P.31). Sinais de esgotamento que vão conduzindo para o interior do campo jurídico o pensamento crítico, inaugurando, assim, uma discussão inédita e fértil.

Uma possibilidade de enfrentamento e compreensão da “crise” jurídica brasileira foi encontrada na Teoria Crítica, concepção que desde a década de 60 vinha influenciado pensadores do direito europeu, através de *idéias provindas do economicismo jurídico soviético (Stucka, Pashukanis), da releitura gramsciana da teoria marxista feita pelo grupo de Althusser, da teoria crítica frankfurtiana e das teses arqueológicas de Foucault sobre o poder* (WOLKMER, 2012, P.40). Na Europa as inovações da Teoria Crítica encontravam um terreno fértil no ambiente pós-guerra que projetavam no campo jurídico a desmistificação do jusnaturalismo e do positivismo. Wolkmer retomando a trajetória do criticismo lembra que a crítica jurídica consolidou-se inicialmente na França por volta dos anos 70 culminando com o “manifesto” da Associação Crítica do Direito em 1978, atingindo em seguida a Itália, Espanha, Bélgica, Alemanha, Inglaterra e Portugal (WOLKMER, 2012, P.40).

Na América Latina os “ventos” inovadores chegam por volta da década de 80 com o engajamento de juristas progressistas e comprometidos com a superação dos obstáculos políticos que impediam a construção e efetivação da democracia. Este movimento de renovação do pensamento jurídico recebe a adesão de pensadores brasileiros em inúmeras faculdades de direito que acabaram por serem pioneiros de uma pedagogia jurídica emancipadora. As perspectivas epistemológicas, apesar de múltiplas, tinham como ponto em comum a defesa do rompimento com o positivismo legalista e revelação do caráter dominador e centralizador do direito hegemônico³.

A Teoria Crítica trouxe consigo o impacto do questionamento do papel ideológico do direito na medida em que, diferentemente da concepção moderna de ciência, coloca no

3 São inúmeros os pensadores do direito relacionados ao pensamento jurídico crítico, mas a verdadeira arqueologia epistemológica feita por Antonio Carlos Wolkmer na obra *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, já citada, lembra com acuidade nomes e trajetórias que merecem ser registradas.

interior da discussão jurídica as contradições e ambiguidades inerentes ao direito moderno, buscando tomar o direito como instrumento não de manutenção da ordem estabelecida, mas a possibilidade de emancipação do sujeito histórico tradicionalmente *submerso em determinada normatividade repressora, mas também discutir e redefinir o processo de constituição do discurso legal mitificado e dominante* (WOLKMER, 2012, P.18). Mostrava-se assim um horizonte inovador, mas que trazia em si, a necessidade de rompimentos e abandonos teóricos.

Foi exatamente neste contexto que a hermenêutica ganha um novo *status* na discussão jurídica, já que é próprio de momentos agudos de transição que a questão hermenêutica ganha relevância. Mais do que nunca foi necessário compreender a partir de novas categorias uma realidade também inovadora. A complexidade desta nova problemática de descobrir o “lugar” da hermenêutica numa lógica jurídica emancipadora fez com que fosse instaurada uma discussão movendo o “pêndulo hermenêutico”.

A ordem política e jurídica colocada em marcha no Brasil com a Constituição de 1988 e o inédito momento histórico de então somados representavam a superação do autoritarismo, exclusão social e violação de direitos fundamentais que, desde os primórdios da “invenção” colonialista, vinham constituindo uma patologia crônica exposta no grave quadro social que se delineava. Naquele momento, lembra Daniel Sarmiento (2010), que grande maioria dos juristas entram em sintonia com as tendências constitucionalistas que apontavam como grande desafio garantir a efetividade das constituições democráticas. Até então, historicamente, os comandos jurídicos e políticos constitucionais, de fato, estavam nas mãos dos detentores dos poderes político, econômico e social e finalmente, o país começou a “levar à sério” a Constituição e, apesar das dificuldades enfrentadas, tais como a desigualdade e o patrimonialismo que ainda povoam as instituições nacionais, os avanços em relação ao passado são inquestionáveis (SARMENTO, 2010, Pgs. 3-4).

Logo após a homologação da Constituição de 1988 juristas como Luis Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève⁴ passaram a militar a concepção de que a Constituição, enquanto norma jurídica deveria ser aplicada comumente pelos juízes, defendendo um “constitucionalismo de efetividade”, independente de qualquer mediação legislativa.

...o que viria a tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade. Se até então, o discurso da esquerda era de desconstrução da dogmática jurídica, a doutrina da efetividade vai defender a possibilidade de um uso emancipatório da

4 Destacando-se a obra *Direito Constitucional e a Efetividade das Normas*, de Luis Roberto Barroso publicada no início da década de 90 e *A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória*. In: *Uma vida dedicada ao Direito: uma homenagem a Carlos Henrique de Carvalho* publicada em 95.

dogmática, tendo como eixo a concretização da Constituição (SARMENTO, 2010, P. 248).

Desde aí se aprofundaram e se radicalizaram os estudos da hermenêutica jurídica. Influenciados pelo “giro” linguístico da filosofia e a entrada do pensamento de Ronald Dworkin, Robert Alexy, John Rawls, Hans Georg Gadamer, Jürgen Habermas, entre outros, juristas como Lenio L. Streck e Eros Roberto Grau refundam o pensamento jurídico brasileiro denunciando e renunciando ao velho positivismo e seus procedimentos hermenêuticos. Nesta nova etapa, ou *quadra da história*, como prefere Lenio L. Streck nominar este inédito momento de redefinição, é acentuada a natureza valorativa do Direito e dos princípios constitucionais.

Nesse contexto, lembra Daniel Sarmento, há uma *verdadeira febre de trabalhos sobre teoria dos princípios, ponderação de interesses, teorias da argumentação, proporcionalidade, razoabilidade, etc.* (SARMENTO, 2010, P. 249) e se incorpora no pensamento jurídico crítico brasileiro o neoconstitucionalismo. Tratava-se de um momento de conquistas e necessidade de que fossem garantidas.

Entretanto, já na primeira década do século XXI muitos se davam conta que o neoconstitucionalismo não era a superação do velho positivismo. Como afirma o próprio Lenio L. Streck, não é porque o neoconstitucionalismo tem um discurso axiologista e valorativo que é superado o positivismo formal legalista (STRECK, 2012, P. 37). As teorias “pós”/ “neo” positivistas acabaram por cair na incerteza e indeterminação do Direito. Seguramente o “relativismo” e a “teoria da argumentação” foram mal incorporados no pensamento brasileiro e decreta-se a “morte do método” e em seu lugar passa a reinar absoluta incerteza e relativismo nas decisões judiciais. Possivelmente são os efeitos perversos de uma lógica colonizada que insiste em ser mantida na cultura jurídica brasileira.

Não é novidade, desde Kelsen, que o julgador tem um “espaço discricionário” em aberto e que desde muito foi desmistificado o juiz “boca da lei”, mas como adverte Streck, deve-se estar atento com o *“pós positivismo à brasileira”*:

...é preciso estar alerta para certas posturas típicas do “pós positivismo à brasileira”, que pretende colocar o rótulo de novo em questões velhas, já bastante desgastadas nessa quadra da história, quando vivenciamos um tempo de constitucionalismo democrático. Ainda hoje presenciamos defesas vibrantes de “ativismos judiciais” para “implementar” e “concretizar” os direitos fundamentais, tudo isso sempre retornando ao mesmo ponto: a ideia de que, no momento da decisão, o juiz tem um espaço discricionário no qual pode moldar sua “vontade”... (STRECK, 2012, P. 38).

Em síntese, as concepções e modelos “descobertos” no Brasil em fins do século XX, sobretudo com a entrada em cena do neoconstitucionalismo, é decretada a “morte do

método” o que acabou por produzir descontrolado soliptismo e ativismo judicial que mais confunde discricionariedade com arbitrariedade e o resultado, ao que parece, é que o “pêndulo hermenêutico” está “solto” e querendo voltar a um ponto “seguro”. Outra face perversa inegável produzida desde então é a crescente judicialização da vida cotidiana e política, o que acaba por neutralizar movimentos sociais e desvincular as práticas judiciais e políticas do Estado do compromisso constitucional primeiro, o que tem obrigado pensadores da Hermenêutica a rever fundamentos e pré concepções.

Para L. Ferrajoli nestes tempos de total impotência e decadência da política predomina um constitucionalismo principialista, momento *quando se leva em contra todas as suas implicações, coloca em perigo a separação dos poderes, o princípio da legalidade e submissão do juiz somente à lei: em síntese, todos os princípios do estado de direito* (2012, Pgs. 245). Diante de angustiante constatação pergunta o pensador garantista italiano: quais alternativas se pode contrapor a esta orientação que coloca no Direito em uma espécie de “loteria do protagonismo judicial”? É momento de profundo e proficuo debate das vias possíveis de solução.

Uma das possibilidades é apontada por L. Ferrajoli, ao propor como ponto de partida para a definição do horizonte hermenêutico os direitos fundamentais consagrados na ordem constitucional.

....isto é, não dar lugar a antinomia e lacunas, com todos os espaços de discricionariedade política deixados em aberto, de um lado, pela proibição de produzir normas incompatíveis com os princípios constitucionais e, de outro, pelas possíveis formas e graus de observância da obrigação de sua atuação (2012, P.251).

Entretanto, chama a atenção L. Ferrajoli que todas as soluções, principalmente as mais controversas, não podem ser consideradas “verdadeiras” ou “objetivamente corretas”, uma vez que cada decisão, no campo hermenêutico, poderia ser considerada como condições de possibilidade de decisão definidas a partir do horizonte compreensivo e, portanto, é inevitavelmente orientada por opções morais e políticas do intérprete (2012, P. 253).

E conclui o referido autor:

Mas os juízes não serão nunca, porque não poderão nunca sê-lo, simples bocas da lei, como desejavam os iluministas. Nem poderão jamais alcançar verdades absolutas, mesmo que seja na forma da “verdadeira” resposta correta. O reconhecimento desta imperfeição, ou se quiser, aporia, repito, é um fato de saúde institucional: gera o hábito da dúvida, a consciência do erro sempre possível, a disponibilidade para escutar todas as razões opostas que se confrontam no juízo, a “prudência” – a partir da qual advém o belo nome “juris-prudência” – como estilo moral e intelectual da prática jurídica e, em geral, das nossas disciplinas (2012, P.254).

Em síntese, frente a complexidade do fenômeno jurídico contemporâneo e a permanente reconstrução e vigilância da ordem democrática no Brasil são possíveis múltiplas possibilidades de soluções para a “questão hermenêutica” uma vez que o legislador e nem mesmo o Estado são detentores de todas as hipóteses de interpretação e aplicação da norma jurídica, o que evidentemente descortina a grande falácia do mito fundador do direito moderno: a certeza e segurança nascida da plena razão estatal.

Portanto, em que pese o esforço de correntes hermenêuticas jurídicas contemporâneas que se autoreferem como críticas, resta em aberto um espaço jurídico que ainda não pôde ser preenchido pelas práticas fundadas nestas correntes. É possível pensar uma alternativa às práticas alternativas e reinventar a crítica desde as experiências democráticas participativas. Desde uma crítica à razão proléptica hermenêutica do direito moderno que além de contrair o presente reconhecendo como única fonte compreensiva o direito estatal, reduz o espaço de mediação jurídica ao Estado, é possível ampliar espaços presentes emergentes.

Adotando a sugestão de Boaventura de Sousa Santos no que chama de sociologia das emergências que é a prática de ampliar o presente reconhecendo o que foi subtraído pela sociologia das ausências, hermenêuticamente ampliando os espaços de possibilidades de compreensão do direito para além do Estado, é possível identificar agentes, práticas e saberes com tendências de futuro sobre as quais é possível ampliar as expectativas de esperança. Trata-se de uma ampliação sobre as potencialidades e capacidades ainda não reconhecidas e necessariamente movendo-se no campo das experiências sociais que desde as práticas do “reconhecimento”, “transferência de poder” e “mediação jurídica” são legítimos espaços de luta por dignidade humana e direitos fundamentais.⁵

É indo nesta direção que é possível falar-se em reconhecer o mundo social como mundo de possibilidade compreensiva e, portanto, fonte de uma nova racionalidade hermenêutica. Trata-se de uma perspectiva pluralista de direito que reconhece múltiplos espaços de fontes normativas, apesar de na maioria das vezes, como lembra Antonio Carlos Wolkmer (1994, p.155) é informal e difusa. O pluralismo é uma fonte de inúmeras possibilidades de regulação. Para Antonio Carlos Wolkmer

O pluralismo enquanto concepção “filosófica” se opõe ao unitarismo determinista do materialismo e do idealismo modernos, pois advoga a independência e a inter-relação entre realidades e princípios diversos. Parte-se do princípio de que existem muitas fontes ou fatores causais para explicar não só os fenômenos

5 Esta é a proposta defendida, entre outros, por Hélio Gallardo em *Derechos Humanos como Movimiento Social*. Edicioness desde abajo, Bogotá e explorada por Norman J. Solórzano Alfaro em *Fragmentos de una Reflexión Compleja sobre una Fundamentación Del Derecho y la Apertura a una Sensibilidad de Derecho Humano Alternativa*, a ser publicado na Revista Jurídica Eletrônica nº 2 do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau.

naturais e cosmológicos, mas, igualmente, as condições de historicidade que cercam a vida humana. A compreensão filosófica do pluralismo reconhece que a vida humana é constituída por seres, objetos, valores, verdades, interesses e aspirações marcadas pela essência da diversidade, fragmentação, circunstancialidade, temporalidade, fluidez e conflituosidade.

[...]

O pluralismo, enquanto “multiplicidade dos possíveis”, provém não só da extensão dos conteúdos ideológicos, dos horizontes sociais e económicos, mas, sobretudo, das situações de vida e da diversidade das culturas. (1999,P.158)

Em meio a discussão plural e decolonial nas primeiras décadas do século XXI chegam ao poder em vários países latino americanos governos progressistas que avançaram no campo da democratização, políticas sociais e integração regional. Neste marco, os governos populares da Bolívia, Equador e Venezuela em especial, foram implantando um novo paradigma constitucional a partir da plurinacionalidade, demodiversidade, novos direitos vinculados a uma racionalidade reprodutiva da vida que expressamente deseja a vontade descolonizadora como conteúdo fundamental do projeto político em marcha nestas nações (MEDICI, 2012, P.56).

Neste novo cenário, o processo hermenêutico jurídico não pode ser uma “canibalização”, para usar a expressão de Boaventura de Sousa Santos, dos demais. É necessário uma tradução das múltiplas hermenêuticas dentre as quais jurídica. E é neste sentido que não cabe uma hermenêutica jurídica nos moldes tradicionais. São campos distintos que se tocam – o estatal e o social; o interno e o externo; o formal e o substancial – em que mundos normativos, práticas e saberes dialogam, se desentendem e interagem tornando possível reconhecer os pontos de contato entre a tradição moderna ocidental e os saberes leigos. A tarefa hermenêutica como tradução retoma o sentido mais original do termo, mas a partir de uma perspectiva inovadora que traduz saberes nem sempre convergentes.

Com estas concepções o espaço hermenêutico no direito adquire uma dimensão distinta do que tradicionalmente lhe foi reservado e vai um pouco mais além do que até foi edificado pela hermenêutica jurídica crítica dominante. É um espaço de aproximação e de assumir responsabilidades mútuas que rompe com a lógica construída pelo saber colonizador e abre para ainda tornar possível a esperança no justo. As condições de possibilidade de compreensão é elaborada com o outro e a partir deste outro historicamente negado e silenciado, reinventando processos hermenêuticos desde uma ordem constitucional democrática e participativa.

4. Conclusões

A Hermenêutica Jurídica ao longo da modernidade define seu objeto e pressupostos teóricos dentro de preocupações que foram oscilando entre dois campos metodológicos

aparentemente excludentes: o univocismo, de matriz iluminista que no Direito alimentou e justificou o legalismo formal positivista; e o relativismo de matriz romancista que mais recentemente foi incorporado equivocadamente pelo neoconstitucionalismo panprinciplista – como chamam seus críticos; o que tem delineado uma insistente atitude cientificista “pendular”. Tal discussão, incorporada no pensamento jurídico moderno, foi reproduzida pela cultura jurídica brasileira desde o século XIX, inicialmente com forte matriz univocista e que, no estágio contemporâneo do Direito, sobretudo com as chamadas Teorias Críticas que ganharam relevo após a instauração do Estado Democrático de Direito pós 1988, se desloca para o relativismo soliptista. A emergência do constitucionalismo contemporâneo pautado no horizonte da democracia substancial – ou participativa – que tem orientado os modelos políticos-jurídicos construídos em alguns países da América Latina nas últimas décadas do século XX refundam a lógica de Estado e de Direito. Assim, são reinventadas práticas hermenêuticas com novas metodologias, pedagogicamente democráticas. O presente estudo pretendeu refazer brevemente a trajetória do pensamento hermenêutico jurídico moderno brasileiro destacando os desafios contemporâneos a serem superados buscando discutir o esgotamento dos modelos tradicionais e as novas possibilidades a partir da criticidade pautada em modelos políticos e jurídicos democráticos participativos que têm redefinido o paradigma hermenêutico em direção inédita e desafiadora.

5. Referências

- BEUCHOT PUENTE, Mauricio. *Tratado de Hermenêutica Analógica – hacia un nuevo modelo de interpretación*. 3ª Ed., Colección Seminarios. Editorial Ítaca: UNAM, México D.F., 2005.
- DORANTES, Arturo Guillermo González, *Hacia una interpretación analógico-icónica del hombre* Coleção: Analogia Filosófica, nº 16, SIN 0188-896X; México D.F., 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos – o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução de Alexandrer Araújo de Souza e outros. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Tradução de Enio Paulo Giachini. São Paulo: Vozes, 2004.
- GARCÍA, Manuel Calvo. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos, 1994.
- GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.
- MÉDICI, Alejandro. *La constitucionalización horizontal – teoría constitucional y giro decolonial*. San Luis de Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2012.

- SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- STRECK, Lenio L. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012
- _____. *Pluralismo Jurídico – fundamento de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994.
- ZIZEK, Slavoj. *Em defesa das causas perdidas*. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Bointempo, 2012.

CONSTITUIÇÃO E DEFICIT PROCEDIMENTAL NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL: ANÁLISE A PARTIR DA PROPOSTA DE JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO

FERNANDA SELL DE SOUTO GOULART FERNANDES

Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Advogada (OAB/SC 23.524) e Professora de Direito Processual Civil do Curso de Direito da UNIVALI. E-mail: nanda_goulart@univali.br ou fernanda@ssg.adv.br

MARCELO BUZAGLO DANTAS

Advogado. Membro das Comissões de Direito Ambiental da OAB/RJ e do IAB. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-PR. Mestre e Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Visiting Scholar do Environmental Law Program da Pace University School of Law (White Plains/NY). Pós-Doutorando em Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade pela UNIVALI/SC (Bolsista CAPES). Professor de Direito Processual Civil da Escola do Ministério Público de Santa Catarina e dos Cursos de Especialização em Direito Ambiental da PUC-SP, PUC-PR, UNISINOS, UNIVALI e CESUSC. E mail: marcelo@buzaglodantas.adv.br

Resumo

O presente artigo trata de discutir, primeiramente, e com base na teoria de José Joaquim Gomes Canotilho, se os Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos geram um direito fundamental ao procedimento de efetivação destes direitos. Em um segundo momento estuda-se quais os mecanismos existentes na legislação brasileira com vistas à efetivação dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil. Verifica-se, por fim, que apesar de haver uma crescente efetivação dos Direitos Fundamentais ainda encontra-se um déficit procedimental no Direito Brasileiro. Diante da inoperância do Poder Público é imperiosa a participação da sociedade na busca da concretização dos Direitos Fundamentais através da prestação da tutela jurisdicional. O método a ser utilizado para a pesquisa e relato é o indutivo.

Palavras-chave

Processo; Procedimentos; Constituição; Direitos fundamentais.

Abstract

This article aims to discuss, firstly, and based on the theory of José Joaquim Gomes Canotilho if constitutional rights generate another constitutional right to procedure. The second step is to study which are the mechanisms statued in the Brazilian legislation that may be used to enforcement of Rights that are presented in the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Finally, although there is a growing realization of fundamental rights, there is a procedural deficit in Brazilian Law too. Against the government's ineffectiveness the society participation in the pursuit of realization of constitutional rights through the provision of legal protection is imperious. The method used for the research and reporting is inductive.

Key words

Process; Procedures; Constitution; Constitutional rights.

1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 contempla um grande rol de Direitos e Garantias Fundamentais. Não somente em seu artigo 5º mas em todo o seu texto estão previstos tais direitos, como o caso do Direito ao Meio Ambiente (art. 225 da CRFB), a Ordem Urbanística (art. 182 da CRFB), ao Patrimônio Cultural (art. 216 da CRFB), entre outros.

Buscando a efetivação dos Direitos Fundamentais nasce o direito ao procedimento que implica, essencialmente, no direito à criação, pelo legislador, de determinadas normas procedimentais ou processuais; o direito à interpretação e à aplicação concreta, pelo juiz, das normas e princípios procedimentais ou processuais.

Com base na teoria de José Joaquim Gomes Canotilho o presente ensaio tem como objetivo analisar se qualquer direito fundamental pressupõe um suporte procedimental/processual. Assim sendo, pergunta-se, a titularidade de um direito fundamental significa a existência de um direito fundamental ao procedimento?

Em um segundo momento analisa-se os mecanismos criados pela Constituição Brasileira de 1988 com vistas à efetivação dos Direitos Fundamentais. Dentre eles estudar-se-ão a Declaração de eficácia imediata dos Direitos Fundamentais, o Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão.

O método que serviu de base para a investigação, o tratamento dos dados e a elaboração do relato desta pesquisa foi o indutivo¹, e as técnicas utilizadas foram as do

1 O método indutivo consiste em “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e coleciona-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral(...)” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.86).

referente², a de categorias³ e de conceitos operacionais⁴, a leitura dirigida, fichamento de obras e consultas na rede mundial de computadores.

As Considerações Finais demonstram, por sua vez, que a previsão dos Direitos Fundamentais, com a força normativa da Constituição Federal faz surgir um direito fundamental ao procedimento. Apesar de o legislador brasileiro ter criado ferramentas que buscam a concretização dos Direitos Fundamentais ainda não se atingiu o nível desejado de democratização através da participação social.

2. Direito ao Procedimento/ Direitos Processuais

O processo é método de resolução de conflitos de que devem participar, ativa e racionalmente, as partes e o órgão jurisdicional. Para tanto, deve o processo oferecer instrumentos de proteção e realização dos direitos dos indivíduos, e ser, também, espaço em que se permita exercitar democraticamente tais direitos.⁵

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz em seu corpo um enorme catálogo de Direitos e Garantias Fundamentais. Contudo qualquer Direito Fundamental pressupõe a existência de um dever do legislador de criação e ordenação adequada do procedimento ou processo indispensável à garantia do direito material?

Ou ainda, a proteção através do procedimento ou processo significa direito fundamental ao procedimento?⁶

Segundo Canotilho, desde o início da década de 70 assiste-se ao desenvolvimento de “impulsos teóricos” tendentes a demonstrar que há uma imbricação material do procedimento e/ou processo com os direitos fundamentais, sob uma tripla perspectiva: procedimento/processo (i) reconduzíveis a instrumentos de proteção e realização dos direitos fundamentais; (ii) configurados como instrumentos “adequados e justos” para a limitação

2 “Referente é a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto final desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 54).

3 “Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 25).

4 “Conceito Operacional (=Cop) é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 50).

5 MEDINA, José Miguel Garcia. **A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC**. in Revista de Informação Legislativa. Brasília ano 48. N. 190 abr/jun. 2011. p.289-302

6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 76.

ou restrição dos direitos fundamentais; e (iii) proclamados como “locais” ou “espaços” de exercício dos direitos fundamentais⁷.

A partir destas premissas surgem teorias substancialmente diferentes.

Para explicar as posições que o indivíduo ocupa frente ao Estado, Georg Jellinek, na obra *System der subjektiven Öffentliche Rechte*, formulou teoria segundo a qual haveria quatro “relações de status”, que seriam o status passivo, o negativo, o positivo e o ativo. A doutrina mais recente tem tentado adaptar a teoria de Jellinek, concebida com vistas aos chamados direitos de primeira geração (*rectius*: dimensão), ampliando-a.⁸

Além destas formas de *status*, reconhece-se que as partes têm *status activus processualis*.

Partindo da doutrina de Jellinek, a teoria do *status activus processualis* foi desenvolvida por Peter Häberle, em texto intitulado “Grundrechte in Leistungsstaat”. Segundo este autor, o *status activus processualis* é a síntese de todas as normas e formas que dizem respeito à participação procedimental, através do Estado, daqueles que tiveram seus direitos fundamentais atingidos. Têm as partes, assim, direito de participar no procedimento da decisão da competência dos poderes públicos. Tal participação não se limita ao direito de se manifestar e de ser ouvido, mas, mais que isso, consiste em poder influir.⁹

Häberle parte da premissa de que a mera “tecnicidade” (*Technizität*) jurídica, característica do Estado burguês, não é mais suficiente para dar conta das novas demandas trazidas pela dimensão positiva atribuída a esses direitos, sugerindo então a revitalização da condição de *status activus processualis*, desenvolvida por Jellinek. No dizer do autor, os direitos fundamentais se caracterizam por e pressupõem, antes de tudo, um direito de participação (*Teilhaberecht*), já que em face de suas características positivas eles se tornam, cada vez mais, alvo de organização e de procedimento estatal (*weil Grundrechte im Leistungsstaat immer mehr zur Sache staatlicher Organisation und Verfahren werden*).¹⁰

Assim sendo, a participação no procedimento da decisão constitui, então, uma posição subjetiva inerente ao direito fundamental. Por outras palavras: a participação

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 72.

8 MEDINA, José Miguel García. **A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC**. in Revista de Informação Legislativa. Brasília ano 48. N. 190 abr/jun. 2011. p.289-302

9 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 73.

10 AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; ALMEIDA, Angela. **Direito ao Procedimento e/ou Direito ao Processo para a Defesa do Meio Ambiente**. doi: 10.5007/2177-7055.2011v32n63p271. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, [S.l.], p. 271-289, dez. 2011. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n63p271>>. Acesso em: 20 Jan. 2015.

procedimental, ela mesma, é o exercício de um direito fundamental. Dito de outro modo: o cidadão, ao dispor de instrumentos jurídico-processuais para influenciar diretamente no exercício das decisões dos poderes públicos que afetam ou podem afetar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço real de liberdade e de efetiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade.¹¹

O discurso sobre direitos fundamentais na década de 1980 já tende a acompanhar a descentralização do “Estado global” para o “Estado setorial” e a ênfase do “Estado pós-industrial mínimo” em desfavor do “Estado social de prestações”. A ideia de procedimento/processo continua a ser valorada como dimensão indissociável dos direitos fundamentais. Porém, a participação no e através do procedimento já não é um instrumento funcional e complementar da democracia, mas, sim, uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais.¹²

Assim, quando se impõe que determinadas medidas estatais que afetem direitos fundamentais devam observar um determinado procedimento, sob pena de nulidade, não se está a fazer outra coisa senão proteger o direito mediante o estabelecimento de determinadas normas de procedimento. Portanto, o direito fundamental material tem irradiação sobre o procedimento, devendo este ser conformado de forma a assegurar a efetividade ótima do direito protegido.¹³

3. Direito à Proteção Jurídica e Direitos Fundamentais de Defesa

Necessária é a diferenciação entre direito à proteção jurídica e direito de defesa perante o Estado.

O direito à proteção jurídica (dimensão horizontal) é uma pretensão que qualquer titular de um direito fundamental pode exigir do Estado que o proteja perante agressões de outros cidadãos¹⁴.

Alexy entende por direitos de proteção os direitos do titular de direito fundamental frente ao Estado para que este o proteja de intervenções de terceiros. Os direitos à proteção podem ter como objeto coisas muito diferentes. Não só a vida e a saúde são bens possíveis de proteção, mas também outros bens como a dignidade, liberdade, família e

11 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 73.

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 74.

13 MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Jurídica Virtual, v.2, n.14, jul. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/capa.htm. Acesso em: 18/05/2015.

14 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 76.

propriedade. Os direitos de proteção são, pois, direitos constitucionais a que o Estado organiza e maneja a ordem jurídica de maneira a que se respeite a relação recíproca de sujeitos jurídicos iguais.¹⁵

Já o direito fundamental de defesa (dimensão vertical) é um direito cujo conteúdo se traduz fundamentalmente em exigir que o próprio Estado (poderes públicos) se abstenha de intervenções coativas na esfera jurídica do particular. O cidadão pretende uma abstenção dos poderes públicos.¹⁶

Os direitos de proteção e os direitos de defesa têm sido contrapostos reciprocamente porque os primeiros são direitos a ações positivas e os outros a ações negativas.

Mas em ambos os casos o Estado é chamado: nos direitos de proteção invoca-se o Estado como destinatário do dever de proteção de particulares; nos direitos de defesa impõe-se ao Estado o dever de não agredir (ou dever de se abster perante) a esfera jurídica dos cidadãos.¹⁷

Mesmo no Estado Liberal não há como afastar a prestação estatal. Situações de defesa perante o Estado e de defesa perante particulares através do Estado mostram o reconhecimento do dever do Estado de proteger particulares perante particulares, ou de garantir a defesa dos cidadãos perante ele próprio.

A cidadania civil conquistada no século XVIII é constituída pelos direitos individuais necessários ao exercício da liberdade, igualdade, propriedade, de ir e vir, direito à vida, segurança, etc. Esses direitos embasaram o liberalismo. A cidadania política, alcançada no século XIX, compreende o direito de participar do poder político tanto diretamente, pelo governo, quanto indiretamente, pelo voto. Já, a cidadania social atingida no século XX – a partir das lutas do movimento operário e sindical – abarca os direitos ao trabalho, saúde, educação, aposentadoria, seguro-desemprego, ou seja, a garantia de acesso aos meios de vida e bem-estar social.¹⁸

Qualquer direito material postula uma dimensão procedimental/processual, e, por isso, reconhecer um direito material constitucional implica, necessariamente, reconhecer um direito subjetivo do procedimento/processo, como indispensável para garantir a eficácia do direito material. Assim, configurado subjetivamente como direito, ou objetivado

15 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 435-436.

16 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 77.

17 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 77.

18 MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania**. Por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 21.

obrigatoriamente através do cumprimento de um dever pelo Estado, o processo torna-se indispensável para assegurar uma proteção eficaz dos Direitos Fundamentais.¹⁹

Assim, a existência de um direito subjetivo ao procedimento e processo para a tutela dos Direitos Fundamentais poderia desenvolver-se a partir da tese: qualquer direito material postula uma dimensão procedimental/processual, e, por isso, reconhecer um direito material fundamental implica, necessariamente, reconhecer um direito subjetivo ao procedimento e processo, como indispensável para garantir a eficácia do direito material fundamental.²⁰

4. Mecanismos de Concretização dos Direitos Fundamentais no Brasil

A Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de lhes emprestar significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e sete incisos e dois parágrafos (art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A idéia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.²¹

Mas, apesar do longo rol, ainda reconhece a existência de outros Direitos Fundamentais que não aqueles previstos no catálogo do artigo 5º, como são os casos do Meio Ambiente, Ordem Urbanística e Patrimônio Cultural, por exemplo.

Ao lado da previsão dos Direitos Fundamentais, como característica do constitucionalismo contemporâneo, constata-se a incorporação de uma série de mecanismos de concretização desses direitos, já que se chega à conclusão de que o problema destes tempos está em como juridicizar o Estado Social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos.²²

19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 79.

20 AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; ALMEIDA, Angela. **Direito ao Procedimento e/ou Direito ao Processo para a Defesa do Meio Ambiente**. doi: 10.5007/2177-7055.2011v32n63p271. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, [S.l.], p. 271-289, dez. 2011. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n63p271>>. Acesso em: 20 Jan. 2015.

21 MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Jurídica Virtual, v.2, n.14, jul. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/capa.htm. Acesso em: 18/05/2015.

22 OLIVEIRA NETO, Francisco José de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 29.

No Brasil, a Carta Magna de 1988, visando a concretização dos Direitos nela previstos, criou uma série de mecanismos, dentre eles a declaração de aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º), o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI) e a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º).²³

4.1. A Aplicabilidade Imediata dos Direitos e Garantias Fundamentais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, § 1º dispõe que “*as normas definidoras dos direitos, liberdades e garantias fundamentais tem aplicação imediata*”.

Ao estabelecer esta aplicabilidade imediata, a Constituição brasileira deseja reforçar a sua normatividade, tornando clara a sua natureza de direito constitucional e a sua força autônoma, independentemente de uma lei concretizadora.

Canotilho expõe alguns requisitos para a aplicabilidade imediata dos Direitos Fundamentais: (I) questão da juridicidade: As normas de um Estado têm de possuir um alto grau de determinabilidade sob pena de invalidade. Elas devem estabelecer normas de comportamento para os particulares, ação para as autoridades, e controle para as entidades fiscalizadoras. (II) questão de segurança: trata da segurança na previsibilidade da norma. (III) questão de igualdade: a garantia da igualdade perante o direito, ou através da criação do direito. (IV) questão de legislação: a feitura das normas exige clareza e determinabilidade por parte do órgão legiferante. (V) determinabilidade como pressuposto: a normatividade reforçada dos direitos, liberdades e garantias, traduzida na sua aplicabilidade direta, pressupõe que as normas consagradoras desses direitos possuem um conteúdo jurídico suficientemente preciso ou determinável. Isso exigirá que estejam suficientemente determinados, de forma a garantir a validade, efetividade e vinculatividade das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias: os pressupostos de fato, as consequências ou efeitos jurídicos e as cláusulas restritivas do âmbito de proteção.²⁴

Longe está o consenso a respeito da adequada compreensão do §1º, do artigo 5º da Constituição Federal brasileira. A primeira polêmica dá-se pela adequada definição de sua abrangência, ou seja, se é aplicável apenas ao art. 5º, ou a todo e qualquer direito fundamental previsto na Constituição, optando a maioria pela última posição, sob pena

23 A Constituição da República Federativa do Brasil possui previsão de outros mecanismos para a defesa de Direitos Fundamentais que não serão abordados neste trabalho por não serem o foco do estudo, tais como a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança individual e coletivo, a ação de improbidade administrativa, o habeas corpus, etc.

24 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 148-149.

de excluir da imediatividade os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos.²⁵

Outra questão está relacionada ao significado e ao alcance dessa regra. Sustenta Sarlet que deve ser entendido como uma ordem de otimização dos direitos fundamentais, ou seja, uma cláusula constitucional que estabelece aos órgãos estatais a tarefa de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.²⁶

O STF já decidiu pela aplicação imediata das normas disciplinadoras de Direitos Fundamentais:

[...] E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196)- PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem juridicamente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o

25 OLIVEIRA NETO, Francisco José de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 30.

26 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 274.

cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.**- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF”. (STF - AI: 462563 RS, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 08/12/2004, Data de Publicação: DJ 02/02/2005)

Assim, tem-se que, no Brasil, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais se constitui em um princípio e que, portanto, deve ser efetivado na maior medida possível, à luz de cada caso concreto. Tal interpretação não se coaduna com uma regra de tudo ou nada, e sim, como os demais princípios que devem ser concretizados segundo um mandado de otimização. Nessa linha, cabe ao intérprete, em cada caso concreto, atribuir ao direito fundamental a máxima efetividade possível. No entanto, como se trata de um exercício de hermenêutica, a compatibilização do princípio deve ser feita com escopo em argumentos de ordem lógica e racional.²⁷

4.2. O Mandado de Injunção

Criado pelo legislador constituinte brasileiro e consagrado pela primeira vez na Constituição de 1988, o mandado de injunção consiste em uma garantia constitucional autoaplicável a ser utilizada quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.²⁸

É um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considera titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas, inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição Federal.²⁹

Trata-se de um instrumento cujo objetivo é dar concretude às normas previstas na Constituição da República, não permitindo que o ali previsto permaneça sem a efetividade

27 MATOS, Marilene Carneiro. **Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata.** E-legis. n.8. p.66-81. 1º semestre de 2012.

28 NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional.** 9 ed. São Paulo: Método, 2004. p. 600.

29 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 391

esperada. Surge para tratar do que é chamado pela doutrina de uma dramática patologia nacional: o descrédito da Constituição causado pela inércia do legislador.³⁰

Canotilho³¹ assevera acerca do instrumento brasileiro:

se o mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regras actuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma protecção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começa a destruir o ‘rochedo de bronze’ da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará seus objetivos.

Desde 2007, o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando no sentido de atribuir ao Judiciário o dever de suprir a norma omissa nas ações de Mandado de Injunção. É o que se mostra no julgado MI 712, da lavra do Ministro Eros Grau:

“[...] 5. **Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia.**[...] 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social.[...] 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2o da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4o, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever -poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. **Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil.**” (MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007) (grifei)

30 BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed, São Paulo: Saraiva, 2006. p.244

31 CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 367

José Afonso da Silva³² enumera como pressupostos: i) falta de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa reclamada; ii) ser o impetrante beneficiário direto do direito, liberdade ou prerrogativa que postula em juízo. Já Reginaldo Bacha³³ assim distribui: i) a existência de um direito ou liberdade constitucional ou de uma prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania; ii) falta de norma regulamentadora desse direito, ou liberdade ou prerrogativa; e iii) inviabilidade do exercício desse direito, ou liberdade ou prerrogativa, em virtude da falta de norma regulamentadora.

4.2.1. Inconstitucionalidade por Omissão

A violação das normas constitucionais pode ocorrer não apenas quando o Poder Público pratica condutas comissivas (inconstitucionalidade por ação), mas também em hipóteses nas quais deixa de agir conforme determina a Constituição (inconstitucionalidade por omissão). Para assegurar a supremacia constitucional ficou consagrada, além do Mandado de Injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.³⁴

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) tem por finalidade precípua a defesa da ordem constitucional objetiva, de modo a assegurar a supremacia e a força normativa da Constituição no tocante às normas constitucionais cuja efetividade dependa de alguma medida a ser tomada pelos poderes públicos. Caracteriza-se por ser uma ação de controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, na qual a pretensão é deduzida em juízo mediante um processo constitucional objetivo, cuja finalidade principal é a defesa da ordem constitucional objetiva.³⁵

Grande parte das decisões proferidas em ADO mantinham-se na linha da impossibilidade de ir além da ciência do legislador em mora para que adotasse as providências sob sua responsabilidade, sem previsão de qualquer consequência.

Exceção a essa regra foi o julgamento ocorrido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3682. Nele, após reconhecer a existência de inércia do legislador, determinou-se que, em um prazo de dezoito meses, fossem adotadas toas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do comando constitucional:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL,

32 SILVA, José Afonso da. Mandado de Injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Mandado de Segurança e de Injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 398.

33 BACHA, Sérgio Reginaldo. **Mandado de Injunção**. Estudos e considerações. Minas Gerais: Del Rey, 1998.

34 NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Método, 2004. p. 321.

35 NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Método, 2004. p. 322.

NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. **Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição**, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. (STF, ADI 3682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 06.09.2007) (grifei)

Através da Lei n. 12063/2009, houve inclusão de dispositivos na Lei 9868/99, interessando no momento o artigo 12-H, que dispõe que, em caso de declaração de inconstitucionalidade por omissão, o primeiro passo será a ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias no prazo de 30 dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.³⁶

36 OLIVEIRA NETO, Francisco José de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 34.

5. Conclusões

O constituinte de 1988 privilegiou no texto constitucional a disposição dos Direitos e Garantias Fundamentais. Com um grande rol, não taxativo, de Direitos, ficou disciplinada uma das características marcantes do Estado Democrático de Direito (ou Estado Constitucional Democrático), quais sejam: I) ampliação dos mecanismos de exercício de soberania popular; II) a garantia jurisdicional da supremacia material e formal da Constituição; III) a busca pela efetividade dos direitos fundamentais; e IV) o alargamento do conceito de democracia.

A preocupação com a supremacia constitucional e o respeito aos direitos fundamentais ficam claros com os inúmeros mecanismos processuais postos a sua disposição, com destaque para a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

Demonstrou-se no presente trabalho, com base na teoria de José Joaquim Gomes Canotilho, que a previsão dos Direitos e Garantias Fundamentais tem como consequência a existência de um direito fundamental ao procedimento eficaz de concretização dos Direitos Fundamentais materiais.

Posteriormente analisou-se alguns dos instrumentos previstos na própria Constituição brasileira de 1988 que visam a dar efetividade aos Direitos Fundamentais: a declaração de aplicabilidade imediata, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Apesar de caminhar-se para uma crescente efetivação dos Direitos Fundamentais, como analisou-se nos julgados trazidos ao trabalho, ainda encontra-se um déficit procedimental no Direito Brasileiro. Diante da inexpressão do Poder Público na garantia e efetivação dos Direitos ditos fundamentais cabe aos atores sociais a busca pela tutela jurisdicional na concretização destes.

6. Referências

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Título original: Theorie der grundrechte.
- AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; ALMEIDA, Angela. **Direito ao Procedimento e/ou Direito ao Processo para a Defesa do Meio Ambiente**. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, [S.l.], p. 271-289, dez. 2011. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n63p271>>. Acesso em: 20 Jan. 2015.

- BACHA, Sérgio Reginaldo. **Mandado de Injunção**. Estudos e considerações. Minas Gerais: Del Rey, 1998.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed, São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993
- MATOS, Marilene Carneiro. **Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata**. E-legis. n.8. p.66-81. 1º semestre de 2012.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC**. in Revista de Informação Legislativa. Brasília ano 48. N. 190 abr/jun. 2011. p.289-302
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Jurídica Virtual, v.2, n.14, jul. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-14/capa.htm. Acesso em: 18/05/2015.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania**- Por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Método, 2004. p. 600.
- OLIVEIRA NETO, Francisco José de. **Estrita legalidade e atividade jurisdicional**. Itajaí: UNIVALI, 2012.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA, José Afonso da. Mandado de Injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Mandado de Segurança e de Injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CONTROLE SOCIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E ACESSO À INFORMAÇÃO: ANÁLISE COMPARADA DA LEI BRASILEIRA Nº 12.527 DE 2011 E DA LEI ESPANHOLA Nº 19 DE 2013

THULA RAFAELA DE OLIVEIRA PIRES

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professora e Coordenadora Adjunta da Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). e-mail de contato: thula@puc-rio.br

EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA

Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor Substituto da Universidade Federal Fluminense (UFF). e-mail: emersonacmoura@yahoo.com.br

Resumo

A análise comparada das Leis de Acesso à Informação do Brasil e da Espanha enquanto consagração do Princípio da Transparência Administrativa e instrumento capaz de auxiliar no controle social da Administração Pública que busca atribuir maior grau de legitimidade à atividade administrativa é o tema em debate a partir da perspectiva dos instrumentos formais e informais de fiscalização social que buscam conformar a diretiva adotado pelos poderes públicos à persecução dos interesses da sociedade, do controle social na Administração Pública e das formas de *participação, colaboração e avaliação* do administrado na decisão administrativa que contribuem na ampliação do grau de legitimidade e racionalidade na atividade administrativa e da Lei de Acesso à Informação enquanto reconhecimento do Princípio da Transparência Administrativa que tem aptidão para auxiliar no processo de fiscalização social da Administração Pública, mediante o fornecimento de informações necessárias aos sujeitos para participarem na tomada de decisão administrativa.

Palavras-chave

Fiscalização Social; Controle da Administração; Transparência Administrativa; Lei de Acesso a Informação.

Resumen

Un análisis comparativo del acceso a la información leyes de Brasil y España, mientras que la consagración del principio de transparencia administrativa y el instrumento para ayudar en el control social de la gestión pública que busca dar mayor grado de legitimidad a la actividad administrativa es objeto de debate desde la perspectiva de los medios formales e informales de control social que pretenden conformar la política adoptada por el gobierno para la consecución de los intereses de la sociedad, de control social en la administración pública y las formas de participación, colaboración y evaluación administrada en la resolución administrativa que contribuyen en la ampliación del grado de legitimidad y racionalidad en la actividad administrativa y de la Ley de Acceso a la Información a la vez que reconoce el principio de transparencia administrativa que tiene la capacidad de ayudar en el proceso de control social de la gestión pública, proporcionando la información necesaria para los sujetos a participar en la toma de decisiones administrativas.

Palabras clave

Inspección Social; El control administrativo; La transparencia administrativa; Ley de Acceso a la Información.

1. Introdução

Em sua origem colonial, a Administração Pública Brasileira foi marcada por um modelo oligárquico e patrimonialista, com o predomínio da corrupção, do nepotismo e da ineficiência na gestão estatal, em uma economia com baixo grau de competitividade e concentração da função pública em uma sociedade eminentemente aristocrática¹.

Na República, a partir da década de 1930 propôs-se um modelo organizacional burocrático², que buscou através de competências previamente definidas, relações estáticas baseadas na autoridade e atividade especializada pela divisão racional ampliar o grau de legitimidade e de eficiência da atividade administrativa através da fiscalização do processo.

Não obstante, a persistência das concessões patrimonialistas transvertidas na forma de clientelismo e eventuais limites do formalismo burocrático impediu a construção de

1 Tanto no Brasil Império quanto no primeiro período da República, enquanto os senhores de Terra e os grandes comerciantes se ocupavam da economia, ao Estamento burocrático ligado por laços de família ao patriarcado rural cabia dominar com relativa autonomia o Estado e a Política. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Do Estado Patrimonial ao Gerencial* in: Pinheiro, Wilhelm e Sachs (orgs.), *Brasil: Um Século de Transformações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001. p. 222.

2 O movimento se inicia com a reforma burocrática do Brasil em 1936 e se materializa com a criação de diversos diplomas reguladores e a criação do Departamento de Administração Pública do Serviço Público (DASP) que acabou se reproduzindo nos Estados. Sobre o tema consulte-se: WAHRLICH, Beatriz. *A Reforma Administrativa da Era de Vargas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1983.

um modelo de gestão pública capaz de atender as demandas da transformação econômica, ampliando o grau de déficit de legitimidade e operacionalidade na Administração Pública³.

Nas décadas seguintes, foram utilizadas sucessivas tentativas de modernização da atividade administrativa, que abrangem desde a implantação de modelos de descentralização⁴ até a propositura um modelo gerencial, que buscou trazer maior legitimidade à atuação da burocracia através da eficiência dos resultados e a flexibilidade dos processos⁵.

Todavia, a busca por implementação de modelos institucionais de outras tradições administrativas⁶, em um ambiente dotado de cultura própria⁷ tem resultado em descolamento entre a teoria e a práxis, resultando em pouco acréscimo de legitimidade e efetividade na atividade administrativa.

Neste sentido, erige-se a importância dos mecanismos de controle da Administração Pública, como formas de corrigir os desvios de conduta pelos agentes públicos, garantindo a conformação da atividade administrativa à persecução do interesse público e, portanto, atribuindo maior grau de legitimidade à ação estatal.

-
- 3 Observa-se até atualmente os perniciosos resquícios do patrimonialismo, a corrupção persistente, as políticas paternalistas e a ineficiência na gestão estatal, que produzem a crise de legitimidade das instituições estatais. Sobre o histórico, vide: FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 15 ed. São Paulo: Editora Globo, 2000. FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e Senzala*. 39 ed. Rio de Janeiro: Record, 2000 e NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
- 4 A reforma desenvolvimentista se consubstancia na edição do Decreto 200-67 e foi conduzida pela Subsecretaria de Modernização e Reforma Administrativa, do Ministério do Planejamento. A partir de 1979 volta-se a desburocratização, visando a simplificação e a racionalização da burocracia e com forte orientação para o usuário do serviço público, e a desestatização. LIMA JUNIOR, Olavo Brasil. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. *Revista de Serviço Público*. Ano 49. N. 2. Abr-Jun 2008. p. 12-14.
- 5 Todavia, a nova configuração da própria atividade administrativa com a profusão de novos entes e centros de decisão no interior da própria Administração e contexto de crise das instituições da democracia representativa, denuncia o problema da falta de legitimidade democrática da Administração Pública e a recondução ao chefe do Poder Executivo a direção da atividade administrativa. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 125-126.
- 6 Tendem os países da América Latina a buscarem copiar as estratégias modernizadoras dos países anglo-saxões em uma tentativa de isomorfismo mimético. Todavia, instrumentos que funcionam bem no modelo anglo-saxão podem ter impactos negativos no nosso modelo continental de Administração, uma vez que os contextos institucionais e sociais são distintos. Além do mais, quando duplicamos os modelos anglo-saxões nos países latinos não somos capazes de incorporar os “matizes ocultos” que são a chave do êxito destes modelos e estratégias nos países de origem. MATAS, Carles Ramió. Los problemas de la implantación de la nueva gestión pública en las administraciones públicas latinas: modelo de Estado y Cultura Institucional. *Revista del CLAD Reforma y Democracia* nº 21, Caracas, Venezuela 2001. p. 14-15.
- 7 Forma-se na Administração Pública Brasileira desde sua origem uma cultura organizacional, marcada pela praxe patrimonialista e clientelista, com uso da autoridade e paternalismo, supervalorização da hierarquia e apego ao formalismo, além da permeabilidade excessiva a pressões externas, que cria o campo propício para a falta de efetividade, corrupção e afastamento da sociedade. CARBONE, Pedro Paulo. *Cultura organizacional do setor público brasileiro: desenvolvendo uma metodologia de gerenciamento da cultura*. Revista de Administração Pública. Vol 34. n. 2. 2000. p. 21-22.

O controle exercido pela própria Administração Pública embora seja a seara adequada para correção do desvio administrativo, encontra na própria burocracia dos procedimentos⁸, a falta de aparelhamento para investigação e controle e no corporativismo *interna corporis*, limites à autotutela⁹.

O Poder Judiciário embora exerça na sua função contramajoritária o controle dos atos estatais de forma a garantir à proteção dos bens e interesses veiculados pela Constituição em face do interesse da maioria, no sistema representativo o campo adequado para o debate sobre a conveniência da decisão estatal é a deliberação pública¹⁰.

Erige-se, portanto, a fiscalização social como forma de ampliação do grau de legitimidade na atividade de persecução do interesse público pela Administração Pública, uma vez que é a seara originária para a fiscalização da ação pública, participação do indivíduo na definição dos objetivos da sociedade e atribuição de responsabilidade aos agentes estatais.

Não obstante, uma gestão administrativa com participação da sociedade pressupõe o preenchimento de condições mínimas necessárias para participação dos atores sociais¹¹ e o diálogo pelas instituições com a sociedade quanto à decisão administrativa¹² o que envolve a maximização do direito à informação como pressuposto indispensável a fiscalização.

8 Os controles estatais da Administração Pública têm se demonstrado insuficientes diante da tendência à burocratização, a pouca eficiência e excessivo dispêndio. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p 23.

9 Resta evidente no âmbito do controle da Lei de Responsabilidade Fiscal no âmbito administrativo federal onde a corrupção enraizada na tradição brasileira, que junto ao corporativismo na Administração Pública como anseio de obter certas vantagens como “favores” que possam lhe favorecer de algum modo e a falta de aparelhamento necessário da Administração pública a eficiência investigação nas contas públicas resultam na pouca eficácia da Lei de Responsabilidade Fiscal. MONT’ALVERNE, Marcelo de Miranda. *Vigência e eficácia da Lei de Responsabilidade Fiscal no âmbito Federal*. Anais do XIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e de Pós-Graduação em Direito. Fortaleza. 2005. p. 11-12.

10 O Poder Judiciário na tutela dos direitos públicos subjetivos exerce o controle sobre os atos dos demais poderes, garantindo o oferecimento dos bens e utilidades necessárias a fruição dos direitos fundamentais. Todavia, isto não importa considerar que, devem ser observados parâmetros e limites, respeitando o espaço de conformação legislativa e discricionariedade administrativa na concretização dos preceitos constitucionais. Sobre o tema, vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Do Controle Jurídico ao Controle Social: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 77, p. 131-184, 2011.

11 Como visto, no item anterior, a existência de um contexto aberto, livre e igualitário, onde cada cidadão possa ter a possibilidade de participar e igual capacidade de influenciar e persuadir na deliberação pública depende não apenas de garantias políticas, como eleições livres ou sufrágio universal, mas de condições que permitam uma existência digna e o efetivo exercício da cidadania.

12 Ainda há uma concepção fragmentada e exclusiva do espaço público, com a Administração Pública por um lado gerenciando o conteúdo das demandas sociais, de forma paternalista e fechada, como a única capaz de demarcar prioridades e políticas sociais e a sociedade civil com grande apatia política, ignorando a necessidade de mobilização e sua capacidade de influenciar nas questões políticas. Sobre o tema vide: LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos das políticas públicas no Estado Democrático de Direito. In: _____; Araujo, Luiz Ernani Boreoso. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003. p. 831 e 837.

Busca o presente trabalho investigar, de forma comparativa, a Lei Brasileira e Espanhola de Acesso à Informação, que enquanto consagrações do Princípio da transparência administrativa são capazes de contribuir através de seus instrumentos do aperfeiçoamento do controle social da Administração Pública.

De início, centra-se a pesquisa na análise da fiscalização social¹³ de forma a delimitar através do seu conteúdo e modalidades formais e informais, a sua finalidade de conformação da diretiva adotada pelos poderes públicos à persecução dos interesses da sociedade e de responsabilização dos agentes estatais pelos desvios de legitimidade.

Após, volta-se à verificação dos instrumentos de controle social na Administração Pública, de modo a delimitar que a *participação*, *colaboração* e *avaliação* dos cidadãos na decisão pública é capaz de ampliar o grau de legitimidade e racionalidade na atividade administrativa.

Depois, inquire-se a transmutação no regime administrativo brasileiro do princípio da publicidade em transparência administrativa, de maneira a delimitar o dever da Administração Pública, não apenas em publicizar os atos administrativos após sua decisão, mas permitir amplo e transparente acesso ao processo de decisão e deliberação.

Por fim, busca demonstrar comparativamente se os instrumentos das Leis Brasileiras e Espanhóis de Acesso à Informação correspondem ao reconhecimento do Princípio da Transparência Administrativa e tem aptidão para auxiliar no processo de controle social da Administração Pública, mediante o fornecimento de informações necessárias aos sujeitos para participarem na tomada de decisão administrativa.

Para tanto, utiliza-se na pesquisa o método dedutivo partindo-se do controle social em geral para sua inserção dentre as formas de controle da Administração Pública, através da revisão bibliográfica dos principais expoentes do direito pátrio e estudo legislativo quando pertinente para a demonstração e fundamentação das proposições.

2. Fiscalização Social

Compreende a fiscalização social, o conjunto de instrumentos empregados pela sociedade, capaz de induzir a conformação dos Poderes Públicos às determinadas diretrizes, ordenando a atuação institucional no ambiente social e estabelecendo as condições necessárias para que sejam alcançados os fins e objetivos almejados pelo grupo social¹⁴.

13 Embora amplamente adotada pela doutrina a expressão controle social como próxima a *accountability*, opta-se para designação com fiscalização, para distinguir da aceção de controle do Estado sob a sociedade. Sobre o tema: DELEUZE, Gilles. *Post-Scriptum sobre as sociedades de controle*. In: *Conversações*. São Paulo: Editora 34, 1992. FOUCALT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Editora, 2008. FOUCALT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1987.

14 Envolve, portanto, a capacidade de auto-regulação de um grupo social para alcançar seus objetivos globais, obtidos mediante o *consenso* ou *coerção* dos indivíduos. BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora UNB, 1986. p. 283-284.

Exterioriza-se em duas esferas de normatização distintas conforme o ambiente de constrição¹⁵ seja *externo* - mediante a utilização de mecanismos formais ou não pela própria sociedade ou por suas instituições ou *interno* - conforme sujeita a mecanismos de coerção psíquica realizada pela pessoa.

Os instrumentos e extensão da fiscalização social variam conforme as demandas advindas das questões políticas, econômicas e demais extraídas da realidade subjacente, que importam em maior ou menor grau de inserção na *esfera* de autonomia das pessoas, gerando conseqüentes restrições na sua atuação externa independente sejam entes *naturais* ou *fictícios*.

Sob tal égide, sendo o Estado à expressão formal da organização político-jurídico da sociedade em dado território com objetivo de garantir sua soberania e os fins e objetivos propostos, que atribui a instituição estatal o exercício do poder político para a persecução destes interesses prospectivos, sua atuação se sujeita a uma fiscalização exercida pelo grupo¹⁶.

A fiscalização social pode ser exercida de forma *direta* pelo grupo social, através de instrumentos *formais* - de natureza *política*, *financeira* ou *administrativa* concedidos pela ordem jurídica e exercidos exclusivamente na esfera pública estatal - ou *informais* - não institucionalizados e promovidos no campo privado ou público não-estatal¹⁷.

Sob a égide informal compreende a mobilização organizada dos indivíduos em grupos de caráter *permanente* - associações, entidades e afins - ou *temporário* - passeatas, protestos ou outros - que buscam mediante a expressão de *opinião* ou *reivindicação* influenciar na atuação dos poderes públicos ou fomentar o debate político na sociedade¹⁸.

15 Embora possa repousar a constrição no predomínio da *força* - mediante a utilização de instrumentos de coerção, como as penas institucionalizadas pela ordem *jurídica* - repousa a legitimidade do controle social, enquanto compromisso valorativo voltado à redução da coerção e alcance das metas sociais, no *consenso* - através do reconhecimento da necessidade da prática da conduta para a realização dos fins sociais, pela utilização de debates, compromissos e outros meios. BERGALLI, Roberto. *Controle Social: Suas Origens Conceituais e Usos Instrumentais* in: Revista Brasileira de Ciências Instrumentais. n 3. Jul/ set 1993. p. 33-34.

16 Revestindo-se o poder político de atributo que o Estado concentra e exerce sob a sociedade organizada apenas como um instrumento a serviço dos seus fins supera-se a concepção da posição de supremacia dos poderes públicos nas relações com os indivíduos, para compreender que sendo a sociedade titular do poder político é a atividade estatal que se encontra subordinada aos seus interesses do grupo social e, portanto, sujeita ao seu controle. Sobre o tema, vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Poder, Função e Prerrogativas Públicas*. Revista de Direito Público, v. 48, p. 170-194, 2012.

17 Adota-se como objeto de estudo, o controle social *puro* ou *natural*, ou seja, aquele exercido diretamente pela sociedade sobre o Estado através dos instrumentos mencionados. Não se ignora, todavia, a existência de um controle *não-puro* ou *institucional* exercido indiretamente pela sociedade através de entidades e órgãos públicos, como e.g. Ministério Público, Procons e outros, mediante instrumentos administrativos e judiciais sobre a ação estatal. Sobre a distinção: BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. *Revista de Direito do Estado*. a. 3. n. 12. Rio de Janeiro, p. 82-83, out.-dez. 2008.

18 A mobilização dos grupos e forças que formam a sociedade civil e exercem desde a pequena ação comunitária local - impedindo a poda excessiva de árvores - até a influência sobre a opinião e atividade

Ocorre através dos processos de *deliberação e negociação* que resultam na consolidação dos interesses do grupo social, das atividades de *informação* que buscam a *formação e mobilização* da opinião pública, bem como, do emprego de mecanismos de *pressão* ou *persuasão* política que tendem a interferir na tomada de decisão pública¹⁹.

Assume especial relevo na fiscalização estatal, ao contribuir com a *transparência* pela divulgação das informações relativas da ação governamental, bem como, a *legitimidade e eficiência* pela expressão de aprovação ou reprovação que influi na avaliação pelos poderes públicos sobre a manutenção dos seus programas²⁰.

Sob o prisma *formal*, a fiscalização social abrange os instrumentos *políticos* decorrentes do *status* de cidadania, que permitem a participação *direta* da sociedade no exercício do poder político e na formação dos atos de governo ou a intervenção *indireta* na atuação política do Estado mediante a representação e fiscalização político-partidária²¹.

Corresponde, portanto, à ingerência dos cidadãos no processo político e na organização governamental, através do direito do sufrágio - expresso na *alistabilidade e elegibilidade* a cargos políticos - e de agremiação em grupos voltados à atividade política - exteriorizado na *constituição, organização e participação dos partidos políticos*²².

Consubstancia, também, a participação da sociedade na organização e atividade do poder estatal exercida mediante a *iniciativa popular* no âmbito do processo legislativo, a *consulta popular* na orientação ou ratificação dos atos normativos, políticos ou administrativos de governo e a tutela pela *ação popular* dos interesses da coletividade²³.

pública - evitando a instalação de empresa industrial cuja atividade comprometeria a qualidade de vida de uma cidade - demonstra seu importante papel na fiscalização da ação estatal e na efetividade das normas constitucionais. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 129-134.

- 19 Embora não seja um controle institucionalizado a ordem jurídica garante o seu exercício mediante a consagração dos direitos fundamentais de liberdade de pensamento nos aspectos de crença e expressão (artigo 5º incisos IV e VI), de acesso à informação (artigo 5º inciso XIV), bem como, nos direitos de reunião (artigo 5º incisos XVI) e associação (artigo 5º inciso XVII todos da Constituição) dentre outros.
- 20 Denota-se, portanto, a importância do controle realizado pelas organizações representativas (organizações não-governamentais, associações de moradores, ouvidorias independentes...) que propiciam a captação imediata dos interesses sociais pelos poderes políticos na formulação das políticas públicas e o controle de sua atuação na execução (artigo 29 inciso X, XII, artigo 204 inciso II e artigo 227 §1º todos da Constituição).
- 21 Neste vértice, o controle social coincide com os direitos políticos, ou seja, o complexo de direitos públicos subjetivos que investe seus titulares no *status actives civitatis* e permite sua participação ativa no processo político e na organização político-administrativa do Estado. CUNHA, André Luiz Nogueira da. *Direitos Políticos*. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 21.
- 22 Abrange a capacidade eleitoral expressa no direito de votar (artigo 14 §1º e 2º da Constituição) e de ser votado (artigo 14 §3º e seguintes da Constituição), bem como, no direito de criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos (artigo 17 da Constituição e artigo 8 a 11 e 27 a 29 da Lei 9.096/95) e de filiação partidária (artigo 16 da Lei 9.096/95).
- 23 Compreende o plebiscito (artigo 14 inciso I), o referendo (artigo 14 inciso II), a iniciativa popular (artigo 14 inciso III, artigo 27§4º e 61§2º), e ainda, a ação popular (artigo 5º inciso LXXIII todos da

Reveste-se de importância ao garantir a *correção da ação* através da exteriorização da diretiva política almejada pela sociedade na *iniciativa* e *consulta popular*, bem como, a *avaliação* da atividade de persecução dos interesses da sociedade mediante a *responsabilização política* dos agentes no processo eletivo pela diretiva escolhida²⁴.

A fiscalização social, ainda, envolve instrumentos *financeiros* que incidem sobre a alocação prévia e abstrata dos recursos públicos nas *leis orçamentárias* e seu dispêndio na execução promovida pelas unidades orçamentárias, de forma a assegurar a *transparência financeiro-orçamentária*, a *gestão responsável* dos recursos e a *responsabilidade fiscal*.

Compreende a exigência de *clareza e simplicidade das leis* instituidoras de tributos, de feitura do orçamento e fiscalização de sua execução, bem como, o *dever de otimização de publicidade* das informações fiscais, que permitem o desenho da estrutura e política financeira adotada pelo governo viabilizando o monitoramento dos gastos públicos²⁵.

Abrange a participação da sociedade no âmbito do processo financeiro, exteriorizada na *consulta popular* ou *deliberação pública* promovida durante o planejamento orçamentário, e na *gestão colaborada dos recursos financeiros* capaz de garantir uma atuação responsável e democrática dos poderes públicos no atendimento dos *reais* interesses do grupo social²⁶.

Exerce-se, ainda, o controle financeiro-orçamentário pela comunidade mediante a fiscalização popular das contas públicas, a propositura da *ação popular* e as denúncias de irregularidade aos Tribunais de Contas, que permitem a correção das medidas

Constituição) instrumento que pode ser exercido por qualquer *cidadão* para a anulação de qualquer ato estatal lesivo aos interesses da sociedade.

- 24 Observa-se, portanto, que através desses instrumentos políticos erige-se a cidadania ativa elemento condicionante da ação estatal: por meio da *iniciativa popular* de leis e *plebiscito* orientam-se os poderes públicos acerca das políticas públicas que almejadas pela sociedade devem ser implantadas; com o *referendo* define-se a adesão ou exclusão dos programas governamentais executados, mediante a concessão ou não de eficácia aos atos de governo; e por fim, as *eleições competitivas*, impõem a responsabilidade política pelos planos estatais executados e os resultados obtidos.
- 25 Através da ampla comunicação dos dados acerca da arrecadação e gastos públicos (artigo 165 §6º da Constituição), da ação estatal (artigo 1º §1º da Lei de Responsabilidade Fiscal), do conteúdo da legislação tributária (artigo 150 §5º da Constituição), bem como, dos atos orçamentários, relatórios e balancetes periódicos (artigo 31 §3º da Constituição) garante-se a transparência fiscal necessária para o controle das renúncias e receitas, a declaração de direito dos contribuintes e o combate à corrupção. TORRES, Ricardo Lobo. *O Princípio da Transparência e o Direito Financeiro*. p. 9. Mundo Jurídico. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=162. Acesso em: 25 de Julho de 2013.
- 26 Como e.g. a realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão das leis orçamentárias (artigo 48 Único da Lei de Responsabilidade Fiscal e Artigo 2º inciso VII do Decreto 5.019/04), a gestão dos Fundos de Pobreza por entidades que contenham a participação da sociedade civil (artigo 82 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias) e a participação popular na elaboração, definição e execução do orçamento (artigo 116 §1º da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre e outros) no chamado orçamento participativo.

implementadas aos resultados esperados da política fiscal e a responsabilização dos agentes públicos²⁷.

Guarda peculiar importância no que tange as políticas públicas, uma vez que através da atividade financeira exercida pelo Estado são obtidos e geridos os recursos indispensáveis à fruição dos bens e interesses sociais e com a previsão das despesas nas leis orçamentárias são programados os dispêndios necessários para a promoção dos direitos sociais²⁸.

Por fim, envolve ainda instrumentos *administrativos* que buscam atribuir através da intervenção direta do grupo social na atuação administrativa um maior grau de *racionalidade, legitimidade e eficiência* à gestão administrativa e a atividade de persecução dos interesses da sociedade.

O tema será tratado a seguir.

3. Controle Social Administrativo

Com a implementação do Estado Democrático de Direito, volta-se a busca por legitimação da atividade administrativa, em dois vértices: a *constitucionalização*, mediante a releitura das categorias administrativas à luz da Constituição e a *democratização*²⁹, que reconduz a atribuir legitimidade pela participação do cidadão na Administração Pública³⁰.

27 Abrange o ciclo orçamentário no seu vértice o controle da execução da política financeira que não compreende apenas o orçamento, mas o balanço patrimonial e outros documentos e a apreciação das contas que não envolve somente o parecer do Tribunal de Contas ou julgamento pelo Congresso Nacional, mas também a *accountability* promovida pela sociedade (artigo 31 §3º, artigo 74 §2º da Constituição dentre outros). BALLEIRO, Aliomar. *Uma Introdução a Ciência das Finanças*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 412 e 445.

28 Neste sentido, as leis orçamentárias não devem ser compreendidas apenas como peças de natureza contábil que contém a programação das receitas previstas e despesas autorizadas, porém, a exteriorização dos programas ou planos de atuação governamental e diretiva política da sociedade, que busca suprir as demandas sociais e regular a esfera econômico-social. Sobre o tema, vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa. Políticas Públicas, Controle Social e Orçamento Participativo. *Revista de Direito Tributário (São Paulo)*, v. 114, p. 154-182, 2011.

29 Com a promulgação da Constituição de 1988 observa-se um processo de deslocamento da Constituição para o eixo central do sistema jurídico e reconhecimento da sua supremacia axiológica, potencializada pela erradicação de seus preceitos pelo ordenamento jurídico, o que produz uma releitura das normas, categorias e institutos do direito infraconstitucional, inclusive, administrativo, à luz da lei fundamental. Sobre o tema, vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa. A Constitucionalização do Direito e o Regime Jurídico-Administrativo. *Revista IOB de Direito Administrativo*, v. 87, p. 100-127, 2013.

30 A democratização é marcada pela abertura e fomento à participação dos administrados nos processos decisórios da Administração Pública, não apenas na formação final, mas nos procedimentos formativos da vontade administrativa. Sobre o tema, vide: BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: Direitos humanos e democracia como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes da dogmática administrativa* in: NALINI, Jose Renato (Coord.). *Direitos humanos e formação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Neste segundo viés, os instrumentos *administrativos* de controle social permitem a intervenção da sociedade na persecução dos interesses públicos e o controle da atuação dos agentes, em um espectro que envolve desde a *participação* até a *colaboração e a avaliação* atividade administrativa contribuindo com a maximização do grau de legitimidade³¹.

Em um contexto marcado pela crescente multiplicidade e complexidade dos interesses públicos, envolve a aferição pela Administração Pública das legítimas expectativas dos grupos sociais acerca da atuação estatal, através de instrumentos de *avaliação* que lastreiam de *legitimidade e impessoalidade* a ação administrativa.

Envolve, portanto, a *consulta popular*, variadas formas que distinguem-se quanto ao grau de influência que produzem na formação da discricionariedade administrativa, abrangendo desde a indireta – *coleta de opinião e debate público* – até a direta – *audiência pública* – no processo de escolha da conveniência e oportunidade pelo administrador.

A *coleta de opinião* busca mediante a utilização de canais de informação recolher as tendências e interesses dos grupos sociais e o *debate público*, aferir na dialética dos grupos sociais as distintas posições acerca de uma proposta, sendo atos preparatórios, facultativos e, em regra, não-vinculativos da decisão administrativa³².

A *audiência pública* abrange a deliberação pública convocada em ambiente institucional acerca de decisão administrativa que permite mediante a dialética, a exposição dos interesses, preferências e opções dos grupos sociais e atores envolvidos no processo, vinculando a ação pública pelos seus resultados³³.

Compreende a *participação* as deliberações coletivas promovidas no âmbito dos órgãos estatais *permanentes* ou *transitórios*, com fins de *consulta* ou de *decisão*, que formados por representantes de diversos setores da sociedade, permitem a participação da coletividade na formação da decisão pública³⁴.

31 Compreende, portanto, o exercício da cidadania no processo de promoção dos direitos sociais nos níveis de distribuição dos bens materiais e imateriais indispensáveis a sociedade, de forma a atribuir racionalidade, legitimidade e eficiência à gestão dos interesses sociais. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa, Publicidade, Motivação e Participação Popular*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 298, 304 e 331.

32 Sendo a consensualidade na Administração Pública uma exigência do Estado Democrático Brasileiro, a coleta de opinião prevista no artigo 31 da Lei 9.784 de 1999 permite a pluralização do debate público e contribui como mecanismo de legitimação social da decisão administrativa. MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Consulta Popular e Audiência Pública: Por um Processo Administrativo Federal Dialogado* in Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU Sistema Jurídico e Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. 2012. Uberlândia. Minas Gerais. p. 11.

33 É consentâneo ao próprio Estado Democrático de Direito que a manifestação da sociedade em ambiente de deliberação pública e participação plural, vincule a Administração Pública. Em igual conclusão: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 125-129.

34 Não obstante, a participação popular nos órgãos de consulta e decisão represente importante instrumento de controle social, observa-se na prática uma falta de *real* representatividade dos membros escolhidos,

Abrange desde órgãos tipicamente de *consulta* – como comitês e comissões – responsáveis por orientar na formação, execução ou avaliação da decisão administrativa - até órgãos de *gestão* – como os colegiados públicos e conselhos – a quem compete a deliberação ou revisão da própria ação administrativa.^{35,36}

Por fim, abrange a *cooperação* mediante a atuação coordenada da comunidade e do ente estatal na gestão colaborada dos bens e serviços para a coletividade, mediante o fomento da atividade privada desenvolvida pela sociedade civil sem fins lucrativos, que converge com a persecução do interesse público pelo ente administrativo.

Sob um ângulo, se materializa pela *celebração* de convênios, termos de parceria, ajustes firmado por entes de direito privado reconhecidos formalmente como organizações sociais³⁷ e por outro ângulo, se exterioriza na *cogestão* por pessoas privadas em entidades paraestatais.³⁸

Perfaz-se, também, pela utilização de instrumentos administrativos que permitem a provocação dos órgãos de controle interno e externo, como os *processos e recursos administrativos* interpostos perante órgãos de revisão ou fiscalização da Administração Pública, as *denúncias* promovidas no âmbito do Ministério Público e outros órgãos³⁹.

uma vez que não são eleitos pela sociedade e geralmente integram o próprio poder público. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo* n. 191 jan/mar 2003. p. 35.

- 35 Como e.g. os colegiados públicos na gestão administrativa da seguridade social (artigo 194 inciso VII), da saúde (artigo 198 inciso III), da assistência social (artigo 204 inciso II), do ensino público (artigo 206 inciso VI), da fixação de política agrícola (artigo 187), ou os conselhos estatais, tal qual o Conselho da República (artigo 89 inciso VII), Conselho Nacional de Justiça (artigo 103-B inciso XIII), Conselho Nacional do Ministério Público (artigo 130-A inciso VI todos da Constituição) dentre outros.
- 36 Os órgãos de participação representam a entrada dos atores sociais, que fortalecem a democratização das instituições e a própria organização da sociedade civil, permitindo o fortalecimento da coesão social, identidades coletivas e a universalidade de interesses demandados no Estado. SPINK, Peter; TEIXEIRA, Marco Antonio. *A Disponibilidade de Ser Controlado: O Controle Social da Administração Pública* in: GUEDES, Álvaro Martins; Fonseca Francisco (Org.) *Controle Social da Administração Pública: Cenário, Avanços e Dilemas no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 107.
- 37 Os contratos de gestão e os termos de parceria firmados entre o poder público e as organizações sociais ou sociedades civis de interesse público respectivamente exercem importante papel nas políticas de promoção dos direitos sociais (educação, saúde, cultura...), estão sujeitos, também, a controle realizado pelos demais segmentos da sociedade. (Artigo 20 inciso III da Lei 9.637/98 e artigo 11 Caput e §3º da Lei 9.790/99)
- 38 Ocorre mediante a composição por representantes populares nos órgãos de gestão e direção das paraestatais - como diretorias ou conselhos responsáveis - cuja técnica de escolha e investidura variará conforme a natureza destas entidades de índole executiva de atividades sociais ou econômicas do Estado. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação...* Ob. cit. p. 133.
- 39 O controle social abrange, ainda, outros instrumentos administrativos como o direito de petição (artigo 5º inciso XXXIV alínea “a” da Constituição), de informação (artigo 5º inciso XIV e XXXIII da Constituição e Artigo 14 §6º da Lei 11.079/04), de fiscalização e reclamação dos serviços públicos (Artigo 58 §2º inciso IV da Constituição, Artigo 3º, 29 inciso XII e 30 Súncio da Lei 8.987/95 e Artigo 33 da Lei 9.074/95), a assessoria externa, delegação atípica dentre outros. Sobre o tema, vide: SCHIER,

Com estes instrumentos de controle social da Administração Pública é possível se garantir a correção do déficit de *legitimidade* e a ampliação do grau de *eficiência* da ação administrativa, assim como, um maior grau de *neutralidade* e *racionalidade* nas decisões administrativas⁴⁰.

Isto porque, a inserção dos cidadãos na gestão da Administração Pública através seja *participação*, *avaliação* ou *colaboração*, permite que influencie e persuadisse em maior ou menor grau as decisões administrativas, através da troca de argumentos que racionaliza e legitima a deliberação pública⁴¹.

Suas distintas perspectivas sobre as possíveis resoluções com os conhecimentos específicos que detêm sobre o tema, amplia a objetividade do processo de escolha e corresponde à importante fator de consensualidade e democratização da atuação da Administração Pública⁴².

A adoção pelo agente administrativo da fundamentação racional oriunda desses argumentos e conhecimentos objetivos trazidos pela sociedade, bem como, mediante a utilização progressiva dos canais de comunicação disponíveis para alcança-los erige-se um importante instrumento de legitimação da ação administrativa⁴³.

Por esta razão, torna-se necessário estimular a adoção formal e permanente de tais instrumentos pela Administração Pública, bem como, incentivar a própria sociedade a

Adriana da Costa R. *A Participação popular na administração pública: o direito de reclamação*. São Paulo: Renovar, 2002.

- 40 A participação de sujeitos que possam trazer diferentes perspectivas de resolução, por vezes, com conhecimentos específicos sobre o tema, melhora a qualidade das decisões administrativas pela melhor compreensão da *dimensão* e *possíveis soluções* do problema, além de permitir com a abertura do processo decisório aos vários atores sociais, maior facilidade de aceitação pelos seus destinatários. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Pereira da. *Em busca do Acto Administrativo Permitido*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 402.
- 41 Isto porque, a troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legitima a gestão da *res publica*, pois se determinada política consegue superar as críticas formuladas pelos demais participantes da deliberação, de início pode ser considerada legítima e racional. Sobre o tema, vide: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006. Capítulo III.
- 42 A participação de sujeitos que possam trazer diferentes perspectivas de resolução, com conhecimentos específicos, por vezes, técnicos, melhora a qualidade das decisões administrativas pela melhor compreensão da *dimensão* e *possíveis soluções* do problema, além de permitir com a abertura do processo decisório aos vários atores sociais, maior facilidade de aceitação pelos seus destinatários. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Pereira da. Op. cit. p. 402.
- 43 A aferição da legitimidade pelo exercício, não deve ser compreendida tão somente como a participação de todos nos processos decisórios, diante das impossibilidades materiais e contextuais da deliberação em dadas hipóteses, mas também na justificação racional e pública dos atos administrativos perante os seus destinatários, melhor alcançada precipuamente através de fundamentos eminentemente técnicos e a otimização do dever de publicidade. Sobre o tema, vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Agências, Expertise e Profissionalismo. O Paradigma da Técnica na Administração Pública*. Revista de Direito Administrativo, v. 254, p. 67-94, 2011.

deflagrar tal controle, de forma a garantir que o controle social se operacionalize como elemento capaz de alcançar tais objetivos.

Neste sentido, para a sociedade exercer este controle da Administração Pública torna-se necessário garantir primariamente o acesso às informações necessárias acerca da atividade e estrutura administrativa, de forma a permita a mobilização dos cidadãos, a delimitação dos fins e objetivos almejados e a influência na ação estatal.

O tema será tratado a seguir.

4. Transparência Administrativa

Compreende o regime jurídico-administrativo, o ponto nuclear de convergência e articulação das regras e princípios que regem a persecução do interesse público pela Administração Pública, que no Estado Democrático de Direito deve se adequar a Supremacia axiológica da Constituição, a centralidade dos direitos do homem e o princípio democrático⁴⁴.

Abrange o princípio da publicidade, o dever de ampla divulgação dos atos emanados pela Administração Pública pelos diversos meios de comunicação disponíveis de modo a garantir aos cidadãos o exercício do controle do grau de legitimidade dos agentes administrativos e de eficiência da promoção dos bens e serviços essenciais à sociedade⁴⁵.

Sob a irradiação do Princípio Democrático, a transparência administrativa erige-se como um dever que transcende a mera informação, mas conduz a visibilidade da atuação estatal e a viabilização da efetividade participação popular na deliberação pública acerca dos interesses socialmente almejados.⁴⁶

Torna-se, portanto, o princípio da transparência instrumental para a realização dos princípios da participação e da impessoalidade, bem como, garantindo a efetiva aplicação

44 Com a promulgação da Constituição de 1988 observa-se um processo de deslocamento da Constituição para o eixo central do sistema jurídico e reconhecimento da sua supremacia axiológica, potencializada pela erradicação de seus preceitos pelo ordenamento jurídico, o que produz uma releitura das normas, categorias e institutos do direito infraconstitucional, inclusive, administrativo, à luz da lei fundamental. Sobre o tema, vide: MOURA, Emerson Affonso da Costa. *A Constitucionalização do Direito e o Regime Jurídico-Administrativo*. Revista IOB de Direito Administrativo, v. 87, p. 100-127, 2013.

45 Corresponde a um dever que vincula, não apenas as pessoas administrativas, mas qualquer outra que realize a gestão dos interesses públicos, exceto nas hipóteses de sigilo em que a eventual excepcionalidade da situação e os riscos de eventual divulgação podem acarretar, permitindo que na ponderação constitucional entre a informação e o direito do sigilo e intimidade, preservem-se os últimos valores. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo e Administração Pública*. 17 ed. rev., atual e ampla. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 21-22.

46 Corresponde, portanto, a princípio intimamente ligado à própria concepção de Estado Democrático de Direito, que busca trazer a efetividade ao exercício dos direitos políticos mediante a visibilidade dos atos praticados pelos poderes estatais. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Op. cit. p. 07.

do controle da Administração Pública seja estatal – autotutela e *judicial review* – ou social – cidadãos e entidades da sociedade civil⁴⁷.

Propicia pela otimização da publicização, uma ampliada aplicação da sanatória para superar meras irregularidades, que importariam em declarações de nulidade após longos processos administrativos e judiciais, resultando em prejuízo à própria Administração Pública e aos administrados⁴⁸.

Neste tocante, erige-se a transparência atos estatais, como instrumento capaz de viabilizar mediante a visibilidade na gestão pública o debate político⁴⁹, o fortalecimento sócio-cultural da cidadania e fomento da participação popular, bem como, o aperfeiçoamento da gestão estatal e dos instrumentos jurídicos de controle social.

O dever de transparência é consentâneo do direito humano à informação⁵⁰, que compreende o direito de ser *informado* – ter acesso às informações de caráter público ou pessoal obtidas, produzidas ou armazenadas pelos poderes públicos e particulares⁵¹ – e de *informar* – a oportunidade de manifestar e comunicar fatos, vedada a censura e o anonimato⁵².

47 Neste tocante, os controles sociais em um ambiente onde predomina a transparência administrativa e aberto instrumentos de participação, tornam-se eficientes, pois multiplicam o número de fiscais sem ônus para os contribuintes e têm ponderável efeito pedagógico, no sentido de desenvolver um sadio espírito cívico. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações...* Op. cit. p. 25.

48 Isto porque, permite que a própria sociedade proceda o imediato controle da decisão administrativa verificando a irregularidade divulgada através da transparência, de tal sorte que a mesma substitui com vantagem o formalismo que se centra em um controle posterior. GORDILLO, Agustín. *Después de La Reforma Del Estado*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1996. VII-9.

49 Apenas com o conhecimento das informações referentes à elaboração e execução dos planos governamentais, bem como, da estrutura e modo de atuação dos órgãos político-administrativos envolvidos é capaz de ser realizado o controle social permitindo que os cidadãos possam influir na ação estatal. MILESKI, Helio Saul. *Controle Social: Um Aliado do Controle Oficial*. Interesse Público n. 36 mai/abr 2006. p. 87.

50 O Pacto de San José da Costa Rica prevê no artigo 13 que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão que compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

51 A Constituição Federal de 1988 prevê no artigo 5º, incisos XIV, XXXIII e XXXIV respectivamente: ser assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; bem como, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e de obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

52 A Constituição Federal de 1988 elenca no artigo 5º inciso IV e IX e artigo 220 respectivamente: a liberdade de manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto na Constituição.

5. Transparência na Lei de Acesso a Informação no Brasil e na Espanha

Embora tutelado pela Constituição de 1988, o direito à informação teve um ciclo de regulamentação voltado à proteção do segredo governamental⁵³, interrompido apenas em 2011 quando foi editada a Lei de Acesso a Informação, que garantiu a transparência administrativa e o controle social como princípios norteadores da publicidade em geral⁵⁴.

Prevê a referida Lei 12.527, a gestão *transparente* da informação propiciando acesso amplo e regulamentando o processo de acesso, vedando a negação do acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais, bem como, que versem sobre condutas que implicam violação aos direitos humanos.

Em 2012, foi regulamentada pelo Decreto 7.724, que previu o dever de *transparência ativa* – de promover, independente de requerimento, a divulgação em site de Internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas – e *passiva* – criando Serviço de Informações ao Cidadão e regulamentando o procedimento de acesso.

Todavia, a permanência da classificação e manutenção do sigilo de dados em razão da soberania nacional⁵⁵, a burocracia⁵⁶ e a cultura⁵⁷ da Administração Pública, ainda são

53 Embora o direito à informação tenha sido garantido pela Constituição de 1988, desde a sua promulgação foi frustrado em razão da ressalva do sigilo, em razão de parecer da Consultoria Geral da República (nº SR-71) que deixava a cargo do antigo Serviço Nacional de Informações a avaliação de quais dados poderiam ser divulgado. A promulgação da Lei 8.159 de 1991 que buscava regulamentar a norma constitucional acabou assegurando o direito ao sigilo dos documentos com prazos de 30 e 100 anos. Nas últimas décadas, avançou-se mais no segredo governamental e dos procedimentos de segurança de informação principalmente com os decretos 2.134 de 1997 e 2.910 de 1998, do que na regulamentação do direito à informação e do acesso aos registros governamentais. CEPIK, Marco. *Direito à Informação: situação legal e desafios*. Revista de. Informática Pública, Belo horizonte, v.2, n.2, p. 8 maio/ 2000.

54 Dispõe no artigo 3º que busca a lei assegurar o direito fundamental de acesso à informação mediante dentre outros o fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência e do controle social na Administração Pública.

55 Segundo a Lei no artigo 23 a restrição de acesso público as informações supostamente imprescindíveis para a segurança da sociedade e do Estado, com prazos que variam de 5, 15 ou 25 anos. Conforme o artigo 35 §1º inciso III os prazos são prorrogáveis por uma renovação, sendo garantindo por mais 50 anos o sigilo de alguns documentos.

56 Segundo pesquisa da Controladoria-Geral da União realizada em 2011, 74,8% dos servidores públicos federais consideravam distante a relação entre sociedade e Estado, 32,9% não conseguiam definir a cargo de quem estava a solicitação de acesso à informação pública e 53,2% afirmavam não possuir em seus locais de trabalho unidades preparadas para atender aos pedidos de informações de acesso a documentos por parte dos cidadãos. Disponível em: <http://download.uol.com.br/fernandorodrigues/pesquisa-diagnostico-cultura-acesso-a-informacao-dez2011.pdf> Acesso em 08.04.2013.

57 Não se pode cair na ilusão de que uma nova lei mudará, por si só, a cultura política do segredo com que a Administração Pública no Brasil sempre esteve acostumada. Para que este avanço legislativo torne-se efetivo farse-á necessária uma intensa mobilização dos atores sociais. AMORIM, Bianca Rihan Pinheiro. *O Direito à Memória e à Informação nos Arquivos Brasileiros*. VI Simpósio Nacional de História Cultural Escritas da História: Ver – Sentir – Narrar, Universidade Federal do Piauí, Teresina. p. 10.

empecilhos para utilização do potencial da Lei de Acesso a Informação como instrumento capaz de auxiliar no aperfeiçoamento do Controle Social da Administração Pública.

Porém, foram observados avanços decorrentes de políticas públicas voltadas a transparência⁵⁸, que garantiram um crescimento de solicitações de informações com base na referida lei⁵⁹, contribuindo, portanto, com o aperfeiçoamento do controle social e do espaço democrático na Administração Pública.

Em outro plano, em 2013 foi editada a Lei 19 na Espanha⁶⁰, que veicula normas de transparência, acesso a informação pública e bom governo, como princípios fundamentais a toda ação pública, garantindo que apenas através da sujeição da ação pública ao escrutínio dos cidadãos, mediante acesso as suas informações, garante-se maior legitimidade das decisões.

De início, a referida lei, se aplica não somente a Administração Pública Direta, do Poder Legislativo, Judicial e Executivo e as pessoas administrativas privadas, inclusive, agências reguladoras, mas, também, os partidos políticos, organizações sindicais e empresariais, além de qualquer entidade privada que receba subvenção pública⁶¹.

Por efeito, buscou-se proteger o acesso às informações que tenham conteúdo público ainda que esteja sob a guarda de sujeitos privados, determinando que mesmo as pessoas físicas e jurídicas que prestem serviços públicos ou exerçam poderes administrativo estão vinculadas, mediante prévio requerimento, aos deveres legais de transparência⁶².

Neste sentido, a lei fixa o dever de publicidade ativa, ou seja, de fornecer de forma periódica e atualizada, as informações necessárias à garantia de transparência da atividade pública permitindo o controle social, sejam elas de natureza *interna corporis* – como as institucionais, organizacionais e de planificação – ou típicas de relevância pública.⁶³

58 Foi lançado em 2013 o Programa Brasil Transparente com o objetivo de auxiliar governos estaduais e municipais na implementação da Lei, ajudando a promover uma Administração Pública mais transparente e aberta à participação social, com a distribuição de material técnico e programa de capacitação de servidores. Nos primeiros meses do programa, aderiram mais de 600 municípios. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/imprensa/noticias-de-governo/programa-brasil-transparente-ultrapassa-adesao-de-600-municipios-em-seis-meses> Acesso em 21.07.2013.

59 Segundo pesquisa da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República em um ano houve registro de 87,1 mil pedidos de acesso a informação, das quais 83.483 (95,8%) já foram respondidas. dentre elas, 66.185 (79,2%) foram plenamente atendidas, 8.205 (9,8%) foram negadas, e 5.764 (6,9%) não puderam ser atendidas por tratarem de matéria da competência legal de outro órgão ou pelo fato de a informação não existir. Disponível em: <http://www.secom.gov.br/sobre-a-secom/acoes-e-programas/comunicacao-publica/em-questao/edicoes-anteriores/em-questao-pdf-1/2013-maio/em-questao-1777-dia-16-quarta-feira> Acesso em 21.07.2013.

60 Ley 19 de 10 de diciembre de 2013. <http://www.upc.edu/parcupc/media/BOE-A-2013-12887.pdf>

61 Ley 19 de 10 de diciembre de 2013. Artigo 2 e 3.

62 Ley 19 de 10 de diciembre de 2013. Artigo 4.

63 Ley 19 de 10 de diciembre de 2013. Artigo 5, 6 e 7.

Institui o Conselho de Transparência e Bom Governo⁶⁴, que poderá exercer poder regulamentar estabelecendo medidas necessárias a garantir o cumprimento da lei, impõe responsabilidade aos agentes públicos ou privados pela infração grave da obrigação de publicidade ativa.

Tal órgão administrativo foi objeto de alterações que buscaram trazer maior independência, dotando-a da imparcialidade e objetividade necessária para que exerça devidamente as suas funções, e, portanto, das feições típicas de uma administração independente⁶⁵.

Ademais, determinou a criação de um Portal de Transparência, sob a égide de princípios de acessibilidade – com informações estruturadas sobre os documentos e recursos – interoperante – conforme as normas técnicas executivas determinadas – reutilização – com a possibilidade de determinar a reutilização de informação pública conforme previsto em lei⁶⁶.

Com fins de proteção a determinados interesses coletivos, o legislador através de uma ponderação normativa entre o direito a informação e os interesses públicos envolvidos determinou a limitação ao acesso de informação em alguns casos: a segurança nacional, a defesa, as relações exteriores e a seguridade pública dentre outros.⁶⁷

Todavia, sujeitou tal limitação ao dever de *motivação* – com explicitação dos fundamentos vinculados – a *proporcionalidade* – com a demonstração da necessidade, adequação e justa medida da restrição – a *congruência* – com o objetivo e finalidade de proteção e, determinando o juízo de ponderação, no caso concreto⁶⁸.

Na consagração do princípio do devido processo administrativo, na vertente eminentemente procedimental, determinou o exercício do direito de acesso a informação pública, explicitando as regras de acesso, as causas de inadmissão, a tramitação e a resolução, além do regime de impugnações.⁶⁹

Note, portanto, que a lei de acesso à informação da Espanha trouxe importantes avanços em relação a lei brasileira, que podem corresponder a importantes instrumentos a serem debatidos e incorporados no sistema jurídico pátrio, como forma de contribuir com o aperfeiçoamento dos mecanismos de transparência e controle social da Administração Pública.

64 O Conselho de Transparência e de Bom Governo além de ser regulamentado pelos artigos 33 a 40 da Lei 10 de 10 de dezembro de 2013 foi regulamentado pelo Decreto 919 de 31 de Outubro de 2014.

65 GARCIA, Miguel Ángel Sendín. *El Consejo de Transparencia Y Buen Gobierno*. Revista Jurídica De Castilla Y Leon. n. 33. mar. 2004. p. 7.

66 Ley 19 de 10 de diciembre de 2013. Artigo 11.

67 Ley 19 de 10 de diciembre de 2013. Artigo 14 1.

68 Ley 19 de 10 de diciembre de 2013. Artigo 14 2.

69 Ley 19 de 10 de diciembre de 2013. Artigo 17 a 24.

6. Conclusões

O controle social é instrumento capaz de garantir a cooperação entre os atores estatais e não-estatais na coordenação dos múltiplos e complexos interesses, auxiliando na formação de um espaço público que baseado na *negociação* e *dissenso* garante-se propor e debater agendas atribuindo mais *legitimidade* e *transparência* à persecução dos fins sociais.

Permite a construção entre a sociedade e os poderes públicos de um vínculo de *compromisso* e *responsabilidade* acerca das decisões estatais, que contribui no aprimoramento dos mecanismos de exercício da cidadania, além de coibir os desvios de legalidade, garantindo *previsibilidade* e *segurança* nas relações jurídico-públicas.

Não se ignora as dificuldades na efetivação da participação dos cidadãos na gestão pública, devido ao persistente desinteresse e apatia da sociedade pelo debate político, bem como, da atuação burocrática, autoritária e hierarquizada dos poderes estatais na gestão político-administrativa dos interesses públicos.

Isto apenas denota a necessidade de uma *otimização* da publicidade dos atos estatais, de modo a viabilizar com a transparência na gestão pública o debate político, a utilização de mecanismos de fortalecimento sócio-cultural da cidadania e fomento da participação popular⁷⁰, bem como, o aperfeiçoamento da gestão estatal e dos instrumentos de controle social⁷¹.

Neste sentido, a Lei Brasileira de Acesso à Informação, ao erigir como princípio basilar a transparência administrativa torna-se importante mecanismo de controle da Administração Pública que auxilia na ampliação do controle social, trazendo a Lei Espanhola instrumentos passíveis de aperfeiçoamento da democratização administrativa.

7. Referências

AMORIM, Bianca Rihan Pinheiro. O Direito à Memória e à Informação nos Arquivos Brasileiros. *VI Simpósio Nacional de História Cultural Escritas da História: Ver – Sentir – Narrar*, Universidade Federal do Piauí, Teresina.

70 Trata-se de medidas que busquem um exercício *pleno* da cidadania ativa necessária para o controle social, através de investimentos na educação que permitam a conscientização política e social dos cidadãos, na ampliação dos espaços públicos de atuação participativa e o desenvolvimento de uma cultura política baseada na ética. SILVA, Francisco Carlos da Cruz. *Controle Social: Reformando a Administração Para a Sociedade* in: *Perspectivas para o Controle Social e a Transparência da Administração Pública*. Brasília: Tribunal de Contas da União, Instituto Serzedello Corrêa, 2002. p. 51-55

71 Torna-se necessária a construção de instrumentos *jurídicos* de controle social que permitam a vinculação da atuação estatal às decisões promovidas no âmbito da deliberação pública - definidas no processo eletivo e na participação na gestão estatal - e a atribuição de responsabilidade pelos desvios de eficiência e legitimidade promovidos pelos agentes públicos na persecução dos interesses públicos.

- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BALLEIRO, Aliomar. *Uma Introdução a Ciência das Finanças*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. *Revista de Direito do Estado*. a. 3. n. 12. Rio de Janeiro, out.-dez. 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BERGALLI, Roberto. Controle Social: Suas Origens Conceituais e Usos Instrumentais in: *Revista Brasileira de Ciências Instrumentais*. n 3. Jul/set 1993.
- BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: Direitos humanos e democracia como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes da dogmática administrativa* in: NALINI, Jose Renato (Coord.). *Direitos humanos e formação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BOBBIO, Noberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora UNB, 1986.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Do Estado Patrimonial ao Gerencial* in: Pinheiro, Wilhelm e Sachs (orgs.), *Brasil: Um Século de Transformações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.
- CARBONE, Pedro Paulo. Cultura organizacional do setor público brasileiro: desenvolvendo uma metodologia de gerenciamento da cultura. *Revista de Administração Pública*. Vol 34. n. 2. 2000.
- CEPIK, Marco. *Direito à Informação: situação legal e desafios*. Revista de. Informática Pública, Belo horizonte, v.2, n.2, maio/ 2000.
- CUNHA, André Luiz Nogueira da. *Direitos Políticos*. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo e Administração Pública*. 17 ed. rev., atual e ampla. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- DELEUZE, Gilles. *Conversações*. São Paulo: Editora 34, 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação Popular na Administração Pública*. Revista de Direito Administrativo n. 191 jan/mar 2003.
- FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 15 ed. São Paulo: Editora Globo, 2000.
- FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e Senzala*. 39 ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

- FOUCALT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Editora, 2008.
- _____. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1987.
- GARCIA, Miguel Ángel Sendín. *El Consejo de Transparencia Y Buen Gobierno*. Revista Jurídica De Castilla Y Leon. n. 33. mar. 2004.
- GORDILLO, Agustín. *Después de La Reforma Del Estado*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1996.
- LEAL, Rogério Gesta. *Os pressupostos epistemológicos e filosóficos das políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. In: _____; Araujo, Luiz Ernani Boresso. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003.
- LEAL, Rogério. O Controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 13, jul/set 2003.
- LIMA JUNIOR, Olavo Brasil. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. *Revista de Serviço Público*. Ano 49. N. 2. Abr-Jun 2008.
- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa, Publicidade, Motivação e Participação Popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MATAS, Carles Ramió. Los problemas de la implantación de la nueva gestión pública en las administraciones públicas latinas: modelo de Estado y Cultura Institucional. *Revista del CLAD Reforma y Democracia* nº 21, Caracas, Venezuela 2001.
- MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. *Consulta Popular e Audiência Pública: Por um Processo Administrativo Federal Dialogado* in Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU Sistema Jurídico e Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. 2012. Uberlândia. Minas Gerais.
- MILESKI, Helio Saul. Controle Social: Um Aliado do Controle Oficial. *Interesse Público* n. 36 mai/abr 2006.
- MONT'ALVERNE, Marcelo de Miranda. *Vigência e eficácia da Lei de Responsabilidade Fiscal no âmbito Federal*. Anais do XIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e de Pós-Graduação em Direito. Fortaleza. 2005.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992
- _____. *Mutações de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MOURA, Emerson Affonso da Costa. *A Constitucionalização do Direito e o Regime Jurídico-Administrativo*. Revista IOB de Direito Administrativo, v. 87, 2013.
- _____. *Agências, Expertise e Profissionalismo. O Paradigma da Técnica na Administração Pública*. Revista de Direito Administrativo, v. 254, 2011.

- _____. *Do Controle Jurídico ao Controle Social: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 77, 2011.
- _____. *Poder, Função e Prerrogativas Públicas*. Revista de Direito Público, v. 48, p. 170-194, 2012.
- _____. *Políticas Públicas, Controle Social e Orçamento Participativo*. Revista de Direito Tributário (São Paulo), v. 114, 2011.
- NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
- SCHIER, Adriana da Costa R. *A Participação popular na administração pública: o direito de reclamação*. São Paulo: Renovar, 2002.
- SCHMIDT, João Pedro. *Capital social e políticas públicas* in: LEAL, Rogerio Gesta e ARAUJO, Luiz Ernane Boresso de. *Direitos sociais e políticas públicas: Desafios contemporâneos*. Tomo II. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003.
- SPINK, Peter; TEIXEIRA, Marco Antonio. *A Disponibilidade de Ser Controlado: O Controle Social da Administração Pública* in: GUEDES, Álvaro Martins; Fonseca Francisco (Org.) *Controle Social da Administração Pública: Cenário, Avanços e Dilemas no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- SILVA, Francisco Carlos da Cruz. *Controle Social: Reformando a Administração Para a Sociedade* in: *Perspectivas para o Controle Social e a Transparência da Administração Pública*. Brasília: Tribunal de Contas da União, Instituto Serzedello Corrêa, 2002.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Pereira da. *Em busca do Acto Administrativo Permitido*. Coimbra: Almedina, 1998.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O Princípio da Transparência e o Direito Financeiro*. Mundo Jurídico. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?-codigo=162. Acesso em: 25 de Julho de 2013.
- WAHRLICH, Beatriz. *A Reforma Administrativa da Era de Vargas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1983.