

Organizadores:

Jorge Renato dos Reis

Rogério Gesta Leal

Marli Marlene Moraes da Costa

Mônia Clarissa Hennig Leal

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO
CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO
TOMO 3**



**AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO – TOMO 3**





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

EDITORA DA UNISC

Editora
Helga Haas

COMISSÃO EDITORIAL

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



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

Organizadores:

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

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO – TOMO 3**



Santa Cruz do Sul
EDUNISC
2011

© Copyright: Dos autores
1ª edição 2011

Direitos reservados desta edição:
Universidade de Santa Cruz do Sul

Capa: EDUNISC
Editoração: Clarice Agnes, Julio Mello

P769 As políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo
[recurso eletrônico] : tomo 3 / organizadores: Jorge
Renato dos Reis [et al.]. - Santa Cruz do Sul : EDUNISC,
2011.

Dados eletrônicos.
Texto eletrônico.
Modo de acesso: World Wide Web: <www.unisc.br/edunisc>

1. Direito constitucional. 2. Política urbana. I. Reis, Jorge
Renato dos, [et al.].

CDDdir: 341.2

Bibliotecária: Luciana Mota Abrão - CRB 10/2053

ISBN 978-85-7578-326-9



SUMÁRIO

ATIVISMO JUDICIAL X JUDICIALIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DA FIGURA DO AMICUS CURIAE NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE <i>Ana Júlia Kern, Larissa Maria Kerber e Mônia Clarissa Hennig Leal</i>	442
A CONTRIBUIÇÃO DO CAPITAL SOCIAL PARA A QUALIFICAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EMPREGO: UM ENFOQUE NA ESFERA LOCAL <i>Ana Paula de Almeida e Katia Leão Cerqueira</i>	453
ENTRE A DOGMÁTICA E O NEOCONSTITUCIONALISMO: REFLEXÕES A PARTIR DE UM EXEMPLO DO DIREITO DAS SUCESSÕES <i>Bruno Hermes Leal</i>	468
A DESTINAÇÃO DOS RESTOS MORTAIS DE SERES HUMANOS: UMA REFLEXÃO TRANSDICIPLINAR NORTEADA PELOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE <i>Daniel dos Santos, Pablo Gilnei Simor e Sabrina Brum Sanchez</i>	494
AS LIBERDADES COMUNICATIVAS E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO <i>Felipe da Veiga Dias e Jorge Renato dos Reis</i>	509
A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL E O NEOPROCESSUALISMO <i>Francine Cansi, Luciano de Araujo Migliavacca e Jean Cansi</i>	524
REPENSANDO A PROTEÇÃO JURÍDICO-SOCIAL DAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: A EXPERIÊNCIA DO PROJUR MULHER <i>Laura Venturini da Luz, Josiane Petry Faria e Caroline Vasconcelos Damitz</i>	538



A SOCIEDADE INFORMACIONAL E A PROTEÇÃO JURÍDICA DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL: RUMO AO CONSTITUCIONALISMO DO SÉCULO XXI

Letícia Brum da Silva e Rosane Leal da Silva 549

O COMUNITARISMO COMO MECANISMO DE POTENCIALIZAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA CIDADÃ: UMA ALTERNATIVA EM FACE DA CRISE DE LEGITIMIDADE DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Marli Marlene Moraes da Costa e Linara da Silva 565

DIREITO À SAÚDE E ATUAÇÃO JUDICIAL: O FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS NÃO INCLUSOS NAS LISTAS OFICIAIS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Reginaldo de Souza Vieira, Tailine Fátima Hijaz e Mateus de Souza Silvestre 579

ALGUMAS NOTAS SOBRE A DEMOCRACIA DELIBERATIVA: DA NECESSIDADE DE APRIMORAMENTO DOS NÍVEIS DE CONSENSO PARA A CONSTRUÇÃO DA DELIBERAÇÃO EFETIVA

Rogério Gesta Leal e Eliane Fontana 595

AMICUS CURIAE, CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA: REFLEXÕES DO INSTITUTO COMO INSTRUMENTO DE ABERTURA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Rosana Helena Maas e Jorge Irajá Louro Sodré 609

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS COMO MEIO DE FOMENTO AO DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Salette Oro Boff e Adam Hasselmann Teixeira 623

A TRIBUTAÇÃO E A CONSECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS

Suzéte da Silva Reis 635

DEFENSORIA DATIVA CATARINENSE E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: NOTAS SOBRE A CONTROVÉRSIA ACERCA DO PACTO FEDERATIVO E A OBRIGATORIEDADE DE IMPLANTAÇÃO DE DEFENSORIAS PÚBLICAS

Vladimir de Carvalho Luz e Viviane Candeia Paz 649



ATIVISMO JUDICIAL X JUDICIALIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DA FIGURA DO *AMICUS CURIAE* NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE¹

Ana Júlia Kern²

Larissa Maria Kerber³

Mônia Clarissa Hennig Leal⁴

1 INTRODUÇÃO

A judicialização tem como objeto algumas matérias de repercussão política ou social que estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, mas que deveriam estar nas mãos das instâncias políticas. Sendo assim, por conta da ineficácia do Poder Legislativo, o órgão julgador tem tentado suprir as lacunas por este deixadas e, assim, ao realizar a Constituição e ao assegurar os direitos fundamentais, tem, muitas

¹ Este artigo é resultante das atividades do Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP –, financiado pelo FINEP e vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC –, onde as autoras desenvolvem o projeto de pesquisa “Controle jurisdicional de Políticas Públicas: análise comparativa da atuação do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Constitucional alemão e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no controle de políticas públicas de inclusão social e a relevância da atuação do *amicus curiae* como instrumento de legitimação dessas decisões no Brasil”, na condição de bolsistas de iniciação científica. O artigo se insere, também, no âmbito do projeto “O *amicus curiae* como instrumento de realização de uma Jurisdição Constitucional aberta: análise comparativa entre os sistemas brasileiro, alemão e norte-americano e sua efetividade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, que conta com recursos do Edital das Ciências Sociais/2010, do CNPq, e do Programa Pesquisador Gaúcho 2010, da FAPERGS.

² Graduanda do 3º semestre do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista PIBIC/CNPq no projeto “O *amicus curiae* como instrumento de realização de uma jurisdição constitucional aberta: análise comparativa entre o sistema brasileiro, alemão e norte-americano e de sua efetividade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro” e membro do grupo de estudos “Jurisdição constitucional aberta”, vinculado ao CNPq, sob orientação da Profª. Pós-Drª. Mônia Clarissa Hennig Leal.

³ Graduanda do 5º semestre do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista PIBIC/CNPq no projeto “O *amicus curiae* como instrumento de realização de uma jurisdição constitucional aberta: análise comparativa entre o sistema brasileiro, alemão e norte-americano e de sua efetividade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro” e membro do grupo de estudos “Jurisdição constitucional aberta”, vinculado ao CNPq, sob orientação da Profª. Pós-Drª. Mônia Clarissa Hennig Leal.

⁴ Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde leciona as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Avenida Independência, 2293, Santa Cruz do Sul – RS, Brasil. CEP: 96.815-900. Pós-Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisa realizada junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Advogada. (moniah@unisc.br).



vezes, “invadido” a competência dos outros Poderes, dando margem para que se discuta a legitimidade de suas decisões. Nesse contexto, o *amicus curiae* surge como um importante fator de legitimação da atuação judicial, possibilitando uma maior participação social nos processos do controle concentrado de constitucionalidade.

O “amigo da corte” tem por objetivo apresentar materiais e informações que não foram apresentadas pelas partes no processo a respeito da questão a ser julgada. Essa manifestação de terceiros possibilita ao magistrado aumentar os seus conhecimentos sobre a matéria que está julgando e, conseqüentemente, permite uma decisão mais racional, bem como permite avaliar de forma mais consciente os efeitos que esta pode gerar.

A efetividade das intervenções do *amicus curiae* no âmbito da jurisdição constitucional brasileira é apresentada através de dados quantitativos do período entre 2007 a 2010, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, referentes a aspectos como pedidos de intervenção, deferimentos e indeferimentos, e, ainda, os fundamentos para sua admissão ou não. Outra questão abordada é a visualização de que o Distrito Federal é um dos principais proponentes das ações, pois os legitimados que podem ingressar com esse tipo de ação no Supremo Tribunal Federal estão sediados lá. Para a produção do presente trabalho, a técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, e o método de procedimento, o hermenêutico.

2 ATIVISMO JUDICIAL X JUDICIALIZAÇÃO

Os direitos fundamentais, nos últimos anos, têm sido fonte de grandes discussões no cenário brasileiro. As preocupações e abordagens são diversas, e a busca incessante pela justiça social trouxe questões como o ativismo judicial e a judicialização. Nessa esfera, produziram-se teorias a favor e contra a posição ativa ou não do Judiciário neste contexto, e a demanda social fez com que os processos aumentassem cada vez mais.

Luís Roberto Barroso, renomado jurista brasileiro, abordou o tema em interessante artigo, intitulado “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, em que trata dos riscos para a legitimidade democrática, risco de politização da justiça e sobre a capacidade institucional do Judiciário e seus limites. Delimitou, também, as causas e motivações para esses dois aspectos.

Segundo o autor, a judicialização tem como suas três grandes causas a redemocratização (que teve o seu ápice com a promulgação da Constituição de 1988), a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade:

Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes”.[...] Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a



cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.⁵

Sendo assim, a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, além de aumentar a demanda por justiça na sociedade brasileira, fazendo com que aumentassem, também, as ações propostas. Nesse mesmo processo, expandiu-se, igualmente, o Ministério Público, pois este passou a atuar além das fronteiras penais, além de ter aumentado a presença da Defensoria Pública no Brasil.

A segunda causa, a constitucionalização abrangente, acrescentou à Constituição inúmeras matérias que antes eram de responsabilidade do processo político majoritário e da legislação ordinária:

Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988.[...]. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.⁶

A terceira causa da judicialização apontada pelo artigo é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que é, na verdade, uma mistura do sistema norte-americano e europeu. O primeiro, de controle incidental e difuso, pelo qual o juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, e o segundo, o controle por ação direta, que permite que certas matérias sejam pleiteadas diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.⁷

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. P. 3. Acesso em 3 de maio de 2011.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 3 de maio de 2011, p. 3.

⁷ Ibidem, p. 4.



Já o ativismo judicial ocorre quando o Poder Judiciário altera ou avança em sua forma de atuação original, atingindo, por vezes, competências próprias do Legislativo, “criando” uma nova norma que não estava contemplada em lei para concretização da Constituição, indo além de sua função tipicamente jurisdicional (compreendida numa perspectiva restritiva, associada à mera análise da compatibilidade do texto legal com a Constituição).

O ativismo judicial é um assunto que diverge opiniões entre os constitucionalistas. Alguns, como, por exemplo, Lenio Luiz Streck⁸, acreditam que o ativismo nada mais é do que o Judiciário realizando competências que não lhe pertencem. Outros, como, por exemplo, o Ministro Celso de Mello⁹, porém, o defendem, já que desta forma o órgão julgador tenta suprir as lacunas deixadas pelo legislativo.

Nesse sentido, é interessante pensar se realmente existem só aspectos positivos ou negativos isoladamente, ou se o ativismo tem características boas e ruins.

No mesmo artigo, Barroso trata sobre o assunto, dissertando sobre os riscos para a legitimidade democrática, risco de politização da justiça e sobre a capacidade institucional do Judiciário e seus limites.

Tratando-se da legitimidade democrática, critica-se o ativismo, uma vez que os membros do Judiciário não foram eleitos diretamente pela sociedade. Comenta-se, também, a possibilidade de que, ao decidir uma matéria, o Judiciário poderia estar interpretando-a de forma diversa daquela que o Legislativo interpretaria, caso legislasse sobre a questão (um exemplo interessante sobre essa questão é o da recente decisão do STF sobre a união civil de homossexuais, pois não se sabe, exatamente, qual era a intenção do legislador quando criou a norma da União Estável).

Para Barroso, direito é política: a) na medida em que sua criação é produto da vontade da maioria, manifestando-se através de leis e da Constituição Federal;

⁸ Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Professor titular da UNISINOS, permanente da UNESA-RJ, colaborador de ROMA-TRE (Scuola Dottorale Tulio Scarelli), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra FDUC (Acordo Internacional Capes-Grices) e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional ABDConst. Presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica IHJ (RS-MG). Membro da comissão permanente de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Coordenador do DASEIN Núcleo de Estudos Hermenêuticos.

⁹ Ingressou no Ministério Público do Estado de São Paulo, em 1970, permanecendo, nessa Instituição até 1989, quando foi nomeado para o Supremo Tribunal Federal. Exerceu os cargos de Promotor de Justiça e Curador Geral nas Comarcas de Santos, Osasco, São José dos Campos, Cândido Mota, Palmital, Garça e São Paulo. Foi, ainda, Curador Fiscal de Massas Falidas, Curador de Resíduos, Curador Judicial de Ausentes e Incapazes, Curador de Fundações, Curador de Registros Públicos, Curador de Casamentos, Curador de Menores, Curador de Família e Sucessões, Curador de Acidentes do Trabalho e Promotor de Justiça Criminal, inclusive junto ao Tribunal do Júri. Foi nomeado Juiz do Supremo Tribunal Federal, mediante ato do Presidente da República (Decreto de 30-6-1989), ocupando vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Luiz Rafael Mayer. Tomou posse no cargo em 17 de agosto de 1989. Eleito pelo Supremo Tribunal Federal, integrou o Tribunal Superior Eleitoral, como Juiz Substituto, no período de 12 de junho de 1990 a 12 de junho de 1992. Em sessão de 19 de abril de 1995, foi eleito Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o biênio 1995/1997. Em sessão de 9 de abril de 1997, foi eleito Presidente do Supremo Tribunal Federal. Em 22 de maio de 1997, tomou posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal, cargo que exerceu até 27 de maio de 1999.



b) a aplicação do direito interfere na realidade política, pois esta produz efeitos no meio social e também gera efeitos nas expectativas dos cidadãos; c) os juízes são seres humanos que vivem em uma sociedade, possuidores de desejos e valores, que deixam a sua subjetividade acabar interferindo com juízos de valor que formula.

A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.¹⁰

Nesse sentido, existe uma tênue linha divisória entre direito e política, na medida em que ambos fazem parte do nosso cotidiano. Apesar dessa proximidade, não se pode deixar que a política prevaleça de forma absoluta na tomada das decisões, pois deve se conservar a garantia dos direitos fundamentais, mesmo que isso, por vezes, vá contra as maiorias políticas.

O órgão julgador tem sido cada vez mais provocado a decidir sobre determinadas questões, porém aqueles que são contra o ativismo judicial afirmam que o motivo para que esta intervenção não ocorra é que nem sempre o magistrado detém do conhecimento necessário para tomar uma decisão complexa.

Quanto a isso, fala-se da falta de capacidade institucional¹¹ dos magistrados, justamente pelo fato de que o juiz não detém o conhecimento e, na maioria das vezes, nem tempo para pesquisar de forma adequada sobre a questão. Dessa forma, caso o julgador não detenha conhecimento prévio necessário ao julgamento sobre alguma matéria e venha a se manifestar e decidir a respeito, pode acabar tomando uma decisão equivocada, deixando em segundo plano as consequências que esta pode desencadear.

Em contrapartida a esses argumentos contra o ativismo judicial, fala-se de um favorável e que talvez seja mais pertinente do que os contrários. Mesmo que com o ativismo fique evidente a ineficácia legislativa, por outro lado acontece a garantia dos direitos fundamentais.

Parafrazeando Luiz Flávio Gomes, quando um poder não é exercido, ou não é bem exercido, sempre existe alguém pronto para preencher o vazio deixado por ele. Nesse cenário, o Poder Judiciário tem tentado suprir as lacunas deixadas pelo Legislativo, afinal, algum Poder precisa garantir os direitos fundamentais.

Nessa esfera, ganha relevo a figura do *amicus curiae*, pois, a partir dele, o magistrado obtém materiais e informações acerca da questão *sub judice*,

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 2 maio de 2011, p.13.

¹¹ Maiores esclarecimentos na obra: SUNSTEIN, Cass R. *A constituição parcial*. Luiz Moreira (Org.). Tradução de Manassés Teixeira e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.



possibilitando-se, assim, que o juiz, ao se manifestar sobre alguma matéria, possa estar decidindo de maneira mais apta e com maior clareza, avaliando os impactos que sua decisão poderá desencadear. Além disso, o “amigo da corte” possibilita uma maior participação social no processo de interpretação da Constituição, legitimando, dessa forma, a atuação judicial.

Para os fins do presente estudo, buscou-se analisar, estatisticamente, a atuação da figura do *amicus curiae* nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIns) propostas perante o Supremo Tribunal Federal nos anos de 2007 a 2010, a fim de se verificarem aspectos relevantes evidenciados por estes dados no que concerne a aspectos, como quantidade de pedidos de intervenção, número de ações em que esta participação foi permitida, dentre outros. É o que se fará no tópico que segue.

3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIN) E AMICUS CURIAE

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), de competência originária do Supremo Tribunal Federal, é ação, na qual o julgamento é originado da representação de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal¹², sendo que a Constituição Federal de 1988 trouxe ao controle concentrado em âmbito federal uma ampliação da legitimação para a propositura da representação de inconstitucionalidade:

Essa ação se propõe atacar como questão de mérito a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. O pedido impetrado em juízo visa essencialmente afastar a norma conflitante com a Constituição Federal. É o seu pedido principal. O controle aqui, não visa restabelecer as situações concretas já realizadas, mas discutir sobre o conflito que uma norma dita inconstitucional possa provocar no ordenamento jurídico, buscando-se extingui-la. Tem como escopo a proteção da ordem e harmonia jurídica e, conseqüentemente, destina-se a segurança dos mandamentos constitucionais que estabelecem as bases normativas as quais devem reger uma sociedade. Não objetiva regular as relações particulares e individuais dos impetrantes, mesmo que venham estes a serem beneficiados com a decretação da inconstitucionalidade de uma norma. Assim, só em segundo plano ou de forma indireta, o cidadão é o destinatário da ação, pois, por óbvio, o elemento final dos efeitos de uma norma são os próprios indivíduos que integram e devem seguir o ordenamento constituído do seu país.¹³

¹² LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104 e p. 205.

¹³ CHIARI GONÇALVES, Eduardo. A Ação Direta de Inconstitucionalidade contra Leis e Atos Administrativos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande: 47, 30/11/2007 [Internet]. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2592>. Acesso em 09 de maio de 2011.



No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, por critério de finalidade e de natureza da intervenção, pode-se identificar o *amicus curiae* dividido em duas espécies: em sentido estrito e em sentido lato. Em sentido estrito se refere a uma intervenção voluntária e espontânea, proporcionando uma pluralização do debate constitucional ao trazer ao órgão julgador mais pontos de vista e condição para julgamento.

Nesse sentido, resalta-se que o interesse desse “terceiro” não é processual – interesse de agir – mas sim de ordem material, ou seja, na matéria em questão, razão pela qual não se confundem (MARTEL, L. de C. V.; PEDROLLO, G. F. 2005, p. 167), pois, embora, inegavelmente, trata-se de um terceiro, porque alheio à relação jurídica estabelecida, o *amicus curiae* não corresponde a nenhum dos casos típicos de intervenção de terceiros previstos no sistema processual brasileiro, conforme já referido, possuindo ambos os institutos natureza distinta.¹⁴

Já em sentido lato, compreende as demais formas de intervenção e que constituem formas de intervenção por iniciativa do relator, trazendo elementos técnicos e informativos ao processo, como ocorre no caso das informações adicionais apresentadas por requisição do relator e da audiência pública com a oitiva de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O *amicus curiae* potencializa e pluraliza, portanto, o debate constitucional, contribuindo, dessa forma, para uma consolidação da própria democracia, já que possibilita a manifestação de terceiros. Assim, o instituto tem importância realçada como legitimador da atuação judicial. Para confirmar a real efetividade dessa manifestação de terceiros, foi realizado um estudo no qual quantificaram-se as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIns) propostas perante o Supremo Tribunal Federal, no período de 2007 a 2010, sendo analisada cada uma em particular, para que se pudessem detectar aspectos importantes quanto à atuação da figura do “amigo da corte” nesses processos.

4 QUANTIFICAÇÃO NAS ADINS DOS ANOS ENTRE 2007 A 2010 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram o foco de pesquisa para saber a real efetividade da figura do *amicus curiae*¹⁵. O estudo tomou por base, conforme já

¹⁴ REIS, Jorge R. dos; LEAL, Rogério G. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

¹⁵ A pesquisa foi realizada no sítio do STF, na qual foram analisadas todas as ADIns propostas no período de 2007 a 2010. Foram acessadas uma por uma, a fim de se verificar se houve pedido de intervenção e se este pedido foi aceito ou não, com base nos argumentos e fundamentos, os assuntos pleiteados e a origem do processo.



referido, os anos de 2007 a 2010, nas ADINs pleiteadas perante o Supremo Tribunal Federal.

Do estudo realizado, obtiveram-se, neste aspecto, as seguintes indicações.

- 2007: 161 ações protocoladas e 158 distribuídas; desse montante, em média, houve 31,5% das ações com pedidos de intervenção do *amicus curiae*;
- 2008: 178 ações protocoladas e 177 distribuídas; neste ano, em média houve 24% de pedidos de intervenções pelo “amigo da corte”;
- 2009: 179 ações protocoladas e 173 distribuídas, com a média de 29,5% de pedidos de intervenções do instituto *amicus curiae*;
- 2010: 148 ações protocoladas e 134 distribuídas e 28% dessas ações obtiveram pedidos para *amicus curiae*.

Essas análises esboçam certa presença positiva do *amicus curiae* no âmbito constitucional, com uma significativa percentagem de pedidos formulados no âmbito do número total de ações distribuídas (apesar de que os números indicam que este percentual pouco variou – e até mesmo decresceu – ao longo do tempo).

Outra questão identificada é a grande quantidade de ADINs propostas no âmbito do Distrito Federal, conforme constatado, o que se deve à legitimidade ativa para propositura da ação, pois a maioria dos legitimados está sediada lá:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.¹⁶

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 5 maio 2011.



Embora a propositura das ações, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, seja reconhecida somente às figuras acima citadas, os institutos que pedem a intervenção por meio da figura do *amicus curiae* são diversos, desde sindicatos interessados nas matérias específicas, passando-se pela Ordem dos Advogados do Brasil, até associações e as mais diferentes entidades, que vão ao encontro do Supremo Tribunal Federal para apresentar seus memoriais e pareceres.

Para que o “amigo da corte” possa esboçar seus argumentos, é necessário o deferimento ou indeferimento na ação correspondente para a participação deste, que tem como seu fundamento na previsão legal do artigo 7º da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.¹⁷

Esse requisito foi encontrado nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade para a fundamentação da presença do “amigo da corte” nos processos, sendo que poucos foram indeferidos, pois somente foram negados por não haver relevância com a matéria ou pelo prazo já expirado.

5 CONCLUSÃO

No contexto atual, em que a preocupação com a garantia dos direitos fundamentais é realçada, a judicialização e o ativismo são duas peças importantes para o quebra-cabeça da sociedade brasileira. Ambas, embora parecidas, são fenômenos distintos. A primeira decorre da vontade do próprio legislador constituinte, e o segundo depende da postura do intérprete em um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição. Parafraseando Barroso, “judicialização é fato, ativismo é atitude”.¹⁸

O ativismo judicial é tido por muitos juristas como uma atividade que não respeita a separação de poderes, pois ao tentar realizar a Constituição e garantir a eficácia dos direitos fundamentais, o Judiciário estaria invadindo competências que não lhe convém.

¹⁷ BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 de nov. de 1999. Disponível em: < <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1999/9868.htm> >. Acesso em: 09 de maio de 2011;

¹⁸ ITO, Marina. *Judicialização é fato, ativismo é atitude*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>>. Acesso em: 11 de maio de 2011.



O Judiciário tem cada vez mais sido provocado a decidir sobre questões de relevância que ainda não ficaram esclarecidas no consenso social, porém, ao decidir sobre tais matérias, argumenta-se que, caso o legislador criasse alguma norma a respeito, poderia estar regulamentando a questão de forma diversa. Da mesma maneira, os contrários ao ativismo afirmam que nem sempre os magistrados são as pessoas mais indicadas para se pronunciar sobre determinadas questões, já que nem sempre detêm conhecimento prévio que os permitam julgar de forma adequada (neste sentido, os demais Poderes também não necessariamente o têm, mas o processo político de elaboração de uma lei, por exemplo, abre mais espaço para que estas discussões e deliberações possam ocorrer).

Nesse cenário, o *amicus curiae*, figura que possibilita que o magistrado alastre sua visão acerca das complexidades daquilo que deve decidir, através dos materiais e informações trazidos por terceiros ao processo, encontra na atualidade grande importância, uma vez que quanto maior for a intervenção judicial, maior deve ser a participação da sociedade no processo de interpretação da Constituição.

Através do “amigo da corte” o magistrado, além de adquirir mais conhecimento acerca do assunto, adquire uma maior capacidade para decidir, podendo avaliar racionalmente os impactos que sua decisão poderá desencadear. Com isso, os argumentos contrários ao ativismo acabam ficando em segundo plano, pois a sociedade precisa de alguém que atenda suas demandas.

A figura do *amicus curiae*, no caso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, vem para reforçar a matéria em questão e esclarecer pontos que possam ter ficado em branco. Tal importância se deve ao fato de que as questões tratadas nestas ações são de grande relevância e complexidade, pois envolvem a constitucionalidade ou não de tal ato ou norma.

Entretanto, mesmo que a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade se dê somente pelos legitimados elencados no artigo 103 da Constituição Federal de 1988, os pedidos de ingresso, como o instituto do “amigo da corte”, são de diversos órgãos, que demonstram interesse e preocupação na solução dessas ações. A constatação de que há uma média de 30% nas ADINS com pedido de intervenção do *amicus curiae* é um sinal de que os órgãos representativos da sociedade têm exercido de forma satisfatória a sua prerrogativa de participação nos processos junto ao Supremo Tribunal Federal.

O presente estudo buscou esboçar uma relação da quantificação do *amicus curiae* nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIns), com o intuito de proporcionar uma visualização do cenário atual brasileiro. O histórico aqui apresentado evidencia que, por meio da figura do “amigo da corte”, a sociedade pode e quer estar presente e participar das discussões constitucionais e, em última análise, contribuir para a qualidade e legitimidade das decisões do Judiciário nesse sentido.



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 5 maio 2011.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 de nov. de 1999. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1999/9868.htm>>. Acesso em: 09 de maio de 2011.

CHIARI GONÇALVES, Eduardo. A Ação Direta de Inconstitucionalidade contra Leis e Atos Administrativos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 47, 30/11/2007 [Internet]. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2592>. Acesso em 09 de maio de 2011.

REIS, Jorge R. dos; LEAL, Rogério G. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, Tomo 10.

ITO, Marina. *Judicialização é fato, ativismo é atitude*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>>. Acesso em: 11 de maio de 2011.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUNSTEIN, Cass R. *A constituição parcial*. Luiz Moreira (Org.). Tradução de Manassés Teixeira e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 de abril 2011.



A CONTRIBUIÇÃO DO CAPITAL SOCIAL PARA A QUALIFICAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EMPREGO: UM ENFOQUE NA ESFERA LOCAL

Ana Paula de Almeida¹

Katia Leão Cerqueira²

1 INTRODUÇÃO

Diante da complexidade que envolve as questões atinentes à sociedade brasileira contemporânea, a participação social no âmbito das políticas públicas é tema recorrente em toda a doutrina. Construir políticas públicas voltadas ao desenvolvimento com inclusão social é, sem dúvida, um mecanismo eficaz no enfrentamento, por parte dos governantes, aos problemas que afligem determinada população.

Ter um trabalho e condições dignas para exercê-lo é meio de promoção da dignidade humana, princípio maior do Estado Democrático de Direito, que tem o ser humano no centro de seu ordenamento. As políticas públicas de emprego como instrumento de promoção da dignidade humana podem ocorrer no sentido de expandir a demanda de trabalho qualificado, fornecer subsídios salariais, fiscais e treinamentos, entre outras inúmeras ações, considerando a promoção do crescimento econômico como uma das maiores armas contra o desemprego. Tais políticas estão cada vez mais focadas em grupos específicos e contam com a participação do cidadão para obter resultados eficientes, eficazes e efetivos, que reflitam verdadeiramente os anseios da coletividade.

¹ Advogada, Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural – IDC –, Mestranda em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Pesquisadora-membro do Grupo de Pesquisa Comunitarismo, Instituições Comunitárias e Políticas Públicas, coordenado pelo Prof. Dr. João Pedro Schmidt, pela mesma Universidade. E-mail – anaalmeida.a@hotmail.com

² Mestranda em Direito na UNISC. Especializanda em Direito Imobiliário com ênfase em Direito Notarial e Registral na UNISC. Graduada em Direito pela UNISC. Integrante dos Grupos de Pesquisa “Intersecções jurídicas entre o público e o privado” e “O Estado constitucional contemporâneo e suas comunicações como meio de transformação do direito à saúde”, do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC, e do Grupo de Pesquisa “Executivo e políticas públicas”, do PPGD da UPF. Sub-coordenadora do Grupo de Estudos “Recursos Hídricos”, da Graduação em Direito da UNISC. Bolsista voluntária do projeto Políticas Públicas de Educação para o Consumo, desenvolvido pelo PPGD – Mestrado e Doutorado da UNISC, contemplado pelo Conselho Estadual de Defesa do Consumidor, com recursos oriundos do Fundo Estadual de Defesa do Consumidor. Bolsista do Programa BIPSS – Bolsas Institucionais para Programas de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul, RS, Edital 01/2011. E-mail – katialeao.c@hotmail.com



Este estudo se justifica no sentido de que, numa sociedade em que os seus membros têm a sua dignidade garantida, principalmente através do seu trabalho, as possibilidades de crescimento nas demais áreas são imensas: melhores oportunidades escolares, maior circulação no mercado, menores índices de violência, enfim, os caminhos para a “boa sociedade”³ se abrem a todos.

Nessa perspectiva, o presente artigo pretende desenvolver acerca da temática das políticas públicas, com enfoque nas ações de incentivo ao emprego, a partir de uma abordagem do capital social como elemento qualificador e condicionante ao seu desenvolvimento.

Para tanto, no primeiro capítulo serão desenvolvidos os aspectos conceituais e históricos, não só das políticas públicas de forma generalizada, mas também das políticas públicas específicas de emprego. Em seguida, a abordagem se fará acerca do capital social, seus conceitos e possibilidades, com ênfase na esfera local (no qual mais facilmente pode se manifestar e fortalecer). Por derradeiro, será investigado o papel do capital social na qualificação das políticas públicas, especialmente as de emprego, direcionando a abordagem à esfera local.

Importante salientar que não há intenção de esgotar o debate sobre o tema proposto, mas, busca-se, através de uma abordagem preliminar e parcial, colaborar com as discussões acerca da vinculação capital social e políticas públicas nas sociedades contemporâneas.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS: APONTAMENTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS (UMA ANÁLISE DIRECIONADA ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EMPREGO)

A complexidade dos governos atuais e a percepção por parte da sociedade sobre as complexas questões, que são os assuntos públicos, são alguns dos fatores responsáveis pelo crescente interesse, sob o ponto de vista prático e acadêmico, pelas políticas públicas.⁴

Schmidt conceitua políticas públicas colocando-as como instrumento indicativo aos cidadãos sobre as intenções de cada governo. Posiciona-se no sentido de entender necessária uma análise conjunta sobre os rumos do Estado e da sociedade para que melhor se compreenda as políticas públicas como instrumentos de orientação das ações governamentais, reduzindo a descontinuidade administrativa, típica de regimes democráticos, bem como potencializando os recursos disponíveis

³ Etzioni refere que “boa sociedade” é aquela em que as pessoas se tratam mutuamente como fins em si mesmas e não como meros instrumentos; como membros de uma comunidade, unidos por laços de afetos e não somente como empregados, comerciantes ou consumidores. ETZIONI, Amitai. *La Tercera Vía hacia una buena sociedad*. Propuestas desde el comunitarismo. Madri: Minima Trotta, 2000, p. 15.

⁴ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, Tomo 8. p. 2307.



ao tornar visível e acessível a toda sociedade as intenções desses governos.⁵

O desenvolvimento de políticas públicas de combate ao desemprego é tema recorrente nas diversas esferas de governo. Porém, é necessário esclarecer que o debate é antigo, tendo iniciado no final do século XIX, como reflexo aos fortes impactos que a depressão econômica da época teve sobre o mercado de trabalho.⁶

No Brasil, com a crise de 1929, as questões referentes à luta contra o desemprego passaram a ser vistas mais de perto pelos Estados, principalmente por perceberem que através de investimentos estatais era possível controlar, de certa forma, o poder aquisitivo, os níveis de consumo e os níveis de emprego. As preocupações governamentais ficaram concentradas, então, na ampliação de novos empregos assalariados que estavam sob a proteção das novas leis sociais e trabalhistas.⁷

Mais adiante, o Estado passa a subordinar as políticas públicas às necessidades do mercado, com o intuito de garantir a competitividade internacional. Nesse momento, diversos órgãos supranacionais, como a OIT e o FMI, assumem o que antes fazia parte da autonomia decisória dos Estados nacionais, sendo delegados poderes às esferas locais, em razão da flexibilização da produção, das inovações tecnológicas e da competitividade econômica nacional num âmbito global.⁸

A partir dos anos 80, ganham destaque algumas iniciativas governamentais, como o seguro-desemprego, visando assegurar alguma garantia de renda para o trabalhador desempregado, e a redução da jornada de trabalho, buscando aumentar o número de vagas no mercado formal.⁹ Contudo, o alto índice de desemprego tornou necessária a implementação de novas políticas públicas que visassem promover novos postos de trabalho, indo ao encontro da Constituição Federal de 1988 que reconheceu o trabalho como valor e direito fundamental, cabendo ao Estado torná-lo viável.¹⁰ É possível perceber que a adoção de um ou outro modelo de Estado reflete

⁵ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2312 – 2313.

⁶ Alemanha e Suíça foram os primeiros a buscar soluções políticas, criando fundos públicos municipais voluntários de assistência aos desempregados. POCHMANN, Marcio. Rumos da Política do Trabalho no Brasil. In: SILVA e SILVA, Maria Ozanira da; YAZBEK, Maria Carmelita (Org.). *Políticas públicas de trabalho e renda no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 32 – 33.

⁷ POCHMANN, Marcio. Rumos da Política do Trabalho no Brasil. In: SILVA e SILVA, Maria Ozanira da; YAZBEK, Maria Carmelita (Org.). *Políticas públicas de trabalho e renda no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 33. No âmbito do direito constitucional brasileiro, verifica-se que o marco histórico no país para os direitos trabalhistas deu-se com a promulgação da Constituição de 1934, pelo então Presidente da República, Getúlio Vargas. As Constituições seguintes (1937, 1946, 1967 e 1969) repetiram, com algumas variações, avanços e retrocessos, as disposições da Carta de 1934.

⁸ VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Contrato de trabalho e eficácia dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão*. Curitiba: Juruá. 2009, p. 29 – 34.

⁹ POCHMANN, Marcio. Rumos da política do trabalho no Brasil. In: SILVA e SILVA, Maria Ozanira da; YAZBEK, Maria Carmelita (Org.). *Políticas públicas de trabalho e renda no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 33.

¹⁰ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p. 209.



diretamente na opção de adoção por uma ou outra política pública, podendo ser mais centralizada ou caracterizada pela descentralização estatal, nesse caso, com o incentivo à iniciativa privada.

Em termos gerais, diversos são os tipos de políticas públicas existentes. A literatura especializada apresenta variados critérios de classificação, mas Schmidt aduz que

Uma classificação usual das políticas públicas é a que distingue políticas sociais de políticas econômicas ou macroeconômicas. As *políticas sociais* dizem respeito às áreas ditas “sociais”, como saúde, educação, habitação, seguridade e assistência social, As *políticas macroeconômicas* incluem fundamentalmente a política fiscal e a política monetária, abarcando questões como o controle da inflação, a taxa de juros, a taxa de câmbio, os incentivos a determinados setores da economia, o comércio internacional, entre outros temas.¹¹

Ainda, para esse autor, a mais conhecida das classificações segue a proposta de Theodor Lowi, segundo a qual há quatro tipos de políticas: as distributivas, que “consistem na distribuição de recursos da sociedade a regiões ou segmentos sociais específicos”; as redistributivas, que “consistem na redistribuição de renda, com deslocamento de recursos das camadas sociais mais abastadas para as camadas pobres”; as regulatórias, que “regulam e ordenam, mediante ordens, proibições, decretos, portarias”, podendo atender a interesses sociais ou distribuir de forma equilibrada custos e benefícios a grupos e setores sociais; e as constitutivas ou estruturadoras, que “definem procedimentos gerais da política”, afetando as condições pelas quais são negociadas as demais políticas.¹²

No que diz respeito especificamente às políticas públicas de combate ao desemprego, a doutrina majoritária refere que a divisão é feita em políticas públicas ativas e políticas públicas reativas ou passivas, sendo estas últimas consideradas as mais efetivas por terem como objetivo maior o amparo ao desempregado e a redução da demanda por postos de trabalho, como, por exemplo, o seguro-desemprego, os programas de formação e qualificação profissional e o incentivo à aposentadoria. Já as políticas públicas ativas, referem-se ao aumento quantitativo dos postos de trabalho, através do incentivo do poder público e do incentivo a trabalhadores autônomos, por

Convém mencionar que o Constituinte de 1988 não garantiu ao desempregado o direito de pleitear o posto de emprego, ou mesmo de que o Poder Judiciário obrigasse o Estado ou a iniciativa privada de ofertá-lo. GONÇALVES, Claudia Maria Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma Constituição dirigente*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 220.

¹¹ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, Tomo 8. p. 2313.

¹² SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, Tomo 8. p. 2313 - 2314.



exemplo.¹³

Em que pese entendimentos doutrinários diversos¹⁴, considera-se aqui de fundamental importância analisar acerca das fases que compõem o ciclo das políticas públicas. A primeira fase, portanto, constitui-se em perceber e definir os problemas, transformando uma situação de dificuldade em um problema político, para que se possa gerar, por consequência, uma política pública. Como exemplo, Schmidt refere a recente ação governamental para maior inclusão dos negros nas universidades. O autor leciona, ainda, o importante papel da mídia como ator na formação de políticas públicas nas sociedades contemporâneas.¹⁵

Identificado e definido o problema, a segunda fase do ciclo político das políticas públicas é a sua inserção na agenda política¹⁶, que será alterada em cada momento histórico em razão de novos fenômenos e acontecimentos. Em seguida, tem-se a terceira fase do ciclo, que é a formulação da política pública, ou seja, “é o momento da definição sobre a maneira de solucionar o problema político em pauta e a escolha das alternativas a serem adotadas”, processando-se na esfera do Legislativo e do Executivo. Nessa fase, há discussão entre os agentes com capacidade de decisão e os grupos sociais interessados, para que a formulação seja técnica e, ao mesmo tempo, orientada por critérios de valores e preferências. Como esclarece Schmidt,

A formulação de uma política compreende o estabelecimento de diretrizes, objetivos e metas, bem como a atribuição de responsabilidades. As políticas adquirem concretude através de *Planos* ou *Programas*, os quais originam *Projetos*, que se deslocam em *Ações*.¹⁷

Na sequência, a implementação é a quarta fase do ciclo. Ela significa concretizar a formulação, a partir de atividades e ações capazes de materializar as diretrizes, os programas e os projetos fixados na fase anterior. E, por fim, a quinta e última

¹³ CARDOSO, Maria Beatriz Rocha; CARVALHO NETO, Antonio. As políticas públicas de emprego e as potencialidades do Terceiro Setor: a ASMARE, um caso de resgate da cidadania e geração de renda. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas da universidade do vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo*, v. 39, n. 162, 2003, p. 197.

¹⁴ Schmidt refere que críticos contestam a relevância dessa análise a partir de ciclos, justificando que a realidade política é mais complexa que a divisão em estágios ou fases. SCHMIDT, op. cit., p. 2315.

¹⁵ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2315 – 2316.

¹⁶ Schmidt define agenda política como sendo “o elenco de problemas e assuntos que chamam a atenção do governo e dos cidadãos. Não se trata de um documento formal ou escrito, e sim do rol das questões relevantes debatidas pelos agentes públicos e sociais, com forte repercussão na opinião pública”. SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2316.

¹⁷ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2317 – 2318.



fase consiste na avaliação da política, dos êxitos e das falhas do processo de sua implementação, podendo determinar a sua continuidade, ou mesmo, a sua mudança. Segundo Schmidt, essa “avaliação é um julgamento, baseado em valores. Nunca é neutra ou puramente técnica”, devendo ser consideradas a eficácia, a eficiência, a efetividade e a legitimidade da política pública que está sob análise. É nessa fase que o eleitor encontra o instrumento para exercer o seu direito de controlar as ações dos governantes.¹⁸

Ocorre que, historicamente, a ação estatal, as políticas públicas e os próprios governantes levaram a população em geral ao descrédito em relação ao Estado e à administração pública. Nessa perspectiva, tornou-se necessária uma reconstrução da esfera pública que, no Brasil, desenvolve-se através de movimentos em direção à esfera local, tendo na descentralização um de seus fortes componentes.¹⁹

Nesse sentido, em estudo às características das políticas públicas brasileiras até o início dos anos 80, Farah menciona a centralização decisória na esfera federal, restando aos Estados e municípios a execução do que havia sido formulado centralmente.²⁰ As políticas públicas eram marcadas pelo clientelismo, pela fragmentação institucional e pela setorialidade. Já entre as décadas de 80 e 90, o quadro começa a tomar um novo rumo. Além das ideias de descentralização e participação que já vinham sendo lentamente pregadas, sentiu-se a necessidade de buscar novas formas de articulação entre Estado, sociedade civil e mercado, “envolvendo a participação de ONG, da comunidade organizada e do setor privado na provisão de serviços públicos”.²¹

Nesse momento, as políticas públicas de cunho social começam novamente a ganhar destaque. Farah aponta para a ampliação dos atores envolvidos no processo das políticas públicas e chama a atenção para o estabelecimento de parcerias entre o Estado e a sociedade civil e privada para formular, controlar e implementar as políticas.²²

Claro está que a comunidade, a sociedade civil em geral, cada vez mais é partícipe dos rumos políticos do seu Estado. Nesse sentido, o ponto seguinte deste estudo desenvolve justamente acerca do capital social, com enfoque na esfera local, para que mais adiante se compreenda verdadeiramente o seu papel na qualificação das políticas públicas, especialmente às de combate ao desemprego.

¹⁸ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2319 – 2321.

¹⁹ FARAH, Marta F. S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no Brasil. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 18, 2000, p. 5 – 6.

²⁰ FARAH, Marta F. S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no Brasil. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 18, 2000, p. 6.

²¹ FARAH, Marta F. S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no Brasil. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 18, 2000, p. 15.

²² FARAH, Marta F. S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no Brasil. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 18, 2000, p. 15.



3 CAPITAL SOCIAL: UM ENFOQUE NA ESFERA LOCAL

Essencial à boa sociedade, o capital social é um dos temas mais recorrentes entre os estudiosos sociais, econômicos, do desenvolvimento humano e da própria democracia. Seu conceito pode ser defendido, conforme os dizeres de Araújo, como a “capacidade de uma sociedade de estabelecer laços de confiança interpessoal e redes de cooperação com vistas à produção de bens coletivos”.²³ Ou, ainda, como aduz Schmidt, existem duas vertentes para conceituar o que vem a ser capital social. A primeira delas diz tratar-se de um “recurso que os indivíduos possuem para acessarem recursos socialmente valorizados em virtude de suas relações com outras pessoas”. Já a segunda concepção entende o capital social como as diferentes formas de interação social entre os membros de uma comunidade e os sentimentos de confiança e reciprocidades a elas subjacentes.²⁴

Para o melhor desenvolvimento deste estudo, será adotado o conceito proposto por Schmidt, segundo o qual capital social é o

conjunto de redes, relações e normas que facilitam ações coordenadas na resolução de problemas coletivos e que proporcionam recursos que habilitam os participantes a acessarem bens, serviços e outras formas de capital.²⁵

O autor ainda relaciona os principais tipos de capital social apresentados pela literatura. São eles:

capital social *positivo*: laços sociais que oportunizam ações de cooperação em prol de interesses gerais da sociedade; capital social *negativo*: próprio de grupos cujos interesses são fortemente conflitantes com os do conjunto da sociedade;

[...]

capital social *estrutural*: aspectos da estrutura e organização social que contribuem para a ação coletiva mutuamente benéfica; capital social *cognitivo*: estado mental e emocional, compartilhado por diversas pessoas, favorável à ação coletiva cooperativa; capital social *individual*: contratos diádicos informais (entre duas pessoas) e redes egocentradas; capital social *grupal*: relações estreitas entre um grupo constituído por pessoas que têm forte confiança entre si; capital social *comunitário*: relações próprias de uma comunidade, ou seja, atividades coordenadas com propósito comum, autogovernadas e com sentido de identidade; capital social *empresarial*:

²³ ARAÚJO, Maria Celina Soares D'. *Capital Social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 10.

²⁴ SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas*. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 1760.

²⁵ SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas*. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 1760.



conjunto de recursos mobilizados mediante uma rede de relações sociais que proporcionam uma vantagem competitiva; capital social *público*: redes de relações das organizações estatais com agentes econômicos e sociais, capazes de proporcionar eficiência às suas ações.²⁶

Há ainda outros três tipos de capital social, considerados os mais importantes na compreensão do tema em debate. O capital social *bonding* é aquele que se forma entre os mais próximos, com relações sociais mais estreitas; o capital social *bridging* é aquele que apresenta uma maior amplitude das relações, de forma mediana; o capital social *linking* é formado por relações mais verticais e assimétricas.²⁷

Robert Putnam é considerado o responsável por dar notoriedade ao tema capital social a partir de sua obra “Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna”, publicada em 1993, embora o debate seja mais antigo.²⁸ Os trabalhos de Putnam trouxeram fortes avanços no plano das discussões sobre essa temática ao demonstrarem o quanto os mecanismos de participação constituem uma condição fundamental para a eficiência do Estado e do mercado, além de complementarem a sua regulação. Desse modo, o “capital social aparece como fator importante da qualidade da governança de um território determinado”.²⁹

Putnam afirma que o capital social, assim como o capital físico e o capital humano, afeta diretamente a produtividade de indivíduos e grupos. Nesse sentido, o autor desenvolve sobre o que denomina de “virtude cívica”, estritamente relacionada ao capital social. A força dessa virtude está numa rede densa de relações sociais recíprocas. Desse modo, uma sociedade composta por muitos indivíduos virtuosos, mas isolados não será necessariamente rica em capital social.³⁰

Existe, como já foi referido, um capital social negativo, com objetivos particularistas e prejudiciais à coletividade e à democracia. Putnam, nesse aspecto, relaciona o capital social à intolerância e à desigualdade. Segundo seu raciocínio, o capital social *bonding* pode facilmente tornar-se negativo, pois é justamente onde as relações sociais são mais estreitas.³¹ Em verdade, o “tipo de capital social necessário para as grandes questões públicas e o mais difícil de criar é exatamente o capital

²⁶ SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas*. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 1761 – 1762.

²⁷ SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas*. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 1761.

²⁸ ARAÚJO, Maria Celina Soares D'. *Capital Social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p.11.

²⁹ DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 87.

³⁰ PUTNAM, Robert D. *Solo em La bolera: Colapso y resurgimiento de La comunidad norteamericana*. Trad. De José Luis Gil Aristu. Barcelona: Galxia Gutenberg, 2002, p. 14.

³¹ São exemplos a Ku Klux Klan, a Máfia, as formas extremadas de corporativismo. SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas*. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 1767.



bridging, presente nas pontes entre indivíduos não tão próximos nem tão vinculados”³².

A título de esclarecimento, convém referir que, embora haja uma tendência a vislumbrar capital social e empoderamento social local como sinônimos, eles não o são. Por empoderamento social, do ponto de vista da cultura política, entende-se “a aquisição de um senso de eficácia política, mediante o qual o indivíduo se sente capaz de influenciar as decisões que lhe dizem respeito”³³. Assim, capital social pode ser encarado como meio para que as pessoas possam interagir na construção de um maior empoderamento social.³⁴

De todo modo, transferir iniciativas de desenvolvimento para a esfera local aproxima a decisão daquele espaço em que o cidadão pode efetivamente participar, e isso colabora no enfrentamento das desigualdades humanas.³⁵ Hodiernamente ocorre uma transformação da realidade, em que as economias de colaboração, “materializadas no capital social”, são consideradas cada vez mais importantes, em razão das atividades que se apresentam mais amplas, complexas e interativas.³⁶

Ainda, convém ressaltar que inserir mecanismos de participação na esfera local permite que se desenvolva, constante e regularmente, uma prática participativa, de forma a legitimar as decisões públicas ao contemplar a participação do cidadão como elemento de validade dessas decisões, “rompendo com a ideia de cidadão destinatário das políticas públicas, para uma cidadania efetiva e emancipatória que se constrói a partir de uma permanente interação entre espaço público estatal e sociedade”. É evidente que o espaço local favorece a construção da responsabilidade social. Esta, por sua vez, é potencializada pelo sentimento de solidariedade e de pertencimento por parte dos atores envolvidos, logo, um capital social forte contribui significativamente para a efetividade do controle social.³⁷

Frente a esse contexto, é no município que se encontra o principal espaço para o debate sobre políticas públicas e cidadania. É na esfera local que o Estado e a sociedade civil, em seus diversos atores, encontram maior aproximação, permitindo discussões mais efetivas em diversos campos de atuação, pois

³² SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas*. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p.1769.

³³ SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas*. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 1774.

³⁴ COSTA, Dartagnan Limberger; HERMANY, Ricardo. Elementos de emancipação social: a perspectiva do programa de governança solidária local como instrumento da emancipação social dos cidadãos. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 9. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009, p. 2907.

³⁵ DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 165.

³⁶ DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 85.

³⁷ HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 297.



o papel do Município, enquanto agente integrador da sociedade e do Estado, prima pela construção de um espaço onde as decisões públicas para a efetivação da cidadania poderão ser discutidas e partilhadas.³⁸

4 O PAPEL DO CAPITAL SOCIAL NA CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UM ENFOQUE NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EMPREGO

O século XXI está marcado por um forte entendimento no sentido de que não só recursos financeiros são capazes de neutralizar a pobreza mundial, como o capital humano e social são instrumentos de grande valia nessa luta. Contudo, a assimilação da importância do papel do capital social para o melhor desenvolvimento populacional ainda não é pleno e requer mais atenção³⁹, uma vez que seu fortalecimento é uma tarefa árdua e complexa, não existindo medidas que permitam fazê-lo de forma direta.⁴⁰

O envolvimento direto da comunidade nos assuntos da gestão racional de recursos locais disponíveis é considerado um mecanismo regulador complementar ao mercado e ao direito público administrativo que regulam predominantemente o setor empresarial e as ações dos órgãos do Estado, respectivamente.⁴¹ Hermany defende que as políticas públicas só

serão benéficas se privilegiarem as características locais como competitivos e facilitadores do processo de desenvolvimento econômico, sociopolítico e ambiental. Destaca-se ainda que o processo deve ser participativo, com presença da população do local independente de diferenças políticas, religiosas ou de qualquer ordem.⁴²

Quando o tema é relacionar capital social e democracia, Putnam demonstra que essa articulação pode ter efeito sobre o sistema de governo e, também, sobre os próprios cidadãos envolvidos, isso porque o capital social permite que as pessoas exponham seus interesses e necessidades aos governantes, fluindo a informação

³⁸ COSTA, Marli M. da. O discurso no espaço local para a concretização da cidadania de crianças e jovens frente à exclusão social. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, p. 1890.

³⁹ SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas*. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 1780.

⁴⁰ SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas*. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 1775.

⁴¹ DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 87.

⁴² HERMANY, Ricardo; RODEMBUSCH, Claudine Freire. O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas sociais. In: HERMANY, Ricardo. (Org.) *Empoderamento Social Local*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010, p. 88.



política e gerando o debate da vida pública. Os efeitos diretos sobre os cidadãos ocorrem no sentido de que o capital social permite que se desenvolva a ideia de cooperação e, conseqüentemente, de participação com sentimento cívico em cada membro da rede social.⁴³

Com as políticas públicas municipais surge o desenvolvimento local e torna-se possível articular com mais eficiência o social, o político e o econômico resultando em políticas públicas mais coerentes e integradas. Tais ações em escala local viabilizam a participação direta do cidadão e seu interesse pode ser capitalizado para se desenhar uma forma desburocratizada e flexível de gestão social, apontando para novos paradigmas e possibilitando a integração de vários setores e a articulação de diversos atores.⁴⁴

Brilhante o estudo de Putnam no que se refere a inserção das mulheres no mercado de trabalho norte-americano no século XX. Segundo o autor, essa revolução está diretamente relacionada à vinculação social e à participação cívica. Esses elementos foram responsáveis, também, por garantir que nos Estados Unidos os ambientes trabalhistas fossem mais favoráveis não só aos empregados, como também as suas famílias e à própria comunidade, garantindo um capital social entre os trabalhadores, inclusive, fora de seu local de trabalho. Tais práticas que estimulam o capital social (refletindo em famílias mais sólidas, escolas mais eficientes, bairros mais seguros) beneficiam empresários e trabalhadores, convertendo-se em elemento chave para se ter mão de obra leal e de qualidade. Em contrapartida, as práticas laborais que inibem as relações sociais costumam gerar externalidades negativas.⁴⁵

Sob outro ponto de vista, ao tratar da importância das políticas públicas de emprego, no estudo realizado pelo economista Kuttner, comparando as ideias norte-americanas e japonesas quanto ao papel do Estado e avaliando os níveis de competitividade entre essas potências, pode ser demonstrado que, quando se fala em formação de mão de obra para a indústria – fator fundamental para a definição de padrões de competitividade – o Japão apresenta uma política estatal dura, planejada e eficiente na formação de futuros trabalhadores, através de programas de estudos implantados já nas escolas. Diferentemente, nos Estados Unidos são consideráveis os déficits em educação, criando cada vez mais dificuldades para que a indústria americana consiga competir com países europeus e com o Japão.⁴⁶

No Brasil, a política pública de qualificação desenvolvida no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE – promove gradativamente a universalização do direito dos trabalhadores à qualificação, com vistas a contribuir para o aumento

⁴³ PUTNAN, Robert D. *Solo em La bolera: Colapso y resurgimiento de La comunidad norteamericana*. Trad. De José Luis Gil Aristu. Barcelona: Galxia Gutenberg, 2002, p. 456.

⁴⁴ DOWBOR, Ladislau. *Gestão social e transformação da sociedade*. Disponível em: <http://dowbor.org/8_gestaosocial.asp>. Acesso em: 10 de julho de 2010.

⁴⁵ PUTNAM, Robert D. *Solo em La bolera: Colapso y resurgimiento de La comunidad norteamericana*. Trad. De José Luis Gil Aristu. Barcelona: Galxia Gutenberg, 2002, p. 549 – 550.

⁴⁶ KILKSBERG, Bernardo. Uma gerência pública para os novos tempos. In: *O desafio da exclusão: para uma gestão social eficiente*. São Paulo: FUNDAP, 1997, p. 80 – 81.



da probabilidade de obtenção de emprego e trabalho decente e da participação em processos de geração de oportunidade de trabalho e renda, inclusão social, redução da pobreza, combate à discriminação e diminuição da vulnerabilidade das populações.⁴⁷

Em termos locais, Dowbor exemplifica a visão de participação e articulação de diversos setores referindo-se às atividades da Câmara Regional do Grande ABC Paulista, onde 7 municípios se articularam para dinamizar as atividades locais da indústria de plásticos, em que a formação dos trabalhadores é coordenada pelo sindicato dos químicos, em parceria com as empresas, Senai, Sebrae, faculdades e colégios locais, com apoio financeiro do FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador) e outros que se articularam no processo.⁴⁸ O autor também faz referência a outro bom exemplo de política pública de emprego: a prefeitura de Santos cadastrou os desempregados e

organizou um amplo programa de recuperação das praias, envolvendo tanto o controle dos canais, como uma ampla operação de limpeza das praias, com recursos da própria prefeitura. Santos voltou a ser uma cidade atraente para o imenso mercado vizinho de turismo, São Paulo. O aumento de atividades hoteleiras e de restaurantes aumentou fortemente as receitas da prefeitura, mais do que pagando o que foi gasto com os desempregados. Santos reviveu, os comerciantes ganharam mais, os desempregados tiveram trabalho e renda, seus filhos tiveram melhores condições de desenvolvimento. Mas foi preciso ultrapassar a tradicional visão de uma política centrada em contratos com grandes empreiteiras, para realizar grandes obras que se inauguram em fins de mandato. A prefeitura, no caso, foi a articuladora de diversos interesses sociais para melhorar o funcionamento do que já existia.⁴⁹

Por outro lado, em análise sobre a qualidade dos serviços da administração pública, Christofer Pollit constatou que as expectativas e as opiniões dos cidadãos nem sempre conferem com as providências e prioridades assumidas pelos gestores.⁵⁰ Trazendo essa ideia para o campo do capital social, mais uma vez se constata a relevância da sua presença na qualificação de políticas públicas, para que os anseios do grupo, dos agentes relacionados, sejam verdadeiramente transmitidos aos líderes políticos. Afirmar que as políticas públicas e o orçamento só mudam com a mobilização social é mais um dos argumentos em favor do capital social.⁵¹

⁴⁷ MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/pnq/default.asp>>. Acesso em: 13 de julho de 2010.

⁴⁸ DOWBOR, Ladislau. *Gestão social e transformação da sociedade*. Disponível em: <http://dowbor.org/8_gestaosocial.asp>. Acesso em: 10 de julho de 2010.

⁴⁹ DOWBOR, Ladislau. *O que acontece com o trabalho*. São Paulo, agosto de 2006. Disponível em: <<http://dowbor.org/06oqueaconteceetrabb.doc>>. Acesso em: 03 de julho de 2010.

⁵⁰ KILKSBERG, Bernardo. Uma gerência pública para os novos tempos. In: *O desafio da exclusão: para uma gestão social eficiente*. São Paulo: FUNDAP, 1997, p. 84.

⁵¹ BAVA, Silvio Caccia. Os conselhos como instrumentos da sociedade civil. In: CARVALHO, Maria do Carmo A. A.; TEIXEIRA, Ana Claudia C. (Org.). *Conselhos Gestores de Políticas Públicas*. São



Abandonado em si mesmo, o indivíduo é socialmente um ser indefeso. Porém, ao entrar em contato com outros indivíduos e estes com outros, se produzirá uma acumulação de capital social que poderá satisfazer de imediato suas necessidades sociais e, ao mesmo tempo, gerar diversas possibilidades sociais de forma a melhorar substancialmente as condições de vida de toda a comunidade. Ou seja, a comunidade em conjunto se beneficia da cooperação de todas as partes.⁵²

De qualquer sorte, a falta de capital social não elimina a política. Contudo, essa política sem capital social será distante da realidade dos cidadãos, será menos equilibrada.⁵³ Em verdade, o compromisso cívico, já referido por Putnam, é importante tanto para a demanda quanto para a oferta de governo. Importante para a demanda porque os cidadãos das comunidades cívicas esperam um governo melhor e o conseguem – graças, em parte, aos seus próprios esforços. E, importante para a oferta porque o funcionamento dos governos representativos é facilitado pela própria infraestrutura social das comunidades cívicas.⁵⁴

Uma maior participação da sociedade, no sentido de auxiliar na escolha das políticas públicas a serem implantadas, é fator essencial para se obter uma perspectiva de controle, decidibilidade e executoriedade da gestão pública de interesses sociais. É, pois, no plano local que mais se desenvolvem as forças sociais da comunidade, transformando-se no poder local dessa região. O poder local, por sua vez, acaba fomentando o capital social ao gerar nos indivíduos autoconfiança para superar suas dificuldades.⁵⁵

5 CONCLUSÃO

Evidente que o resultado positivo das políticas públicas não depende exclusivamente de instituições bem estruturadas ou de bons projetos políticos. É fundamental a presença de um capital social forte, que coloque o cidadão como ator relevante no quadro político. As possibilidades de participação da sociedade civil no exercício do poder político aliam-se aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, para que sejam implementadas eventuais propostas e, assim, alcançados os resultados desejados.

Cabe ao Executivo a elaboração e a implementação de eficientes políticas públicas que estimulem os agentes econômicos a criar condições para a queda da

Paulo: Pólis, 2000, p. 69.

⁵² PUTNAM, Robert D. *Solo em La bolera: Colapso y resurgimiento de La comunidad norteamericana*. Trad. De José Luis Gil Aristu. Barcelona: Galxia Gutenberg, 2002, p. 15.

⁵³ PUTNAM, Robert D. *Solo em La bolera: Colapso y resurgimiento de La comunidad norteamericana*. Trad. De José Luis Gil Aristu. Barcelona: Galxia Gutenberg, 2002, p. 461.

⁵⁴ PUTNAM, Robert D. *Solo em La bolera: Colapso y resurgimiento de La comunidad norteamericana*. Trad. De José Luis Gil Aristu. Barcelona: Galxia Gutenberg, 2002, p. 468.

⁵⁵ HERMANY, Ricardo; RODEMBUSCH, Claudine Freire. O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas sociais. In: HERMANY, Ricardo. (Org.) *Empoderamento social local*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010, p. 90 – 91.



taxa de desemprego, principalmente com políticas públicas que dão prioridade à redistribuição de renda, alavancando o emprego e o bem estar-social. É papel do Legislativo entender a sociedade – em constante transformação –, seus anseios, angústias e conflitos, encontrando no próprio meio social o Direito. Ao Judiciário⁵⁶ fica o papel de interpretar a lei com olhos no social, buscando o bem comum e atendendo tanto aos empregados quanto aos empregadores. A cada cidadão cabe o dever e o direito de participação, lembrando que, em ambientes de confiança, de reciprocidade e de cooperação entre as pessoas, tende a haver melhor desempenho governamental, maior desenvolvimento econômico e, conseqüentemente, melhor qualidade de vida para cada um.

O capital social pode transformar paradigmas econômicos, sociais e políticos, possibilitando maior efetividade, eficiência e eficácia às políticas públicas, conduzindo à inclusão social, à redução das desigualdades e, assim, a um bem-estar social de toda a população. O capital social permite a releitura, através de uma perspectiva positiva, da realidade social.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Maria Celina Soares D'. *Capital social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003,
- BAVA, Silvio Caccia. Os conselhos como instrumentos da sociedade civil. In: CARVALHO, Maria do Carmo A. A.; TEIXEIRA, Ana Claudia C. (Org.). *Conselhos gestores de políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2000.
- CARDOSO, Maria Beatriz Rocha; CARVALHO NETO, Antonio. As políticas públicas de emprego e as potencialidades do Terceiro Setor: a ASMARE, um caso de resgate da cidadania e geração de renda. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas da universidade do vale do Rio dos Sinos*, São Leopoldo, v. 39, n. 162, 2003.
- COSTA, Dartagnan Limberger; HERMANY, Ricardo. Elementos de emancipação social: a perspectiva do programa de governança solidária local como instrumento da emancipação social dos cidadãos. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009, Tomo 9. p. 2891 – 2914.
- COSTA, Marli M. da. O discurso no espaço local para a concretização da cidadania de crianças e jovens frente à exclusão social. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (org.) *Direitos sociais e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. Tomo 7.
- DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Petrópolis: Vozes, 2008.
- _____. *Gestão social e transformação da sociedade*. Disponível em: Disponível

⁵⁶ Segundo o Art. 5º do Código Civil brasileiro, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.



em: <http://dowbor.org/8_gestaosocial.asp>. Acesso em: 10 de julho de 2010.

_____. *O que acontece com o trabalho*. São Paulo, agosto de 2006. Disponível em: <<http://dowbor.org/06oqueaconteceetrabb.doc>>. Acesso em: 03 de julho de 2010.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

ETZIONI, Amitai. *La Tercera Vía hacia una buena sociedad*. Propuestas desde el comunitarismo. Madri: Minima Trotta, 2000.

FARAH, Marta F. S. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no Brasil. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 18, 2000.

GONÇALVES, Claudia Maria Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma Constituição dirigente*. Curitiba: Juruá, 2006.

HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

_____; RODEMBUSCH, Claudine Freire. O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas sociais. In: HERMANY, Ricardo. (org.) *Empoderamento Social Local*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

KILKSBERG, Bernardo. Uma gerência pública para os novos tempos. In: *O desafio da exclusão: para uma gestão social eficiente*. São Paulo: FUNDAP, 1997.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br/pnq/default.asp>>. Acesso em: 13 de julho de 2010.

POCHMANN, Marcio. Rumos da Política do Trabalho no Brasil. In: SILVA e SILVA, Maria Ozanira da; YAZBEK, Maria Carmelita (Org.). *Políticas públicas de trabalho e renda no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 23 – 40.

PUTNAM, Robert D. *Solo em La bolera: Colapso y resurgimiento de La comunidad norteamericana*. Tradução de José Luis Gil Aristu. Barcelona: Galxia Gutenberg, 2002.

SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (org.) *Direitos sociais e políticas públicas*. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 1755 – 1786.

_____. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (Org.) *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2307-2333.



ENTRE A DOGMÁTICA E O NEOCONSTITUCIONALISMO: REFLEXÕES A PARTIR DE UM EXEMPLO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Bruno Hermes Leal¹

«En un mot, l'homme connaît qu'il est misérable:
il est donc misérable, puisqu'il l'est;
mais il est bien grand, puisqu'il le connaît»
PASCAL, Blaise. *Pensées et Opuscules*

1 INTRODUÇÃO

Jean Carbonnier observou uma tricotomia do pensamento jurídico-civilista: “Família, propriedade, contrato são, por tradição, os três pilares da ordem jurídica”². A tríade, com efeito, é emblemática de uma determinada maneira de pensar – uma filosofia própria de nosso tempo – refletida, mormente, no Direito Privado.

A pós-modernidade já foi descrita como etapa histórico-social na qual se constata a apoteose da liberdade do indivíduo – bem exemplificada no “direito a ser diferente”³ – e a consagração de uma autonomia própria nas escolhas de vida⁴. Nessa maneira de pensar, pois, a morte representa o termo de uma trajetória de exercício de autoafirmação e de autonomia moral – qualquer liberdade, então, é “liberdade passada”. Essa, talvez, seja a explicação do porquê algumas correntes teóricas mais recentes tendam a direcionar sua análise a determinados ramos do Direito Civil que lidem com uma “liberdade presente”: Direito das Obrigações, Direitos Reais e Direito de Família.

O raciocínio parece ser corroborado através da constatação de que, dentro do Direito das Sucessões, um dos temas mais estudados seja a projeção da liberdade humana para além de sua finitude existencial: o testamento, cujas raízes romanas antecedem mesmo à sucessão *ab intestato*⁵, é a juridicização quase religiosa de uma

¹ Mestrando em Direito no PPGDir da UFRGS. Advogado. Contato em brunoleal88@hotmail.com.

² CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit*. Paris: LGDJ, 2001, p. 155.

³ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. In : *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. 1995, II, Kluwer, Haia, p. 36 et seq.

⁴ «On tolère davantage aujourd'hui les inégalités sociales que les interdits touchant la sphère privée; on consent plus ou moins au pouvoir de la technocratie, on légitime les élites du pouvoir et du savoir mais on est réfractaire à la réglementation du désir et des moeurs». Cf. LIPOVETSKY, Gilles. *L'Ère du vide. Essais sur l'individualisme contemporain*. Paris: Gallimard, 1983, p. 116.

⁵ ZACHARIAE, Karl Solomon. *Cours de Droit Civil Français*. Traduit de l'allemand sur la cinquième édition par Charles Aubry et Charles Rau. Bruxelles: Meline et Cans, 1850, p.398, § 588. Tome Deuxième.



volonté sequiosa de imortalidade⁶.

Em determinados momentos da História da Filosofia, essa questão mesma foi posta em jogo⁷, secundada por severas críticas de movimentos político-filosóficos que repudiavam a manutenção de certa ordem estamental, passível de ser perpetuada caso tivesse seus contornos passíveis de determinação mesmo além da vida dos atores que compõem tal *status quo*. No escudo da Revolução Francesa, por exemplo, a sucessão testamentária não se furtou à crítica do ideário burguês, de que os surtos tribunícios de Mirabeau são exemplificativos⁸. Com certa tristeza constatava um teórico francês do séc. XIX o desenvolvimento à força do Direito das Sucessões, haja vista o perene interesse econômico que traz consigo⁹.

Tais considerações, além de flagrar a perplexidade do relativo abandono teórico do Direito das Sucessões na doutrina brasileira – seduzida por uma análise *funcionalizante* das figuras de Direito Privado que se liguem umbilicalmente à liberdade, como os três exemplos de Carbonnier –, direcionam nosso olhar para o tratamento prático da matéria, bem como para as encruzilhadas hermenêuticas as quais se pode chegar quando da operacionalização da categoria jurídica que marca a negação da herança: a indignidade sucessória.

O tema que aqui nos interessa explorar é, portanto, a negação do direito à herança, historicamente consagrado no Ocidente de raízes romanísticas, cujos

⁶ «*En nous plaçant dans la réalité, domaine véritable de lois sociales, nous légitimerons le testament comme un acte nécessaire de la liberté humaine. La faculté de tester a sa raison philosophique dans le sentiment profond de la liberté individuelle de l'homme possédé de l'imperissable besoin de vouloir et graver sur sa tombe sa volonté comme un epitaphe*». Cf. LERMINIER, Eugène. *Introduction Générale à l'Histoire du Droit*. Paris: Alexandre Mesnier, 1829, p. 349 et seq.

⁷ Para os fins aos quais se propõe este ensaio, a despeito de seu inegável papel ancilar na compreensão de qualquer categoria dogmática, não cabe uma digressão maior a respeito dos diferentes enfoques filosóficos sobre o Direito das Sucessões. Visando, tão somente, à exemplificação, citamos o nome de Hegel, para quem o Direito não poderia ser compreendido senão como movimento de efetuação/limitação da liberdade, que se expressa em «*Willen*»: «*Jede Stufe der Entwicklung der Idee der Freiheit hat ihr eingetümliches Recht, weil sie das Dasein der Freiheit in einer ihrer eigenen Bestimmungen ist*». Cf. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Stuttgart: Philipp Reclam, 2009, p. 106, § 30. Situando a filosofia hegeliana no Direito das Sucessões, confira-se HITZIG, Hermann Ferdinand. *Die Grenzen des Erbrechts*. Zürich: Institut Orell Füssli, 1908, p. 10 et seq..

⁸ «*Eh quoi! N'est-ce-pas assez pour la société les caprices et les passions des vivants ? Nous faut-il encore subir leurs caprices et leurs passions quand ils ne sont plus? N'est-ce pas assez que la société soit actuellement chargée de toutes les conséquences résultants du despostions testamentaires depuis au temps immerioal jusqu'a ce jour ? Faut-il que nous lui preparions encore tout ce que les testaeurs futurs peuvent ajouter de maux par leus dernières volontés, trop souvent bizarres, dénaturées, même? N'avons nous pas vu une foule de ces testament où respiraient tantôt l'orgueil, tantôt la vengeance: ici un injuste éloignement, la une predilection aveugle? La loi casse les testaments appelées 'ab irato'; mais tous ces testaments qu'on pourrait appeller... 'a moroso', 'a delirante', 'a superbo', la loi ne les casse point*» Cf. COMTE DE MIRABEAU, Honoré Gabriel Riqueti. Discour. In: CUZACK, P. *Du Droit d'Aïnesse et du Partage de Succession dans les Landes*. Bayonne: [s.ed.], 1852, p. 25-26.

⁹ «*C'est en effet une fatalité de nos institutions ou plutôt de la société humaine, que jamais il ne meure un homme, sans que son décès ne procure à un autre plus ou moins de profit pecuniaire. Telle est la loi des successions*». Cf. LAROMBIERE, Léobon Valéry Léon Jupile. *Théorie et pratique des Obligations. Commentaire des titres III & IV, du Code Napoléon*. Paris: A. Durand, 1857, p. 242. Volume I.



consectários, muitas vezes, têm potencialidades pouco exploradas. Nossa análise levará em conta que o fato de estar o Direito suscetível, quando da sua aplicação no plano dos fatos, às vicissitudes do Homem e suas visões de mundo: “Les livres ont les mêmes ennemis que l’homme: le feu, l’humide, les bêtes, le temps; et leur propre contenu”¹⁰.

Para desempenhar o papel de “lente de aumento” dos riscos que esse “conteúdo próprio” traz consigo, adotamos a categoria da indignidade sucessória como ponto de partida. Não descurando de um aspecto prático, escolhemos o método indutivo: da análise de um caso concreto julgado por um tribunal brasileiro, tentaremos tirar algumas conclusões teóricas.

A estruturação metodológica deste ensaio visa à elucidação, (I) na primeira parte, de quais são os fundamentos históricos e dogmáticos sobre os quais se estriba o Direito das Sucessões, para que, (II) na segunda parte, haja subsídios suficientes para abordar as linhas gerais e desenvolvimento histórico da indignidade sucessória, bem como, (III) na terceira parte, a análise de um acórdão, em especial, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

2 FUNDAMENTOS DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Como salientado na introdução, no estágio atual do tratamento científico do Direito Privado no Brasil, assiste-se ao predomínio de uma *arché* funcionalista - que se quer contrapor ao paradigma individualista dos codificadores iluministas -, o qual acaba por se reduzir, no mais das vezes, a uma visão parcial do Direito Privado¹¹. Com a citação desse conceito aristotélico (*arché*) se quer, na verdade, salientar que a origem fundamental do Direito Privado se esteia nessa visão de caráter mais individualista; os tempos neoconstitucionalistas¹² aos quais a ciência jurídica brasileira atual se encontra sujeita, nada obstante, tende a considerar os elementos dogmáticos como percalços na funcionalização pretendida.

Esse discurso metajurídico – que propõe, entre outros, a preponderância de princípios sobre regras e uma aproximação entre Moral e Direito – tende a fundar

¹⁰ VALÉRY, Paul. Littérature. In: *Tel Quel*. Paris: Gallimard, 1941, p. 127.

¹¹ Para essa terminologia, vide MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. Um ensaio sobre a autoridade na razão no Direito Privado. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, 2002, p. 112 et seq. Volume XXI.

¹² O termo neoconstitucionalismo pode ser utilizado como fazendo referência a uma teoria, a uma ideologia ou a um método de análise do direito; ou como designando alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político, um modelo de Estado de Direito. Cf. Sobre as diversas acepções do termo neoconstitucionalismo, confira-se COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 75 et seq.,. Outras expressões como “constitucionalismo avançado”, “constitucionalismo de direitos”, “constitucionalismo contemporâneo”, “constitucionalismo às secas”, também são utilizadas para designar o novo modelo jurídico que representa o Estado constitucional de Direito, conforme noticia SANCHÍS, Luis Pietro. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 101.



a solução de casos concretos da práxis jurídica, ainda que sejam diretamente subsumíveis ao explícito texto legal, em uma solução principiológica, dispensando a categorização jurídica dos problemas envolvidos. Tal método de solução é distinto – se não oposto – ao qual nos propusemos, qual seja a utilização de uma tecnologia que, não descartando o emprego fundamentado dos princípios jurídicos, se baseia em uma fundada e secular tradição doutrinária. Em nossa maneira de ver, tão somente esta última cumpre aquela função estabilizadora¹³, a qual garante segurança jurídica à medida que as decisões concernentes a determinada categoria obedecerão aos seus limites conceituais – delimitados pela lei ou pela tradição doutrinária –, interpretando-os, nos demais casos, da mesma maneira¹⁴.

Um pensamento dogmático, nesse sentido adotado, enseja a possibilidade de universalização (*Universalisierbarkeitsprinzip*¹⁵) das decisões concernentes à mesma categoria jurídica (conectada, pois, com um princípio de justiça¹⁶), o que se nos antolha indissociável da segurança jurídica caracterizadora do Estado Democrático de Direito. Para perfilhar essa linha de raciocínio dogmático, pois, precisamos assentar algumas premissas básicas do Direito das Sucessões.

O Direito das Sucessões pressupõe, ainda que de forma primitiva, uma ordem capitalista fundada na propriedade privada¹⁷, ao mesmo tempo em que desempenha

¹³ A expressão é de Robert Alexy, ao dissertar sobre as funções da Dogmática. Vide ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation : die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, p. 326: “Die stabilisierende Funktion wird dadurch erfüllt, daß mit Hilfe dogmatischer Sätze bestimmte Lösungen praktischer Fragen festgehalten und damit reproduzierbar gemacht werden. Dies ist möglich, weil die Dogmatik institutionell betrieben wird. Hierdurch können bestimmte Entscheidungsweisen über lange Zeiträume fixiert werden. Letzteres ist angesichts des weiten Bereichs der diskursiven Möglichkeiten von erheblicher Bedeutung. Würde man jeweils neu diskutieren, bestünde die Möglichkeit, daß man – ohne daß gegen Regeln des juristischen und des allgemeinen praktischen Diskurses verstoßen wird – jeweils zu anderen Ergebnissen gelangt. Dies widerspräche dem Universalisierbarkeitsprinzip und damit einem elementaren Aspekt des Gerechtigkeitsprinzips“.

¹⁴ Assim as sintéticas e precisas palavras de LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. Aufl. Berlin: Springer, 1995, p. 135: “In die Aufgabe der Auslegung teilen sich die Rechtsprechung und die Jurisprudenz in der Weise, daß dieser der Rechtsprechung gleichsam vorarbeitet, indem sie Auslegungsprobleme und Wege zu ihrer Lösung aufzeigt, jene aber die Ergebnisse in der Konfrontation mit der Problematik des einzelnen Falles auf die Probe stellt und damit die Jurisprudenz immer wieder zu Überprüfung nötigt. Obgleich aber der Richter durch den von ihm zu entscheidenden Fall dazu veranlaßt wird, einen bestimmten Ausdruck oder einen bestimmten Rechtssatz über das bisherige Maß hinaus weiter auszulegen, darf er ihn doch nicht nur gerade im Hinblick auf diesen einen Fall auslegen, sondern nur so, daß seine Auslegung auch für alle anderen gleichartigen Fälle gleich zu behandeln, wie auch der vom Gesetz erstrebten Rechtssicherheit zuwider laufen, wenn die Gerichte die gleiche Bestimmung in gleichartigen Fälle bald so, bald anders auslegen würden“.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz: Kohlhammer, 1974, p. 37 et seq.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation : die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, p. 327.

¹⁷ Seria um considerável e improdutivo dispêndio de energia se as unidades econômicas, nas quais a própria sociedade se organiza, desaparecessem com os homens que as sustentam e tivessem de ser continuamente recriadas por novos homens. Em toda sociedade, pois, deve haver uma regulação jurídica da nomeação de um novo proprietário de uma unidade econômica em lugar do falecido, de modo que toda sociedade necessita de uma ordenação sucessória (*Sukzessionsordnung*). Cf. RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 5te Aufl. Stuttgart: K. F. Koehler, 1956, p. 257, n.º 21.



papel conformador dessa mesma realidade econômica¹⁸, o que pareceu, a alguns autores, denotar o indiscutível caráter conservador desse ramo do Direito¹⁹. De acordo com alguns autores, inclusive, “Direito sucessório e propriedade são conceitos que se exigem reciprocamente”²⁰.

À margem de críticas ideologicamente fundadas, cabe-nos, de começo, a visualização do Direito das Sucessões como ramo do ordenamento jurídico que conjuga, no mínimo, um fundamento sociológico²¹ (solidariedade familiar²², cujo alcance pode ir, inclusive, além do critério sanguíneo) e outro de natureza prática (“A idéia de sucessão está toda na permanência de uma relação de direito que perdura e subsiste a despeito da mudança dos respectivos titulares”²³).

Isso porque o trespasse dos bens do *de cuius* obedece a razões de ordem prática que dizem respeito à segurança jurídica: se a supressão hipotética da “morte” seria capaz de gerar subversões humanas e redescobertas caóticas²⁴, a inexistência de uma tecnologia jurídica que imunizasse as relações jurídicas frente ao eventual desaparecimento de um de seus polos redundaria em absoluta inviabilidade

¹⁸ Exemplo disso é a fantástica monografia desenvolvida pelos professores Joseph Goy, John Dickinson, Gérard Bouchard, os quais se propuseram a desvendar “*l’envers ou l’autre face de la reproduction familiale*», perscrutando a a maneira pela qual a estrutura sucessória da França medieval acabou por determinar várias facetas do perfil populacional e econômico do Quebec canadense : « *le destin de ces enfants qui, pour une raison ou pour une autre, n’accédaient pas à la propriété ou à la gestion d’une exploitation. [...] nous voulons reconstituer les itinéraires des enfants exclus (non-exploitants, non-héritiers ou non-établis)*». Cf. BOUCHARD, Gérard; DICKINSON, John A.; GOY, Joseph. *Les Exclus de la Terre en France et au Québec. La Réproduction Familiale dans la Différence*. Sillery: Septentrion, 1998, p. 10-11.

¹⁹ Merece transcrição o comentário amaríssimo de RATHENAU, Walter. *Von Kommenden Dingen*. Berlin: Fischer, 1917, p. 129: „*das ganze Wesen unsrer gesellschaftlichen Schichtung, die ganze unveränderliche, leblose Konstanz der nationalen Kräfteverteilung. Das lebendige Auf- und Niedersteigen des Lebens, das die Natur beherrscht, der organische Wechsel dienender und bestimmender Glieder, das spendende Spiel der goldnen Eimer erstarrt vor dieser Schicksalsmacht der Geschlechter, die Menschenwerk ist. Sie verurteilt den Proletarier zu ewigen Dienst, den Reichen zu ewigem Genuß*“.

²⁰ BINDER, Julius. *Derecho de Sucesiones*. Traducido de la segunda edición alemana por José Lacruz Berdejo. Buenos Aires: Labor, 1953, p. 2.

²¹ ORÚS, Manuel. *Sucesiones. Fundamento Filosófico. Unidad y Pluralidad*. Buenos Aires: Revista de Jurisprudencia Argentina, 1941, p. 12 *et seq.* Nas páginas seguintes, o autor arrola ampla bibliografia sobre o tema, referindo, ainda, que alguns autores clássicos situavam o fundamento do direito à sucessão no Direito Natural, como DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public et legum delectus*. Paris: Nyon Aine, 1777, p. 324 *et seq.* Tome II.

²² DOSSETTI, Maria. Concetto e fondamento della successione necessaria. In: BONILINI, Giovanni (org.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 16 *et seq.* Volume III; BARASSI, Lodovico. *Le Successioni per causa di morte*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1947, p. 249.

²³ LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Sucesões*. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho, 1915, p. 10. Nesse sentido, ainda, LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Da responsabilidade de herdeiro e dos direitos do credor da herança*. São Paulo: Saraiva, 1928, nº 3.

²⁴ Refiro-me ao precioso romance do ganhador do Nobel da Literatura de 1998, José Saramago. Cf. SARAMAGO, José. *As intermitências da morte*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 110 *et seq.*



de grandes projetos sociais²⁵⁻²⁶.

A premência de tal realidade conduziu o Direito Romano a uma exceção radical no dogma jurídico vigente, segundo o qual a *ob-ligatio* jungia de tal modo a personalidade de credores e devedores que, ao mesmo tempo em que fazia recair a execução sobre seus corpos, tornava impensável uma mutação subjetiva na relação jurídica²⁷. Daí dizer-se que “a história da *obligatio* é a história do progressivo abrandamento da força do vínculo”²⁸.

Nesse contexto, uma transmissão global do patrimônio pareceu uma exceção conveniente à satisfação dos anelos pragmáticos dos juristas romanos: admitia-se ao princípio da intransmissibilidade das obrigações a eficácia excepcional da sucessão hereditária, em que débitos e créditos se transmitem do defunto para o herdeiro, investindo o herdeiro no *universum ius de cuius*, colocando-o na mesma e idêntica situação jurídica em todas as relações da vida²⁹.

²⁵ Com efeito, mesmo ante o aparecimento dessa sobrevida conferida às relações jurídicas, poder-se-ia cogitar de uma prejudicial, ainda que momentânea, acefalia do patrimônio do *de cuius*. Para abreviar, se não extinguir, esse período de caos jurídico, o desenvolvimento do princípio da *saisine*, cuja genealogia vem explicada, com farta bibliografia, por PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. São Paulo: RT, 1984, p. 185 et seq. Tomo LV.

²⁶ “El fundamento teórico dogmático de la sucesión universal, así entendida, es moderno. [...] Se reputa al heredero continuador de la personalidad patrimonial del difunto, de aquel de cuya sucesión se trata: del *de cuius*. La preocupación esencial tiende en todo caso a que la idea de continuación de la persona del difunto por sus herederos satisfaga la necesidad de transmitir las relaciones jurídicas activas y pasivas de que era titular el causante”. Cf. ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de las Sucesiones*. 4.ed. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 6.

²⁷ Exemplos históricos confirmam a tese: a relação obrigacional, no Código de Hammurábi, tinha por princípio a *Lex Tallionis*, de forma que não havia o cunho patrimonialista, tendo o credor quase um direito real sobre o devedor (*manus injectio*). Em 326 a.C., com o advento da *Lex Poetelia Papiria*, a execução do credor insolvente passa a incidir sobre o patrimônio (*bonorum venditio*). Para essas e demais precisões históricas, confira-se PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 22 et seq. Tomo XXII. Interessante abordagem é feita, igualmente, por GIORGI, Giorgio. *Teoria delle Obbligazioni nel diritto moderno italiano*. Firenze: Fratelli Cammelli, 1905, p. 53-54. Volume VI: “Fu dogma della romana legislazione primitiva, non potersi i crediti trasmettere per atti inter vivos. [...] La persona è un elemento essenziale dell’obbligazione: e il cambiamento di un elemento essenziale, muta in iuris subtilitate il rapporto giuridico, sostituendosi uno del tutto nuovo al primo, che rimane estinto. La novazione dunque a rigor di diritto appariva l’unico modo di trasportare un crédito da una in un’altra persona; ma appunto perchè era novazione, si compierà con la morte della obbligazione antica, della quale prendene il posto la nuova”.

²⁸ BRASIELLO, Uco. *Obbligazione*. In: *Nuovo Digesto Italiano*. Apud MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil* direito das obrigações. 24.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1990, p.12. Volume 4.

²⁹ TAVARES, José. *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1929, p. 577-578. Volume I. A doutrina, aliás, faz pródigo uso de expressões que designam a “*entrada do successor na posição do de cuius*”: “Si trasmettono non solo diritti ed obblighi ma altresì talune situazioni giuridiche altrimenti intrasmissibili. [...] Dalla nozione di successione, intesa come subentrare nella situazione giuridica del defunto, deriva quel fenomeno caratteristico e fondamentale che si chiama *confusione ereditaria*. Essa importa indifferenziazione tra i rapporti del defunto e quelli dell’erede. [...] giacchè esso hanno ora un solo soggetto, che è l’erede, e quelli che erano diritti ed obblighi del defunto diventano diritti ed obblighi dell’erede”. Cf. BIONDI, Biondo. *Diritto Ereditario Romano*. Milano: Giuffrè, 1954, p. 34-35. Em França, por outro lado, Paul Roubier refuta tal expressão, uma vez que o successor não responde por dívidas além das forças da herança: “*Mais il ne faudrait pas compter, parmi les conséquences du caractère universel du droit de l’héritier, le fait que l’héritier, s’il accepte purement et simplement la succession, est obligé au paiement des dettes de succession,*



Como já se teve o ensejo de afirmar, em Direito das Sucessões o problema fundamental, tanto do ponto de vista prático, quanto de política jurídica, é a determinação de quais são as pessoas que herdam ou sucedem ao titular falecido e, por exclusão, quais não podem fazê-lo³⁰.

Cumpre salientar, nesta parte do ensaio, que o conceito de capacidade sucessória é persistentemente extremado do instituto da indignidade pelos grandes tratadistas³¹. Alguns autores, inclusive, salientam tal distinção ao acentuar o caráter relativo da indignidade, contraposto ao caráter absoluto da incapacidade³². A indignidade do herdeiro, pois, deve ser analisada sob um prisma dogmático, inserido dentro do Direito das Sucessões, configurando exclusão, privação de um direito subjetivo de suceder que assiste a qualquer pessoa capaz.

É curioso que o mesmo Carlos Maximiliano, afirmando a distinção, defina indignidade como “uma diminuição de capacidade para adquirir e conservar direitos”³³. Estamos no direito de nos perguntar se, a depender da maneira como a categoria da indignidade sucessória seja aplicada pelo Poder Judiciário, este último não seria capaz de manufaturar verdadeiras “incapacidades jurídicas” não previstas pelo legislador. Para explorar essa temática, passamos à análise à qual se dedica a segunda parte deste ensaio, qual seja a indignidade sucessória, contemplada sob uma perspectiva histórica, teórica e prática.

même ultra vires hereditatis.[...] Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier est le fruit d'une solidarité familiale très étendue ; il témoigne d'une grande noblesse d'attitude, mais à notre jugement il n'est pas absolument certain qu'il soit conforme à la stricte justice». Cf. ROUBIER, Paul. *Droits Subjectifs et Situations Juridiques*. Paris: Dalloz, 1963, p.356-357.

³⁰ ALVAREZ, Lasarte. *Curso de Derecho Civil Patrimonial*. 3.ed. Madrid: Trivium, 1991, p. 132.

³¹ Entre outros: BARBERO, Domenico. *Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano*. 2.ed. Torino: UTET, 1949, p. 765. Volume II; NARDI, Enzo. *I Casi di Indegnità nel Diritto Successorio Romano*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 48 et seq; ZACHARIAE, Karl Solomon. *Cours de Droit Civil Français*. Traduit de l'allemand sur la cinquième édition par Charles Aubry et Charles Rau. Bruxelles: Meline et Cans, 1850, p.404, § 592. Tome Deuxième ; DEMOLOMBE, Charles. *Cours de Code Napoléon. Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*. 2^{ème} éd. Paris: Auguste Durand, 1863, p. 614. Tome Premier; IRURETA GOYENA, José. *Curso de Sucesiones*. Montevideo: Barreiro y Ramos, 1942, p. 139-140, Tomo III; GATTI, Hugo E. *Estudios de Derecho Sucesorio*. Montevideo: Republica Oriental del Uruguay, 1950, p. 16-17; NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre Sucessão Testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 81. Volume II; ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Elementos de Direito das Sucessões. Exposição doutrinaria do Livro IV da Parte Especial do Código Civil Brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Jornal do Comercio, 1929, p. 114-115; LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho, 1915, p. 84-85; MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 100, n.º 60. Volume I.

³² BINDER, Julius. *Derecho de Sucesiones*. Traducido de la segunda edición alemana por José Lacruz Berdejo. Buenos Aires: Labor, 1953, p. 345. No direito brasileiro, Pontes de Miranda observava, a fim de diferenciar ambas as categorias, que já houve casos de incapacidade sucessória fundada em vínculos religiosos, nacionalidade ou condenações criminais. A das ordens religiosas, ainda de acordo com Pontes, teria sido extinta pela Constituição brasileira de 1891, no seu art. 72, § 3º. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. São Paulo: RT, 1984, p. 10. Tomo LV.

³³ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 104, n.º 65. Volume I.



3 FUNDAMENTOS DA INDIGNIDADE SUCESSÓRIA

Em suas *Pandectas*, na primeira página dedicada à categoria de que tratamos, Bernhard Windscheid instiga-nos com uma enigmática observação: a ideia fundamental sobre a qual se baseia a indignidade sucessória guarda relação com uma hipótese em que o Direito reage contra si mesmo³⁴. Entre as várias interpretações possíveis, uma delas, no mínimo, se afigura pertinente ao nosso assunto: trata-se de hipótese excepcional em que o ordenamento jurídico flagra uma situação de anormal ruptura da solidariedade em que se esteia a comunidade familiar.

Tal constatação, contudo, suscita mais perguntas do que respostas: essa reação, diante de situações tão graves, pode formalizar-se por meios não jurídicos? É possível que, adotando uma maquiavélica estrutura da adequação entre meios e fins, se faça tábua rasa das balizas normativas e hermenêuticas que dão compostura jurídica à categoria da indignidade sucessória? É conveniente à conformação de um Estado Democrático de Direito que, sob o manto da repressão à cobiça assassina, caluniadora e/ou violenta dos herdeiros, o Estado-juiz arrogue para si uma “vingança moral”? A questão é muito mais ampla do que os estreitos limites deste ensaio, mas servirá de norte ao (II) estudo dos fundamentos dogmáticos da indignidade sucessória e (III) posterior análise de sua aplicação jurisprudencial.

Na esteira da tão propalada comunicação entre a Constituição e o Código Civil³⁵, seria interessante trazer à luz uma instigante escolha de palavras do legislador, quando a Lei Fundamental de Bonn refere, na primeira alínea do seu primeiro artigo, que “Die Würde des Menschen ist unantastbar”, fazendo referência à intangibilidade da *dignidade (Würde)* do Homem.

Por outro lado, o Código Civil alemão (BGB), no seu parágrafo n.º 2.339, ao tratar dos herdeiros que tenham, entre outros, atentado contra a vida daquele que deixa a herança, reserva-lhes uma denominação: “*Erbunwürdig*”, isto é, o *indigno* à sucessão³⁶. Reflitamos sobre a possível coincidência terminológica, enquanto passamos a traçar um esboço histórico da indignidade sucessória.

³⁴ „Das Rechtsinstitut der Erbunwürdigkeit beruht auf demselben Grundgedanken, wie das Rechtsinstitut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; auch hier reagiert das Recht gegen sich selbst“. Cf. WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrecht*. Frankfurt am Main: Literarische Anstalt Rutten & Loening, 1891, p. 398, n.º 669. Dritter Band.

³⁵ Já denominada por alguns autores de “*impregnation*”, como se vê em FAVOREAU, Louis. La constitutionnalisation du droit. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *La Constitutionnalisation des branches du Droit*. Aix-Marseille: Economica, 1998, p. 191; ou, ainda, conceber a Constituição como “*entrometida, invadente*”, em GUASTINI, Riccardo. La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONNEL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 49. Luís Roberto Barroso pretende explicá-lo como “*um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito*”, no qual o Direito Civil alcança um terceiro nível de interação com o Direito Constitucional, que se caracteriza, por exemplo, pela funcionalização a que fizemos referência, podendo ser sintetizado na constatação: “*Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma*”. Vide BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 256 et seq.

³⁶ Observação, de resto, igualmente aplicável às palavras utilizadas pela Constituição de 1988 (art. 1º, III) e pelo Código Civil de 2002 (art. 1.815).



As origens históricas do instituto da indignidade no Direito Romano são situadas por alguns autores na *Lex Papia Poppaea* (ambas do séc. I a.C.), onde surge “die sogennanten Indignitätsfälle”³⁷. A partir de então, a lição de Biondo Biondi demonstra que a figura da indignidade não tem desenvolvimento linear: “Si tratta di singoli casi, che diventano sempre più numerosi, introdotti per esigenze particolari, tra i quali non è possibile rintracciare alcuna derivazione storica”³⁸.

A categoria da indignidade sucessória já foi governada pelo arbítrio daqueles que deixavam a herança. A crônica histórica foi tecida por diversos autores, dentre os quais Carlos Maximiliano, o qual narra que o arbítrio era “a ponto de alguns tribunais declararem indigna a viúva que procedia mal no ano do luto, e até a que simplesmente convolava segundas núpcias”³⁹.

Com efeito, utilizando-se do absoluto prestígio e liberdade do ato de testar, os *pater familiae* tinha discricionariedade na exclusão de seus *suus*⁴⁰, muitas vezes por causas que sequer ofendiam a sua pessoa, mas que acabavam sendo aceitas pelos pretores⁴¹.

O jurista belga Henri de Page esclarece, com muita utilidade para nossa exposição, que a definição dos casos suscetíveis de indignidade foram paulatinamente litimitados pelo direito pretoriano⁴², consolidando-se nas “Novelas 115”⁴³.

Entre os vários fundamentos que se lhe possa atribuir, aquele que mais atrai a atenção dos autores – intuitivo, é verdade, até para os leigos na ciência jurídica – é aquele que diz com a conveniência ao interesse público-social de que o seio de uma

³⁷ TEWES, August. *System des Erbrechts nach heutigem Römischem Rechts*. Leipzig: [s.ed.], 1863, p. 94.

³⁸ BIONDI, Biondo. *Diritto Ereditario Romano*. Milano: Giuffrè, 1954, p. 204.

³⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 104. Volume I.

⁴⁰ DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public et legum delectus*. Paris: Nyon Aine, 1777, p. 528. Tome I. No mesmo sentido, PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité Pratique de Droit Civil Français*. 2ème éd. Paris: LGDJ, 1956, p. 97. Tome IV.

⁴¹ Segundo alguns autores, as causas antigas seriam, entre outras: a) o tutor que venha a se casar com sua protegida, contrariando decreto do Senado; b) o magistrado que tenha se casado com mulher da província, na qual exercia seu cargo, afrontando mandato imperial; c) matrimônio de adúlteros; d) não vingar a morte do autor da herança, sem o seu conhecimento; e) fugir da obrigação da tutela do filho do testador. Cf. DE GOYTISOLO, J. Vellet. *Panorama de Derecho de Sucesiones*. Madrid: Civitas, 1984, p. 304. Volume II; BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1956, p. 666. Para um amplo rol de hipóteses em que se dava a exclusão da herança por indignidade, vide o fabuloso estudo histórico de NARDI, Enzo. *I Casi di Indegnità nel Diritto Successorio Romano*. Milano: Giuffrè, 1937, p. 79-205 *passim*.

⁴² DE PAGE, Henri. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Bruxelles : Émile Bruylant, 1946, p.76-77. Tome Neuvième: «Sous l'Empire, cette liberté d'exhéréder reçut certaines limites. Les héritiers les plus proches, qui pensaient ne pas avoir d'mérite, pouvaient attaquer les testament qui les exhérait (querela inofficiosi testamenti). La jurisprudence qui s'établit à propos de ces actions dégagea une série de justes causes d'exhérédation, dont la plupart devinrent des cas d'indignité légale de succéder, tant ab intestat que par testament». Ainda nesse sentido, ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. 3.ed. Barcelona: Bosch, 1981, p. 5. Volume II. Tomo I.

⁴³ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*. 9.ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1947, p. 549.



família não comporte os atos que constituem os suportes fáticos para a declaração de indignidade⁴⁴.

A legislação brasileira elenca três hipóteses aptas, caso haja sentença nesse sentido (art. 1.815, CC/2002, *in fine*), a excluir o herdeiro (necessário ou não; a título singular ou universal) da possibilidade de ser aquinhado com qualquer quantia do monte sucessório: são as hipóteses elencadas nos três incisos do art. 1.814 do CC/2002⁴⁵.

O inciso terceiro, por exemplo, ao utilizar conceitos indeterminados, acaba por tornar possível algumas situações hermenêuticas tão interessantes quanto problemáticas⁴⁶, e que são afins à temática do trabalho, com ela, contudo, não se confundindo. A exploração da elasticidade dos conceitos referidos nas hipóteses legais (por exemplo, entre outros: no que consistiria a violência? Os meios fraudulentos necessitam de todos os elementos do crime de estelionato?) também é uma delicada tarefa de interpretação – eis a afinidade.

Este ensaio, contudo, se dispõe a elucidar outra questão que, ao primeiro olhar, poderia parecer mais singela: a ampliação dessas hipóteses no que tange ao sujeito ativo, ampliando a eficácia da indignidade além do círculo dos “herdeiros ou legatários”, como dispõe o texto da cabeça do art. 1.814, CC/2002.

Para enfrentar essa questão de ilusória facilidade, é conveniente perquirir a respeito da natureza jurídica dessa categoria jurídica. A doutrina civilística clássica insiste em atribuir à indignidade um caráter de **pena civil**, do que decorreria a extensão do brocardo *nulla poena sine lege* vigente no Direito Penal, a convergir para a conclusão do caráter absolutamente taxativo do rol previsto na lei. Assim se manifestam os comentadores do Código Napoleônico⁴⁷, bem como outros juristas do

⁴⁴ BUNIVA, Giuseppe. *Delle Successioni Legittime e Testamentarie*. 2.ed. Torino: Arnaldi, 1870, p. 207.

⁴⁵ Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

⁴⁶ À doutrina italiana não passou despercebido tal realidade na análise, por exemplo, do número 4 do art. 463 do Código Civil italiano, o qual faz referência ao indigno como aquele que “*ha indotto con dolo (Cod. Civ. 1439) o violenza (Cod. Civ. 1434) la persona, della cui successione si tratta, a fare, revocare o mutare il testamento, o ne l’ha impedita*”, cuja redação em muito lembra o inciso III do art. 1.814 do CC/2002. Nesse sentido, um texto antigo e clássico já expunha certa hesitação ao dar interpretação extensiva ou não: “*L’impedimento del quale parla la legge, è certamente ogni ostacolo materiale con cui si ponga il testatore nella impossibilità di rivocare il suo testamento, come se si fosse chiuso al notaio od ai testimoni necessari all’atto l’adito alla camera del testatore. Nella generalità però dei termini della legge, e secondo lo spirito di essa, crediamo anche compresi tutti gli atti frodolenti i quali mirano ad impedire l’atto libero del testatore, e la violenza grave, quella cioè che può far impressione sopra una persona sensata, ed è tale da poterle incutere ragionevole timore di esporre sè o le sue sostanze ad un male notevole*”. Cf. BUNIVA, Giuseppe. *Delle Successioni Legittime e Testamentarie*. 2.ed. Torino: Arnaldi, 1870, p. 40-41.

⁴⁷ ZACHARIAE, Karl Solomon. *Cours de Droit Civil Français*. Traduit de l’allemand sur la cinquième édition par Charles Aubry et Charles Rau. Bruxelles: Meline et Cans, 1850, p. 406, § 593. Tome Deuxième ; MARCADÉ, Victor Napoléon. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français ou Explication*



universo francófono⁴⁸; os civilistas e historiadores italianos⁴⁹; os civilistas tedescos⁵⁰, bem como alguns autores latino-americanos⁵¹. A doutrina brasileira, em acaçapante maioria, fez eco a tal conclusão⁵².

Théorique et Pratique du Code Civil. 5^{ème} éd. Paris: Delamotte, 1859, p. 43. Tome Troisième ; BAUDRY-LACANTINERIE, G.; WAHL, Alberto. *Trattato Teórico-Prático di Diritto Civile. Delle Successioni*. Traduzione di Pietro Bonfante. Milano: Francesco Vallardi, p. 200-201. Volume I; COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*. Paris: Dalloz, 1936, p. 473. Tome Troisième; PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire du Droit Civil*. 7^{ème} éd. Paris: LGDJ, 1918, p.356. Tome Troisième; PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité Pratique de Droit Civil Français*. 2^{ème} éd. Paris: LGDJ, 1956, p. 97. Tome IV; POTHIER, Pierre Joseph. *Œuvres*. 12^{ème} éd. Paris: H. Plon, 1861, p. 25. Tome Huitième; MICHAUX, Alexandre. *Traité Pratique des Testaments*. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1865, p. 56-57; ROGUIN, Ernest. *Traité de Droit Civil Comparé – Les Successions*. Paris: LGDJ, 1908, p.156, n.º 193. Tome Premier; DURANTON, Alexandre. *Cours de Droit Civil suivant le Code Civil*. 2^{ème} éd. Paris: Alex-Gobelet, 1828, p. 111. Tome Sixième.

⁴⁸ DE PAGE, Henri. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1946, p.76-77. Tome Neuvième; GÉRARD, Pierre Auguste Florence. *Code Civil expliqué par la jurisprudence des Cours et de Tribunaux*. Bruxelles: J. Rozez, 1849, p. 259. Tome Troisième.

⁴⁹ PACIFICI-MAZZONI, Emidio. *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*. Firenze: G.Pellas, 1868, p.21. Libro Terzo. Parte Prima; D'AVANZO, Walter. *Delle Successioni*. Firenze: Barbèra, 1941, p. 46. Tomo I; RUGGIERO, Roberto de; MAROI, Fulvio. *Istituzioni di Diritto Privato*. 8.ed. Milano: Giuseppe Principato, 1955, p. 592, Tomo III; RICCI, Francesco. *Corso Teorico-Pratico di Diritto Civile*. Torino: UTET, 1907, p. 37. Volume II; BARASSI, Lodovico. *Le Successioni per causa di morte*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1947, p. 55; BARBERO, Domenico. *Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano*. 2.ed. Torino: UTET, 1949, p. 767. Volume II; CICU, Antonio. *Successioni per causa di morte*. In: _____; MESSINEO, Francesco. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 1954, p. 87, n.º 34. Volume XLII. Tomo I; BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1956, p. 664; FADDA, Carlo. *Concetti Fondamentali del Diritto Ereditario Romano*. Milano: Giuffrè, 1949, p. 149, § 102. Volume I; CHIRONI, G. P. *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*. 2.ed. Torino: Fratelli Bocca, 1912, § 439; LOSANA, Cesare. *Le successioni testamentarie secondo il Codice Civile italiano: commento pratico*. Torino: Fratelli Bocca, 1884, p. 52.

⁵⁰ COING, Helmut; KIPP, Theodor. *Erbrecht*. 14. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990, p. 473; SCHELLHAMMER, Kurt. *Erbrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 3. Aufl. Heidelberg: C.F.Müller, 2010, p.12; MICHALSKI, Lutz. *Erbrecht*. 3. Aufl. Heidelberg: C.F.Müller, 2006, p. 156; BROX, Hans. *Erbrecht*. 15. Aufl. Köln: Heymann, 1994, p. 179, n.º 268: “§ 2339 I zählt die Tatbestände auf, bei deren Vorliegen der Erbschaftserwerb wegen Unwürdigkeit des Erben angefochten werden kann. Es handelt sich um einen erschöpfenden Katalog der Erbenunwürdigkeitsgründe; eine entsprechende Anwendung auf andere Fälle ist deshalb nicht zulässig (Analogieverbot). Ein Erbenunwürdigkeitsgrund liegt vor, wenn der Erbe eine der nachfolgenden Verfehlungen als Täter, Anstifter oder Gehilfe begangen hat”; DERNBURG, Heinrich. *Pandekten*. 5te Auflage. Berlin: H. W. Müller, 1897, p. 108, § 11. Dritte Band; BINDER, Julius. *Derecho de Sucesiones*. Traducido de la segunda edición alemana por José Lacruz Berdejo. Buenos Aires: Labor, 1953, p. 312.

⁵¹ ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de las Sucesiones*. 4.ed. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 101; GATTI, Hugo E. *Estudios de Derecho Sucesorio*. Montevideo: Republica Oriental del Uruguay, 1950, p. 21.

⁵² Exemplificativamente, citamos: CATEB, Salomão de Araújo. *Deserção e Indignidade no Direito Sucessório Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 53; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 158. Volume XXI; RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 89; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51. Volume 6; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 54. Volume 7. Nessa cepa de juristas, Zeno Veloso faz questão de explicitar: “**As causa de indignidade, no vigente direito brasileiro, são, apenas, três, e a matéria exige interpretação estrita e textual, não se compaginando com analogias ou extensões**“, cf. VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 308. Volume 21. Com relação ao art. 1.595 do CC/1916, de igual conteúdo do atual art. 1.814, citamos: BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das*



Extraímos desse caráter de “pena civil”, bem como de seu desenvolvimento histórico, a conseqüência que se nos antolha fundamental, qual seja a de que, presente sua natureza jurídica, condicionam-se as técnicas jurídicas de sua operacionalização a certos limites hermenêuticos. Isto é, em decorrência do caráter punitivo, só nos resta a conclusão de que as hipóteses que lhe dão ensejo – espúrias que sejam – já foram objeto de seleção pelo legislador. Presente isso, descabe falar-se em analogia ou interpretação extensiva: “Es handelt sich um eine zivilrechtliche Strafe. Daher ist Analogie und ausdehnende Auslegung bei den einzelnen Tatbeständen der Erbunwürdigkeit unzulässig”^{53,54}. Acresça-se a isso as conclusões históricas do desenvolvimento da categoria da indignidade sucessória: tratando-se de uma pena, a discussão funda-se sobre a necessidade de limitar o arbítrio – tanto daqueles de quem se herdaria quanto dos juízes⁵⁵.

Vejamos, na terceira parte deste ensaio, de que maneira a jurisprudência tem tratado essa questão, tendo presente as premissas teóricas até aqui assentadas.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência nacional tem seguido à risca aquela ideia segundo a qual, em consonância com o desenvolvimento histórico da categoria jurídica da indignidade sucessória, as hipóteses previstas pelo legislador (seja no antigo art. 1.595 do CC/1916, seja no atual art. 1.814 do CC/2002) não podem ser alargadas pelo intérprete⁵⁶.

Successões. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 80; ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Elementos de Direito das Successões. Exposição doutrinária do Livro IV da Parte Especial do Código Civil Brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1929, p. 112; MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Successões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 104, n.º 65. Volume I; NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre Successão Testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 81. Volume II; CARVALHO SANTOS, J.M.. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 9.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 211. Volume XXII; BARROS, Hermenegildo de. Do direito das successões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacinto R. Santos, 1918, n.º 227. Volume XVIII; RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 45. Volume 7; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 58-59. Volume 6; GOMES, Orlando. *Successões*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.34; PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.37. Volume 6.

⁵³ COING, Helmut; KIPP, Theodor. *Erbrecht*. 14. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990, p. 471-473 *passim*. Grifos nossos.

⁵⁴ «Il n'est donc pas permis de déclarer un héritier indigne pour toute autre cause que celles qui viennent d'être énoncées. [...] La loi ne s'étant écartée de ses règles ordinaires, touchant la dévolution des biens par voie d'hérédité, que dans tels cas, parce qu'il lui a paru juste et convenable de punir l'héritier qui s'y trouverait, l'on ne saurait, sans blesser son esprit, étendre par analogie ses dispositions exceptionnelles à d'autres faits encore». Cf. DURANTON, Alexandre. *Cours de Droit Civil suivant le Code Civil*. 2^{ème} éd. Paris :Alex-Gobelet, 1828, p. 112-113. Tome Sixième.

⁵⁵ BAUDRY-LACANTINERIE, G.; WAHL, Alberto. *Trattato Teórico-Pratico di Diritto Civile. Delle Successioni*. Traduzione di Pietro Bonfante. Milano: Francesco Vallardi, [s.d.], p. 198. Volume I.

⁵⁶ REsp 1185122/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 17/02/2011, DJe 02/03/2011; REsp 1102360/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 09/02/2010, DJe 01/07/2010; Apelação Cível Nº 70003186897, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 27/02/2002; Apelação Cível Nº 70013245972, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 20/07/2006; TJRJ – Apelação nº 0141822-



A aproximação entre Moral e Direito, propugnada pelos sectários do neoconstitucionalismo, apesar de altissonante e politicamente correta, suscita mais dúvidas do que respostas. Afinal, qual o conteúdo que se esconde baixo desse vocábulo – “Moral”? Muito além do “conjunto das prescrições de comportamento admitidas numa época e numa sociedade determinadas”⁵⁷, o neoconstitucionalismo parece querer tirar desse mote uma revolução hermenêutica⁵⁸.

Escolhido o Direito como elemento intermediador entre faticidade e validade, a única linguagem que se pode admitir no exercício do Poder Judiciário é a “normatividade”, a qual corresponde uma imbricação fundamental entre a possibilidade de sanção, que irmana todos os “Rechtsgenossen” livres e iguais, e o consentimento necessariamente pautado por uma motivação racional⁵⁹.

A questão cuja análise parece-nos mais profícua à discussão até aqui travada é aquela aventada, de forma sobremaneira aguda, no acórdão exarado pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS na Apelação nº 70005798004⁶⁰, em que veio à balha a situação jurídica de um condenado por homicídio qualificado de seu sogro, que, na presente demanda, discutia a partilha de bens com a filha da vítima em

04.2002.8.19.0001 (2008.001.49698) – 2ª Câmara Cível - Des.^a Leila Mariano - Julgamento: 08/10/2008.

⁵⁷ LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Paris: PUF, 1997, p. 348. Tome Deuxième.

⁵⁸ Revolução essa que não preza por uma verdadeira racionalidade jurídico-constitucional, na exata medida em que, conferindo um poder estratosférico a todo e qualquer intérprete da Constituição, sem desonerar-se do peso argumentativo, destitui-lhes de qualquer legitimidade. Ao mesmo tempo em que propala a supremacia da Constituição, propicia a sua pasteurização, diluída em princípios cujos conteúdos são passíveis de preenchimentos ideológicos momentâneos. Para a devida crítica, vide BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 7-8: “Na base desse novo modo de pensar a Constituição, os neoconstitucionalistas põem o confronto entre o ‘princípio da constitucionalidade’ (ou princípio da racionalidade constitucional) e o ‘princípio da Democracia’, dizendo que o primeiro deve sucumbir ante o segundo [...] Chuva ácida, ao nosso ver, que mais cedo ou mais tarde passará, sem embargo do intenso brilho com que os neoconstitucionalistas expõem as suas reconceituações sobre o Poder Constituinte e a Constituição”. Veja-se, com não menor lucidez, o texto de SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Bahia: Jus Podivm, 2009, p. 31-68 *passim*.

⁵⁹ Confira-se, no original, em HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 22: „Als Kandidat für eine solche Erklärung bietet sich das Medium des Rechts an, insbesondere in der modernen Gestalt des positiven Rechts. Solche Rechtsnormen ermöglichen nämlich hoch artifizielle Gemeinschaft, und zwar Assoziationen von gleichen und freien Rechtsgenossen, deren Zusammenhalt gleichzeitig auf der Androhung äußerer Sanktionen wie auf der Unterstellung einer rational motivierten Einverständnis beruht“.

⁶⁰ “Meação. Divórcio. Indignidade. Quem matou o autor da herança fica excluído da sucessão. Esse é o princípio consagrado no inc. I do art. 1595 do CC, que revela a repulsa do legislador em contemplar com direito sucessório quem atenta contra a vida de alguém, rejeitando a possibilidade de que, quem assim age, venha a ser beneficiado com seu ato. Essa norma jurídica de elevado teor moral deve ser respeitada ainda que o autor do delito não seja herdeiro legítimo. Tendo o genro assassinado o sogro, não faz jus ao acervo patrimonial decorrente da abertura da sucessão. Mesmo quando do divórcio, e ainda que o regime do casamento seja o da comunhão de bens, não pode o varão receber a meação constituída dos bens percebidos por herança. Apelo provido por maioria, vencido o relator. (segredo de justiça)”. (Apelação Cível Nº 70005798004, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 09/04/2003)



uma ação judicial de divórcio. A apelante pretendia a exclusão de seu cônjuge da partilha de bens, encaixando-o no âmbito do art. 1.814, inc. I, do CC/2002, eis que o patrimônio lá dividido seria oriundo, exclusivamente, do inventário do *de cuius*.

A solução engendrada pela maioria vitoriosa no referido acórdão (no sentido de afastar da meação do cônjuge todos os bens advindos do inventário do *de cuius*) é inspirada, fora de dúvidas, pelas mais relevantes preocupações humanitárias que são cultivadas pelos espíritos iluminados. O entendimento, aliás, parece encontrar respaldo em doutrina absolutamente minoritária⁶¹.

Ocorre que, já dissera Valéry, os pensamentos, tal como as emoções, nascem nus e são frágeis como os homens; “il faut donc les vêtir”⁶². A única “vestimenta” admissível em um pronunciamento jurisdicional, manifestação típica de uma “dominação legal”⁶³, deve ser racional, onde prepondera o argumento de natureza jurídica que tenha o maior peso.

Precisamos esclarecer que, para os fins aos quais nos propusemos, por “argumento de natureza jurídica” não se entende, exclusivamente, a utilização de signos lingüísticos empregados pelo legislador formal, isto é, as “regras”⁶⁴. A leitura do conteúdo do acórdão, contudo, não nos propicia elementos suficientes à aferição de qual seria o exato conteúdo que se atribuiu a “princípio”.

⁶¹ “Os efeitos da indignidade não podem atingir somente sucessores. Quem atenta contra a vida do autor da herança não merece ser contemplado com o seu acervo hereditário, seja a que título for. Descabido limitar a indignidade exclusivamente aos atos praticados por herdeiros. Todos que agirem contra a vida do de cuius ou seus familiares não devem ser beneficiados. [...] Impositivo reconhecer que o elenco legal não é taxativo e que lei consagra um princípio: a pessoa que atenta contra a vida de outrem não pode ser beneficiado com o seu patrimônio. Não importa se o autor detém ou não a condição de herdeiro. Sempre que houver possibilidade de locupletamento indevido, simplesmente não pode ser beneficiado”. Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: RT, 2008, p.290-291.

⁶² VALÉRY, Paul. *Littérature*. In: *Tel Quel*. Paris: Gallimard, 1941, p. 127.

⁶³ O domínio racional legal, típico do Estado Moderno, tem por fundamento a crença na validade dos regulamentos estabelecidos racionalmente e na legitimidade dos chefes designados nos termos da lei. Nesse sentido, todo direito, seja ele estabelecido por convenção ou por outorga, vale em virtude de um procedimento racional. Os membros do agrupamento só obedecem ao direito e são chamados cidadãos, isto quer dizer que não são obrigados a submeter-se senão nas condições previstas pela lei. Cf. WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie*. 5. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1980, p. 125.

⁶⁴ Tal é a nomenclatura que cada vez mais é incorporada no discurso metajurídico de nossa atualidade. Para que não haja prejuízo no emprego da terminologia, esclarecemos que utilizamos o termo “regra” para sintetizar uma espécie do gênero “norma”, que se define por uma pretensão de completude, imediatamente descritiva de comportamento nas modalidades deonticas de permissão, proibição ou obrigatoriedade. Para o termo “princípio”, por outro lado, é esclarecedor o caráter de mandado de otimização atribuído por ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1994, p.75-76: “Der für die Unterscheidung Von Regeln und Prinzipien entscheidende Punkt ist, daß Prinzipien Normen sind, die gebieten, daß etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird. Prinzipien sind demnach Optimierungsgebote, die durch charakterisiert sind, daß sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und daß das gebotene Maß ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt”. No balanço entre ambas, surge fundamental uma diferença qualitativa, e não tão somente de grau.



O voto condutor da maioria, no caso, invoca o art. 4º da LICC⁶⁵, cujo conteúdo encontra símile no art. 12 do Código Civil italiano, o qual, por sua vez, mereceu acurada análise de Riccardo Guastini⁶⁶. A classificação desse autor, a respeito das três técnicas de emprego de princípios, pode ser útil na análise do acórdão: a terceira delas, sobretudo, consiste “en elaborar una norma implícita que se supone instrumental a la actuación de un principio (previamente reconocido como tal); y, por otro lado, en elevar después la norma implícita así construída al rango de principio”⁶⁷.

A mera leitura da ementa do acórdão basta a ver-se que o seu argumento central é a “principiologização” de um rol de hipóteses definidos por lei. O que pareceria uma contradição em termos é utilizado como “norma implícita”, apta a albergar/sancionar aquele que não ostenta nenhuma das condições (herdeiro ou legatário) da cabeça do art. 1.814 do CC/2002, elegendo-se explícita e discricionariamente a premissa de um “sentimento de justiça”.

Considerados os fundamentos que a doutrina reconhece ao neoconstitucionalismo, questões como essa podem ser resolvidas com apelo à “principiologização”, isto é, aos “fundamentos metodológico e normativo”, segundo os quais os princípios assumiriam o papel normativo central dos ordenamentos jurídicos, servindo como “pontes entre o Direito e a Moral”⁶⁸.

Em Direito Civil – o “direito do cidadão”, em tradução do “bürgerliches Recht” –, as construções jurídicas costumam derivar do balanço entre necessidades/sentimentos imediatos e a coerência conceitual; é tarefa da lógica jurídica, assim, garantir a harmonia entre ambos, fixando os limites dos conceitos jurídicos⁶⁹. Não é incomum, mormente no Direito Civil, que esses sentimentos acabem assumindo a carapuça de “ragionamento non avvertito”, transplantado para a aplicação do Direito⁷⁰.

Façamos apelo, pois, a categorias jurídicas já assentadas na dogmática civilística, já que a doutrina reconhece a esse conceito – “categoria jurídica” – um

⁶⁵ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁶⁶ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Traducción de Andréa Greppi. México: Fontamara, 2003, p.136-137: *Sin embargo, los principios no son idóneos por sí solos para ofrecer la solución de específicas controversias: por lo general necesitan, como suele decirse, ‘concretización’.*[...] *La construcción de esta norma específica constituye, precisamente, la ‘concretización’ del principio. Pero, de otra parte, no hay norma específica que pueda ser recabada de un principio con un razonamiento deductivo, y, por tanto, constrictivo, sin la adición de ulteriores premisas. La elección de las premisas es fruto de la discrecionalidad.* Grifos nossos.

⁶⁷ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Traducción de Andréa Greppi. México: Fontamara, 2003, p. 141.

⁶⁸ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 82-87 *passim*.

⁶⁹ *Anzi le forze dell’evoluzione giuridica nella storia sono sempre queste due: l’utilità immediata e la coerenza concettuale, il bisogno e la formula del suo soddisfacimento, la vita esterna ed il pensiero [...] La logica ha nel diritto una parte principale: il valore di un istituto, la sua estensione, l’interpretazione di una norma e la sua forza di elasticità dipendono dal precisare alcuni concetti, fissandoli e limitandoli.*Cf. COGLIOLO, Pietro. *Filosofia del Diritto Privato*. 2.ed. Firenze: G. Barbèra, 1891, p. 101.

⁷⁰ COGLIOLO, Pietro. *Saggi sopra l’evoluzione del Diritto Privato*. Torino: Fratelli Bocca, 1885, p. 80.



fundamental papel, não só filosófico, como prático. Do ponto de vista filosófico, porque uma categoria jurídica de Direito Civil encerra um nível de objetivização racional historicamente desenvolvido⁷¹, ao contrário de um “juízo moral” cujo ranço subjetivista obstaculiza sua universalização. Do ponto de vista prático, considera-se que uma só regra seria insuficiente à regulação da miríade de relações sociais sobre as quais o Direito se debruça, daí porque a legiferação costuma organizar-se em aglomerados com nível crescente de amplitude: categorias, instituições e ordens⁷².

Sublinhando o inegável tributo que essa técnica jurídica de categorização presta à segurança jurídica, o trecho da obra do professor Paul Roubier merece transcrição integral:

Le système des catégories juridiques offre de très grands avantages pour l'ordre juridique : grâce à lui, les nuances innombrables, les lignes floues des multiples faits sociaux viennent s'encadrer dans des règles bien tracées et sont ainsi aisément saisies par le droit, qui leur communique ses vertus d'ordre et de simplicité.[...] **On évite ainsi un saut dans l'inconnu: la précision des conditions, la netteté des effets, dans chaque catégorie, donnent la sensation d'une charpente solidement établie, reconnaissable pour tous**⁷³

Ora, a categoria jurídica da indignidade sucessória (determinada pelos artigos 1.814 a 1.818 do CC/2002), como se demonstrou na seção precedente, caracteriza-se, historicamente, por ter seu âmbito restrito às hipóteses legalmente definidas. A ampliação casuística (porque se dá no caso concreto, sem qualquer previsão explícita) do âmbito da norma do art. 1.814 subverte os limites conceituais da categoria, calcinando, pois, a sensação de segurança jurídica a que aludimos, indo de encontro à sua função de “renforcer la rationalité et la cohérence du droit”⁷⁴.

⁷¹ O expoente desse fator encontra-se na *Begriffsjurisprudenz* alemã, movimento do séc. XIX que se abeberou no vasto manancial filosófico da Escola Histórica, a qual pode ser sinteticamente conceituada como “vasto movimento cultural alemão surgido na última parte do século XVIII [...] Tinha essa escola por essencial, contra o racionalismo moderno-iluminista e a sua abstracta e a ahistórica autonomia construtiva – contra, numa palavra, a ‘razão’ more geométrico, analítico-intelectual e dedutivo-generalizante que se pensava capaz de atingir o princípio de todas as coisas”. Cf. CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995, p.203. Volume 2. Especificamente a respeito dessa racionalidade lógico-conceitualmente dedutiva, WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer berucksichtigung der deutschen entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1952, p.255-256: „Das System des wissenschaftlichen beansprucht Geschlossenheit, ja Lückenlosigkeit. Ihr dient das unablässige Ausfeilen und Zuschleifen der rechtswissenschaftlichen Begriffe bis zur vollen Systemgerechtigkeit. Die begriffliche Subsumtion ist daher bei jedem erdenklichen Rechtsfall möglich und notwendig. Dann aber ist die ‚Rechtsfindung‘ des Richters stets Subsumtion, also ein logischer Akt“. Nesse mesmo sentido, ainda, STAMMLER, Rudolf. *Theorie der Rechtswissenschaft*. Berlin: Halle an der Saale, 1911, p. 641 et seq.

⁷² A nomenclatura é de ROUBIER, Paul. *Théorie Générale du Droit*. 2^{ème} éd. Paris: Recueil Sirey, 1951, p.15.

⁷³ ROUBIER, Paul. *Théorie Générale du Droit*. 2^{ème} éd. Paris: Recueil Sirey, 1951, p.16. Grifos nossos. Essa conclusão é respaldada na doutrina de outro mestre francês, qual seja GÉNY, François. *Science et technique: en droit privé positif*. Paris: Recueil Sirey, 1921, p. 120, § 206. Tome Troisième.

⁷⁴ BERGEL, Jean-Louis. *Théorie Générale du Droit*. 4^{ème} éd. Paris: Dalloz, 2003, p. 221, n.º 191.



O apelo a aforismos jurídicos em língua latina, igualmente, não nos sensibiliza. Em primeiro lugar, porque a mera tradição fundada na repetição, já o dissera com brilhantismo Sumner Maine⁷⁵, está sujeita àquela descontextualização deletéria à compreensão do real significado de que era dotado à época de sua aplicação. Em segundo lugar, porque o *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* invocado – tal como a maioria dos argumentos de autoridade – surge parificado no mundo jurídico, com uma imediata segunda faceta: a doutrina clássica é uníssona ao evocar um outro brocardo romano de maneira a sugerir solução diversa desta contemplada. Refiro-me ao já citado *nulla poena sine lege*, enquanto realce ao caráter punitivo da indignidade.

Convém que se examine, outrossim, a distinta natureza jurídica das relações jurídicas envolvidas no acórdão, operando verdadeira dissecação da “anatomia” do “corpo” jurídico em questão⁷⁶. Em estrita visão analítica, o Poder Judiciário foi chamado a se manifestar sobre uma relação jurídica de Direito de Família (“F”): trata-se do divórcio (dissolução do vínculo conjugal – art. 1.571, *caput* e § 1º, CC/2002), a qual origina uma partilha do patrimônio cuja construção fática se deu durante o convívio dos cônjuges. Dessas constatações decorre que deve haver uma categorização em algum dos regimes de bens disponibilizados pela legislação civil: no caso, uma comunhão universal de bens (art. 1.667, CC/2002) que se encontra em fase de partilha.

A problemática da indignidade insere-se em uma relação jurídica de Direito das Sucessões (“S”), cuja eficácia tende a ser exclusiva desse mesmo ramo do Direito Civil⁷⁷. A uma relação jurídica de Direito de Família (“F”), pois, quis-se aplicar uma eficácia que é própria das relações jurídicas de Direito das Sucessões (“S”) com vistas à exclusão de um sujeito capaz de direitos. Nem sequer uma interpretação sistemática justificaria arrastar uma eficácia excludente – diríamos uma eficácia-limite, naquele espaço de excepcionalidade que Windscheid denominou como a reação do Direito contra si mesmo –, oriunda de atos que só podem ser praticados por sujeitos envolvidos na relação jurídica “S”, para uma relação jurídica “F”, a qual se encontra submetida à outra disciplina normativa.

⁷⁵ MAINE, Henry Sumner. *Ancient Law: Its Connection With the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*. London: John Murray, 1870, p. 117: «Other histories too, which have been handed down to us among the archives of the people to whose infancy they relate, have been thought distorted by the pride of the race or by the religious sentiment of a newer age. It is important then to observe that these suspicions, whether groundless or rational, do not attach to a great deal of archaic law. Much of the old law which has descended to us was preserved merely because it was old”.

⁷⁶ Segundo a doutrina propedêutica mais tradicional, tal é a função precípua da teoria geral do Direito. Cf. LA GRESSAYE, Brethe de. *Introduction Générale à l'Étude du Droit*. Paris: Recueil Sirey, 1947, p. 15 *et seq.*

⁷⁷ O autor não ignora que existem casos no Código Civil brasileiro em que a eficácia oriunda de ato jurídico *lato sensu* regido pelo Direito das Sucessões espargue seus efeitos restritivos e excludentes para o Direito de Família. Um exemplo disso é o contemplado no inciso IV do art. 1.693 do CC/2002, em que existe previsão expressa de que os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão, não podem ser administrados por estes. Trata-se, com efeito, de uma relação de Direito de Família que é tolhida pela eficácia da declaração judicial de indignidade. O exemplo, contudo, só reforça a nossa tese: a lei deve intervir explicitamente quando, ainda que em sede de um sistema interno do Código Civil, queira restringir direitos.



Ao fazê-lo, aliás, a fundamentação do acórdão pode ser atacada mediante outro prisma: a consequência prática de sua “justiça do caso concreto”, ao argumento de impedir que houvesse um locupletamento ilícito através da meação, corre o risco de subverter um esquema normativo pré-organizado pelo legislador de Direito de Família.

Noutras palavras, ao impedir que o genro, por intermédio da partilha oriunda da dissolução do vínculo conjugal, venha a adquirir os bens que compunham o inventário da vítima de seu ato criminoso, implica dizer que a filha do *de cuius* não tenha que dividir um patrimônio que é comum (consoante a leitura combinada do art. 1.667 com o art. 1.668, inc. V, ambos do CC/2002). Estar-se-ia, no presente caso, promovendo um enriquecimento ilícito de um dos cônjuges (filha do *de cuius*) graças a um procedimento hermenêutico que funde juridicamente as figuras do cônjuge meeiro e do não-herdeiro assassino.

O recurso a outro conceito da Teoria Geral do Direito poderia, aparentemente, justificar a extensão da “pena civil” da indignidade a um sujeito de direitos (como o genro, do caso analisado) que não ostente as condições exigidas pelo art. 1.814 (herdeiro ou legatário). Trata-se da fraude, a qual, segundo a melhor doutrina, “consiste à éluder une règle obligatoire par l’emploi à dessein d’un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif »⁷⁸.

Destarte, cumprindo o papel de correção ao funcionamento ordinário das regras, o emprego da teoria da fraude consistiria em uma técnica própria da argumentação jurídica para chegar-se à conclusão desejada: retirar da esfera patrimonial do genro o bem pertencente ao *de cuius* assassinado.

O paralelo é sedutor. mas descabido. A utilidade da sanção jurídica proveniente do reconhecimento do ato fraudulento foi cifrada pela doutrina àquelas ocasiões que escapam à incidência de qualquer regra⁷⁹. Noutras palavras: a fraude é um verdadeiro mecanismo de auto-defesa do ordenamento, mas timbrado pelo caráter da subsidiariedade⁸⁰.

A problematização de nosso caso, sob esse ângulo de vista, traz à balha a delicada questão que relaciona a esfera civil com a esfera penal, cujo desenvolvimento teórico fundamental não cabe neste espaço⁸¹. Para nossos propósitos importa referir,

⁷⁸ VIDAL, J. *Essai d’une théorie générale de la fraude en droit français*. Paris: Dalloz, 1957, p. 341. Diferenciando a fraude do « abuso de direito », cite-se GHESTIN, Jacques; GOUBEUX, Gilles. *Traité de droit civil. Introduction générale*. Paris: LGDJ, 1977, n.º 765 : «Tandis que l’abus de droit suppose l’exercice de prérogatives préexistantes, la fraude n’est généralement pas le mauvais exercice d’un droit déjà reconnu, mais le détournement d’une règle juridique pour acquérir un droit dont on est privé».

⁷⁹ GHESTIN, Jacques; GOUBEUX, Gilles. *Traité de droit civil. Introduction générale*. Paris: LGDJ, 1977, n.º 745. Ainda, BERGEL, Jean-Louis. *Théorie Générale du Droit*. 4^{ème} éd. Paris: Dalloz, 2003, p. 278, n.º 243 : «Ainsi, certaines manœuvres déloyales, ruses ou tromperies que l’on englobe au sens large sous le vocable de fraude, mais qui sont sanctionnées par d’autres règles légales n’ont pas à être incluses dans la notion stricte de fraude».

⁸⁰ VIDAL, J. *Essai d’une théorie générale de la fraude en droit français*. Paris: Dalloz, 1957, p. 391.

⁸¹ A título exemplificativo de algumas questões concernentes ao ponto, remetemos à leitura dos



tão somente, que a necessária subsidiariedade requerida para a aplicação da figura da “fraude” não se encontra preenchida se considerarmos, ainda que com certo elastério hermenêutico, estar a situação do genro, frente aos bens que eram de propriedade do *de cuius*, alcançada pela regra inscrita no inciso II do art. 91 do Código Penal brasileiro⁸².

Frise-se, aqui, a distância teórica que separa dois fundamentos convergentes a um só resultado prático. Tanto no caso de extensão da hipótese do inciso I do art. 1.814 a quem não seja herdeiro ou legatário, como no caso de considerar aqueles bens auferidos a título de meação como produtos de um crime, o resultado será uno (perda dos bens); é a “metódica jurídica”⁸³ de um ou de outro, contudo, que define qual dos dois melhor se afina com o exercício de rigorosa argumentação jurídica.

5 CONCLUSÃO

Ao chegar-se ao espaço de síntese conclusiva deste ensaio, cumpre gizar o aspecto fundamental que caracteriza o instituto da indignidade, qual seja o caráter taxativo das hipóteses escolhidas pelo legislador, resultado de um longo processo histórico que remonta às construções pretorianas do Direito Romano imperial.

seguintes acórdãos: Apelação Cível Nº 596185256, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 28/08/1997; Apelação Cível Nº 599204930, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 09/06/1999; Agravo de Instrumento Nº 597180702, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eliseu Gomes Torres, Julgado em 15/04/1998; Agravo de Instrumento Nº 70002423044, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 30/05/2001.

⁸² Art. 91 - São efeitos da condenação: [...] II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: [...] b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

⁸³ Faço expressa referência ao termo germânico “*Methodik*”, empregado por Friedrich Müller em sua prestigiada “*Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts*”. Para a citação, não a encontrando no vernáculo, consulte a primorosa tradução feita por Peter Naumann, na qual se encontra este conceito altamente sintético – *Methodik* – e agregador de toda a diferença que se pretende expor entre a fundamentação empregada no acórdão e aquela que se propõe neste ensaio. Müller explora os conceitos fundamentais a respeito da “*Methodik*” ao escrever: “*A metódica do trabalho é uma metódica de titulares de funções. [...] A representação e publicação da fundamentação deve, por um lado, convencer os atingidos (Betroffenen), por outro tornar a decisão controlável para um possível reexame por tribunais de instância superior, para outras chances da tutela jurídica e com vistas à questão da sua conformidade à constituição. [...] De acordo com a medida dessa estrutura distinta de tarefas, a práxis jurídica não está obrigada à reflexão hermenêutica e metódica explícita, mas seguramente à busca de uma metódica que permite representar e verificar racionalmente a relevância de critérios normativos de aferição para a decisão, a relevância dos elementos do caso afetados por esses critérios de aferição e a sustentabilidade da decisão; de uma decisão que deve ser apurada a partir da mediação metodicamente diferenciada de ambos componentes por meio da concretização da ‘pertinente’ norma jurídica enquanto ‘norma de decisão’. A metódica deve poder decompor os processos da elaboração da decisão e da fundamentação expositiva em passos de raciocínio suficientemente pequenos para abrir caminho ao ‘feed-back’ (Rückkopplung) controlador por parte dos destinatários da norma, dos afetados por ela, dos titulares de funções estatais (tribunais revisores, jurisdição constitucional, etc.) e da ciência jurídica*”. Cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 35-38 *passim*.



Misteriosos são os caminhos pelos quais se desenrola as sendas da História, tendo o acórdão examinado feito o caminho reverso, regressando ao estágio histórico pré-justiniano, quando a plena liberdade de alienar os possíveis sucessores da herança, por quaisquer razões que aproovessem ao *de cuius*, era cancelada pelos pretores.

Os precedentes históricos não autorizam, contudo, a assunção de uma superior qualidade do desenvolvimento da ciência jurídica à base de acutiladas jurisprudenciais: foi através de “frestas” do ordenamento tedesco que a burocracia jurídica nacional-socialista, a partir de 1940, manipulava as relações civis de maneira a sustentar sua ideologia⁸⁴.

Para usar a expressão de um estudioso da temática, a “interpretação sem limites” (*unbegrenzte Auslegung*) põe à luz não tanto o desvalor da adoção de um determinado paradigma moral para a “correção” do direito posto, senão a denúncia dos perigos contidos em qualquer forma de construção jurídica que não se atenha a um procedimento racional – logo: controlável, oponível – de justificação⁸⁵.

A argumentação jurídica encontra-se sujeita, como se viu da análise do acórdão, a determinadas interpenetrações ontológicas entre sujeito e objeto, realizando uma amálgama entre a pessoa e seus atos⁸⁶, em que a influência da reprovabilidade (moral ou jurídica) que recaia sobre o ato sobrepõe-se à categorização jurídica do sujeito. Tal procedimento, como se pretendeu demonstrar, embora seja viabilizado por técnicas neoconstitucionalistas (próprias do seu fundamento normativo), engendra um déficit democrático que é evitado pela utilização das técnicas dogmáticas clássicas (como o são os conceitos de “categoria jurídica” e de “relação jurídica” empregados neste ensaio).

O vasto cabedal técnico de que dispõe a teoria geral do Direito para solucionar problemas – de acordo com essa tecnológica dogmática que satisfaz um ônus argumentativo democrático – leva-nos a crer que haveria outras considerações dessa ordem que ofertariam um deslinde melhor fundamentado para a situação examinada, as quais não foram expostas neste ensaio.

Nada obstante, o objetivo do autor é atingido na medida em que, não

⁸⁴ Ninguém expôs a matéria de maneira tão clara como SCHMITT, Carl. *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*. Hamburg: Hanseat. Verl.-Anst., 1933, p. 227 et seq. No mesmo sentido, não com menor brilhantismo, dissertou AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – II Potere Sovrano e la nuda Vita*. Torino: Einaudi, 2005, p.192 et seq.

⁸⁵ Para interessantíssimas reflexões sobre a temática, vide a obra de RÜTHERS, Bernd. *Die unbegrenzte Auslegung: zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. 5te Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1997.

⁸⁶ OLBRECHTS-TYTECA, Lucie; PERELMANN, Chaim. *La Nouvelle Rhétorique - Traité de l'Argumentation*. Paris: PUF, 1958, p. 398-399. Tome Deuxième: “pour prendre un exemple, que la morale et le droit ont besoin des notions de personne et d'acte dans leur liaison et leur indépendance relative. La morale et le droit jugent à la fois l'acte et l'agent : ils ne pourraient se contenter de prendre en considération un seul de ces deux éléments. Du fait même qu'on le juge lui, l'individu, et non ses actes, on admet qu'il est solidaire des actes qu'il a commis. Mais cependant, si l'on s'occupe de lui, c'est en raison d'actes, que l'on est capable de qualifier indépendamment de sa personne».



desmerecendo o invulgar sentimento de solidariedade humanística de que resulta o repúdio à cobiça sanguínea, o ensaio apresentou uma fundamentação adequada em dois aspectos complementares: ao mesmo tempo em que (i) não deturpa a categoria jurídica em jogo, preservando seus limites conceituais e a segurança jurídica que dela decorre, (ii) não deixa sem qualificação jurídica determinada titularidade de bens que, em tese, repugnaria a determinada concepção de justiça.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – Il Potere sovrano e la nuda Vita*. Torino: Einaudi, 2005.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. *Theorie der juristischen Argumentation*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

ALVAREZ, Lasarte. *Curso de Derecho Civil Patrimonial*. 3.ed. Madrid: Trivium, 1991.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*. 9.ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1947.

BARASSI, Lodovico. *Le Successioni per causa di morte*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1947.

BARBERO, Domenico. *Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano*. 2.ed. Torino: UTET, 1949. Volume II

BARROS, Hermenegildo de. Do direito das sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacinto R. Santos, 1918. Volume XVIII.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Themis*. Fortaleza, v. 4, n. 2, jul./dez. 2006.

_____. A Constitucionalização do Direito e do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008.

BAUDRY-LACANTINERIE, G.; WAHL, Alberto. *Trattato Teórico-Pratico di Diritto Civile. Delle Successioni*. Traduzione di Pietro Bonfante. Milano: Francesco Vallardi, [s.d.]. Volume I.

BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

BINDER, Julius. *Derecho de Sucesiones*. Traducido de la segunda edición alemana por José Lacruz Berdejo. Buenos Aires: Labor, 1953.

BERGEL, Jean-Louis. *Théorie Générale du Droit*. 4^{ème} éd. Paris: Dalloz, 2003.

BIONDI, Biondo. *Istituzioni di Diritto Romano*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1956.

_____. *Diritto Ereditario Romano*. Milano: Giuffrè, 1954.

BOUCHARD, Gérard; DICKINSON, John A.; GOY, Joseph. *Les Exclus de la Terre en France et au Québec. La Réproduction Familiale dans la Différence*. Sillery: Septentrion, 1998.



- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BROX, Hans. *Erbrecht*. 15. Aufl. Köln: Heymann, 1994.
- BUNIVA, Giuseppe. *Delle Successioni Legittime e Testamentarie*. 2.ed. Torino: Arnaldi, 1870.
- CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit*. Paris: LGDJ, 2001.
- CARVALHO SANTOS, J.M.. *Código civil brasileiro interpretado*. 9.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. Volume XXII.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- CATEB, Salomão de Araújo. *Deserdação e indignidade no direito sucessório brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- CHIRONI, G. P. *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*. 2.ed. Torino: Fratelli Bocca, 1912.
- CICU, Antonio. Successioni per causa di morte. In: _____; MESSINEO, Francesco. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, 1954. Volume XLII. Tomo I.
- COING, Helmut; KIPP, Theodor. *Erbrecht*. 14. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990.
- COGLIOLO, Pietro. *Saggi sopra l'evoluzione del Diritto Privato*. Torino: Fratelli Bocca, 1885.
- _____. *Filosofia del Diritto Privato*. 2.ed. Firenze: G. Barbèra, 1891.
- COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*. Paris: Dalloz, 1936. Tome Troisième.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- COMTE DE MIRABEAU, Honoré Gabriel Riqueti. Discour. In: CUZACK, P. *Du Droit d'Aînesse et du Partage de Succession dans les Landes*. Bayonne: [s.ed.], 1852.
- D'AVANZO, Walter. *Delle Successioni*. Firenze: Barbèra, 1941. Tomo I.
- DE GOYTISOLO, J. Vellet. *Panorama de Derecho de Sucesiones*. Madrid: Civitas, 1984. Volume II.
- DE PAGE, Henri. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1946. Tome Neuvième.
- DERNBURG, Heinrich. *Pandekten*. 5te Auflage. Berlin: H. W. Müller, 1897. Dritte Band.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Volume 6.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: RT, 2008.
- DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. Paris: Nyon Aine, 1777. Tome I.
- DOSSETTI, Maria. Concetto e fondamento della successione necessaria. In: BONILINI, Giovanni (org.). *Trattato di Diritto delle Successioni e Donazioni*. Milano: Giuffrè, 2009. Volume III
- DURANTON, Alexandre. *Cours de Droit Civil suivant le Code Civil*. 2^{ème} éd. Paris: Alex-Gobelet, 1828. Tome Sixième.



ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. 3.ed. Barcelona: Bosch, 1981. Volume II. Tomo I.

FADDA, Carlo. *Concetti Fondamentali del Diritto Ereditario Romano*. Milano: Giuffrè, 1949. Volume I.

FAVOREAU, Louis. La constitutionnalisation du droit. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *La Constitutionnalisation des branches du Droit*. Aix-Marseilles : Economica, 1998.

GATTI, Hugo E. *Estudios de Derecho Sucesorio*. Montevideo: Republica Oriental del Uruguay, 1950.

GÉRARD, Pierre Auguste Florence. *Code Civil expliqué par la jurisprudence des Cours et de Tribunaux*. Bruxelles: J. Rozez, 1849. Tome Troisième.

GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil. Introduction générale*. Paris: LGDJ, 1977.

GIORGI, Giorgio. *Teoria delle Obbligazioni nel diritto moderno italiano*. Firenze: Fratelli Cammelli, 1905. Volume VI.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Traducción de Andréa Greppi. México: Fontamara, 2003.

_____. La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONNEL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Stuttgart: Philipp Reclam, 2009.

HITZIG, Hermann Ferdinand. *Die Grenzen des Erbrechts*. Zürich: Institut Orell Füssli, 1908.

IRURETA GOYENA, José. *Curso de Sucesiones*. Montevideo: Barreiro y Ramos, 1942.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Elementos de Direito das Sucessões*. 2.ed. Rio de Janeiro: Jornal do Comercio, 1929.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. In : *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. 1995, II, Kluwer, Haia.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Cruz Coutinho, 1915.

LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Paris: PUF, 1997. Tome Deuxième.

LA GRESSAYE, Brethe de. *Introduction Générale à l'Étude du Droit*. Paris: Recueil Sirey, 1947.

LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. Aufl. Berlin: Springer, 1995.

LAROMBIERE, Léobon Valéry Léon Jupile. *Théorie et pratique des Obligations. Commentaire des titres III & IV, du Code Napoléon*. Paris: A. Durand, 1857. Volume I.



- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Volume XXI.
- LERMINIER, Eugène. *Introduction Générale à l'Histoire du Droit*. Paris: Alexandre Mesnier, 1829.
- LIPOVETSKY, Gilles. *L'Ère du vide. Essais sur l'individualisme contemporain*. Paris: Gallimard, 1983.
- LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Da responsabilidade de herdeiro e dos direitos do credor da herança*. São Paulo: Saraiva, 1928.
- LOSANA, Cesare. *Le successioni testamentarie secondo il Codice Civile italiano: commento pratico*. Torino: Fratelli Bocca, 1884.
- LUHMANN, Niklas. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz: Kohlhammer, 1974.
- MAINE, Henry Sumner. *Ancient Law: Its Connection With the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*. London: John Murray, 1870.
- MARCADÉ, Victor Napoléon. *Cours Elémentaire de Droit Civil Français*. 5^{ème} éd. Paris: Delamotte, 1859. Tome Troisième.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. Volume I.
- MICHALSKI, Lutz. *Erbrecht*. 3. Aufl. Heidelberg: C.F.Müller, 2006.
- MICHAUX, Alexandre. *Traité Pratique des Testaments*. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1865.
- MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. Um ensaio sobre a autoridade na razão no Direito Privado. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: UFRGS, 2002. Volume XXI.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. Volume 6.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- NARDI, Enzo. *I Casi di Indegnità nel Diritto Successorio Romano*. Milano: Giuffrè, 1937.
- NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. Volumes I e II.
- OLBRECHTS-TYTECA, Lucie; PERELMANN, Chaïm. *La nouvelle réthorique - Traité de l'Argumentation*. Paris: PUF, 1958. Tome Deuxième.
- ORÚS, Manuel. *Sucesiones. Fundamento filosófico. Unidad y Pluralidad*. Buenos Aires: Revista de Jurisprudencia Argentina, 1941.
- PACIFICI-MAZZONI, Emidio. *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*. Firenze: G.Pellas, 1868, p.21. Libro Terzo. Parte Prima.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Volume 6.
- PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire du Droit Civil*. 7^{ème} éd. Paris: LGDJ, 1918. Tome Troisième.



_____; RIPERT, Georges. *Traité Pratique de Droit Civil Français*. 2^{ème} éd. Paris: LGDJ, 1956. Tome IV.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3.ed. São Paulo: RT, 1984. Tomo LV.

_____. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. Tomo XXII.

POTHIER, Pierre Joseph. *Œuvres*. 12^{ème} éd. Paris: H. Plon, 1861. Tome Huitième.

RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 5te Aufl. Stuttgart: K. F. Koehler, 1956.

RATHENAU, Walter. *Von Kommenden Dingen*. Berlin: Fischer, 1917.

RICCI, Francesco. *Corso Teorico-Pratico di Diritto Civile*. Torino: UTET, 1907. Volume II.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. Volume 7.

ROGUIN, Ernest. *Traité de Droit Civil Comparé – Les Successions*. Paris: LGDJ, 1908. Tome Premier.

ROUBIER, Paul. *Théorie Générale du Droit*. 2^{ème} éd. Paris: Recueil Sirey, 1951.

_____. *Droits Subjectifs et Situations Juridiques*. Paris: Dalloz, 1963.

RUGGIERO, Roberto de; MAROI, Fulvio. *Istituzioni di Diritto Privato*. 8.ed. Milano: Giuseppe Principato, 1955. Tomo III.

RÜTHERS, Bernd. *Die unbegrenzte Auslegung: zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. 5te Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1997.

SANCHÍS, Luis Pietro. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Bahia: Jus Podivm, 2009.

SHELLHAMMER, Kurt. *Erbrecht nach Anspruchsgrundlagen*. 3. Aufl. Heidelberg: C.F.Müller, 2010.

SCHMITT, Carl. *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*. Hamburg: Hanseat. Verl.-Anst., 1933,

STAMMLER, Rudolf. *Theorie der Rechtswissenschaft*. Berlin: Halle an der Saale, 1911.

TAVARES, José. *Os princípios fundamentais do direito civil*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1929. Volume I.

TEWES, August. *System des Erbrechts nach heutigem Römischen Rechts*. Leipzig: [s.ed.], 1863.

WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie*. 5. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 1980.

WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer berucksichtigung der deutschen entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1952.



WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrecht*. Frankfurt am Main: Literarische Anstalt Rutten & Loening, 1891. Dritter Band.

VALÉRY, Paul. *Tel Quel*. Paris: Gallimard, 1941.

VELOSO, Zeno. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. Volume 21.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. direito das sucessões*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. Volume 7.

VIDAL, J. *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*. Paris: Dalloz, 1957.

ZACHARIAE, Karl Solomon. *Cours de Droit Civil Français*. Traduit de l'allemand sur la cinquième édition par Charles Aubry et Charles Rau. Bruxelles: Meline et Cans, 1850. Tome Deuxième.

ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de las Sucesiones*. 4.ed. Buenos Aires: Depalma, 1999.



A DESTINAÇÃO DOS RESTOS MORTAIS DE SERES HUMANOS: UMA REFLEXÃO TRANSDICCIPLINAR NORTEADA PELOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Daniel dos Santos¹
Pablo Gilnei Simor²
Sabrina Brum Sanchez³

1 INTRODUÇÃO

Com o crescente desenvolvimento tecnológico e métodos de análise que permitem resultados seguros considerando os métodos científicos que os constituem, algumas práticas e costumes passam a ser questionados, especialmente quando analisados a partir do texto constitucional.

Durante um remoto período da história, até a atualidade, a destinação de restos mortais foi matéria de que o direito pouco se ocupava, seus regramentos possuíam mais relações com os costumes e as crenças religiosas. Contudo, o crescente desenvolvimento demográfico da população mundial faz pertinente alguns questionamentos envolvendo a utilização do solo e a preservação dos recursos naturais.

A Constituição Federal brasileira de 1988 consagrou a proteção ambiental de modo indiscutível, elegendo mecanismos e princípios modeladores à atuação infraconstitucional e de seus poderes por meio de seus agentes, de modo a garantir a preservação dos recursos para utilização desta e das gerações que a sucederão.

Nessa busca pela proteção ambiental, vislumbrando a máxima preservação nos termos da determinação constitucional, é possível que a destinação de restos mortais de seres vivos possa representar riscos à preservação dos recursos naturais? Os cemitérios podem ser considerados agentes poluentes? Na busca por alternativas, a cremação pode ser considerada como um agente antipolvente?

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo. Aluno Especial do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado – UNISC. e-mail: daniel@zamilparafusos.com.br.

² Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Passo Fundo. e-mail: pablosimor@yahoo.com.br.

³ Bacharel em Direito pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo. e-mail: binabrum@yahoo.com.br.



Durante o processo de decomposição de um corpo já há a liberação de líquidos que são considerados vetores de certas doenças, e também agentes de poluição dos recursos hídricos, essenciais à vida.

Incumbe analisar a prática da destinação de restos mortais mais disseminadas, a imunização, em seus principais desdobramentos, bem como a verificação do instituto da cremação e sua evolução histórica, tudo isso contextualizando o tema sob a ótica jurídica, em especial do direito constitucional.

Com a realização de um apanhado histórico-jurídico acerca dos institutos que envolvem a destinação dos restos mortais de seres humanos, o objeto passa a ser observado a partir das premissas constitucionais, sem desconsiderar que os recursos hídricos que podem estar sendo afetados são indispensáveis à manutenção da vida. Incumbe, sobretudo, analisar os impactos e as dimensões do possível dano de um plano, muitas vezes, transdisciplinar para que os elementos que possam elucidar a questão sejam mais eficientes.

Por fim, buscar alternativas condizentes com os preceitos constitucionais, de modo a garantir a preservação do meio ambiente, expressa a consagração de valores que merecem atenção especial na sociedade contemporânea, em especial, o respeito à vida, não só em atenção à condição humana, mas em consideração a todas as formas de vida que coexistem.

2 A DESTINAÇÃO DOS RESTOS MORTAIS DE SERES HUMANOS E OS NOVOS DIREITOS

Durante toda a vida, a pessoa humana tem seus direitos resguardados nos termos estabelecidos no ordenamento jurídico. Ocorre que, após a morte, a destinação dos restos mortais dos seres humanos, bem como a própria legislação que a prevê parece superficial perante os novos direitos⁴.

A problemática, envolvendo a matéria ambiental, mostra-se pertinente com a edição de normas que visam à otimização da utilização para adequada preservação do meio ambiente⁵, em especial dos recursos hídricos, essenciais à vida humana.

⁴ Segundo entendimento de Montoro, os novos direitos da pessoa humana são aqueles que objetivam primar pela expressão valorativa máxima de cada ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana. Dentro de tal concepção, o autor faz menção ao direito ao meio ambiente sadio. A respeito desse novo direito referiu, ainda, que “[...] a questão ecológica é um dos temas mais importantes de nosso século. [...] Como defesa da sociedade, diante dos males e ameaças provocados pelas diversas modalidades de poluição do ar, das águas, do solo, da flora e da fauna, estão sendo elaboradas novas normas em quase todos os campos do direito.”. MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 9.

⁵ Referem Leuzinger e Cureau (2008, p. 2), acerca da terminologia utilizada, que “[...] a utilização da expressão *meio ambiente*, por outro lado, também tem sofrido críticas, por autores como Vladimir Passos de Freitas e Ramón Martín Mateo, que a entendem redundante, pois no termo meio ambiente já estaria contido o sentido da palavra meio.”. (grifo dos autores). LEIZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 2.



Nessa ótica, todas as discussões demonstram interesse relevante a respeito da temática, que não se restringem às vivências comumente explícitas, tanto nos arcaísmos positivos, quanto nas determinações infralegais, decorrentes do exercício de poder de polícia⁶, tampouco na doutrina menciona-se, de maneira focada, a questão da destinação dos restos mortais de seres humanos, que possui também consequências ambientais.

De acordo com o processualista Moraes, o crescimento da população alcança índices preocupantes, ao referir que o índice mundial de natalidade, anualmente, aproxima-se dos oitenta milhões de pessoas. Lembra que, no ano de 1999, a Organização das Nações Unidas apontou em um de seus relatórios que a população mundial estimada era de seis bilhões de pessoas, enquanto em 1942 o número era de 2,5 bilhões⁷.

O aumento do índice populacional é evidente, e não só a utilização dos recursos naturais enquanto em vida deve ser objeto de preocupação das instituições jurídicas, também a destinação do corpo após a morte, considerando que o processo de decomposição elimina toxinas que contaminam o meio ambiente. Diante de tal preocupação, elucida que “[...] somos levados a conjecturar que a cremação, em futuro não muito longe, talvez seja a maneira mais sensata para resolver esse problema da humanidade, independentemente da religião.”⁸.

Primeiramente, importante elucidar a conceituação relativa à nomenclatura que diferencia os institutos envolvendo a referida matéria, assim, de acordo com a classificação estabelecida por Moraes⁹,

Cremação, que vem de *cremare*, significa incinerar ou queimar, é um método muito antigo asséptico, usado pelos orientais, para transformar em cinza ou pó os restos mortais, o corpo físico inerte, o cadáver da pessoa. [...] **Imunização** é o mesmo que sepultamento ou enterro, pois o verbo imunar quer dizer sepultar ou enterrar; é isso que, com maior frequência, acontece no Ocidente, particularmente, no Brasil por sua vastidão de suas terras, pelo seu imenso espaço físico. **Exumar**, que é um verbo composto por *ex* + *humus* (terra), do latim, e significa desenterrar ou retirar de dentro da terra. (grifo do autor).

Desse modo, nota-se que a cremação é usual desde os tempos remotos para

⁶ O poder de polícia é, de acordo com Meirelles, “[...] a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”, cabendo ao agente público, de acordo com os preceitos que o dever lhe impõe, agir de forma discricionária e fiscalizadora, com escopo de proteção do interesse público. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008. p. 133.

⁷ MORAES, Bismael Batista de. *Pena de morte e cremação*. São Paulo: DPL, 2001. p. 39.

⁸ Moraes, 2001, p. 39.

⁹ Moraes, 2001, p. 38.



a transformação do corpo humano sem vida, inclusive com o escopo de prevenir e eliminar possíveis contaminações. Desfocando de tal observação, a grande motivação para a destinação dos restos mortais é de cunho religioso¹⁰. Diante disso, a cremação torna-se alternativa aos anseios demográficos¹¹ e à questão das necessidades ambientais que envolvam preservação e conservação do sistema ambiental.

3 AS INCONVENIÊNCIAS DA PRÁTICA IMUNIZAÇÃO ENQUANTO AGENTE AGRAVANTE DA POLUIÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS

Grande parte dos recursos naturais extraídos da natureza, utilizados para a manutenção e desenvolvimento da vida humana, não possuem possibilidade de renovação, sua utilização está rumo ao término, pela aniquilação de tais recursos.

Diante de uma perspectiva nova, a qual, de um lado, buscam-se novas alternativas ou recursos que possam substituir uns aos outros, de outro lado, o manejo planejado e adequado dos recursos utilizados, também pode contribuir para a renovação dessa ordem, de modo a inibir a ação degradante causada pelo homem no planeta por ele habitado.

Embora todas essas alternativas convirjam para um ponto em comum, a preservação, em se tratando de proteção ambiental, resta a certeza do atraso perene. O clima está em constante e, de certa forma, assustadora mudança.

Não resta alternativa, face ao atual quadro de degradação dos recursos naturais do que um esforço sem precedente de conscientização e educação ambiental elevado e eficaz, capaz de contribuir para que novos hábitos sejam praticados em prol da preservação do patrimônio comum, a fim de se poder garantir não só uma amostra ilustrativa de meio ambiente às futuras gerações, mas pelo meio ambiente preservado à sobrevivência delas.

3.1 O meio ambiente enquanto bem jurídico

A necessidade de proteção ao meio ambiente mostra-se necessária e atual, maximizando tal predicado pela maneira inconsequente como o homem explorou o

¹⁰ “O Ritual das Exéquias de 1969, em vigor desde 1º de junho de 1970, no item 15, recomenda a concessão de ritos exéquias cristãos aos que optarem pela cremação, salvo se a opção deu-se por razões contrárias à vida cristã. Mas a Igreja prefere o costume de sepultar os corpos, como nosso Senhor quis mesmo ser sepultado.” (SILVA, Justino Adriano Farias da. *Tratado de direito funerário*. Volumes I. São Paulo: Método Editora, 2000., p. 884).

¹¹ Os anseios demográficos, notadamente, tangem acerca da utilização não precária do solo, levando em consideração os diferentes aspectos, como a necessidade de seu aproveitamento devido às necessidades motivadas, especialmente, pelo aumento populacional constante. Ademais, para Dias, a questão do “[...] solo é, segundo Fichte, o amparo comum da humanidade. [...] Este direito não é, em Fichte, um direito à propriedade, mas o direito de cada um satisfazer as suas necessidades vitais, isto é, o direito à subsistência, o direito à autopreservação ou dos direitos sociais básicos.” (DIAS, Maria Clara. *Os direitos sociais básicos: uma investigação filosófica da questão dos direitos humanos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.p. 42).



planeta desde a Antiguidade, ignorando a cadeia natural de renovação dos recursos extraídos.

Na atualidade, uma das grandes preocupações do ordenamento jurídico concentra-se acerca da preservação e da renovação dos recursos naturais que, vitimizados pelo modelo extrativista, encontram-se em rota de se esgotarem. Não só a preservação e a renovação estão em voga, mas também a busca por alternativas que demonstrem redução do impacto ambiental¹².

Assim, objetivando uma adequada compreensão do tema, convém ressaltar a definição trazida por Migliari Júnior¹³, ao definir que:

O meio ambiente é a integração e a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais, culturais e do trabalho que propiciem o desenvolvimento equilibrado de todas as formas, sem exceções. Logo, não haverá um ambiente quando não se elevar ao mais alto grau de excelência, a qualidade da integração e da interação desse conjunto.

Denota-se, portanto, que não basta que hajam políticas envolvidas com determinados seguimentos ou setores do meio ambiente, latente a observância do conjunto, para que a preservação atinja a integralidade da obra abarcada pela supramencionada concepção.

Contudo, se não bastasse a preocupação a respeito da finitude de alguns recursos naturais de ordem não renovável ou de difícil renovação, em especial a água, indispensável para a manutenção dos seres vivos, fazem com que outras peculiaridades ganhem terreno pertinente ao enfrentamento da problemática, como é o caso da poluição desses recursos, que torna sua reserva inutilizável.

¹² O impacto ambiental pode ser compreendido como “[...] qualquer degradação do meio ambiente, qualquer alteração dos atributos deste. Seu conceito legal é calcado no conceito de poluição, mas não é só por esta que se causa impacto ambiental.” (AFONSO DA SILVA, 2007, p. 288). A questão do impacto ambiental tomou corpo quanto se tornou exigência sua realização nos termos da Lei n.º 6.938 de 31 de agosto de 1981, no art. 9º, inciso III, bem como determinação, e conceituação, na Resolução CONAMA nº 1, de 23 de janeiro de 1986, que prevê: “Art. 1º. Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II - as atividades sociais e econômicas; III - a biota; IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V - a qualidade dos recursos ambientais”. Assim, percebe-se que o Relatório de Impacto Ambiental objetiva não só a ciência das potencialidades de degradação que determinada atividade humana possa causar, como também possui o escopo de dar ciência à coletividade acerca do teor do estudo, conforme teor da Resolução CONAMA n.º 6, de 24 de janeiro de 1986. Ainda, o fundamento para o instrumento que é o estudo que determina o grau do impacto ambiental possui assento no art. 225, §1º, inciso IV da Constituição Federal de 1998.

¹³ MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *Crimes ambientais: Lei 9.605/98, novas disposições gerais penais: concurso de pessoas, responsabilidade penal da pessoa jurídica, desconsideração da personalidade jurídica*. 2. ed. Campinas: CS Edições Ltda., 2004. p. 12.



Nas palavras de Afonso da Silva¹⁴,

A qualidade do meio ambiente transforma-se, assim, num bem ou patrimônio, cuja preservação, recuperação ou revitalização se torna um imperativo do Poder Público, para assegurar uma boa qualidade de vida, que implica em boas condições de trabalho, lazer, educação, saúde, segurança, enfim, boas condições de bem-estar do Homem e de seu desenvolvimento.

Dessa sorte, compreendendo o meio ambiente enquanto sistema, a mínima alteração em um de seus componentes, potencialmente, pode ocasionar dano aos outros, resultando em situação agravante em face da natureza dessa modificação, ocasionada por qualquer espécie de poluição, que tornará o meio ambiente desequilibrado para o uso natural não só da espécie humana, mas de todos os organismos vivos que dela necessitam.

Desse modo, os recursos hídricos tornam-se indispensáveis à manutenção da vida, assim como o oxigênio para a grande parte das espécies de seres vivos. Preservar os recursos elementares não constitui ação distinta de preservar a vida.

3.2 Os recursos hídricos enquanto componentes ambientais relevantes

Os recursos hídricos merecem atenção diferenciada do ordenamento jurídico. A água é componente indispensável para a manutenção e, conseqüentemente, existência de considerável parte dos seres vivos deste planeta. Seria impensável a concepção de vida sem água.

Dentro de tal premissa, a água, enquanto bem jurídico, não pode sofrer apropriação por particulares, pelo fato de estar intimamente relacionada à existência de vida, ainda que se refira, de modo doutrinário, ao domínio particular e público das águas. A semântica da concepção, tratada pelos estudiosos, não pode exprimir alcance diverso ao de que a água que estiver situada dentro de determinada área está sujeita ao controle de seu proprietário. Contudo, “[...] toda a água, em verdade, é um bem de uso comum de todos.”¹⁵

Assim, o meio ambiente como um todo passa, de forma íntima, a relacionar-se com outros primados inerentes à gama de direitos tidos como humanos e aqueles que são fundamentais¹⁶, como, por exemplo, o próprio direito à vida.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 24.

¹⁵ Silva, 2007, p. 120.

¹⁶ Os direitos humanos e os direitos fundamentais não se confundem, embora ambos representem os direitos atrelados à condição humana, viabilizadores da efetivação de sua dignidade, os primeiros situam-se em um plano internacional, enquanto os últimos estão colocados dentro de uma órbita nacional, reconhecidos pelos instrumentos formais do país, positivados. (NOGUEIRA, 2008, p. 32).



Todo o ser humano necessita de recursos provenientes do meio ambiente como condição fundamental para o seu sadio desenvolvimento: ar puro, água potável, alimentos, luz e calor na medida, entre outros. Enfim, toda a biodiversidade possui uma integração e dinâmica pela qual todos os seres soam interdependentes na qual a qualidade de vida se realiza¹⁷.

Nesse aspecto, não restam dúvidas de que a preocupação com os recursos hídricos é imediata e relevante, e dependente dela não só a vida humana, mas também, a de tantas outras espécies componentes do ecossistema¹⁸, que possuem relação intrínseca de interdependência¹⁹.

Ademais, no tocante à água potável, compreendida como propícia ao consumo humano e, conforme já frisado, indispensável à manutenção da vida, uma porcentagem ínfima é doce, sendo dela um número ainda menos expressivo a que se encontra na superfície terrestre²⁰.

Dessa forma, os recursos hídricos assumem papel fundamental enquanto componentes ambientais, relevantes porque não se pode conceber a existência – a vida – dentro do ecossistema terrestre sem a presença do referido elemento.

A proteção aos recursos hídricos deve ter primeiro plano não só na ordem jurídica, mas nas ações que convergem para um ponto em comum, a preservação.

3.3 A agressão ao meio ambiente

A preservação não só na atualidade, mas no decorrer das gerações depende, indispensavelmente, dos esforços de manutenção e restauração de sua qualidade do meio ambiente, com o escopo de garantir os elementos indissociáveis à vida no planeta. Nesse contexto, a agressão ao meio ambiente pode ser traduzida como sendo qualquer prática capaz de alterar a qualidade do meio ambiente, podendo prejudicar a vida dos seres que o compõe.

Um ponto negativo e incondizente com a edificação principiológica que informa o Direito Ambiental cuida da questão de limitar os conceitos, com o escopo de

¹⁷ RUSCHEINSKY, Aloísio. *Meio ambiente e direitos humanos: um diálogo pertinente*. In: *Relatório Azul 2006*. Porto Alegre: CORAG, 2006. p. 79

¹⁸ Nos moldes de concepção estabelecida por Miralé, compreende-se “por ecossistema ou sistema ecológico qualquer unidade que inclua todos os organismos de uma determinada área, interagindo com o ambiente físico [...]. O ecossistema é uma unidade básica da Ecologia”, que por sua vez é concebida como a análise científica voltada à relação existente entre os seres vivos – na acepção abrangente da nomenclatura – com o seu habitat, ou em relação ao meio ambiente onde estão inseridos. (MIRALÉ, 2007, p. 1244).

¹⁹ LEMOS, Patrícia Fraga Iglecias. *Direito ambiental: responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 31

²⁰ No que tange à estimativa dos recursos hídricos, Lemos aponta que “[...] a porcentagem dos recursos hídricos diretamente disponíveis é muito pequena, já que apenas 2,7% da água do planeta é doce e, desse percentual, apenas 0,40% se encontra nas continentais superficiais e na atmosfera, sendo que 22,4% de toda a massa hídrica são constituídos por águas subterrâneas.”. (2008, p. 32).



restringir a aplicação das leis. A prática agressiva ao meio ambiente não é só a que depende de ação do agente que possa, potencialmente, causar o dano, mas, em muitos casos, a omissão daqueles que não poderiam ignorar tal fator.

Importante definição encontra fundamento na Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que transmite por ideia de degradação a situação modificadora dos elementos identificadores do meio ambiente, enquanto aponta o fator poluição como sendo a baixa na qualidade do meio ambiente que ocasione, de forma direta ou não, prejuízo à saúde, ao bem-estar, ou seja, que de maneira negativa causem impacto à humanidade²¹.

Portanto, segundo informa Miralé²²,

[...] o legislador vincula, de modo indissociável, *poluição e degradação ambiental*, ao salientar expressamente que a poluição resulta da degradação, que se tipifica pelo resultado danoso, independentemente da inobservância de regras e padrões específicos.

Dessa feita, nota-se que o conceito de poluição²³, compreendida enquanto degradação causadora de impacto prejudicial ao meio ambiente, trazido pela referida Lei é complexo e abrangente, não se limitando à ofensividade ao meio ambiente rústico, assim compreendido aquele que não foi manipulado pelo ser humano.

Assim, as agressões ao meio ambiente também são compreendidas enquanto alterações degradantes ao modo de vida, ou seja, aos padrões de vivência tidos em uma determinada sociedade em determinada época, podendo afetar também as questões de relações sociais e de mercado, do ambiente de trabalho, não se mantendo restrita apenas ao dano causado aos recursos naturais indispensáveis à vida.

A mais deplorável forma de degradação que pode atingir a natureza, ocasionando danos imensuráveis, provém não de outros fenômenos naturais, mas da ação

²¹ A Lei n.º 6.938/81, denominada Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, informa que “Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.”.

²² MIRALÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

²³ A Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, estabelece, de acordo com a inteligência do artigo 54, penas para aqueles que cometam ato que se caracterize como poluição do meio ambiente.



humana que, por exemplo, não para de aquecer a temperatura do globo terrestre com o descaso e a voracidade com que explora suas atividades econômicas, com os recursos hídricos o desrespeito não é diferente.

3.4 A poluição dos recursos hídricos

Um dos grandes problemas, ou preocupações, do ordenamento jurídico diz respeito a preservar e restaurar o meio ambiente de modo que seja utilizável não só na atualidade, mas, também, possa ser desfrutado pelas gerações que sucederão as atuais, consoante disposição do texto constitucional.

Muitas podem ser as causas da poluição²⁴, bem como muitos podem ser os agentes poluidores que, de acordo com o bem jurídico, ou patrimônio afetado, causará maior ou menor impacto ao meio ambiente. A poluição, dentro do contexto tratado, pode ser compreendida enquanto uma forma de alteração substancial do ambiente natural, passível de afetar de maneira negativa a qualidade de vida proporcionada pelo meio ambiente *in natura*.

Conforme leciona Afonso da Silva²⁵, a “[...] poluição é o modo mais pernicioso de degradação do meio ambiente natural [...]”, pelo fato de que, direta ou indiretamente, importa em reflexo de atividade desenvolvida pelo homem.

A grande preocupação encontra-se acerca da poluição dos recursos hídricos potáveis, que são indispensáveis e condicionantes do fator vida. A gravidade do tema é apontada por Leaney²⁶, que relata que ínfimos “[...] 1% – uma pequenina parcela – é água doce destinada ao consumo.”.

Nesse propósito, “[...] pode-se dizer que a água doce é o mais importante recurso da humanidade, individualmente considerado [...]”, pelo fato de ser indispensável à

²⁴ O conceito de poluição, para fins legais, começa a ser caracterizado a partir da edição do Decreto-Lei nº 303, de 28 de fevereiro de 1967, que definia poluição como “[...] qualquer alteração nas propriedades físicas, químicas ou biológicas do meio ambiente (solo, água e ar), causada por substância sólida, líquida ou gasosa, ou em qualquer outro estado de matéria, que, direta ou indiretamente”, resultasse na criação de situação inapropriada para a utilização, causasse impactos negativos à flora e à fauna ou, ainda, restasse prejudicial à população, consoante referência do art. 1º do mencionado diploma. Atualmente, a Lei nº 6.938, de 31 agosto de 1981, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, regulamenta a matéria dispondo que: “Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.”, dando um caráter mais abrangente ao delinear, juridicamente, a questão da poluição.

²⁵ SILVA, 2007, p. 29.

²⁶ LEANEY, Cindy. *Poluição*. Tradução de Cláudia Cabilio. São Paulo: DCL, 2008. p. 26



vida e ser tão raro no meio natural com propriedades adequadas ao consumo²⁷.

Na mesma linha, Passos²⁸ expõe que “[...] nada há de novo em afirmar que os recursos de água doce constituem um componente essencial de todos os ecossistemas terrestres e, portanto, imprescindível em todos os aspectos da vida [...]”, tornando-se dela integrante, elementar.

Um dado relevante, de certa forma até alarmante, segundo aponta Leany²⁹ a “[...] água que não é segura para beber é responsável por até 80% das doenças em países em desenvolvimento”, dessa feita, a afirmação reafirma a complexidade da temática, pois sugere que grande parte da água doce³⁰ que abastece as populações encontra-se imprópria para o consumo.

Ainda, na construção desse aspecto, estabelece Afonso da Silva (2007, p. 123-124) que

A poluição da água é entendida como qualquer alteração de suas propriedades físicas, químicas ou biológicas que possa importar prejuízo à saúde, à segurança e ao bem-estar das populações, causar dano à flora e à fauna ou comprometer seu uso para fins sociais ou econômicos. (grifo do autor).

Torna-se, assim, fato imperioso para ser tratado pelo direito a questão da água³¹, que faz parte do cotidiano não só do ser humano, mas também de toda a biodiversidade, pois, de acordo com Miralé³², trata-se de “valiosíssimo recurso diretamente associado à vida.” (MIRALÉ, 2007, p. 215).

Inconcebível de rejeição uma defesa ampla e consistente a respeito da manutenção das condições de aproveitamento da água potável³², principalmente, que

²⁷ DREW, David. *Processos interativos homem-meio ambiente*. Trad. João Alves dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1994. p. 87

²⁸ PASSOS, Cynthia Regina de Lima. A utilização de águas pluviais como alternativa ambientalmente sustentável: exemplos e possibilidades. In: FREITAS, Vladimir Passo de. *Direito ambiental em evolução*. n. 5. Curitiba: Juruá, 2007. p. 116

²⁹ LEANEY, 2008, p. 27.

³⁰ De acordo Pellacani (2009, p. 28) “juridicamente, são consideradas águas doces aquelas com salinidade igual ou inferior a 0,5%”, o que não significa que a água que apresente índice de presença da referida substância esteja apta ao consumo, apenas daquelas carregadas da substância que depende de distinto processo de purificação.

³¹ De acordo com a Lei nº 9.966, de 28 de abril de 2000, a poluição dos recursos hídricos por substâncias nocivas ou perigosas, ou por óleo, torna-se passível de ensejar multa, de R\$ 7.000,00 (sete mil) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), podendo ser diária, e mais suspensão das atividades em alguns casos, sem prejuízos das sanções competentes a outras esferas ou órgãos de controle, de acordo com a competência.

³² A água compreendida como potável é aquela que apresenta condições de consumo, despida de elementos estranhos a sua composição que possam causar malefícios à saúde ou que afetem de maneira negativa o meio ambiente. De acordo com Pellacani, as águas são classificadas, geralmente, em internas e externas, no plano do direito internacional. Classificando-se, assim, de acordo com efetivo ponto onde se encontram no globo terrestre (2009). Ademais, para Afonso



esbarre em costumes que precisam ser repensados face à necessidade inegável da proteção que se deve fazer acerca de bem tão precioso.³³

3.5 A forma de poluição que se enquadra a imunação

A grande ameaça do planeta, atualmente, ou uma das mais relevantes é a questão da sua incontestável e sistemática degradação pela ação humana, a poluição. Esse tipo de agressão ao meio ambiente possui, do ponto de vista doutrinário, e legal, muitas óticas, de acordo com a substância que a causa, ou o recurso atingindo.

Dentre inúmeras possíveis causas de poluição dos recursos hídricos, a mais corriqueira é a causada por resíduos sólidos e outras substâncias depositadas diretamente no solo e de complexo processo de decomposição. Geralmente, esses restos de matéria indesejada são depositados em aterros para que sofram processamento natural de decomposição, sendo, ao final, absorvidos pelo meio ambiente. Contudo, tal prática, atualmente, merece severas críticas do ponto de vista do Direito Ambiental, conforme posto no Diploma Basilar.

Segundo proposição de Machado³⁴,

[...] o termo ‘resíduo sólido’, como entendemos no Brasil, significa lixo, refugo e outras descargas de materiais sólidos, incluindo resíduos sólidos de materiais provenientes de operações industriais, comerciais e agrícolas de atividades da comunidade, mas não inclui sólidos ou dissolvidos nos esgotos domésticos ou outros significativos poluentes existentes nos recursos hídricos, tais como a lama, resíduos sólidos dissolvidos ou suspensos na água, encontrados nos efluentes industriais, e materiais dissolvidos nas correntes de irrigação ou outros poluentes comuns da água.

Nessa concepção, a matéria é tratada de maneira mais abrangente do que a prevista na Lei n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que atualmente regulamenta a matéria, de modo a inferir outras práticas, desconsideradas as que potencialmente possam expressar risco de serem atividades poluidoras.

da Silva, primordialmente contribuiu para a aferição de uma distinção entre as águas de domínio marítimo a Conferência das Nações Unidas a respeito do Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, em 1972, a Convenção da Organização das Nações Unidas, realizada em Montego Bay, Jamaica, no ano de 1982 (2007). No que tange às águas existentes dentro do território de cada nação, compreendido enquanto solo, as diretrizes foram realizadas na Convenção de Haia, em 1930. (PELLACANI, 2009).

³³ O valor da água possui elevado atributo econômico, para tal constatação basta que se realize a comparação entre o preço do litro d’água e outros produtos comuns no mercado de consumo, como a gasolina, o quilo de algum alimento que componha a cesta básica, como o arroz ou o feijão, principalmente pelo fato de ser um recurso escasso a demanda desse bem pela população mundial ser na atualidade de cerca de “10% da quantidade existente.”. (MIRALÉ, 2007, p. 220).

³⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 562



Isso porque os resíduos sólidos, de um modo geral, “[...] têm sido negligenciados tanto pelo público como pelos legisladores e administradores, devido provavelmente à ausência de divulgação de seus efeitos poluidores[...]”, ocasionando uma espécie de invisibilidade ao tema³⁵.

Todavia, a poluição ocasionada pela destinação irresponsável de resíduos sólidos seja atribuída à poluição do solo. Ela é, também, de forma indiscutível, causa da contaminação dos recursos hídricos, considerando que grande parte dos recursos hídricos está depositado nas reservas subterrâneas, que, por sua vez, comunicam-se com rios e lagos que encontram nelas sua nascente.

Desse modo, o instituto da imunação poderia receber tratamento jurídico semelhante ao dado aos resíduos sólidos, por óbvio, obedecendo a condições especiais inerentes à sua natureza, mas levando-se em consideração, dentre outros fatores, a potencialidade do dano causado ao meio ambiente.

Contudo, a atual concepção acerca da espécie de poluição causada pela imunação é apontada como poluição orgânica, por apresentar a eliminação de substâncias no meio ambiente através do processo de putrefação dos restos mortais³⁶.

3.6 A prática da imunação enquanto agente agravante da poluição dos recursos hídricos

Imperiosa é a questão de que se deve dar uma destinação aos restos mortais dos seres humanos, não há como negar tal premissa, com o escopo de evitar dano àqueles que permanecerem vivos.

Na concepção de Almeida e Macedo³⁷, com a ausência de vida,

[...] o corpo humano se transforma. Passa a ser um ecossistema de populações formadas por artrópodes, bactérias, micro-organismos patogênicos destruidores de matéria orgânica e outros, podendo pôr em risco o meio ambiente e a saúde pública, sendo os cemitérios repositores de cadáveres e laboratórios de decomposição, apresentam riscos que exigem cuidados técnicos e científicos na sua implantação e operação.

A prática da imunação, conforme já referido, consiste em enterrar os restos do *de cuius* para que a natureza se encarregue, por via de seus recursos naturais, da decomposição do corpo humano. Esse processo, motivado por agentes biológicos, em especial os micro-organismos transformam a matéria orgânica do corpo humano,

³⁵ MACHADO, 2008, p. 562

³⁶ PELLACANI, Crísthian Rodrigo. *Poluição das águas doces e superficiais e responsabilidade civil*. Curitiba: Juruá, 2009.

³⁷ ALMEIDA, Adriano M. de; MACÊDO, Jorge Antônio Barros de. *Parâmetros físico-químicos de caracterização da contaminação do lençol freáticos por necrochorume*. Disponível em: http://www.tratamentodeagua.com.br/r10/Lib/Image/art_125263061_contaminacao_por_necrochorume.pdf. Acesso em: 13 out 2010. p. 2.



líquidos, órgãos e tecidos em uma substância aquosa denominada necrochorume³⁸.

Dessa forma, o resultado da decomposição implica em eliminação de resíduos que contaminam o solo e podem atingir os reservatórios hídricos subterrâneos, alterando os índices aceitáveis para o consumo das águas potáveis e modificando o ecossistema. Tal modificação dá-se pela inserção de micro-organismos, bactérias e metais pesados que não se dissolvem no meio aquático, ou acabam por interagir com a água, alterando sua composição.

A alteração na composição da água, além de significar perda na qualidade, pode ocasionar a disseminação de doenças, à medida que se está ingerindo substâncias não condizentes com as que o corpo humano pode e deve absorver, como os metais pesados e as substâncias tóxicas, especialmente³⁹.

Ainda, deve-se considerar a possibilidade de comunicação entre as águas subterrâneas e superficiais, compreendidas como rios e lagos, por exemplo, que possuem seus nascedouros com alimentações subterrâneas. O trabalho de Ottaway⁴⁰ expõe tal preocupação ao referir que a condição “[...] da água será bem pior [...]”. Não só tal rio será repugnante e inútil como fonte de água potável, mas também as condições serão favoráveis para o crescimento de organismos patogênicos [...]”, tornando uma real ameaça à vida.

Imperioso, dessa feita, que sejam buscadas alternativas suficientes a impedir a contaminação da água quando, para isso, basta que se tomem alternativas simples, como repensar o modo de vida, os costumes, através de uma educação voltada à proteção integral do meio ambiente, em especial dos recursos de importância vital e não renováveis, sem barrar o desenvolvimento, fazendo com que este seja sustentável.

4 CONCLUSÃO

Quando se analisa o tema da destinação de restos mortais de seres humanos sob o prisma do direito ambiental constitucional, denota-se não só orientação de

³⁸ O necrochorume é substância apontada como sendo a “[...] principal causa de poluição no cemitérios, durante a decomposição dos cadáveres, é liberado um líquido denominado necrochorume. Esta solução aquosa rica em sais minerais e substâncias orgânicas desagradáveis, de tonalidade castanho-acinzentada, viscosa, de cheiro forte e com grau variado de patogenicidade. [...] Sua constituição é de 60% de água, 30% de sais minerais e 10% de substâncias orgânicas, duas delas altamente tóxicas, cadaverina e putrescina, que produzem como resíduo final de seus processos de composição íon e amônio e também pode conter micro-organismos patogênicos.”. (BARBIÉRI, Roberto S.; NEIRA, Dérica F.; PRATTE-SANTOS Rodrigo; TERRA, Vilma R. *Impactos do necrochorume nas águas subterrâneas do cemitério Santa Inês, Espírito Santos, Brasil*. Disponível em: <http://www.naturezaonline.com.br/natureza/conteudo/pdf/07_NeiraDFetal_3641.pdf>. Acesso em 18 out. 2010. 2008, p.37).

³⁹ MASSARO, Sérgio. PONTIN, Joel Arnaldo. *O que é poluição química*. São Paulo: Brasiliense, 2001. p. 34-35.

⁴⁰ OTTAWAY, James Henry. *Bioquímica da poluição*. Tradução de Luiz Pitombo, Sérgio Massaro. São Paulo: EPU, 1982. p. 9.



tratamento da matéria, mas a preocupação jurídica que a matéria representa, em especial, pelo fato inafastável da vida humana estar intimamente relacionada a ela.

Refletir e praticar os preceitos de proteção e preservação ambiental significa, antes de tudo, não ignorar nenhuma questão que possa implicar degradação do meio ambiente, em especial quando essa ofensa atentatória seja a poluição causada por atividade humana, que geralmente consiste no produto da exploração econômica. O único ser vivo que despreza por completo a natureza, que age como se tudo a sua volta tivesse nele o fundamento de ser é o homem.

Desse modo, as ações devem ser contemplativas da lógica imposta pelo texto constitucional, que visa à proteção ambiental para que seja possível preservá-lo para as futuras gerações, a conscientização soa como sobrevivência, considerando que os recursos hídricos são indispensáveis à manutenção da vida humana e não são perenes, estão em rota de se esgotarem.

Mecanismos como os princípios da precaução e prevenção devem ser aplicados da forma mais ampla possível, pois o dano ambiental é de difícil reparação, por muitas vezes até irreparável, observando lapso temporal que o meio ambiente leva perfazer o *status quo ante*.

Assim, imperiosa a otimização da utilização dos recursos naturais de ordem não renovável, ilidindo a possibilidade de causar danos que impossibilitem sua utilização e disseminar práticas de sua utilização com sabedoria, principalmente no que tange à água potável.

A prática e os costumes não analisam a temática da destinação dos restos mortais de seres humanos com a devida cautela e respeito ao meio ambiente. As diretrizes são falhas, à medida que comportam lacunas. O poder público é defasado e, muitas vezes, mal consegue atender a imposições simples. A fiscalização em alguns setores do Brasil soa como utopia. Mas se deve ter em mente que, em um país tão vasto, alguns serviços públicos simples como água potável e até mesmo os de cemitério são precários, por vezes inexistentes.

Não constitui ofensa aos costumes a busca pela sobrevivência, a utilização do conhecimento e das tecnologias como meio para obstar o fim dos recursos naturais indispensáveis à sobrevivência. O homem ultrapassou todos os seus limites, colocou, por atividade exclusivamente sua, não só a sua vida em perigo, mas constituiu a possibilidade de extração da semântica inerente ao signo vida.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Adriano M. de; MACÊDO, Jorge Antônio Barros de. *Parâmetros físico-químicos de caracterização da contaminação do lençol freáticos por necrochorume*. Disponível em: http://www.tratamentodeagua.com.br/r10/Lib/Image/art_125263061_contaminacao_por_necrochorume.pdf. Acesso em: 13 out 2010.

BARBIÉRI, Roberto S.; NEIRA, Dérica F.; PRATTE-SANTOS Rodrigo; TERRA, Vilma R.



Impactos do necrochurume nas águas subterrâneas do cemitério Santa Inês, Espírito Santos, Brasil. Disponível em: <http://www.naturezaonline.com.br/natureza/conteudo/pdf/07_NeiraDFetal_3641.pdf>. Acesso em 18 out. 2010.

DIAS, Maria Clara. *Os direitos sociais básicos: uma investigação filosófica da questão dos direitos humanos.* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

DREW, David. *Processos interativos homem-meio ambiente.* Tradução João Alves dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1994.

FARIAS DA SILVA, Justino Adriano. *Tratado de direito funerário.* Volumes I e II. São Paulo: Método Editora, 2000.

LEANEY, Cindy. *Poluição.* Tradução Cláudia Cabilio. São Paulo: DCL, 2008.

LEIZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LEMONS, Patrícia Fraga Iglecias. *Direito ambiental: responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente.* 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro.* 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MASSARO, Sérgio. PONTIN, Joel Arnaldo. *O que é poluição química.* São Paulo: Brasiliense, 2001.

MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *Crimes ambientais: Lei 9.605/98, novas disposições gerais penais: concurso de pessoas, responsabilidade penal da pessoa jurídica, desconsideração da personalidade jurídica.* 2. ed. Campinas: CS Edições Ltda., 2004.

MIRALÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário.* 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito.* 25. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Bismael Batista de. *Pena de morte e cremação.* São Paulo: DPL, 2001.

OTTAWAY, James Henry. *Bioquímica da poluição.* Tradução Luiz Pitombo, Sérgio Massaro. São Paulo: EPU, 1982.

PASSOS, Cynthia Regina de Lima. A utilização de águas pluviais como alternativa ambientalmente sustentável: exemplos e possibilidades. In: FREITAS, Vladimir Passo de. *Direito ambiental em evolução.* n. 5. Curitiba: Juruá, 2007.

PELLACANI, Cristhian Rodrigo. *Poluição das águas doces e superficiais e responsabilidade civil.* Curitiba: Juruá, 2009.

RUSCHEINSKY, Aloísio. Meio ambiente e direitos humanos: um diálogo pertinente. In: Relatório Azul 2006. Porto Alegre: CORAG, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional.* 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.



AS LIBERDADES COMUNICATIVAS E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Felipe da Veiga Dias¹
Jorge Renato dos Reis²

1 INTRODUÇÃO

A evolução do Estado até a sua conformação como Democrático e de Direito é seguida da crescente e justificada preocupação com os direitos humanos. Afirma-se, inclusive, que esse modelo de Estado ocupou-se de oferecer diversos mecanismos para a implementação das políticas do modelo anterior (*welfare state*) justamente para poder acautelar-se contra os horrores vividos nas grandes guerras e pelos regimes totalitários, os quais foram, sem dúvida, um dos mais duros golpes aos direitos humanos.

A partir disso, esforços não têm sido poupados para que os direitos humanos sejam protegidos e, mais do que isso, efetivados, o que conduz à luta pela consolidação da democracia e do respeito à sociedade pluralista, afastando-se, todo o possível, dos modelos de Estado totalitários.

Nessas condições, é um modelo de Estado Constitucional que se pretende sustentar, de uma democracia pluralista, que se oponha diretamente ao Estado totalitário. Esse modelo de Estado almejado é marcado justamente pela busca da verdade, ao contrário da espécie totalitária, que monopoliza a verdade, a informação e torna as ideologias inflexíveis.

Ademais, quando se fala em sociedade democrática, tem-se por pano de fundo o contexto atual, adjetivado por alguns autores de sociedade da informação (cujo conceito é abordado no desenvolvimento deste trabalho, inclusive), no qual o valor da informação, seja recebendo ou acessando, tem seu valor ampliado.

¹ Advogado. Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito – PUC/RS. Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista CAPES. E-mail: felipevdias@gmail.com.

² Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Salerno-Itália, Professor-Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC, Santa Cruz do Sul/RS. Brasil. Coordenador dos Projetos “Políticas públicas de educação para o consumo” e “O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai”. Coordenador dos Grupos de Estudos e Pesquisas (CNPQ) “Intersecções jurídicas entre o público e o privado” e “Direito de Autor”. Advogado – jreis@viavale.com.br.



Nesse contexto, emergem a liberdade de imprensa e a informação (ambas oriundas da liberdade de expressão) como importantes instrumentos de uma sociedade democrática a qual se permite a busca e o acesso à verdade. A acertada proteção internacional desses direitos confere-lhes os *status* de direitos humanos, existindo, em contrapartida, uma função social a ser atendida pelos meios de comunicação no exercício dessas liberdades.

Esses direitos, conforme se pretende desenvolver com mais atenção, transpassam a todo tempo a relação entre Estado Democrático de Direito e direitos humanos, motivo pelo qual o estudo das dificuldades na solução dos embates que não raro ocorrem (pois podem contrastar com outros direitos, como, por exemplo, a privacidade) são de inequívoca importância, justificando a indispensabilidade de trabalhos como o que segue.

2 O RECRUESCIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO EVOLUTIVO DO ESTADO

Demarcar um ponto de origem dos direitos humanos e fundamentais é tarefa extremamente difícil, além de temerária diante da diversidade de teorias a esse respeito³. Por esse motivo, far-se-á aqui uma construção junto à evolução do Estado (o qual conhece alguns parâmetros como Antigo, Grego, Romano, Medieval, dentre outros⁴), por considerar-se que a sua evolução até a conformação atual guarda íntima relação com a crescente preocupação sobre as questões envolvendo a proteção e a realização desses direitos.

Porém, antes de expor o crescimento conjunto do Estado nos termos propostos, há que se aludir um fato histórico muito relevante do ponto de vista da proteção desses direitos: a Magna Carta (1215). Essa declaração trouxe dispositivos no sentido de garantir direitos, como a propriedade, a liberdade de crença, dentre outras, juntamente à restrição dos poderes do monarca. Embora sua abrangência fosse restrita a alguns cidadãos ingleses (barões e senhores feudais)⁵, sua representatividade não é prejudicada, bem como seu valor como fundamento em futuros documentos.

Estabelecido esse marco inicial a ser adotado, faz-se um avanço temporal na análise, otimizando o espaço desse artigo, passando à abordagem do período revolucionário francês e da independência americana. Essa época foi marcada pelo

³ GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009. p. 103. “Há autores que se referem ao Código de Hamurabi, como marco histórico. Entretanto, como vimos, no capítulo anterior, a noção de proteção ao homem é tão antiga que se perde no tempo”.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 60 – 62.

⁵ GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009. p. 112. “O que ela consagrou, de fato, foram os direitos dos barões e prelados ingleses, restringindo o poder absoluto do monarca. Em síntese, um pequeno grupo de senhores feudais conseguiu algumas concessões pessoais do rei. Eram excepcionais e para um grupo determinado e identificado de pessoas, portanto de extensão limitada”.



movimento iluminista e seus ideais racionalistas, tendo influenciado o processo de independência americana (1776) e, posteriormente, servindo aos próprios revolucionários franceses (1789). No tocante ao último evento, peculiar o intento de seus membros em universalizar seus ideais, levando a defesa dos direitos do homem a todos os seres humanos.

Diante das evidentes alterações havidas das revoluções, nasce um novo modelo de Estado, já que a visão humanista não compactuava com o autoritarismo do monarca, dando vazão ao surgimento do Estado Liberal. Citam-se como traços marcantes desse modelo a legitimação da lei em todo seu poder (expressão da vontade do povo), a proclamação de direitos dos cidadãos ao lado da burguesia e o surgimento do conceito de liberalismo social, a subdivisão das competências do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) e, por fim, a Constituição como a fonte única a legitimar o poder estatal⁶.

Mesmo com a elevação do homem no contexto do Estado Constitucional Liberal, o liberalismo do século XIX mostrou-se insuficiente para erradicar as desigualdades sociais, tendo, ao final da I Guerra Mundial, o princípio da crise, levando a um período de mudanças. Surge nessa época o totalitarismo (fascista e comunista), como antagonista ao liberalismo, na tentativa de acabar com as disparidades sociais⁷. Refere-se também que os modelos totalitários utilizavam artifícios para conduzir a população, controlando as informações, restringindo a uma verdade singular, proveniente do Estado, sem pluralidade e limitando o acesso aos mecanismos de decisão⁸.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 37. “Verifica-se, portanto, que a premissa capital do Estado Moderno é a conversão do Estado Absoluto em Estado constitucional; o poder já não é de pessoas, mas de leis. São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda a energia no texto dos Códigos e das Constituições”.

⁷ OLIVEIRA, Almir de. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 119 – 120. “O século XIX foi o da consolidação do liberalismo. A sociedade reorganizou-se segundo as doutrinas políticas, econômicas e sociais do individualismo liberal. Os direitos do homem vieram a ser, nesse século e na primeira década do seguinte, apenas os direitos do indivíduo tomado isoladamente. O uso amplo da liberdade individual acabou por desequilibrar a sociedade ocidental, criando um mundo de injustiças sociais. Abriu-se o conflito entre o trabalho e o capital diante de um Estado indiferente, e favorecedor da opressão dos trabalhadores pelo empresariado. E chegou-se, ao fim da I Guerra Mundial, com a crise do Estado liberal, ensejando o aparecimento dos estados totalitários fascistas e comunistas, fruto da reação antiliberal, pretendendo aqueles e estes realizar a justiça social, de que o liberalismo não cogitara. Mas, uns e outros incorreram na prática da opressão política, suprimindo as liberdades públicas sob o pretexto de realizar a justiça social desprezada pelo liberalismo”. Pode-se referir que no período entre o estabelecimento do modelo liberal e sua crise houve evoluções nos direitos humanos, como a Constituição Francesa de 1848 (primeira vez na história em que foi abolida a pena de morte), a Convenção de Genebra de 1864, O Ato Geral da Conferência de Bruxelas de 1890 (sobre repressão ao tráfico de escravos africanos).

⁸ FERRARI, Vincenzo. Democracia e informação no final do século XX. In: GUIMARÃES, César; JUNIOR, Chico (Org.). *Informação e democracia*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000. p. 166. “Como prova do que foi dito, pode-se oferecer um sólido *argumentum a contrario* historicamente consolidado. Os regimes totalitários se propõem como objetivo fundamental precisamente o controle e a limitação da informação destinada a seus cidadãos, mantendo também secretos os próprios mecanismos decisórios. Por este motivo, por exemplo, eles se propõem a controlar a escola, não para oferecer aos estudantes uma educação pluralista e múltiplas ocasiões de confronto cultural, mas com o objetivo de lhes fornecer uma visão unitária do mundo, como a religiosa ou a política, de modo a prevenir desde a raiz os dissensos e, se necessário, marginalizar os dissidentes como desviantes



O insucesso do Estado Liberal conecta-se com os períodos de conflitos mundiais (1ª e 2ª Guerras), visto que acentuaram as dificuldades enfrentadas pela sociedade, bem como a falta de garantias dos direitos humanos e fundamentais, tanto nas órbitas internas quanto internacionais. Assim, naturalmente, o modelo de Estado Social vem suceder o seu antecessor (liberal), na tentativa de aproximar, novamente⁹, cidadãos e o Poder Público na construção de uma sociedade igualitária, garantindo direitos básicos ao desenvolvimento pessoal de cada ser humano, juntamente ao benefício da coletividade¹⁰.

Entretanto, os anseios do modelo social não conseguiram ser concretizados na sua totalidade, faltando-lhe força material e, assim, abrindo espaço ao Estado Democrático de Direito, que surge revestido de um conteúdo mais apto às modificações, superando o aspecto formal, fomentando efetivamente o desenvolvimento social e econômico¹¹. Os valores resguardados por essa espécie estatal alinham-se com uma preocupação com o ser humano, desejando concretizar uma existência digna e, conseqüentemente, difundir os ideais de defesa dos direitos humanos e fundamentais.

Com efeito, afirma-se que o Estado Democrático de Direito é um *plus* normativo

da única verdade preestabelecida. [...] Não é diferente a experiência com os regimes comunistas, que nos anos 80 entraram em crise, não somente por causa da desorganização econômica e, às vezes, militar, mas também por terem perdido a tradicional capacidade de pôr obstáculos no fluxo de informações provenientes de um mundo ocidental em plena revolução telemática. Outrossim, a difusão da cultura literária entre as classes subalternas – como a operária na Europa do final do século XIX e início do XX, ou os grupos de negros nos Estados Unidos e na África do Sul durante o regime de *apartheid* – foi essencial para a abolição dos privilégios antidemocráticos: o acesso à cultura literária é também um aspecto da informação”.

⁹ Objetivando superar o gerenciamento abusivo e autoritário do Estado Absolutista, o modelo liberal, animado pelo pensamento dos iluministas e dos processos revolucionários que se desencadearam na América (Independência Americana) e Europa, dentre eles a Revolução Francesa (1789), alterou a importância da esfera privada no mundo jurídico, dando-lhe maior independência. Tratava-se de uma necessidade de afastar o poder público das relações privadas (perfil individualista), tendo em vista os excessos outrora cometidos, levando à separação das questões privadas e públicas (dicotomia público/privado).

¹⁰ PÉRES-LUÑO. Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9 ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 230. “El tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho plantea una importante serie de cuestiones teóricas y prácticas. Se ha señalado, por ejemplo, que una de las más evidentes mutaciones operativas que comporta el Estado social reside en atribuir a los poderes públicos la consecución de la <<procura existencial>> (Daseinvorsorge); es decir, responsabiliza a la Administración de la tarea de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad reconocida no sólo a través de las libertades tradicionales, sino también a partir de la consagración constitucional de los derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural. Al propio tiempo, el Estado social de Derecho pretende asumir el cometido de reestructurar y equilibrar las rentas mediante el ejercicio de la política fiscal, lo que hace que haya podido ser denominado *Steuerstaat*”.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 93. “O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência”.



em relação ao Estado Social, ofertando diversos mecanismos para a implementação das políticas do *welfare state*¹² (e justamente por isso, pela instrumentalidade, constituindo-se em um *plus*). A preocupação nesse período era, sem dúvida, acautelar-se contra os horrores vividos nas grandes guerras e pelos regimes totalitários, o que se buscava exatamente por meio da previsão e efetivação de direitos.

Nessas condições, no protótipo do Estado Constitucional – ou da democracia pluralista – trazido por Peter Häberle, tem-se a formatação do mais bem sucedido modelo antagônico ao Estado totalitário (este marcado por aspirações fundamentalistas da verdade, a monopólios de informação e ideologias inflexíveis). Ocorre que esse modelo de Estado Constitucional é marcado justamente pela busca da verdade, ao invés da posse de verdades pré-constituídas, assim, ele se fundamenta sobre “verdades provisórias” que são acolhidas no plural. Tal busca é amparada por duas linhas de fundamentação: (i) constituição subjetiva – através das três liberdades fundamentais da religião, da arte e da ciência; e de modo preponderantemente (ii) objetiva – através de cláusulas de pluralismo e do princípio da publicidade. Assim, tem-se por destacado o papel atribuído ao pluralismo e à diversidade, considerando que podem auxiliar na busca pela verdade, chegando a afirmar-se que o princípio do pluralismo se transforma na missão do Estado Constitucional, o que pode ser concretizado através do impedimento do monopólio da informação por determinados segmentos da mídia privada. Todavia, apesar dessa busca da verdade como manifestação de uma sociedade constitucional pluralista, o autor admite a necessidade de manutenção de certas verdades absolutas (valores fundamentais), como a dignidade da pessoa humana, liberdade e tolerância, inclusive, pela preservação do Estado Constitucional e prevenção ao regime totalitário¹³.

Enunciados os vínculos existentes a evolução do Estado e dos direitos humanos e fundamentais, bem como a imbricação dessas noções com a dignidade humana, ocupa-se o ponto seguinte a desenvolver alguns conceitos necessários à melhor compreensão e à preservação dessa indispensável relação.

3 AS LIBERDADES COMUNICATIVAS (LIBERDADES DE EXPRESSÃO, IMPRENSA E INFORMAÇÃO) NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ANÁLISE À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA

Inicialmente, antes da abordagem principal desse item, é forçosa a compreensão dos direitos humanos e fundamentais, sob pena de inconstância teórica. Adotar-se-á nesse estudo a concepção de que os direitos humanos estão previstos na órbita internacional, enquanto que aqueles nomeados como fundamentais são previstos

¹² STRECK, Lênio Luiz. O estado democrático de direito e a necessária constitucionalização do direito: a crise dos 10 anos da constituição cidadã. *Revista da Faculdade de Direito de Cruz Alta*. Cruz Alta, n. IV, jan. 1999. p. 32.

¹³ HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no estado constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 105-128.



internamente, com a finalidade de dar maior efetividade aos anteriores¹⁴. Diante disso, ao trabalhar-se, por exemplo, direitos fundamentais como a liberdade de imprensa e informação no âmbito nacional (Brasil), está-se, igualmente, a analisar uma temática de direitos humanos, pois a defesa no espectro interno visa dar maior guarida a esses institutos.

Realizado o registro, inicia-se pela abordagem da dignidade humana como prisma orientador dos direitos humanos e fundamentais, popularizando-se no período pós-segunda guerra, servindo como princípio e norma a orientar os ordenamentos jurídicos¹⁵. Dotada de alto grau de abstração e apresentando incontestável importância na busca da proteção do ser humano como um fim em si mesmo, afasta concepções redutoras do homem como indivíduo, utilizando-se para isso da influência da concepção kantiana¹⁶.

Na Constituição brasileira há expressa previsão da dignidade humana, exposta como fundamento da República¹⁷ e, seguindo o ideal constitucional de irradiação de

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29. “Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e todos os tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”.

¹⁵ No mesmo sentido COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/artigos/comparatodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2010. “Uma das tendências marcantes do pensamento moderno é a convicção generalizada de que o verdadeiro fundamento de validade – do direito em geral e dos direitos humanos em particular – já não deve ser procurado na esfera sobrenatural da revelação religiosa, nem tampouco numa abstração metafísica – a natureza – como essência imutável de todos os entes no mundo. Se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais são sempre secundárias. Os grandes textos normativos, posteriores à 2ª Guerra Mundial, consagram essa idéia”.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 37. “De qualquer modo, incensurável, isto sim, como teremos oportunidade de demonstrar no próximo segmento, é a permanência da concepção kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim, e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano”. Em igual sentido a posição de, RODRIGUEZ, Javier Llobet. *Derechos humanos y justicia penal*. Heredia: Poder Judicial, Depto. De Artes Gráficas, 2007. p. 45–46.

¹⁷ De acordo com COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/artigos/comparatodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2010. “A nossa Constituição de 1988, por sua vez, põe como um dos fundamentos da República ‘a dignidade da pessoa humana’ (art. 1º - III). Na verdade, este deveria ser apresentado como o fundamento do Estado brasileiro e não apenas como *um* dos seus fundamentos”.



efeitos¹⁸ a todos os ramos, o poder dessa norma é de valorosa amplitude¹⁹. Todavia, sua conceituação é difícil, sendo mais fácil verificar no caso concreto quando há uma ofensa direta a ele ou indiretamente, para os casos de lesões a princípios decorrentes da dignidade humana²⁰, os quais buscam dar maior materialidade a determinadas feições.

A partir desse embasamento é possível analisar alguns debates em torno de garantias decorrentes da ideia de dignidade, como a liberdade de imprensa e informação. Primeiramente, o direito à liberdade de imprensa tem como origem o período revolucionário francês, de grande representação aos direitos humanos e fundamentais, em que sua proteção era algo inerente ao próprio modelo constitucional e às conquistas adquiridas²¹.

Especificamente no caso brasileiro o direito à informação (como parte da liberdade de imprensa) já vem sendo resguardado há certo tempo em Constituições anteriores ao marco democrático de 1988²². A proteção da liberdade de imprensa

¹⁸ CUNHA, Camila Santos da. Os direitos fundamentais sob a perspectiva objetiva e a constituição como ordem de valores: em busca de aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. In: GORCZEWSKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos (Org.). *Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 107. “Com essa concepção da irradiação da eficácia dos direitos fundamentais, concebendo-os como “eixo gravitacional” do direito positivo, resta mais fácil conceber-se a aplicação os direitos fundamentais nas relações interprivadas, como preceito constitucional que é, deve receber toda proteção do ordenamento, não se pode mais aceitar que em nome dessa autonomia possam os indivíduos estabelecer relações que infrinjam os direitos fundamentais e principalmente a dignidade da pessoa humana”.

¹⁹ CARVALHO, João Paulo Gavazza de Mello. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da constituição federal*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 294–295. “Além da função legitimatória da própria ordem jurídica, o princípio da dignidade humana possui um papel limitador da conduta dos particulares uns com os outros e da atuação estatal e suas ingerências sobre a dignidade dos homens. [...] A par desta função limitadora, negativa, há que se destacar uma função prestacional ou positiva, consistente na promoção e realização de uma vida com dignidade para todos, no dever estatal de proteger a dignidade das pessoas das ofensas de terceiros e do próprio Estado”.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 83. “Se, por um lado, consideramos que há como discutir – especialmente na nossa ordem constitucional positiva – a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, constata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem – em princípio e ainda que de modo e intensidade variáveis –, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas, como bem destaca Jorge Miranda”.

²¹ WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 79. “Convém lembrar que a burguesia vinha de vencer o antigo regime, para o que foi essencial a gradativa consciência em torno do direito (natural, segundo o jusnaturalismo triunfante) de livre expressão, de crítica dos poderes estabelecidos e de informação e, na prática, do valor forte da liberdade de imprensa”.

²² SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Controle judicial dos limites constitucionais à liberdade de imprensa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 97. “Após o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Brasil implementou três Constituições Federais e uma Emenda Constitucional que praticamente substituiu o regime constitucional então vigente, sendo que todas elas, inclusive a Emenda Constitucional n.º 1/1969, foram influenciadas pelos direitos reconhecidos na Declaração, mas mesmo antes, com a inspiração intimamente individualista e com a marca política



tem por finalidade defender a liberdade de expressão, inerente à função informativa dos meios de comunicação (função social), sopesando seus interesses privados e públicos para a efetivação de uma sociedade democrática e justa.

Dessa maneira, a relação entre liberdade de imprensa e informação é umbilical, ambas oriundas da liberdade de expressão e, apesar das peculiaridades de cada um desses direitos, o seu funcionamento conjunto auxilia na sua leitura. Apenas a critério de conhecimento, o direito à informação, assim como a liberdade de imprensa, possui proteção internacional; trata-se da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. No instrumento em questão discorre-se sobre a proteção da liberdade de expressão e, por conseguinte, a de informação, no sentido de buscar, “receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”²³.

A proteção internacional desses direitos, nos moldes de demais direitos humanos, justifica-se em razão da considerável importância no exercício da liberdade de imprensa e informação do ponto de vista de uma sociedade democrática²⁴, existindo uma função social a ser atendida pelos meios de comunicação e, para alcançar essa finalidade, a imprensa deve ser livre, responsável e sem censura antecipada. Portanto, devem ser cumpridos dois papéis: a concretização de uma sociedade democrática, servindo como meio informativo, bem como à efetivação da função social da imprensa, livre, e sua responsabilização, em caso de abusos²⁵.

Quando se fala em sociedade democrática, contextualiza-se o momento atual, chamado por alguns autores de sociedade da informação²⁶, em que o valor da

de seu tempo, as constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934 e 1937 já consagravam direitos que visavam ao acesso à informação”.

²³ DONNINI, Oduvaldo; DONNINI, Rogério Ferraz. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação à luz do novo código civil*. São Paulo: Método, 2002. p. 33.

²⁴ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana e a democracia pluralista – seu nexos interno. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 24. “A seguir, trataremos do elemento cultural, da ‘peça de conexão ou transmissão’, sem a qual o nexos entre a dignidade humana e a democracia pluralista nem poderia tornar-se realidade: refiro-me às assim chamadas ‘liberdades de comunicação’, que adquiriram, mormente na época atual das novas tecnologias midiáticas (PCs de uso doméstico, multimídia, internet e *online banking*) possibilidades antes nem pensadas, mas também geraram vários riscos. O conceito de ‘liberdades de comunicação’ deve ser compreendido aqui nos termos mais amplos imagináveis: principia com a tríade da liberdade religiosa, artística e científica, passa pela liberdade de opinião, informação, imprensa e manifestação [...] e se estende até as formas precursoras e as instâncias precedentes das competências estatais”.

²⁵ LANER, Vinicius Ferreira. *Comunicação, desenvolvimento e democracia: uma análise crítica da mídia brasileira à luz do direito à informação e à liberdade de imprensa*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 35. “Entendemos que a concentração de várias mídias (rádio, jornal, TV, etc) nas mãos de um grupo, uma família ou até de uma só pessoa é uma característica antidemocrática [...] Partindo do pressuposto de que a comunicação é um bem social, os meios de comunicação de massa cumprem uma função social. No caso do jornalismo, a função social está inserida nas suas principais características: universalidade, periodicidade, atualidade e difusão que formam a dimensão estrutural do fenômeno jornalístico”.

²⁶ GERMAN, Christiano. “On-line-off-line” informação e democracia na sociedade de informação. In: GUIMARÃES, César; JUNIOR, Chico (Org.). *Informação e democracia*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000. p. 115. “O conceito de Sociedade de Informação estabeleceu-se nos países de língua inglesa e alemã como um novo paradigma político. Nos Estados Unidos, particularmente, Daniel



informação, seja recebendo ou acessando, tem seu valor ampliado. Isso significa que dentro desse panorama cultural cresce-se a busca por uma estrutura social democrática e, para isso, a preservação da liberdade de imprensa e informação é algo imperioso. A fim de facilitar esse entendimento, reproduz-se as palavras de Vincenzo Ferrari²⁷, ao definir democracia:

Por ‘democracia’ entendo um regime político que se fundamenta: a) na liberdade dos cidadãos em contraste com às interferências do poder, poder entendido em sentido amplo como *Herrschaft* e como *Macht*, no léxico weberiano; b) na igualdade dos cidadãos perante a lei; c) na possibilidade concreta de que os próprios cidadãos se realizem tanto na vida privada quanto na vida social, em condições de igualdade, ao menos nos pontos de partida; d) na possibilidade concreta de os cidadãos participarem direta ou indiretamente do governo da coisa pública. Em síntese, democracia para mim significa gozo dos direitos fundamentais e acesso efetivo às oportunidades da vida: *entitlements* e *chances*, como se costuma dizer no léxico politológico inglês.

Essa inserção social é algo contributivo ao estudo jurídico desses direitos, pois no que concerne ao contexto sócio-cultural aplacado, uma grande parte dos países está compreendido nesse *inside*, fato esse que facilita uma análise tanto global, focada nos direitos humanos, quanto nacional, na perspectiva dos direitos fundamentais.

Ademais, contemporaneamente não seria exagero identificar a atuação da imprensa como a de um quarto poder, visto que apesar de não se constituir formalmente como tal, exerce destacada função de controle/fiscalização das atividades dos demais poderes. Diante disso é que se justificam as preocupações com uma atuação responsável dos meios de comunicação, de modo, inclusive, que a proteção à liberdade de imprensa não se destina à proteção desses profissionais, nos moldes de um direito individual, mas sim no sentido de defender a sociedade em um aspecto coletivo²⁸.

Bell desde os anos 70 e autores como Alvin Toffler nos anos 80 cunharam o debate sobre o futuro econômico, político e social da Sociedade Industrial. Segundo a definição do filósofo a mídia, Vilém Flusser, que durante muitos anos exerceu a atividade docente no Brasil, pode-se entender Sociedade de Informação como ‘aquela estrutura social na qual a geração, o processamento e a disseminação de informações ocupa uma posição central’. Neste caso, ele se refere à continua expansão do setor terciário nos países industrializados”. Em sentido semelhante VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2007. p. 176 – 177.

²⁷ FERRARI, Vincenzo. Democracia e informação no final do século XX. In: GUIMARÃES, César; JUNIOR, Chico (Org.). *Informação e democracia*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000. p. 164.

²⁸ GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 82. “A liberdade de imprensa não é um direito dos profissionais da imprensa mas toda sociedade e, portanto, deve ser protegido por todos nós, tendo em vista que estes direitos, como demonstrado, foram conquistados com muita luta e de forma bastante lenta”.



4 OS CONFLITOS ENVOLVENDO AS LIBERDADES COMUNICATIVAS – OS DIREITOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, IMPRENSA E INFORMAÇÃO – E A NECESSIDADE DE UM TRATAMENTO PRINCIPIOLÓGICO

A partir dessa compreensão da liberdade de imprensa e do direito à informação, observa-se a pluralidade de embates existentes (de ordem pública e privada), tendo em vista os interesses múltiplos nas questões. Dentre os possíveis embates, mencionam-se aqueles concernentes ao direito à privacidade; esse direito fundamental tem por prerrogativa o resguardo da intimidade e vida privada dos indivíduos, é o limite traçado pelos seres humanos para uma exposição de seus interesses e informações, visando impedir que estranhos invadam tal espaço²⁹.

A exposição de Guilherme Döring Cunha Pereira³⁰ denota a dificuldade em harmonizar os interesses sociais envolvidos, pois conforme já aludido, é de extrema importância preservar a liberdade de imprensa e informação, mas ao mesmo tempo há outros direitos humanos e fundamentais que podem ser afetados.

Assim, facilmente se observa como a crítica e a narração dos acontecimentos factuais de atualidade, quando abusivos, tendem a se dirigir prevalentemente contra bens como a honra, a imagem e a intimidade dos cidadãos, razão por que uma parte expressiva do presente trabalho se dedica à proteção desses bens. Não menos tipicamente podem atingir também a tranqüilidade pública, por exemplo mediante informações falsas aptas a gerar “alarma social” [...]. Já a divulgação de uma tese ou doutrina afetará normalmente outros bens, de cunho mais difuso, como seja a convivência harmoniosa de todas as etnias e o respeito à ordem jurídica. Um bem particular que entra mais no seu raio de ação do que naquele da crônica, é o direito autoral. A moralidade pública, por sua vez, que pode ser atingida por desvios abusivos de qualquer das formas de expressão, vê-se mais habitualmente ameaçada pelos conteúdos de entretenimento transmitidos pelas empresas de comunicação.

A citação supramencionada externa, novamente, a pluralidade de conflitos, tanto no sentido público quanto privado³¹. Dentre os questionamentos encontrados está o

²⁹ Adiciona-se aqui a conceituação trazida na obra de VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2007. p. 30. “Buscando um conceito abrangente, o direito à privacidade consistiria em um direito subjetivo de toda pessoa – brasileira ou estrangeira, residente ou transeunte, física ou jurídica – não apenas de constranger os outros a respeitarem sua esfera privada, mas também de controlar suas informações de caráter pessoal – sejam estas sensíveis ou não – resistindo às intromissões indevidas provenientes de terceiros. Nesse sentido, o direito à privacidade traduz-se na faculdade que tem cada pessoa de obstar a intromissão de estranhos na sua intimidade e vida privada, assim como na prerrogativa de controlar suas informações pessoais, evitando acesso e divulgação não autorizados”.

³⁰ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 76 – 77.

³¹ Conforme denotam as obras de SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Controle judicial dos limites*



limite da liberdade de imprensa ante os procedimentos policiais ou ainda sob as discussões acerca da divulgação de uma fotografia, por parte da imprensa, e o direito de imagem do indivíduo fotografado. Essas figuras exemplificam a dificuldade em traçar limites aos direitos humanos e fundamentais, bem como o quanto a sociedade se “alimenta” constantemente de informação, tornando a tarefa de propiciar uma existência digna e democrática ao ser humano algo de extrema complexidade³².

Outrossim, alude-se pontualmente que para harmonizar conflitos envolvendo regras, o simples afastamento ou a exceção em relação a uma delas é capaz de solucionar a situação (em termos bastante simples, aplica-se uma ou outra das regras conflitantes, sendo que a opção por uma resulta quase que na exclusão automática da outra)³³. Contudo, no que tange às disputas constitucionais envolvendo colisões entre direitos fundamentais ou princípios, a mesma lógica de resolução não se aplica. Quando se deseja harmonizar dois princípios constitucionais um deles irá sobrepor-se ao outro apenas naquele caso concreto, mas, ainda assim, sem refutar completamente o princípio preterido; trata-se apenas de um juízo de adequação ou ponderação ao caso examinado³⁴.

Diante disso, no caso de colisão entre direitos fundamentais (ainda que previstos/positivados em regras), recomenda-se a utilização de uma lógica análoga a dos princípios, tendo em vista que ambos carregam uma carga valorativa que não lhes permite exclusão, mas, ao contrário, exige ponderação³⁵.

Justifica-se, portanto, a preocupação jurídica com o debate envolvendo os direitos à liberdade de imprensa e informação, pois além das restrições de outras

constitucionais à liberdade de imprensa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. e GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

³² PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9 ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 363. “Las sociedades actuales precisan de un equilibrio entre el flujo de informaciones, que es condición indispensable de una sociedad democrática y exigencia para la actuación eficaz de los poderes públicos, con la garantía de la privacidad de los ciudadanos. Ese equilibrio precisa de un <<Pacto social informático>> por el que el ciudadano consiente en ceder al Estado datos personales, a cambio del compromiso estatal de que los mismos se utilizarán con las debidas garantías”.

³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92. “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio”.

³⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais – razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 233–234. “Na resolução da colisão entre princípios constitucionais devem ser consideradas as circunstâncias que cercam o problema prático, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o princípio de maior importância. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual destes interesses, abstratamente possui maior peso no caso concreto”. Em igual sentido, ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93 – 94.

³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 116 – 118.



normas fundamentais, existem questões sociais e estatais que podem vir a coibi-la. Demonstram essa passagem, elementos de ordem ética, como o conteúdo de veracidade³⁶ nas informações prestadas à coletividade, através dos meios de comunicação, ou ainda, questões ditas de interesse público. No entanto, essa última alusão não deve significar uma permissão invasiva aos direitos de liberdade de imprensa e informação, por simples inclinações políticas ou governamentais, e sim, a manutenção da liberdade responsável está diretamente ligada a ideais qualitativos da administração pública e democracia³⁷.

Diante do exposto, as dificuldades na solução desses embates exaltam a sua relevância do ponto de vista jurídico, seja para a perspectiva dos direitos humanos ou fundamentais. Todavia, acresce-se o papel social, econômico e democrático desempenhado pelos meios comunicativos, a fim de corroborar a importância do questionamento e persecução de uma efetividade a essas garantias do ser humano, principalmente utilizando-se para tal a orientação da dignidade humana.

5 CONCLUSÃO

As narrativas da evolução do Estado misturam-se irremediavelmente à trajetória dos direitos humanos e fundamentais, bem como à noção de dignidade humana. Tal constatação é salutar à ideia de que o papel do Estado é servir ao homem, e não o contrário. Chega a ser um círculo vicioso, porque, à medida que progrediram os modelos estatais, maior foi sendo o respeito ao ser humano ou, quanto mais se respeitou o ser humano, mais foram avançando as formas e modelos de organização estatal? Aos limites teóricos e espaciais desse trabalho, tal resposta fica inviável. Contudo, uma afirmação pode ser obtida seguramente desse contexto: a essencialidade do respeito e da proteção aos direitos humanos e fundamentais como condição de progresso e desenvolvimento dignos da própria humanidade.

³⁶ LANER, Vinicius Ferreira. *Comunicação, desenvolvimento e democracia: uma análise crítica da mídia brasileira à luz do direito à informação e à liberdade de imprensa*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004. p. 31. “O limite interno da veracidade, aplicado ao direito à informação, refere-se à verdade subjetiva, e não à verdade objetiva. No Estado Democrático de Direito o que se exige do sujeito é um dever de diligência ou apreço pela verdade, no sentido de que seja contactada a fonte dos fatos noticiáveis e verificada a seriedade da notícia antes de qualquer divulgação. Em resumo, a veracidade que o direito à informação implica constitui um problema de deontologia profissional”.

³⁷ MIRAGEM, Bruno. Liberdade de imprensa e proteção da personalidade no direito brasileiro: perspectiva atual e visão de futuro. *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma. v. 40, outubro – dezembro, 2009. p. 57. “Como regra geral, a linha divisória que se estabelece para atuação da imprensa refere-se à relação efetiva ou não da divulgação de um fato com o interesse público. Esse conceito, apesar de sua importância, bem como as repetidas vezes em que é invocado como fundamento para certas condutas, não possui um significado determinado em direito, sendo a sua interpretação adequada às exigências do caso concreto. No âmbito da responsabilidade civil da imprensa por lesão à personalidade, a doutrina construirá diferentes soluções, como o entendimento de que, para sua definição, é preciso afastar-se de interesses momentâneos e transitórios de governo ou de grupos políticos, vinculando-o ao conceito de bom governo, e a formação de opinião pública como base da democracia, sendo concebida esta como autogoverno”.



Conforme visto e como não se ousaria negar, as maiores atrocidades cometidas contra o homem e sua dignidade foram verificadas nos regimes totalitários, em que a imposição de verdades absolutas e ideologias estanques são traços marcantes. Em oposição a essas ações, recrudescer-se a necessidade de garantia dos direitos que norteiam esse estudo, de respeito à diversidade, à pluralidade, à liberdade, ganhando contornos, aos poucos, o Estado Democrático de Direito, que pautado por esses vetores busca antagonizar o totalitarismo. Nesse novo modelo, a luta pela consolidação da democracia e do respeito à sociedade pluralista é constante, sendo, por isso mesmo, marcado pela liberdade dos homens de acessarem as suas verdades. Daí que se fala na ampliação do valor da informação, na sociedade da informação. Como efeito dessa lógica, a liberdade de imprensa e a informação (ambas oriundas da liberdade de expressão) apontam como importantes instrumentos de uma sociedade democrática, considerando-se acertada a proteção internacional conferida a tais direitos (e que lhes conferem os status de direitos humanos, segundo as definições adotadas nesse estudo).

Esses direitos, conforme visto, transpassam a todo tempo a relação entre Estado Democrático de Direito e direitos humanos e fundamentais, pois contemporaneamente a atuação da imprensa equivale a de um quarto poder, visto que apesar de não se constituir formalmente como tal, exerce destacada função de controle/fiscalização das atividades dos demais poderes estatais. Diante disso é que se justificam as preocupações, também, com uma atuação responsável dos meios de comunicação, já que não se ignora o papel social, econômico e democrático que desempenham, corroborando a importância do questionamento e persecução de uma efetividade a essas garantias do ser humano, principalmente utilizando-se para tal a orientação da dignidade humana. Em síntese, os meios de comunicação, ao pautarem-se pelo respeito aos direitos humanos e fundamentais, tendem a auxiliar na consolidação de uma sociedade bem informada, crítica e atuante, critérios estes importantíssimos à consolidação da democracia e, por consequência, ao afastamento contumaz a qualquer tentativa de seu tolhimento, a fim de jamais serem revisitados os horrores perpetrados nos regimes totalitários.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CARVALHO, João Paulo Gavazza de Mello. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da constituição federal*. Salvador: JusPodivm, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Fundamento dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/artigos/comparatodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2010.



CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais – razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2007.

CUNHA, Camila Santos da. Os direitos fundamentais sob a perspectiva objetiva e a constituição como ordem de valores: em busca de aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. In: GORCZEVSKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos (Org.). *Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DONNINI, Oduvaldo; DONNINI, Rogério Ferraz. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação à luz do novo código civil*. São Paulo: Método, 2002.

FERRARI, Vincenzo. Democracia e informação no final do século XX. In: GUIMARÃES, César; JUNIOR, Chico (Org.). *Informação e democracia*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000.

GERMAN, Christiano. “On-line-off-line” informação e democracia na sociedade de informação. In: GUIMARÃES, César; JUNIOR, Chico (Org.). *Informação e democracia*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2000.

GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana e a democracia pluralista – seu nexos interno. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Os problemas da verdade no estado constitucional. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Fabris, 2008.

LANER, Vinicius Ferreira. *Comunicação, desenvolvimento e democracia: uma análise crítica da mídia brasileira à luz do direito à informação e à liberdade de imprensa*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

MIRAGEM, Bruno. Liberdade de imprensa e proteção da personalidade no direito brasileiro: perspectiva atual e visão de futuro. *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma. v. 40, outubro – dezembro, 2009.

OLIVEIRA, Almir de. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PÉRES-LUÑO. Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9.ed. Madrid: Tecnos, 2005.

RODRIGUEZ, Javier Llobet. *Derechos humanos y justicia penal*. Heredia: Poder Judicial, Depto. De Artes Gráficas, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na*



constituição federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Controle judicial dos limites constitucionais à liberdade de imprensa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. O estado democrático de direito e a necessária constitucionalização do direito: a crise dos 10 anos da constituição cidadã. *Revista da Faculdade de Direito de Cruz Alta*. Cruz Alta, n. IV, jan. 1999.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2007.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.



A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL E O NEOPROCESSUALISMO

Francine Cansi¹

Luciano de Araujo Migliavacca²

Jean Cansi³

1 INTRODUÇÃO

No segundo pós-guerra, surgiu, na Europa, um movimento de revalorização da constituição, cognominado neoconstitucionalismo, visando essencialmente reconciliar o Estado com a Sociedade buscando redefinir o lugar da Constituição no ordenamento jurídico, colocando aquela no topo deste, com *status* de norma jurídica. Tal movimento buscava superar o modelo normativo/formal da Constituição, atribuindo-a valor inerente para concretização de direitos fundamentais, sendo a Constituição de Weimar marco referencial desse novo modelo.

No Brasil, essa nova percepção da Constituição se deu com o surgimento da Constituição de 1988, que operou a transição de um Estado ditatorial para um Estado democrático de direito.

Com a normatização da Constituição seus postulados passam a ser de observância imperativa. A Constituição deixa de ser um celeiro de exortações morais ao legislador, não se submetendo à liberdade de escolha do Poder Legislativo nem à discricionariedade do Poder Executivo. Ao Judiciário se reconhece um importante papel, o dever de promover os valores constitucionais, aplicando as leis na perspectiva da Constituição e, especialmente, na perspectiva dos direitos fundamentais. Nesse aspecto, tem-se que na impossibilidade de assim proceder, através do controle de constitucionalidade, deve o juiz declarar a inconstitucionalidade da lei, retirando-a do ordenamento jurídico ou deixando de aplicá-la.

O processo é sagrado como direito fundamental pelo constituinte, e, ainda, na ementa dos direitos fundamentais há uma série de direitos fundamentais processuais,

¹ Advogada. Especialista em Direito e Processo do Trabalho e Direito Processual Civil pela IMED – RS. Aluna Especial. Programa de Mestrado e Doutorado Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; E-mail: francinecansi.adv@hotmail.com.

² Professor Universitário – IMED. Advogado. Especialista em Direito Tributário. Coordenador do Curso de Pós – Graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil da IMED. Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da IMED. Mestrando pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: lucmig@hotmail.com

³ Acadêmico do Curso de Direito. IMED. E-mail: jeancansi@hotmail.com



tais como o direito ao contraditório, à ampla defesa, entre outros. Surge, dessa forma, o denominado neoprocessualismo, o qual requer que o processo seja aplicado na direção da Constituição. O Estado Contemporâneo requer uma jurisdição que seja efetiva e adequada capaz de realizar os valores constitucionais, demanda um processo legítimo, com soluções justas, que faça valer a tutela prometida pelo direito substancial.

Com a superação do sistema normativo formal, a Constituição deixa de ser, apenas, uma carta de recomendações ao legislador infraconstitucional, uma norma meramente programática, para se transformar em uma norma jurídica de eficácia direta e imediata com mandamentos que devem ser efetivados pelo legislador ordinário, representando, sobretudo, o viés interpretativo da legislação infraconstitucional.

2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Com o advento do neoconstitucionalismo, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito. Barroso⁴ as identifica como sendo reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação. Sendo assim, de acordo com Cambi,

[...] o reconhecimento da força normativa da Constituição marca uma ruptura com Direito Constitucional clássico, onde se visualizavam normas programáticas que seriam simples declarações políticas, exortações morais ou programas futuros e, por isto, destituída de positividade ou de eficácia vinculativa⁵.

Segundo Cambi⁶, o reconhecimento da força normativa da Constituição significa principalmente: 1) a vinculação do legislador, de forma permanente, à realização das imposições constitucionais; 2) a vinculação positiva dos órgãos do poder executivo, judiciário e legislativo, que devem ter como diretrizes materiais permanentes as normas constitucionais; e 3) as normas da Constituição devem servir de limites materiais negativos dos poderes públicos, devendo ser considerados inconstitucionais os atos que as contrariarem. “As normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”⁷. “No constitucionalismo

⁴ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica Sobre reforma do Estado*, n. 9 – março/abril/maio, 2007, p.6.

⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Papnótica, Vitória, ano 1, n.6, fev. 2007, p.7.

⁶ Op. Cit. p. 7.

⁷ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica Sobre reforma do Estado*, n. 9 – março/abril/



clássico, a diferença entre normas constitucionais e infraconstitucionais era apenas de grau; no neoconstitucionalismo, a diferença é também axiológica. A Constituição é considerada “como valor em si”⁸.

Nesse contexto, a supremacia da Constituição representou a superação da ideia do princípio da legalidade baseada na supremacia do parlamento.

Segundo Mônia Clarissa Hennig Leal, verifica-se o surgimento da Constituição, “enquanto documento jurídico de organização do poder”.⁹

Desse modo, o Poder Legislativo não pode mais ser considerado um poder ilimitado sobre o argumento de ser um elo imediato com a soberania popular¹⁰.

Visualiza-se, a partir daí,

[...] uma concepção das Constituições que, para além de seus novos conteúdos e estratégias, passam a ser percebidas como um documento jurídico-histórico-cultural, o que põe em evidência o problema da realização do projeto constitucional e da atribuição de sentido ao texto da Constituição, implicando revisão das relações entre as funções estatais clássicas em um ambiente de – aparente – escassez de meios e de mudanças paradigmáticas nas/das fórmulas político-institucionais (sic) modernas.¹¹

Nesse mesmo sentido, Duarte relaciona o “intento de superar a debilidade estrutural do jurídico como a necessidade da qualificação de determinados referenciais jurídicos, como são os direitos fundamentais” como exemplo do processo que busca a legitimação democrática do poder.¹²

Busca-se romper uma concepção positivista de direito – no qual o Estado estava prisioneiro de uma ontologia substancial (direito identificado com a lei positiva dada”, atribuindo-se a dimensão do direito inserido numa filosofia da linguagem intersubjetiva construtiva da normatividade¹³.

maio, 2007, p. 7.

⁸ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 435.

⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões acerca dos limites e da legitimidade da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 5-6.

¹⁰ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 439.

¹¹ Bolzan de Moraes in Prefácio da obra LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional aberta: reflexões acerca dos limites e da legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. xvii.

¹² DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzana. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2. ed. com pós-facio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2010, p. 23.

¹³ STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 125.



Percebe-se, assim, que com o reconhecimento da normatividade da Constituição, seus postulados passam a ser de observância obrigatória, vinculando todos os poderes do Estado e obrigando o legislador a dar efetividade a seus mandamentos.

3 EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O Poder Judiciário passa a ter um importante papel na proteção da Constituição, terá ele o dever de controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos. Segundo Moraes, “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo, com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”¹⁴.

O controle de constitucionalidade pelo poder judiciário pode se dar pelo método difuso e pelo método concentrado. Aquele, nas palavras de Moraes,¹⁵ “caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento com a Constituição Federal”. O mesmo autor ainda refere:

A ideia de controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário nasceu do caso *Madison versus Marbury* (1803), em que o Juiz Marshall da Suprema Corte Americana afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. “E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo”.¹⁶

Já com controle de constitucionalidade concentrado conforme o entendimento de Moraes¹⁷, procura-se, por meio de ações, independentemente de um caso concreto, obter a invalidação de lei, com a finalidade de garantir a segurança das relações jurídicas que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais. Essas espécies de ações vêm contempladas no próprio texto da Constituição, sendo elas: a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, inc. I, “a”); a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, inc. III); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º); a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, inc. “a”, in fine); e, por fim, a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, parágrafo 1º).¹⁸

Oportuno frisar que a competência para analisar e julgar tais ações é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, sendo este, por isso, conhecido como o guardião da

¹⁴ MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*, 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.665.

¹⁵ *Ibidem*, p. 645.

¹⁶ *Ibidem*, p. 645.

¹⁷ *Ibidem*, p. 645.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.



Constituição.

Se a lei passa a se subordinar às normas constitucionais, passa a Constituição a representar o viés interpretativo pelo qual os juristas devem compreender a lei, sobretudo em face dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. Desse modo, a obrigação do jurista não é mais apenas a de revelar as palavras da lei, mas a de lhe dar uma interpretação conforme a Constituição. Quando a adequação da lei conforme os mandamentos constitucionais não for possível, só restará a demonstração que a lei é inconstitucional, retirando-a do ordenamento jurídico. A perspectiva constitucional passa, portanto, a balizar a interpretação das leis.

Para Marinoni:

O neoconstitucionalismo exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que também pode ser entendida como “conformação da lei”.

Essa transformação da ciência jurídica, ao dar ao jurista uma tarefa de construção – e não mais de simples revelação –, confere-lhe maior dignidade e responsabilidade, já que dele se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos de Constituição, ou seja, aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade.¹⁹

Além disso, o neoconstitucionalismo introduz em sua seara uma remoralização do direito, mitigando, desse modo, a separação entre o direito e a moral. Como o direito é um fato social, necessita ele ao ser analisado que se leve em conta os valores consagrados na sociedade. Igualmente, o fato de grande parte das normas constitucionais serem principiológicas, contribui para valoração feita pelo jurista no caso concreto, visto que devido a sua abstração e generalidade os princípios configuram vetores morais no fenômeno jurídico²⁰.

Ingeborg Maus²¹, ao promover a análise sobre a atividade jurisprudencial, refere e nomina a sociedade como órfã a partir do pressuposto da perda da consciência individual e ausência de posição crítica frente à norma, sobretudo no período do pós- guerra, passando o judiciário a ser venerado como balizador moral, elevando a atividade jurisprudencial à “mais alta instância moral da sociedade” despida de qualquer mecanismo de controle social.

Nesse contexto, Barroso²² aduz que ao juiz não cabe mais apenas a função de

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.46.

²⁰ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Porto alegre. Livraria do Advogado, 2008, p. 440.

²¹ MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. *Novos Estudos*, São Paulo: CEBRAP, n. 58. novembro de 2000, p. 185.

²² BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio



revelar a solução contida no enunciado da norma. O jurista tornou-se coparticipante do processo de criação do direito, completando o trabalho legislativo ao fazer a valoração dos princípios e cláusulas abertas para a escolha das possíveis soluções do caso concreto.

Dessa forma, o juiz não fica vinculado ao processo legislativo majoritário na aplicação do direito. Cumpre a ele agasalhar os valores consagrados na Constituição, pois tem ele o dever de efetivar as promessas garantidas na norma constitucional.

4 JURISDIÇÃO

Outrora, a realização e satisfação de interesses se dava pela autotutela considerando a inoperância do Estado para tal fim, seja pela normatização, seja pela falta de meios para determinar coercitivamente a sua observância. Com o passar do tempo, considerando o direito romano, consolidou-se a justiça pública, no período chamado de *cognitio extra ordinem*.

Nessa época, o Estado adquiriu poder suficiente para ditar soluções a conflitos de interesses, proibindo a autotutela e assumindo o monopólio da jurisdição. Assim, aquele que possuía um interesse, não podendo mais realizá-lo através da força, deveria recorrer ao Estado para que este dissesse o direito em face do caso concreto²³.

Sempre que o direito não se realiza naturalmente, seu titular terá de dirigir-se aos órgãos estatais, com o fim de obter proteção e auxílio, visto que a defesa privada, em regime de autotutela, foi afastada. Assim, a relação originária entre o titular do direito e o titular do dever jurídico dá origem a uma segunda relação, que se estabelece entre aquele que exige a proteção do Estado e o próprio Estado, formando-se, assim, a relação processual²⁴.

A relação processual civil, que constitui propriamente o processo, é uma relação jurídica de direito público que se forma entre o pretendo titular do direito que o mesmo alega carecer de proteção estatal e o Estado, representado pelo juiz. Como qualquer outra relação jurídica, também ela se forma entre dois sujeitos, de forma linear, ligando o autor – aquele que age, exigindo o auxílio estatal – e o Estado.²⁵

É necessário lembrar que a relação processual, como categoria jurídica, formada com o objetivo de outorgar proteção estatal tem a necessidade de se angularizar

do Direito constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica Sobre reforma do Estado*, n. 9 – março/abril/maio, 2007, p.13.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*, 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.33.

²⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 2.

²⁵ Ibidem, p.2.



depois de sua formação linear entre autor e Estado. Nesse contexto, deve ser convocada a pessoa demandada para que figure no outro polo da relação litigiosa, pois não há relação processual sem a participação de, no mínimo, três pessoas: autor, réu e juiz.²⁶

No Estado moderno a idéia de Direito suscita desde logo a ideia de jurisdição. A doutrina de Chiovenda, partindo do pressuposto de que no Estado moderno a produção do direito é monopólio do próprio Estado, entende que a aplicação das leis ao caso concreto é poder exclusivo do Estado que o exerce através de órgãos jurisdicionais, dos quais os mais importantes são os juízes. Dessa forma, perante as autoridades judiciárias deve ser proposta a demanda. Para Chiovenda, a tarefa do juiz é a de afirmar e atuar a vontade abstrata da lei, tornando-a realidade no caso concreto.²⁷

Pode definir-se a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva.²⁸

Para Chiovenda²⁹ a jurisdição é a atuação da vontade da lei. A jurisdição é a substituição da autotutela, pela atividade intelectual do juiz, cuja função é afirmar a vontade concreta da lei. O poder estatal se encontra na lei, e a jurisdição somente irá se manifestar a partir da revelação da vontade do legislador. Com isso percebe-se que a doutrina de Chiovenda manteve-se fiel ao positivismo clássico.³⁰

Segundo Giuseppe Chiovenda,³¹ é bem simples a contraposição entre as funções do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, enquanto a função daquele é ditar as normas reguladoras da atividade dos cidadãos, a função deste é de atuá-las.

Chiovenda é um verdadeiro adepto da doutrina que, inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação. Recorde-se que, na doutrina do Estado liberal, aos juízes restava simplesmente aplicar a lei ditada pelo legislador. Nessa época, o direito constituía as normas gerais, isto é, a lei. Portanto, o legislador criava as normas gerais e o judiciário as aplicava. Enquanto o legislativo constituía o poder político por excelência, o judiciário visto com desconfiança, se

²⁶ Ibidem, p. 3.

²⁷ Ibidem, p. 15.

²⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 8.

²⁹ Ibidem, p. 8.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 35.

³¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 8.



resumia a um corpo de profissionais que nada podia criar.³²

Posto que para Carnelutti, a jurisdição é um serviço organizado pelo Estado, que pressupõe um conflito de interesses público ou privado, com o objetivo de pacificar, segundo a lei, tais relações conflituosas³³.

Carnelutti atribuiu à jurisdição a função de justa composição da lide, entendida como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um e pela resistência do outro interessado. A lide, no sistema de Carnelutti, ocupa o lugar da ação no sistema chiovendiano. Na teoria chiovendiana da jurisdição a ação é autônoma em relação ao direito material. Assim, a ação não se confunde com o direito material. A ação é o poder de provocar a atividade jurisdicional para a atuação da lei e não para realização do direito material. Chiovenda enxergava o processo em uma perspectiva publicista. Já Carnelutti, para definir a existência de jurisdição, partiu do pressuposto da existência de um conflito de interesses, ou seja, da existência de litigiosidade³⁴.

Enquanto Carnelutti estava preocupado com a finalidade das partes, Chiovenda preocupava-se com a atividade do juiz. Para Carnelutti, para haver jurisdição é necessário haver lide, ou seja, um conflito de interesses para ser composto pelo juiz. Assim, a lide é característica essencial da jurisdição³⁵.

Para Chiovenda a função da jurisdição é meramente declaratória, pois o juiz, apenas, declara a vontade da lei, ficando a sentença fora do ordenamento jurídico; para Carnelutti a função da jurisdição é criar, através da decisão do juiz, uma norma individual para o caso concreto, integrando esta o ordenamento jurídico.³⁶

De acordo com Marinoni:

“[...] as concepções de que o juiz atua a vontade da lei e de que o juiz edita a norma do caso concreto beberam na mesma fonte, pois a segunda, ao afirmar que a sentença produz a norma individual, quer dizer apenas que o juiz, depois de raciocinar, concretiza a norma já existente, a qual, dessa forma, também é declarada.”³⁷

Diante das transformações ocorridas no direito ao longo dos últimos anos as teorias da jurisdição sustentadas por Chiovenda e Carnelutti ficaram superadas. Com o advento do neoconstitucionalismo, o juiz fica muito longe das ideias de simples declaração da lei e de criação da norma individual.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 34.

³³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 20.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 35.

³⁵ *Ibidem*, p. 35.

³⁶ *Ibidem*, p. 36.

³⁷ *Ibidem*, p. 37



O juiz, hoje, tem a função de promover os valores constitucionais, e, para isso, pode atribuir determinada interpretação à lei para evitar sua declaração de inconstitucionalidade, suprir uma omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental e, ainda, tutelar direitos fundamentais que se chocarem na aplicação do caso concreto. A jurisdição não é apenas atribuir significado aos valores constitucionais, mas, também, a de tutelar concretamente o direito material³⁸.

No Estado contemporâneo, a jurisdição, portanto, tem a finalidade de prestar a todo cidadão a tutela adequada de direito, cumprindo sua função mesmo que o direito material não seja reconhecido ao final do processo.

5 O PROCESSO E O ESTADO CONTEMPORÂNEO

O processo é um instrumento para o exercício da jurisdição, podendo ser definido como o procedimento que, observando os mandamentos constitucionais, permite que o juiz exerça sua função jurisdicional³⁹. Assim, é através da ação que se acessa o Judiciário, que se manifesta pela jurisdição.

Com a promulgação da Constituição brasileira de 1988 houve a constitucionalização do direito infraconstitucional. E, assim, alterou-se radicalmente a exegese da norma jurídica, a lei passou a ser subordinada à Constituição, perdendo, dessa forma, sua posição central como fonte do direito⁴⁰. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira aduz: “A dimensão conquistada pelo direito constitucional em relação a todos os ramos do direito e na própria hermenêutica jurídica mostra-se particularmente intensa no que diz respeito ao processo”⁴¹.

[...] o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas, sim, como instrumento de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado.⁴²

O Estado Constitucional requer o reconhecimento da importância e da eficácia potencializada dos direitos fundamentais na construção de um processo justo, pois somente um processo justo pode produzir soluções justas⁴³. Diante dessa nova

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 133.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 55.

⁴⁰ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Papnótica, Vitória, ano 1, n: 6, fev. 2007, p. 23.

⁴¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 251.

⁴² Ibidem, p. 252.

⁴³ MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36.



realidade jurídica, o processo deve ser visto na perspectiva constitucional, com a preponderância dos direitos fundamentais.

No Estado contemporâneo a lei deve ser aplicada na perspectiva da Constituição. Assim, o juiz após interpretar a lei deve escolher aquela interpretação que outorgue maior efetividade à Constituição⁴⁴. Nesse contexto, ressalta-se a importância dos direitos fundamentais, pois estes são direitos inerentes à própria noção dos direitos básicos da pessoa humana que tem, sobretudo, a função de defesa da pessoa e da sua dignidade perante os poderes do Estado⁴⁵.

Percebe-se que a Constituição brasileira confere proteção especial aos direitos fundamentais, seja afirmando que as normas que definem os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme dispõe seu artigo 5º, parágrafo 1º, seja pela inserção delas no rol das cláusulas pétreas (art. 60). Assim, tais normas estão protegidas não apenas do legislador ordinário, mas do próprio poder constituinte reformador⁴⁶.

Dessa forma, o juiz tem o dever de controlar a constitucionalidade das leis, pois os direitos fundamentais podem se sobrepor, inclusive, à maioria parlamentar, havendo uma verdadeira luta em prol da interpretação dos direitos fundamentais, representando uma reação contra o absolutismo do legislador⁴⁷.

Nesse sentido, o direito deixa de ser apenas uma atividade mecânica do juiz na qual consistia em, apenas, declarar a vontade da lei, para ser compreendido como uma questão que deve ser resolvida pelas partes e pelo juiz, com a finalidade de se encontrar a solução mais justa para o caso concreto.

Deste modo, no Estado contemporâneo, a justiça passa a ser uma preocupação do direito⁴⁸. É necessária, em certos casos, a correção da lei pelo juiz, com a finalidade de assegurar o predomínio dos direitos fundamentais. Em certos casos o juiz não realiza uma mera interpretação conforme a Constituição, mas sim a correção da própria lei orientada pela prevalência das normas constitucionais e por valores de determinados bens jurídicos dela deduzidos, mediante uma interpretação mais favorável aos direitos fundamentais. Assim, deve prevalecer a interpretação que dê maior proteção e restrinja menos o direito fundamental aplicável ao caso concreto⁴⁹.

Hoje o estudo do processo deve partir de uma nova metodologia. Com a

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 95.

⁴⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.253.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 64.

⁴⁷ Ibidem, p. 85

⁴⁸ MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

⁴⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 258.



normatização da Constituição, integrando essa o topo do ordenamento jurídico, seus postulados passam a ser de observância obrigatória. Assim, o juiz passa a ter um comprometimento com a concretização dos mandamentos previstos na Constituição, com o principal objetivo de concretizar os direitos fundamentais.

6 ARTIGO 5º, INC. XXXV DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (CRFB) E O DIREITO A UM PROCESSO JUSTO

O direito fundamental previsto no artigo 5º, inc. XXXV CRFB: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” deve ser considerado como fonte específica de normas jurídicas processuais “[...] não basta apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos”⁵⁰.

Para Cambi⁵¹ o direito de acesso à justiça, previsto no art. 5º, inc. XXXV, significa o direito à ordem justa, não se limitando apenas à admissão do processo ou à possibilidade de ingresso em juízo.

O direito de acesso à justiça deve ser compreendido como o acesso à ordem justa, que abrange o ingresso em juízo; a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; a participação dialética na formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa; a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo; e a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais. Assim, o direito ao processo justo é sinônimo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada. Segundo Mitidiero:

Seguramente, ninguém mais coloca em questão a existência, na ordem jurídica brasileira, do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CRFB). A “ação” processual vai encarada, em face dessa perspectiva, com um direito compósito – como um direito a exercer, ao longo do formalismo processual, as posições jurídicas subjetivas asseguradas a todos pela cláusula do devido processo legal processual (art. 5º, LIV, CRFB).⁵²

O direito ao processo justo compreende as principais garantias processuais, como, por exemplo, as garantias da ampla defesa, da igualdade, do contraditório efetivo, da motivação das decisões judiciais, etc. Nesse contexto,

⁵⁰ Ibidem, p. 260.

⁵¹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Papnótica*, Vitória, ano 1, n: 6, fev. 2007, *passim*.

⁵² MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p. 64.



É importante frisar o fenômeno da constitucionalização dos direitos e garantias processuais, porque, além de retirar do Código de Processo a centralidade do ordenamento processual (fenômeno da descodificação), ressalta o caráter publicístico do processo.⁵³

Com a constitucionalização do processo, também chamado de neoprocessualismo, o processo como instrumento democrático do poder jurisdicional transcende os interesses individuais das partes na solução da lide, não cabendo mais a ele uma conotação privatista, pois o processo não é mais um mecanismo de exclusiva utilização individual, mas sim um meio à disposição do Estado para a realização da justiça⁵⁴.

“O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e sobre o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição”.⁵⁵

Nesse sentido, Cambi aduz:

A percepção de que a tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada é um direito fundamental (art. 5º, inc. XXXV CF) vincula o legislador, o administrador e o juiz isto porque os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva, ou seja, constituem um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva do Estado. Assim, é possível quebrar a clássica dicotomia entre direito e processo (substance- procedure), passando-se falar em instrumentalidade do processo e em técnicas processuais⁵⁶.

O legislador, hoje, consciente de que é impossível prever todas as necessidades futuras e concretas deu ao juiz maior poder para utilização do processo instituindo normas processuais abertas, como, por exemplo, o art. 461 do Código de Processo Civil (CPC). Tais normas oferecem um leque de instrumentos processuais dando ao juiz o poder de utilizar a técnica processual idônea à tutela do caso concreto.

Nesses casos, a concretização da norma processual deve tomar em conta as necessidades do direito material, entretanto a sua instituição decorre do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Dessa forma, as normas processuais abertas permitem ao juiz utilizar o processo de acordo com as novas situações de direito material, dando a ele um poder maior de atuação, tendo em vista que a jurisdição tem

⁵³ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Papnótica*, Vitória, ano 1, n: 6, fev. 2007, p. 25

⁵⁴ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Papnótica*, Vitória, ano 1, n: 6, fev. 2007, p. 25.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 5.ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2006, p. 113.

⁵⁶ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Papnótica*, Vitória, ano 1, n: 6, fev. 2007, p. 27.



o dever de prestar a tutela prometida pelo direito material⁵⁷.

Todo o cidadão tem direito à tutela efetiva que faça valer a tutela prometida pelo direito substancial. A tutela efetiva não é apenas um direito, mas uma garantia constitucional. E, por isso, o processo deve ser adequado à tutela dos direitos como principal objetivo de concretizar os direitos fundamentais.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As transformações ocorridas ao longo da metade do século XX criaram uma nova percepção da Constituição no ordenamento jurídico e, conseqüentemente, do processo, eleito como direito fundamental. Superou-se a indiferença que se mantinha, historicamente, em relação à Constituição e, com isso, um conjunto amplo de transformações ocorreu tanto no direito como no processo.

A supremacia da Constituição representa a superação da ideia de que o poder legislativo, por ser composto de representantes do povo, não teria limites, não podendo a seu poder ser mitigado, visto que sua vontade representa o sentimento da sociedade. Desse modo, o princípio da legalidade baseado, apenas, na supremacia do parlamento não tem mais espaço na atualidade.

No direito contemporâneo o aplicador do direito torna-se, juntamente com o legislador, criador do direito, visto que ao fazer a valoração dos princípios e cláusulas abertas contidas tanto na constituição, como na legislação infraconstitucional, tem este o dever de promover os valores constitucionais ao escolher entre as possíveis soluções para caso concreto.

Dessa forma, o juiz não se limita mais, apenas, a declarar a vontade concreta da lei ou declarar a inconstitucionalidade da norma. O juiz atua, hoje, como criador do direito, na medida em que possui ampla liberdade para a concretização dos direitos e garantias postos na Constituição.

O processo passa a ter uma visão publicista, e deve ser compreendido como um instrumento de realizações de valores constitucionais. É eleito como direito fundamental com uma série de garantias, para que haja um processo justo.

O Estado contemporâneo requer o reconhecimento e eficácia dos direitos fundamentais, dessa forma o juiz ao interpretar a lei deve acolher aquela interpretação que outorgue maior efetividade aos direitos fundamentais.

A Justiça no Estado Constitucional passa a ser uma preocupação do direito, devendo o Poder Judiciário prestar a jurisdição de modo eficiente, efetivo e justo, pois o acesso à justiça, prevista no rol dos direitos fundamentais, significa o direito a um processo legítimo, adequado à tutela dos direitos fundamentais, capaz de realizar a tutela prometida pelo direito substancial, não bastando apenas à admissão do

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 120.



processo ou à possibilidade de ingresso em juízo.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre reforma do Estado*, n. 9 – março/abril/maio, 2007.

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

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. *Papnótica*, Vitória, ano 1, n: 6, fev. 2007, p. 1-44.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2002.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzana. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2. ed. com pós-fácio de Lenio Luiz Streck. São Paulo: Landy Editora, 2010.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional aberta: reflexões acerca dos limites e da legitimidade da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*, 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: *Novos Estudos*, n. 58. São Paulo: CEBRAP, novembro de 2000.

MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*, 19.ed. São Paulo: Atlas. 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



REPENSANDO A PROTEÇÃO JURÍDICO-SOCIAL DAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: A EXPERIÊNCIA DO PROJUR MULHER

Laura Venturini da Luz^{1*}

Josiane Petry Faria^{2**}

Caroline Vasconcelos Damitz^{3***}

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do trabalho é discutir, de modo crítico, a violência, especificamente a violência doméstica, principalmente sob a perspectiva da vítima, verificando o tratamento jurídico da questão, bem como apontando novas possibilidades de atendimento e tratamento do fenômeno.

O texto se desenvolve explicitando a violência contra a mulher em sua complexidade, a vítima no Brasil, os fenômenos da vitimização primária e secundária, os pressupostos essenciais da política pública introduzida com a Lei Maria da Penha. Apresenta também a rede de atendimento às mulheres em situação de violência no município de Passo Fundo, especialmente a experiência do Projur Mulher, projeto de extensão da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo.

Justifica-se a escolha da problemática na visível crise no tratamento da violência doméstica, tornando a matéria relevante tanto socialmente, eis que afeta a comunidade em geral ao repercutir em criminalidade e violência, bem como teoricamente, haja vista que os conceitos postos devem ser constantemente debatidos, a fim de referendar as posições, consolidando-as, ou quebrar paradigmas diante de outros argumentos.



¹ * Acadêmica de Direito da Universidade de Passo Fundo, VIII nível, estagiária do Projur Mulher, E-mail: laura.vluz@gmail.com.

² ** Mestre em Direito. Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenadora do Projur Mulher. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Advogada. E-mail: jfaria@upf.br.

³ *** Acadêmica de Direito da Universidade de Passo Fundo, IV, estagiária do Projur Mulher. E-mail: 102996@upf.br

2 DA DESAGREGAÇÃO SOCIAL AO FENÔMENO DA VIOLÊNCIA

Não há meios de prever as transformações no mundo da vida⁴, sobretudo na sociedade marcada pela desagregação, distante da *mesmidade* e do *círculo aconchegante*, como refere Baumam⁵, preferindo a fugacidade e a velocidade das relações, marcadas pelo individualismo.

Paoli comenta esse modelo social abordando a ideia de compreensão das ações contra-hegemônicas ao modelo neoliberal, centrando-se, sobretudo, nas possibilidades sociais e políticas do *refazer*, refundando os vínculos sociais rompidos com a exclusão social.⁶

Assim, na perspectiva de reverter o processo criado pelo consumo exagerado, considerado um valor na atualidade, Baumam descreve a dificuldade da sociedade se comunicar e se solidarizar e, dessa forma, de disseminar os ideais de humanização e relevância nas causas coletivas, “os valores intrínsecos dos outros como seres humanos singulares (e assim também a preocupação com eles por si mesmos) estão quase desaparecendo de vista.”⁷

Adverte Fromm que o desejo humano de experimentar união com os outros tem raízes nas condições específicas de existência que caracterizam a espécie humana e é um dos mais fortes motivadores da conduta.⁸ Para que não se veja completamente isolado – o que o levaria à insanidade – o homem necessita encontrar uma nova unidade: com os semelhantes e com a natureza. Os estudos de Fromm tornam-se relevantes quando se deparam com a necessidade do indivíduo colocar-se na vida social e desenvolver-se socialmente, já que o isolamento não constrói a maturidade do homem em relação aos demais, como já dito, nem com a natureza que o envolve.

O nascimento de um ponto de equilíbrio tanto na sociedade como no Estado é no sentido de enfrentar a crise social, com a construção de relações humanas mais sólidas, bem como o comprometimento em produzir condições justas de vida, respeitando e recuperando os princípios universalistas de justiça, mesmo numa sociedade fundada em valores particulares e egoístas.⁹ Há de se compreender a

⁴ À medida que os tempos tornam complexos os laços de convivência, com atributos tecnológicos e virtuais para as pessoas interagirem, múltiplas são as fórmulas estudadas para solucionar os conflitos humanos. A hermenêutica filosófica somente no século passado veio trazer perspectiva “humana” ajustada à realidade no processo interpretativo, quando permitiu que “as coisas mesmas” fossem descritas no processo interpretativo.

⁵ BAUMAN, Z. *La globalización: consecuencias humanas*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. 1999, p. 90.

⁶ No Brasil, soma-se a ambiciosa pretensão de criar uma consciência de cidadania entre o empresariado, igual a uma consciência humanitária ativa, embora a maioria do empresariado silencie, que atue sobre as fontes produtoras da miséria e não intervenha no debate sobre a política econômica. Não precisa mencionar que tal estratégia provoca um enaltecimento do setor privado e descrédito do setor público. PAOLI, M. C. *Empresas e responsabilidade social: os enredamentos da cidadania no Brasil*. In: SANTOS, B. de S. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 386; 393.

⁷ BAUMAN, Z. *Amor líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 96.

⁸ FROMM, E. *Ter ou ser?* 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976, p. 111.

⁹ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 326.



necessidade de se efetivar a vivência cidadã,¹⁰ e o espaço público é propício para articulação da cidadania, não somente como finalidade constitucional, mas, sobretudo, como comprometimento à máxima realização dos direitos fundamentais.¹¹

Veja-se que apesar do reconhecimento da complexidade social e do pluralismo jurídico, por vezes, se insiste na sustentação dual de mundo, isto é, os bons e os maus, vítimas e criminosos, amigos e inimigos, pessoas e não pessoas. Pior que a divisão social em dois blocos é a pretensão de justificá-la com aporte nos direitos humanos e se satisfazer com práticas, que não se pode chamar de estratégia, de “pura contenção estática”¹².

3 DA VIOLÊNCIA CONTRA MULHER: PRESSUPOSTOS FUNDAMENTAIS

A violência contra as mulheres constitui-se numa manifestação de relações de poder, historicamente, desiguais entre homens e mulheres que conduziram à dominação e à discriminação contra o sexo feminino que impedem, até hoje, seu pleno avanço. Esses atos podem se traduzir em quaisquer condutas de discriminação, agressão ou coerção, as quais desencadeiam danos, morte, constrangimento, limitação, sofrimento ou prejuízo, seja ele físico, sexual, moral, psicológico, social, político ou econômico. Portanto, extremamente complexa a fisiologia do fenômeno.

A Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos (Viena, 1993) reconheceu formalmente a violência contra as mulheres como uma violação aos direitos humanos. Desde então, os governos dos países-membros da ONU e as organizações da sociedade civil têm trabalhado para a eliminação desse tipo de violência, que já é reconhecido também como um grave problema de saúde pública. Segundo a OMS¹³, “as consequências do abuso são profundas, indo além da saúde e da felicidade individual e afetando o bem-estar de comunidades inteiras.”

A violência é um fenômeno tão frequente e abrangente porque em nossa sociedade muitas pessoas ainda pensam que a melhor maneira de resolver um conflito é a violência e que os homens são mais fortes e superiores às mulheres. É assim que, muitas vezes, os maridos, namorados, pais, irmãos, chefes e outros acreditam que têm o direito de impor suas vontades às mulheres.

Embora muitas vezes o álcool, drogas ilegais e ciúmes sejam apontados como fatores que desencadeiam a violência contra a mulher, na raiz de tudo está a cultura

¹⁰ Para Warat, não existe democracia sem dignidade; a democracia é o espaço político da dignidade, referência que vem a calhar com o princípio da solidariedade, que, reconhecidamente, é um reclamo à efetivação dos direitos do homem. WARAT, L. A. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. II, p. 389.

¹¹ HERMANY, R.; TABARELLI, L. O poder local como espaço de articulação da cidadania. In: COSTA, M. M. da; TERRA, R. B. M. da R. Barcelos; RICHTER, D. (Org.) *Direito, cidadania e políticas públicas III*. Porto Alegre: Ufgrs, 2008, p. 230.

¹² ZAFFARONI, E. R. *O inimigo do direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarcão. 2.ed. Rigo de Janeiro: Revan, 2007, p. 155-156.

¹³ Organização Mundial da Saúde.



social de inferioridade feminina e sua opressão no círculo familiar. Soma-se o mito da inviolabilidade do lar, como espaço de intimidade e privacidade inatingíveis.

Estima-se que grande número das mulheres agredidas sofram caladas e não peçam ajuda. É difícil dar um basta na situação, eis que existe uma história, entre autor e vítima, que um dia foi de afeto e com o tempo se transmutou em relação de violência. Muitas mulheres se sentem envergonhadas ou dependem emocionalmente ou financeiramente do agressor; outras acreditam que se tratou de fato isolado ou que, no fundo, são as próprias responsáveis pelo cenário de agressão.

O número de mulheres que recorrem à polícia é ainda menor, mas mesmo assim alarmante. No município de Passo Fundo, os registros de ocorrência que dão conta de violência doméstica somam, em média, trezentas ocorrências por mês. Na maioria ameaças, violência psicológica e lesões corporais leves.¹⁴

Educação, medo, dependência financeira, sobreposição familiar (filhos), ou seja, muitas mulheres sofrem porque creem ser natural, observaram a mãe sofrer, o irmão agredir a esposa, o costume, o hábito, o entender que isso é normal e acabar por se conformar, para não envolver os filhos, não acabar com a família 'estruturada' na qual as crianças supostamente convivem.

4 A ATIVIDADE ESTATAL E A CONFORMIDADE COM PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A atividade estatal, inclusive a resposta penal, é sempre vinculada a obediência aos princípios constitucionais explícitos e implícitos, bem como ao respeito aos direitos humanos fundamentais. Em razão disso está-se diante de forma de limitação dos fins dos atos estatais e ainda dos meios escolhidos para que tais objetivos sejam alcançados.

Dessa forma, a presença da matéria penal nas Constituições se dá mediante a previsão de princípios especificamente penais e de outros influentes. Os primeiros – tipicamente penais – são divididos em *explícitos*, enunciados de forma expressa e inequívoca no texto constitucional, e *implícitos*, os que se deduzem da análise e da interpretação da Constituição. Já os princípios influentes em matéria penal, geralmente, não são propriamente criminais, mas tratam do conteúdo das incriminações cuidando para que o direito penal sirva de instrumento eficaz à proteção de bens inspiradores das finalidades do Estado¹⁵.

Todavia, cabe registrar que o direito penal, ao invés de proteger direitos, ou melhor, direitos humanos fundamentais, vem se revelando, em muitos casos, como agressor. Isso é o que Luisi¹⁶ denomina de dimensão elefantíaca do direito penal, e

¹⁴ Estatística fornecida pela Delegacia da Mulher referente ao ano de 2010.

¹⁵ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003, p.87.

¹⁶ LUISI. *op. cit.*, p. 108.



Carrara,¹⁷ de nomorreira penal, fenômeno pelo qual o processo criminalizador se avulta a ponto de cominar pena a infrações pequenas e pouco relevantes, que podem ser enfrentadas com mais eficiência por outras órbitas do ordenamento jurídico, ferindo, por consequência, os direitos humanos fundamentais.

Assim, a criminalização excessiva, além de atentar contra os direitos humanos fundamentais, ao tolher a liberdade indevidamente, desequilibra a relação entre direito e poder, pois, na acepção de Bobbio, ao discorrer acerca do “governo dos homens ou governo das leis?”, o direito e o poder são “duas faces da mesma moeda: só o poder pode criar direitos e só o direito pode limitar o poder.”¹⁸ Deixa o direito penal de ser instrumento em defesa dos direitos fundamentais, tanto da vítima como do agressor, para representar e tutelar os interesses no poder, desvirtuando a sua base de sustentação e seu objetivo, perdendo, com isso, a legitimidade.

Ante esse quadro, difícil é a tarefa de equalizar o sistema meramente punitivista com os direitos humanos fundamentais; no entanto, a presença de princípios norteadores nas Constituições é de indubitável importância nesse trabalho, ainda mais quando se considera que servirão de marco para a interpretação dos direitos e deveres dos indivíduos.

5 A VÍTIMA NO BRASIL

A vitimologia é considerada um ramo da criminologia, e tem como objeto o estudo científico das vítimas do crime, analisa as consequências da atividade criminosa sobre a mesma, a sua função dentro do processo penal e as suas necessidades como sujeito de direitos. Trata-se de nova abordagem que tem como foco a justiça com prevalência dos valores de respeito, humanidade e solidariedade, caminha no mesmo sentido que os direitos humanos e a justiça restaurativa. A abordagem vitimológica está trazendo à tona a relevância da vítima, a sua necessidade de inclusão no processo e a assistência a que tem direito.¹⁹

Segundo Shecaira, a vítima é aquela que sofre, de forma direta, a ofensa ao bem juridicamente tutelado, as consequências, da violação da norma proibitiva penal, e de forma ampla pode-se dizer que é vítima, também, determinada comunidade que sofre igualmente os efeitos da ação delituosa.²⁰

A grande questão da vítima no contexto brasileiro é justamente saber se o tratamento que recebe a transforma em objeto ou se, pelo contrário, trata-se de um ato pautado pelos ditames morais e principiológicos, não ferindo sua condição como

¹⁷ CARRARA, Francesco. *Programa de direito criminal*. Tradução de Ortega y Guerrero. Bogotá: Temis, 1979, p. 154.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 155.

¹⁹ KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, direitos humanos e justiça restaurativa. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre: Iob, n. 48, v. 8, p. 146, 2008.

²⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista Tribunais, 2004, p. 54.



cidadã, conforme Saldanha

No Brasil, após o advento da Lei 9.099/95 é que a vítima começou a participar do cenário desta peça tão importante: sua vida e seus sentimentos. Ainda há muito o que avançar neste enfoque, ainda há muita omissão estatal no que concerne a problemática do pós crime.²¹

Não apenas no Brasil a discussão sobre este assunto vem se sobressaindo, conforme Rieger e Camargo explicitam “a problemática da vítima ocupa um papel de destaque no direito penal e política criminal. Encontram-se, nos mais diversos países, importantes discussões de temas como apoio psicológico e material à vítima”²², ou seja, esse tema está sendo cada vez mais discutido nos diversos lugares do mundo, pois com a criminalidade cada vez maior também temos o número de vítimas cada vez maior e com isso os estudos vitimológicos e preocupação em mudar o panorama atual aumentam, no que concerne ao tratamento da vítima pelo poder público, legislação e sociedade.

No Brasil, mais especificamente no Estado de São Paulo existe uma associação chamada CRAVI,²³ que tem como objetivo geral identificar, compreender e atender as demandas por justiça e direitos humanos.²⁴ Grande iniciativa do Estado de São Paulo em consonância com o disposto na Constituição Federal.

6 DA VITIMIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA: UMA ABORDAGEM DA DIGNIDADE HUMANA

Os danos causados à vítima em decorrência direta do delito são conhecidos como o fenômeno da vitimização primária, ou seja, são as consequências do crime, ao passo que a vitimização secundária ocorre pelo tratamento indiferente que a vítima recebe ao dirigir-se às autoridades competentes para denunciar o ocorrido. Muitas vezes, a vítima ao entrar em contato pela primeira vez com os órgãos estatais, começando pela própria polícia, inicia um processo de vitimização novamente, que decorre do tratamento impessoal que recebem das próprias instâncias de controle social; e por ser um sistema extremamente burocrático se tem a sensação de perda de tempo e de recursos.

²¹ SALDANHA, Ana Maria Pires. Vítima, uma personagem esquecida. *Revista Íbero-americana de Ciências Penais*, Porto Alegre: Ceip, n. 3, ano 2, p. 14, 2001.

²² RIEGER, Renata Jardim da Cunha; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. Breves considerações sobre a revalorização da vítima e a reparação do dano no processo penal brasileiro. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre: lob, n. 58, v. 10, p. 123-136, 2009.

²³ *Centro de Referência e Apoio à Vítima*

²⁴ SÃO PAULO, Secretaria da justiça e da defesa da cidadania. *Centro de referência e apoio a vítima*. justica.sp.gov. Disponível em < <http://justica.sp.gov.br/Modulo.asp> >. Acesso em 25 abr. 2011.



Chegando-se à fase processual penal, a vítima tem a única função de servir como meio de prova, sem ser levado em consideração as suas necessidades, ou seja, além daquele sofrimento imposto à vítima em decorrência do crime, ela é afetada por novos prejuízos sociais, psíquicos e econômicos.²⁵

Pode-se dizer que a vitimização primária é inevitável, tendo em vista que não se pode prever o cometimento de um crime, porém a vitimização secundária pois é um fenômeno que deveria ser evitado pelas próprias instituições que o causam, é um contrasenso a verificação de tal fenômeno em um Estado Democrático de Direito. Ambas as situações são flagrantes atentados à dignidade da pessoa humana, tendo como diferença basilar a inevitabilidade da primeira. A oitiva da vítima deve se dar de forma respeitosa, assegurando seus direitos e honra, deve ser informada sobre o andamento do processo, das decisões e datas do mesmo e devem ser adotadas medidas no sentido de minimizar as dificuldades encontradas pela mesma.²⁶

Adotar medidas que assegurem os direitos da vítima, que a trate de forma respeitosa, e não indiferente, como ocorre em diversas situações, ser tratada com a importância que merece, justamente devido à vitimização primária já ocorrida, e, principalmente, no sentido de evitar a vitimização secundária, são formas de garantir a dignidade da pessoa humana. É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos segurança, e quando isso não ocorre, tem o dever de evitar ao máximo os danos ocasionados.

7 DA LEI MARIA DA PENHA – LEI N. 13.340/06: ESCLARECIMENTOS ESSENCIAIS

Quando se trata de ciclo de violência, sobretudo doméstica, é muito comum que esse ciclo se repita, com cada vez maior violência e intervalo menor entre as fases. Assim, de início importa diferenciar violência doméstica de violência familiar. A primeira ocorre no ambiente doméstico ou de afetividade, ou ainda de coabitação. Já a violência familiar acontece no seio da família, isto é, nas relações entre os atores da comunidade familiar. A comunidade familiar se dá por vínculos de parentesco natural (pai, mãe, filha, etc.) ou civil (marido, sogra, padrasto ou outros) e, além desses, por afinidade (primo ou tio do marido) e afetividade (amigo(a), padrinho, madrinha que residam na mesma casa ou a frequentem com constância).

A Lei Maria da Penha, afora ser um poderoso instrumento normativo, reflete uma política pública de gênero, pois protege a figura feminina em situação de violência doméstica, portanto mais ampla que a familiar, a englobando logicamente. Isso ocorre independente de idade, formação cultural, raça, classe ou credo.

Interessantes aspectos da Lei Maria da Penha residem no fato de que a mulher

²⁵ SANTANA, Selma Pereira de. A vitimodogmática: uma faceta da justiça restaurativa? *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre: lob, n. 62, v. 11, p. 55-56, 2010.

²⁶ SANTANA, Selma Pereira de. A vitimodogmática: uma faceta da justiça restaurativa? *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre: lob, n. 62, v. 11, p. 52, 2010.



dispõe de medidas protetivas que vão desde o afastamento do agressor do lar até a proibição de aproximação, a qual visa garantir o direito de livre circulação. Soma-se a isso o fato de que é possível a mulher se retratar somente diante de juiz, na busca de inibir a opressão, bem como a presença da violência simbólica.

Outro aspecto a ressaltar diz respeito à sistemática prevista que possibilita a oitiva cuidadosa e cautelosa das partes, conferindo atenção e dignidade à vítima, figura olvidada nos procedimentos judiciais de outras naturezas. O núcleo de radiação dos processos de violência doméstica se concentra na mulher, ponto de partida importante para se repensar o atendimento e tratamento da violência no Brasil.

Também é garantido que a mulher receba um tratamento médico gratuito e tratamento especial para os casos de violência sexual o juiz pode determinar que a mulher seja incluída em programas de assistência.

Essa mudança paradigmática, introduzida pela Lei Maria da Penha, visa ao reconhecimento da complexidade social contemporânea e da necessidade de tratamento digno aos atores do fenômeno.

8 DO SISTEMA DE ATENDIMENTO ÀS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM PASSO FUNDO/RS: A EXPERIÊNCIA DO PROJUR MULHER

É justamente com atitudes positivas e incentivadoras de cada comunidade que as vítimas começam a se sentir mais seguras para denunciar os crimes que sofrem, principalmente quando estes ocorrem dentro do âmbito doméstico.

É o caso da cidade de Passo Fundo/RS, em que as vítimas de violência doméstica podem recorrer a um sistema de atendimento que inclui: Coordenadoria da Mulher, Delegacia da Mulher, Casa de Apoio à mulher em situação de violência e o PROJUR MULHER, Cepavi.

A Coordenadoria da Mulher é um órgão com *status* de secretaria que atua diretamente ligado ao Gabinete do Prefeito, com sede própria para atender as mulheres e familiares. Atua na identificação das zonas de vulnerabilidade e na promoção de ações estratégicas para reforçar a cidadania e prevenir a violência.

A Delegacia da Mulher conta com uma equipe de profissionais treinados para bem atender as mulheres e seus filhos, com um ambiente acolhedor que possibilita um primeiro contato com a proteção.

A Casa de Apoio mantida pela Prefeitura Municipal de Passo Fundo permanece à disposição das mulheres e filhos, para os casos em que tenham representado criminalmente contra o agressor e solicitado medidas protetivas. A Casa de Apoio possui toda a estrutura necessária para que a mulher permaneça o tempo preciso, contando com monitoras, coordenadora, vigilantes e transporte.

O Projur Mulher é um projeto de extensão da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo que atua na prevenção à violência, por meio de contato direto com a comunidade através de reuniões, encontros e palestras que tratam de multiplicar



cidadania por meio de esclarecimentos acerca dos direitos humanos e fundamentais e, especificamente, direitos da mulher.

É desenvolvido um trabalho de prevenção, sendo que a Coordenadoria da Mulher, do município, realiza encontros mensais nos bairros, e o Projur, PR sua vez, vai até cada bairro informar a comunidade local sobre seus direitos, e como proceder nos casos de violência doméstica. Trata-se de ações educativas que visam não só à informação, como também à prevenção desse tipo de crime, vez que atitudes como essa podem diminuir o grau de violência na localidade.

Além disso, o Projur Mulher também realiza campanhas informativas, distribuição de folders no sentido de dar apoio a estas mulheres, vítimas de violência doméstica, que se sentem desamparadas. Já estão sendo elaboradas outras atividades a fim de conferir maior eficácia no projeto mencionado, como o atendimento às mulheres que se encontram reclusas no presídio municipal, posto que também estão vulneráveis.

Atua também no atendimento de mulheres e familiares em situação de violência com orientação jurídica em visitas semanais na Casa de Apoio, bem como através do acompanhamento processual, tanto criminal quanto na área de direito de família. Conta ainda o projeto com a oferta de arte terapia no intuito de sensibilizar e tratar os envolvidos por meio da promoção da arte e da autoestima. Associado ao Projur existe ainda o Cepavi, vinculado à Faculdade de Psicologia, que faz atendimento psicológico a todos os envolvidos no círculo da violência.

Segue abaixo demonstrativo do trabalho que o Projur Mulher vem desenvolvendo através do atendimento a diversas mulheres vítimas de violência doméstica, na cidade de Passo Fundo nos anos de 2010 e 2011.

ANO	2010	2011
NÚMERO DE MULHERES ATENDIDAS	39	2
NÚMERO DE MULHERES AGREDIDAS FISICAMENTE	14	
NÚMERO DE MULHERES AGREDIDAS FÍSICA, MORAL E PSICOLÓGICAMENTE	14	2
COMPANHEIROS ENVOLVIDOS COM:		
Drogas	12	
Álcool	13	
Álcool e drogas	2	

Com relação à tabela demonstrativa, esses dados são até o final do mês de março de 2011, sendo que dentre os números da agressão física houve uma com o uso de faca e cárcere privado; uma resultante em perda dos dentes e, ainda, outro caso relatado com socos e tapas.

Na maioria das vezes os agressores são os próprios companheiros, porém na



tabela acima, no ano de 2010, houve um agressor irmão da vítima e outro genro da vítima.

9 DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, pode-se dizer que a violência constitui-se em fenômeno extremamente complexo, que envolve múltiplos fatores, demonstrando que seu entendimento requer uma perspectiva multidisciplinar, assim como seu enfrentamento. Essa complexidade se agudiza ainda mais quando se trata de violência doméstica, pois soma-se todas as peculiaridades das imprevisíveis relações de afeto.

Nesse ponto, a mulher enquanto vítima é resultado de um processo histórico-cultural de formação da sociedade em bases de submissão e opressão, sendo imprescindível uma reflexão crítica e sem preconceitos, no intuito de formar um novo paradigma a orientar novas políticas públicas, seguindo o caminho aberto pela Lei Maria da Penha.

Assim, a resposta meramente punitivista não é suficiente para responder e tratar adequadamente a violência doméstica. Esse círculo não se rompe facilmente, é imperioso se manter uma rede, ou melhor, um sistema de atendimento à mulher e aos demais atores envolvidos no cenário da violência doméstica. Tratamento esse tão complexo quanto o fenômeno a ser atendido.

Em definitivo, a experiência do município de Passo Fundo é um exemplo de boas intenções que se mostra na rede de atendimento e na atuação do Projur Mulher, nas funções de orientar, prevenir e tratar da violência, considerando as partes sua história e cultura, baseando as atividades no entendimento e na compreensão, excluindo julgamentos preliminares e a condenação como finalidade última.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Z. *La globalización: consecuencias humanas*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. 1999, p. 90.
- BAUMAN, Z. *Amor líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 96.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 155.
- CABRAL, Antonio do Passo. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV, do CPP. *Revista Jurídica*, São Paulo: Notadez, n. 388, ano 58, p. 79-92, 2010.
- CARRARA, Francesco. *Programa de direito criminal*. Tradução de Ortega y Guerrero. Bogotá: Temis, 1979, p. 154.
- FROMM, E. *Ter ou ser?* 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976, p. 111.



HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 326.

HERMANY, R.; TABARELLI, L. O poder local como espaço de articulação da cidadania. In: COSTA, M. M. da; TERRA, R. B. M. da R. Barcelos; RICHTER, D. (org) *Direito, cidadania e políticas públicas III*. Porto Alegre: Ufgrs, 2008, p. 230.

KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, direitos humanos e justiça restaurativa. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre: lob, n. 48, v. 8, p. 146-162, 2008.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003, p.87.

RIEGER, Renata Jardim da Cunha; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. Breves considerações sobre a revalorização da vítima e a reparação do dano no processo penal brasileiro. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre: lob, n. 58, v. 10, p. 123-138, 2009.

SALDANHA, Ana Maria Pires. Vítima, uma personagem esquecida. *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, Porto Alegre: Ceip, n. 3, ano 2, p. 11-17, 2001.

SANTANA, Selma Pereira de. A vitimodogmática: uma faceta da justiça restaurativa? *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre: lob, n. 62, v. 11, p. 47-65, 2010.

SÃO PAULO, Secretaria da justiça e da defesa da cidadania. *Centro de referencia e apoio a vítima*. justica.sp.gov. Disponível em < <http://justica.sp.gov.br/Modulo.asp>>. Acesso em 17 out. 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, E. R. *O inimigo do direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarcão. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 155-156.



A SOCIEDADE INFORMACIONAL E A PROTEÇÃO JURÍDICA DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL: RUMO AO CONSTITUCIONALISMO DO SÉCULO XXI

Letícia Brum da Silva¹

Rosane Leal da Silva²

1 INTRODUÇÃO

A internet tem adquirido nos últimos anos a importância que qualquer outro meio de comunicação jamais alcançou, dessa forma, proporciona aos seus usuários uma gama de possibilidades inimagináveis há cerca de 20 anos atrás. Após seu advento muitas formas de relacionamento mudaram, além disso, houve imensa transformação nos segmentos sociais, econômicos e culturais. Sem dúvida, a rede mundial de computadores é um dos meios mais completos e complexos, posto que facilita a comunicação, proporciona entretenimento diversificado, disponibiliza variada gama de informações, contato com bens culturais diversos, como filmes, músicas e bibliotecas, dentre tantos outros aspectos inegavelmente positivos que surgem com o desenvolvimento e utilização das tecnologias da informação.

Atualmente é possível acompanhar, em tempo real, o que ocorre no outro lado do planeta com a facilidade de apenas um clique. As informações disseminam-se mais rápido e facilmente, sendo disponível aos internautas notícias do mundo todo, a qualquer tempo e local. Diante de tais benefícios, constata-se o aumento do acesso dos brasileiros à internet, fazendo emergir uma preocupação impensável em décadas passadas, qual seja a efetiva proteção das informações lançadas na rede, pois, apesar de ser uma tecnologia importante na vida de seus usuários, estes permanecem expostos, bem como seus dados pessoais que circulam livremente pelo ambiente virtual e podem ser utilizados para fins ilícitos ou de forma não autorizada. Assim, percebe-se que os internautas permanecem desprotegidos, na medida em

¹ Graduanda do Centro Universitário Franciscano (UNIFRA), Santa Maria (RS). Desenvolve pesquisa sobre a proteção de direitos fundamentais na sociedade informacional, financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul (FAPERGS) e orientada pela Prof^a Dr^a Rosane Leal da Silva. E-mail para contato: lezynha.bs@bol.com.br

² Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com pesquisa sobre a proteção integral dos adolescentes internautas na sociedade informacional. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria e do Centro Universitário Franciscano, ambos em Santa Maria (RS). Líder do Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio, da UNIFRA e integrante do Núcleo de Estudos Sociais e Jurídicos da Criança e do Adolescente (NEJUSCA), na UFSC. Desenvolve Projeto de pesquisa intitulada O Cyberbullying no Brasil: análise do tema sob a teoria da proteção integral, realizada na UNIFRA, com apoio financeiro do CNPq. E-mail para contato: rosaneleals@terra.com.br



que ainda não existe legislação pertinente à proteção de dados pessoais no Brasil.

Entretanto, apesar das facilidades apresentadas, existem outros aspectos que devem ser observados, como o uso indiscriminado da rede para fins ilícitos, especialmente aqueles referentes aos dados pessoais. Em outras palavras, é de fundamental importância que as informações lançadas na internet sejam, de alguma forma, protegidas da atuação dos *sites* inidôneos e dos maus usuários, os quais geram cada vez mais insegurança e incerteza quanto ao que pode ser feito com informações pessoais e dados disponíveis.

Através da internet é possível que *sites* inidôneos utilizem os dados cadastrais do cliente para cometimento de fraudes eletrônicas, como as inúmeras tentativas de disseminação de vírus pela internet, intercâmbio de dados entre empresas, entre outros, o que aponta para a necessidade de que se pensem em mecanismos de proteção dos dados pessoais dos usuários.

Apesar do interesse e da atualidade do tema, ainda não existe no Brasil, legislação destinada a proteger os dados pessoais dos usuários da internet, o que corrobora com a apresentação do presente artigo, que visa discutir as estratégias utilizadas pelo Brasil até o presente momento, oferecendo um panorama das iniciativas em curso para o enfrentamento do tema. Para tanto, foram combinadas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental em fontes primárias, com ênfase para o material disponível no Portal do Marco Civil da internet, o qual resultou na divisão do trabalho em duas partes: na primeira parte, discute-se a proteção dos dados pessoais no Brasil e neste contexto são apresentadas e abordadas algumas propostas constantes no projeto do Marco Civil na internet, atualmente em fase de elaboração. Na segunda parte, discute-se, mais especificadamente, a proposta destinada a regular o tratamento dos dados pessoais *on-line*, conforme se verá na sequência.

2 O TRATAMENTO DOS DADOS PESSOAIS NO BRASIL: DA PROTEÇÃO EXISTENTE AO PROJETO DO MARCO CIVIL NA INTERNET.

Apesar dos avanços no sentido de ampliar o acesso à internet e de os brasileiros estarem cada vez mais conectados³, constata-se a inexistência de legislação específica sobre a proteção de dados pessoais no Brasil⁴. Destarte, faz-se necessário que se

³ O crescimento é confirmado pelos indicadores da última edição da pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e comunicação (TICs) no Brasil. Destacou-se que entre 2008 e 2009, aumentou 29% o número de lares com computador e em 2009 registrou-se 18,3 milhões (32% dos domicílios), comparados aos 13,9 milhões da pesquisa de 2008 (25%). Além disso, ressalta-se o fato de que o número de domicílios com internet cresceu 35% entre a pesquisa de 2008 e a de 2009. PESQUISA TIC Domicílios 2009 mostra que há 5 milhões de lares brasileiros com computadores mas sem acesso à internet. *Revista Eletrônica AREDE*. Disponível em: <<http://www.aredo.inf.br/inclusao/component/content/article/106-acontece/2803-pesquisa-tic-domicilios-2009-mostra-que-ha-5-milhoes-de-lares-brasileiros-com-computadores-mas-sem-acesso-a-internet>> acesso em: 14 set. 2010.

⁴ Emprega-se aqui a definição oferecida por Catarina Sarmiento e Castro, que compreende como tal qualquer informação (numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica), independente do suporte (som e imagem), referente a uma pessoa identificada ou identificável. Podem ser informações



estabeleça a discussão na sociedade civil e nos meios acadêmicos, ampliando-se a participação do cidadão com vistas à elaboração de projeto de lei que garanta a proteção dos usuários e de seus dados, coibindo-se do acesso e uso indiscriminados e não autorizados.

Quando o tema é a proteção de dados pessoais, percebe-se que o Brasil está bastante atrasado se comparado a outros Estados, a exemplo do Chile, que passou a regulamentar a matéria com a Lei 19.628 de 1999, punindo o tratamento ilícito dos dados; a Argentina, que se tornou pioneira na elaboração de legislação referente à proteção de dados pessoais a partir da Lei 25.326 de 2000, posteriormente regulamentada pelo Decreto 1.558/2001; o Uruguai, por meio da Lei nº 18.331 de 2008; e México, que dispõe sobre o tema através da Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, conforme assevera Ana Brian Nougères.⁵

Apesar da regulação existente em outros Estados Latinos, o Brasil no momento só conta com regulamentações setoriais⁶, as quais não atacam de forma específica o problema da privacidade e da proteção de dados pessoais. Nesse sentido, destaca-se o disposto no art. 5º, X, da Carta Constitucional, que prevê a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, bem como da honra e imagem das pessoas.

A leitura da bibliografia sobre o tema aponta divergência no tratamento da intimidade e da privacidade. Marcelo Cardoso Pereira, autor que adota a distinção entre intimidade e privacidade, afirma que enquanto a intimidade se relaciona à esfera mais reservada, ligando-se às emoções, pensamentos e ideias mantidas numa zona nuclear, o direito à privacidade abarca aspectos da convivência familiar e de um pequeno grupo de amigos, referindo-se a rotinas, hábitos de consumo, acordos e negociações realizadas dentro de um círculo menor de pessoas e apesar de ser mais ampla se comparada à intimidade, o que ocorre na esfera privada deve ficar a salvo de ingerências externas não autorizadas. Para aquele autor, a privacidade está mais exposta a condicionantes culturais e sociais que a intimidade, o que leva a variações do seu conteúdo e à dificuldade em determinar o âmbito e o alcance desse direito.⁷

como o número de identidade, CPF, endereço, número do cartão de crédito, entre outras. CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 70-88.

⁵ NOUGRÈRES, Ana Brian *et al.* Protección de datos personales en América Latina. Disponível em: <<http://habeasdata.doneda.net/protacao-de-dados-pessoais-na-america-latina/>> Acesso em: 14 mar 2011.

⁶ A exemplo das regulamentações existentes tem-se o Decreto nº 3.505/2000, o qual institui a Política de Segurança da Informação nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, estabelecendo assim normas jurídicas necessárias à efetiva implementação da segurança da informação no País. Cartilha de Segurança para internet, produzida pelo Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil (CERT.br), com o apoio do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br). O documento traz recomendações e dicas sobre como o usuário da internet deve se comportar para aumentar sua segurança e se proteger de possíveis ameaças. CARTILHA de Segurança para internet, versão 3.1/ CERT.br, 2006. Disponível em: <<http://cartilha.cert.br/>>. Acesso em: 14 mar 2011.

⁷ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na Internet*. Curitiba: Juruá, 2006.



A partir das novas formas de tratar os dados pessoais na sociedade informacional demonstra-se que os internautas devem possuir o direito de determinar e controlar a forma como suas informações serão utilizadas.⁸ Decorre desse entendimento um direito específico sobre a proteção de dados pessoais frente aos tratamentos informáticos que recebem. Trata-se do Direito de Autodeterminação Informativa, liberdade informática, ou ainda, intimidade informática.⁹

Por meio dessa nova perspectiva objetiva-se que o internauta que tem seus dados capturados na rede possa determinar como serão tratados, quem poderá fazê-lo, como e quando isso será possível. Pretende-se, assim, conciliar o uso dos dados pessoais na internet com a proteção de direitos fundamentais, como a intimidade e a privacidade.

Diante disso, identifica-se a emergência de um novo e emergente direito fundamental, à proteção dos dados pessoais na internet, o qual surge com o intuito de ampliar à proteção à intimidade dos usuários, pois ao unir-se com outros direitos fundamentais resulta em parte do rol de direitos e liberdades consagrados constitucionalmente e têm como escopo comum a proteção da Dignidade de Pessoa Humana.¹⁰

Ainda destaca-se na Carta Magna o inc. XII do art. 5º, o qual garante, entre outras coisas, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados. A importância desse dispositivo no avanço da proteção dos dados pessoais frente às novas tecnologias da informação é evidenciada por doutrinadores constitucionais, o que se constata nas palavras de Alexandre Moraes¹¹ para quem

O preceito que garante o sigilo de dados engloba o uso das informações decorrentes da informática. Essa nova garantia, necessária em virtude da existência de uma nova forma de armazenamento e transmissão de informações, deve coadunar-se com as garantias de intimidade, honra e dignidade humanas, de forma que impeçam interceptações ou divulgações por meios ilícitos.

Na esteira da previsão constitucional, em 1990 foi promulgada a Lei nº 8.078, conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC), que prevê expressamente a proteção dos dados pessoais dos consumidores, conforme se verifica no art. 43, que garante ao consumidor o acesso às informações existentes em cadastros, fichas,

⁸ O termo informacional indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 11. ed. Traduzido por Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2008. v. 1, p. 64-65.

⁹ PEREIRA, Marcelo Cardoso, op. cit., p. 145.

¹⁰ PEREIRA, 2006, p. 159.

¹¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.85.



registros e dados pessoais e de consumo arquivados, bem como sobre as suas respectivas fontes.

Para efetivar essa proteção, o referido artigo desdobra-se em cinco parágrafos, dentre os quais prevê a necessidade de comunicação por escrito ao consumidor quando haja abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo, quando não solicitado por ele. Assegura ao consumidor, inclusive, a possibilidade de exigir a imediata correção de seus dados e cadastros, sempre que encontrar inexatidão, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

Constata-se que a maior tutela a respeito da proteção de dados no Direito brasileiro tem ocorrido nos bancos de dados com informações de inadimplência dos consumidores. Assim, quando o nome do consumidor for integrar um banco de dados negativos, ele tem o direito de ser notificado previamente, independente de ser devedor ou não. Quando inexistir esta comunicação, configura-se o dano moral por ofensa a intimidade e honra, devendo o responsável pelo arquivo ser responsabilizado, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça e majoritário na Doutrina.¹²

A importância conferida aos dados do consumidor também se evidencia no título concernente às infrações penais (arts. 61 a 80), posto que os artigos 72 e 73 tipificam como crime de consumo a negativa de acesso do consumidor aos seus dados pessoais que constem em cadastros, banco de dados¹³, fichas e registros, bem como a não correção de informações errôneas. Assim, o crime definido no art. 72 objetiva a proteger o acesso do consumidor às informações sobre ele que constem em bancos de dados, enquanto que o art. 73 resguarda o direito de exigir correção da informação inexata.¹⁴

Em que pese representar um importante avanço para a época, conferindo mecanismos de proteção dos dados dos consumidores, até então não existentes, a legislação consumerista tem aplicabilidade limitada, pois na prática abarca apenas as relações de consumo e o fornecimento de crédito, não alcançando os demais casos em que os dados pessoais podem sofrer vulneração, especialmente quando disponibilizados no ambiente virtual.

Em 1997, o tema dos dados pessoais novamente recebeu a atenção do legislador brasileiro, desta vez com a edição da Lei nº 9.507, que regulamenta o

¹² LIMBERGER, Têmis. Proteção dos Dados Pessoais e Comércio Eletrônico: os desafios do século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, ano 17. nº 67, Jul - set 2008, p. 235.

¹³ Cadastros e bancos de dados não se confundem. Os cadastros prestam-se a melhorar o relacionamento entre consumidor e fornecedor, não funcionam como transmissores de informações sobre o consumidor a terceiros. São os bancos de dados de proteção ao crédito, como Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) e a Serasa, que têm esta função. Já os bancos de dados coletam, armazenam e fornecem informações a empresas, bancos, comércios, enfim, fornecedores que pretendem fazer consultas sobre a situação do consumidor que os procura. SALOMÃO, Lídia. Apontamentos sobre as condutas tipificadas como crimes pelo CDC – Parte II. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_curso=957&id_titulo=11637&pagina=1>. Acesso em: 17 mar 2011.

¹⁴ BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos. Práticas abusivas. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.



Habeas Data. Esse remédio constitucional destina-se a assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes do registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público, para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. Também pode ser utilizado para a anotação nos assentamentos do interessado de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

Ao tratar do tema, o Presidente do Instituto Brasileiro de Direito da Informática (IBDI), Omar Kaminski, destaca que o uso desse dispositivo deve ser cada vez maior, pois ele permite que as pessoas tenham a possibilidade de conhecer as informações constantes do registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público.¹⁵

Pode-se mencionar ainda a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil, que, atualmente, destaca-se por meio dos arts. 20 e 21. Aquele proíbe de forma expressa a exposição ou utilização da imagem de uma pessoa, prevendo indenização quando a publicação afetar a honra ou se destinar a fins comerciais. Já o art. 21 garante a inviolabilidade dos direitos de personalidade, a exemplo dos dados pessoais, e possibilita que quando requerido pelo titular, o juiz faça cessar o ilícito. Conforme o Procurador da República Luiz Costa, esses dispositivos são, atualmente, os principais fundamentos adotados para que exista a remoção de conteúdo *on-line* nas situações em que há uma violação clara do direito de privacidade, imagem ou qualquer outro direito de personalidade do indivíduo.¹⁶

Além desse esparsa tratamento dos dados pessoais, tramitam no Congresso Nacional algumas iniciativas referentes à proteção de dados, a exemplo do Projeto de Lei nº 89-03, originário da Câmara de Deputados, que versa sobre os Crimes de Informática, também conhecida como “Lei Azeredo”. O projeto tem como objetivo criminalizar algumas condutas, mas a morosidade na tramitação faz com que ainda aguarde votação na Câmara dos Deputados.^{17,18}

Esta iniciativa é passível de crítica, posto que no Brasil pensou-se primeiramente em criminalizar as condutas daqueles que utilizam a internet como meio facilitador da transgressão. Ao assim prever, confere papel de destaque ao aspecto penal

¹⁵ KAMINSKI, Omar. *O direito à privacidade e proteção aos dados pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro, D.P.D.C.; U.E.R.G., 11 ago. 2010. Seminário sobre Proteção à Privacidade e aos Dados Pessoais no Brasil. Entrevista concedida a Marcel Leonardi. Disponível em: <http://www.zappiens.br/portal/VisualizarVideo.do?_InstanceId=0&_EntityIdentifier=cgiMyo1DZCLVIWgqd1sNXRMLjZF_8FYwlqnyjlURbcCZIM.&idRepositorio=0> Acesso em: 15 mar 2011..

¹⁶ COSTA, Luiz. *O direito à privacidade e proteção aos dados pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro, D.P.D.C.; U.E.R.G., 11 ago. 2010. Seminário sobre Proteção à Privacidade e aos Dados Pessoais no Brasil. Entrevista concedida a Marcel Leonardi. Disponível em: <http://www.zappiens.br/portal/VisualizarVideo.do?_InstanceId=0&_EntityIdentifier=cgiMyo1DZCLVIWgqd1sNXRMLjZF_8FYwlqnyjlURbcCZIM.&idRepositorio=0> Acesso em: 15 mar 2011.

¹⁷ Desde o início do mês de abril encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

¹⁸ REINALDO FILHO, Demócrito. O projeto de lei sobre crimes tecnológicos (PL nº 84/99). Notas ao parecer do Senador Marcello Crivella. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 375, 17 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5447>>. Acesso em: 29 mar. 2011.



em detrimento da proteção e promoção, finalidades que também podem ser desempenhadas pela lei. Destaca-se o fato de que Estados Americanos, como os já citados Chile, Argentina, Uruguai e México, deram ênfase especial à prevenção e proteção dos usuários e seus dados pessoais, demonstrando uma maior preocupação com a vítima e não simplesmente em punir o infrator.

Além das iniciativas supramencionadas, em 29 de outubro de 2009, através de iniciativa conjunta da Secretaria de Assuntos Legislativos da Justiça (SAL/MJ) e da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, foi lançado projeto para a construção colaborativa de um Marco Civil da internet¹⁹ no País, o qual se entende como um conjunto de leis que garantem direitos de internautas, provedores na rede e do próprio governo. Na data foi apresentado o texto-base produzido pelo Ministério da Justiça, que identificou e propôs a sistematização dos principais temas referentes à internet que atualmente se encontram pendentes de regulação no País.²⁰

Ressalta-se o fato de que o projeto possui caráter colaborativo, visto que busca inovar no processo de criação das leis, isto é, incentiva, através da internet, a contribuição de todos os interessados no tema. Assim, a participação no projeto efetivou-se através do portal do Marco Civil da internet²¹, que recebeu sugestões dos internautas e promoveu debates²².

Para fornecer subsídios para que o leitor compreenda o tema, a seguir serão destacados alguns artigos desse documento concernentes especificamente à

¹⁹ Conforme o disposto na página do Marco civil da internet, tanto a elaboração deste Marco Civil, como da minuta de anteprojeto de Lei que posteriormente será enviada ao Congresso Nacional é de responsabilidade de uma comissão formada por membros do Ministério da Justiça. O referido Marco, em fase de desenvolvimento, tem o propósito de determinar de forma clara direitos e responsabilidades relativas à utilização dos meios digitais. Objetiva, portanto, o estabelecimento de uma legislação que garanta direitos, e não uma norma que restrinja liberdades. MARCO CIVIL NA INTERNET. Sobre. Disponível em: <<http://culturadigital.br/marcocivil/sobre/>> Acesso em: 19 set 2010.

²⁰ Idem, ibidem.

²¹ O acesso ao Portal ocorre através do link: <<http://culturadigital.br/marcocivil/>>.

²² A discussão do Marco Civil Brasileiro ocorreu em duas fases: a primeira teve duração aproximada de 45 dias, nos quais foram debatidas ideias ligadas aos tópicos do texto-base, registrando-se cerca de 822 (oitocentas e vinte e duas) contribuições. Nesse momento o debate foi realizado em três eixos: a) inicialmente buscou-se identificar alguns direitos individuais e coletivos relacionados ao uso da internet que ainda não estavam previstos explicitamente na legislação nacional; b) o segundo eixo focou-se na identificação das responsabilidades dos diversos atores encarregados pela viabilização dos processos de comunicação por meio da internet; c) o terceiro eixo pautou-se na discussão de diretrizes governamentais já existentes que pudessem servir de base na elaboração de políticas públicas e na posterior regulamentação de aspectos relacionados à internet. O principal resultado obtido nesse período refere-se à modificação do texto inicial, isto é, os comentários postados auxiliaram no aprimoramento do texto-base, compilando-se as informações obtidas e elaborando-se a partir disso uma minuta de anteprojeto de lei, elaborada pelo Ministério da Justiça a partir da análise das contribuições dos internautas sobre o texto-base. Posteriormente este texto foi disponibilizado no portal. Cumprido o cronograma inicial, a segunda fase de debates foi realizada entre os meses de abril e junho de 2010 e seguiu basicamente a mesma lógica da inicial, tendo como parâmetro a minuta de anteprojeto de lei. Além disso, o fato de o conteúdo ser disponibilizado na web possibilitou a maior participação dos interessados, favorecendo e fomentando o debate de cada capítulo e a inclusão de comentários sobre os artigos da minuta de anteprojeto. MARCO CIVIL DA INTERNET.



proteção de dados pessoais, dentre eles o art. 2º, II²³, que considera a proteção de dados como princípio basilar do bom exercício dos direitos do cidadão na internet.

Outro dispositivo que merece destaque é o art.7º, III²⁴, pois garante ao usuário “o direito a informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, estabelecendo o regime de proteção aos seus dados pessoais”. Nessa mesma linha e visando à tutela dos dados do internauta, o parágrafo único do art. 8º²⁵ garante ao usuário o direito de utilizar-se de medidas de segurança que possam salvaguardar a proteção de dados pessoais e o sigilo das comunicações determinantes à privacidade, porém se omite quanto às possíveis medidas cabíveis. Quando houver dano, a reparação é assegurada pelo art. 17²⁵.

Observando-se o processo de elaboração do Marco Civil, percebe-se que apesar de o projeto visar prioritariamente a construção da legislação a partir de um processo democrático, com participação dos internautas, isto não foi absolutamente possível, posto que nem todos os cidadãos tiveram a possibilidade de integrar os debates, isto é, somente aquelas pessoas com acesso à internet, com algum domínio sobre essa ferramenta e interessadas no tema acessaram o portal e opinaram sobre o assunto.

Concomitante a elaboração do Marco Civil Regulatório da internet surgiu a discussão sobre a proteção de dados pessoais na internet, os quais ainda não são tutelados no Brasil. É sobre esse projeto que versa a próxima seção deste trabalho.

3 PROJETO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA INTERNET

No intuito de sanar a falta de legislação nacional sobre a proteção de dados pessoais, em 30 de novembro de 2010, a Secretaria de Assuntos Legislativos e o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça (DPDC), em parceria com o Observatório Brasileiro de Políticas Digitais do Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas, do Rio de Janeiro, lançaram um debate público sobre privacidade e proteção de dados pessoais no Brasil. Esse debate objetivava a elaboração de um anteprojeto de lei sobre o tema.²⁶

Os atores envolvidos nesse processo propuseram que o debate fosse realizado

²³ Art. 2º. A disciplina do uso da Internet no Brasil tem como fundamentos o reconhecimento da escala mundial da rede, o exercício da cidadania em meios digitais, os direitos humanos, a pluralidade, a diversidade, a abertura, a livre iniciativa, a livre concorrência e a colaboração, e observará os seguintes princípios: III – proteção aos dados pessoais, na forma da lei;

²⁴ Art. 7º. O usuário de Internet tem direito: III – a informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, estabelecendo o regime de proteção aos seus dados pessoais, registros de conexão e registros de acesso a serviços de Internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar a qualidade do serviço oferecido.

²⁵ Art. 17. Os danos causados aos titulares de dados pessoais devem ser reparados nos termos da lei.

²⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA lança debate sobre projeto de proteção a dados pessoais. Portal do Ministério da Justiça. Disponível em: < <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJB1F03491ITEMIDEA899C9657584C408AF72867D6D8A17EPTBRIE.htm> > Acesso em: 14 mar 2011.



através de um *blog* que ficaria *on-line* por 60 (sessenta) dias²⁷. A previsão inicial foi alterada e o *blog* foi mantido por mais 30 (trinta) dias, até o final do mês de abril. Com essa estratégia pretendem ampliar os canais de participação, permitindo que maior número de pessoas da sociedade civil e das entidades participem e opinem sobre o projeto. Posteriormente, a proposta de projeto de lei será enviada ao Congresso Nacional, provavelmente no segundo semestre de 2011.²⁸

O caráter participativo e democrático do processo de construção coletiva fica evidenciado no *blog* do debate público, nos seguintes termos: “o debate não é um processo de votação e não busca gerar dados quantitativos ou plebiscitários, mas incentivar a colocação de argumentos que possam servir de subsídios para a conclusão da elaboração do projeto de lei aqui proposto [...]”²⁹

Ao utilizar esta estratégia, privilegiaram a participação e a coordenação de ideias, algo bastante inovador, em detrimento do modelo de mero dirigismo estatal, no qual a participação da população é restrita à representação pelo Poder Legislativo. Essa inovação deve ser aplaudida e reproduzida quanto ao processo de elaboração de legislações posteriores no Brasil, assegurando, assim, um efetivo papel de destaque e protagonismo ao usuário.

Aliado a isso, percebe-se o esforço de garantir aos internautas o controle e titularidade sobre suas próprias informações pessoais com a proteção de seus dados pessoais e privacidade, assegurando os direitos constitucionalmente tutelados.

Por meio da discussão existente quanto à proteção dos dados pessoais na internet percebe-se que o verdadeiro problema não está tanto na manipulação dos dados obtidos na rede, mas sim em sua destinação e utilização inadequadas, que poderão gerar graves danos à intimidade e à privacidade do titular. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando várias informações da mesma pessoa são combinadas e, a partir disso, o detentor das informações cria um perfil exato do titular dos dados, determinando a opção sexual, religiosa, gostos musicais, endereço, situação financeira, entre outras informações referentes à intimidade do usuário. Por conta disso, o titular poderá sofrer discriminações, constrangimentos, o que poderá acarretar até mesmo ataque à sua imagem.

Em decorrência desse novo contexto, típico da sociedade informacional é que se defende a possibilidade de o internauta ter protegida a sua autodeterminação informacional, isto é, saiba quem irá armazená-los quando faz um cadastro e insere informações pessoais, para qual finalidade os dados serão utilizados, por quanto tempo e, principalmente, tenha a certeza de que seus dados não serão utilizados de

²⁷ O blog pode ser acessado por meio do link: < <http://culturadigital.br/dadospessoais/debata-a-norma/>>.

²⁸ SANTOS, Ludmila. *Governo quer mais proteção para dados na internet*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jan-25/consulta-publica-traca-diretrizes-lei-protexao-dados-pessoais>>. Acesso em: 18 dez 2010.

²⁹ DIRETRIZES para a Discussão sobre o Marco Normativo de Privacidade e Proteção de Dados. Disponível em: <<http://culturadigital.br/dadospessoais/diretrizes-e-terminos-de-uso/>> Acesso em: 12 dez 2010.



forma desvirtuada ou repassados a terceiros, estranhos à relação jurídica.

Daí decorre a necessidade de que o legislador brasileiro disponibilize formas de proteção aos dados pessoais dos internautas, bem como estabeleça sanções para os ofensores desse direito fundamental. Cabe lembrar que no momento em que uma informação é lançada no ambiente virtual não há como prever as implicações desse ato, pois ainda que o conteúdo seja retirado da internet, é impossível saber quantas pessoas acessaram e capturaram informações que deveriam ser protegidas e invioláveis.

Com este projeto busca-se a efetiva proteção do cidadão, na medida em que o marco regulatório delineado visa a assegurar os direitos sobre os dados pessoais disponibilizados na rede. A partir da análise desse projeto e, posteriormente, edição da Lei de Proteção de Dados Pessoais tanto internautas, quanto provedores e governo terão maior segurança ao tratar dos dados pessoais, pois a matéria estará regulamentada.

Dentre os principais objetivos do projeto está o de definir a proteção da privacidade, as possíveis formas de acesso, a divulgação e a circulação de informações dos cidadãos.³⁰ Assim, objetiva-se criminalizar algumas práticas abusivas, como a venda ilegal ou cessão a terceiros de dados que o cliente é obrigado a fornecer, por exemplo, quando abre uma conta bancária ou faz um crediário em uma loja para realização de compras.

Ao examinar os principais aspectos do Marco Civil da internet referentes ao tema objeto de estudo, percebe-se que os dados pessoais só poderão ser tratados³¹ mediante consentimento expresso do titular ou em virtude de previsão legal. Ademais, deverão ser tratados de forma lícita e com boa-fé, coletados e armazenados para finalidades específicas, explícitas e legítimas. Aliado a isso, há uma série de qualificativos para os dados serem armazenados, tais como: devem ser exatos, claros, objetivos, atualizados e de fácil compreensão, pertinentes, completos, proporcionais e não devem ser suficientes para atender a finalidade que justificou sua coleta ou tratamento posterior.

Além dessas exigências, os dados devem ser conservados de forma a permitir a identificação de seu titular por um período de tempo não superior ao necessário para as finalidades que justificaram sua coleta ou tratamento posterior. Sua conservação ou manutenção deve ocorrer por período de tempo não superior ao estabelecido em lei ou regulamento específico para cada setor.

³⁰ MENDES, Vannildo. Governo abre debate sobre proteção de dados pessoais. Disponível em: <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/42676_GOVERNO+ABRE+DEBATE+SOBRE+PROT+CAO+DE+DADOS+PESSOAIS> Acesso em: 12 dez 2010.

³¹ Conforme o art. 4º, II do projeto, tratamento deve ser definido como toda operação ou conjunto de operações, realizadas com ou sem o auxílio de meios automatizados, que permita a coleta, armazenamento, ordenamento, conservação, modificação, comparação, avaliação, organização, seleção, extração, utilização, bloqueio e cancelamento de dados pessoais, bem como o seu fornecimento a terceiros por meio de transferência, comunicação ou interconexão.



Já o art. 13³² elenca os únicos casos em se dispensa a autorização do titular para que ocorra o tratamento de seus dados pessoais. Nas demais situações sempre deverá haver consentimento. Além disso, o titular que autorizar o tratamento de seus dados poderá cancelá-la a qualquer momento.

O projeto sobre a proteção de dados pessoais ainda prevê tratamento distinto considerando a origem pública ou privada dos bancos de dados. Assim, segundo o art. 33, quando o tratamento de dados pessoais ocorrer no setor público, os responsáveis poderão, mediante decisão fundamentada e somente pelo período necessário, negar o cancelamento e a oposição ao tratamento dos dados pessoais. No entanto, esta negativa só poderá ocorrer se for indispensável para a proteção da ordem pública, de direitos de terceiros ou quando não impedir a atuação judicial ou administrativa em curso, que se vincule à investigação sobre: a) o cumprimento de obrigações tributárias; b) ao desenvolvimento de funções de controle da saúde e do meio ambiente; c) a verificação de infrações administrativas.

Para garantir a tutela dos usuários da internet, entre os arts. 9º e 14 existem alguns mecanismos de proteção dos dados dos internautas, estabelecendo requisitos específicos que garantirão a eles maior segurança e proteção contra eventual utilização não autorizada, por parte de terceiros. Essa tutela será muito relevante, de modo que terá a primordial função de coibir a venda de dados pessoais, frequentemente realizada por *sites* de relacionamento ou aqueles que ofertam algo gratuitamente em troca de um simples e rápido cadastro e, posteriormente, repassam tais informações a terceiros, entre tantas outras situações que podem resultar no uso irregular dos dados do internauta.

Destarte, faz-se indispensável mencionar que a proposta abrange todos os tipos de dados pessoais, desde bancários e fiscais até endereço, números de documentos, *e-mail*, telefone, hábitos e dados de consumo do internauta, dados de navegação na internet, entre outros. Além disso, os dados pessoais tidos como sensíveis, isto é, aqueles que quando revelados podem gerar algum tipo de discriminação ou constrangimento ao indivíduo, como a cor, raça, religião ou orientação sexual, estarão sujeitos à proteção especial, com sanções ainda mais rígidas contra os infratores, pois podem gerar danos ainda maiores e, por vezes, irreparáveis aos seus titulares.

Analisando o texto do referido projeto percebe-se que os dados sensíveis

³² O consentimento será dispensado quando o tratamento: a) for necessário para a execução de obrigações derivadas de um contrato do qual é parte o titular, para a execução de procedimentos pré-contratuais requeridos por este, ou para o cumprimento de uma obrigação legal por parte do responsável; b) referir-se a dados provenientes de registros, atos ou documentos públicos de acesso público irrestrito; c) for necessário para o exercício de funções próprias dos poderes do Estado; d) for realizado unicamente com finalidades de pesquisa histórica, científica ou estatística; e) for necessário para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de um terceiro, nos casos em que o titular não possa prestar o próprio consentimento por impossibilidade física ou por incapacidade de compreensão; f) for necessário para o exercício do direito de defesa ou para fazer valer um direito em sede judicial, desde que os dados coletados sejam tratados exclusivamente para esta finalidade e estritamente pelo período de tempo necessário para sua execução; g) disser respeito a dados sobre o inadimplemento de obrigações por parte do titular, caso em que o titular deverá ser notificado previamente por escrito, nos termos do art. 43 da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor.



receberam tratamento diferenciado, ampliando-se as garantias de que ninguém será obrigado a fornecê-los e proibindo-se a formação de bancos de dados que contenham informações que, direta ou indiretamente, gerem a discriminação do titular, salvo quando houver disposição legal expressa em contrário. Tal tratamento é absolutamente necessário, pois se entende que cada pessoa é titular de seus próprios dados, possuindo, assim, o direito de controlar e decidir como e quando haverá sua utilização. É considerando a importância dos dados pessoais, que integram os direitos fundamentais de seu titular, que o promissor projeto qualifica o tratamento de dados pessoais como atividade de risco e, portanto, todo aquele que causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, é obrigado a ressarcir-lo.

Deste modo, entende-se que o referido texto vai ao encontro ao art. 17³³ do Marco Civil da internet, que também assegura a reparação ao ofendido por danos decorrentes do mau uso de seus dados. O projeto referente à proteção de dados ainda elenca alguns princípios gerais de proteção de dados pessoais que devem ser seguidos pelos responsáveis pelo tratamento.

Além desses avanços, o projeto ainda prevê que no prazo máximo de um ano após a entrada em vigor da lei será publicado pela Autoridade de Garantia³⁴ um conjunto de medidas mínimas de segurança preventiva que deverá ser atualizado periodicamente, com base na evolução da tecnologia e na experiência adquirida. O dispositivo em questão demonstra um grande avanço, na medida em que revela a preocupação de que tal legislação não se torne obsoleta e inadequada num curto espaço de tempo, como tantas outras que sucumbem frente ao dinamismo social e tecnológico, próprios da globalização.

Ao versar sobre o tratamento dos dados pessoais no art. 27, o projeto dispõe que o responsável deverá comunicar imediatamente à Autoridade de Garantia e aos titulares dos dados quando houver acesso indevido, perda ou difusão acidental de dados pessoais, seja total ou parcial, o que deve ser feito sempre que o sinistro acarretar riscos à privacidade dos seus titulares. Esse dispositivo torna-se importante, pois possibilitará que o titular dos dados pessoais vulnerabilizados seja cientificado sobre os problemas com a guarda de seus dados, evitando-se surpresas indesejáveis para o internauta. Saliente-se que tal dever de informação decorre do princípio da boa-fé objetiva, que determina padrão de conduta probo e ético a ser observado por aqueles que estejam em uma dada relação jurídica.

Percebe-se, portanto, a preocupação dos elaboradores do documento com a manutenção de um mínimo ético nas relações estabelecidas na internet, pois apesar de o ambiente virtual ser poroso, permitindo o fluxo instantâneo de informações e dados pessoais para além fronteiras, os internautas e empresas que atuam no setor não podem agir de qualquer maneira, em desrespeito aos direitos fundamentais de

³³ Art. 17. Os danos causados aos titulares de dados pessoais devem ser reparados nos termos da lei.

³⁴ O Projeto de Lei dispõe em seu art. 38 que a atividade de Autoridade de Garantia será realizada pelo Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais, cuja estrutura e atribuições serão estabelecidas em legislação posterior específica.



outras pessoas. Há, portanto, que se pensar em alternativas de proteção a esses direitos quando lançados e disponibilizados na internet o que, sem dúvida, se constitui em um dos grandes desafios desse novo século.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio dos apontamentos iniciais buscou-se demonstrar que a sociedade atual é marcada pelo rápido desenvolvimento tecnológico, isso acabou por introduzir novas formas de vida e padrões de relacionamento, jamais vistos anteriormente. Trata-se da sociedade informacional, na qual as tecnologias da informação e comunicação, especialmente a internet, estão presentes no dia a dia, no cotidiano das pessoas.

Constatou-se que esse novo cenário, permeado pelo desenvolvimento tecnológico, traz inúmeras possibilidades, como o acesso a bens culturais diversificados, participação em redes sociais e acesso a banco de dados, dentre tantos outros benefícios introduzidos pela utilização da internet. A disponibilização desses benefícios passa a ser uma motivação maior para o acesso, constatando-se o crescente número de usuários dessa ferramenta em todo o Brasil.

Entretanto, ao acessar a rede as pessoas lançam dados pessoais, muitos deles sensíveis e geram a exposição de Direitos Fundamentais, como a privacidade. Essa situação faz com que aos benefícios se contraponham os riscos inerentes à internet, ignorados pelo usuário, e a constatação de que no Brasil ainda inexistente legislação pertinente à proteção de dados pessoais. Atualmente, são vistas apenas regulamentações setoriais que não atacam de forma específica o problema da privacidade e da proteção de dados pessoais, deixando exposta a situação de total insegurança jurídica e vulnerabilidade dos internautas que permanecem desprotegidos.

Com esse aporte restou claro o atraso brasileiro na produção de normas específicas que tutelem os dados pessoais, posto que outros países sul-americanos, como o Chile, Argentina, Uruguai e México, já possuem legislação desenvolvida sobre o tema. Em contrapartida, no Brasil constam-se apenas Projetos em fase de desenvolvimento, que devem ser convertidos em Lei ainda este ano.

No decorrer do trabalho se deu ênfase a dois projetos que tutelarão a utilização da internet no País. Trata-se do Marco Civil da internet e do Projeto de proteção de dados pessoais e privacidade, os quais serão as primeiras Diretrizes específicas sobre o tema e a possível solução da insegurança jurídica no ambiente virtual, atualmente um problema grave e merecedor de atenção. Destaca-se o fato de que são Projetos inovadores no que tange a criação de leis no Brasil, pois privilegiaram um processo amplamente democrático merecedor de aplausos e posterior reprodução.

Portanto, defende-se a necessidade e urgência da criação de uma legislação específica que trace diretrizes básicas e políticas públicas que contemplem o tema, impondo responsabilidades àqueles que se utilizam da internet de forma inadequada, como ferramenta para o cometimento de crimes e impunidade. Tal medida se faz



necessária porque importantes direitos fundamentais, como os relacionados à privacidade dos dados pessoais sensíveis, não podem ficar sem a devida tutela. É preciso, portanto, pensar em alternativas para efetivar os direitos fundamentais expostos na sociedade informacional, o que só poderá ser feito a partir de novos processos de produção da lei, em que se ampliem as possibilidades de participação social, a exemplo do experimentado na elaboração do Marco Civil da internet.

A participação democrática e mais intensa dos internautas torna-se uma exigência dos novos tempos, pois na condição de maiores interessados na proteção de seus dados, esses sujeitos devem ter assegurada a possibilidade de exercer o direito à autodeterminação informacional, medida indispensável para que a inserção do Brasil na sociedade informacional não ocorra em detrimento de direitos fundamentais. Esse tema, importante e atual, deve ser enfrentado de forma diversa, considerando os contornos do ambiente virtual, o fluxo de dados e as diversas interações realizadas pelos usuários das tecnologias informacionais, o que aponta para a necessidade de projetar a proteção de direitos fundamentais para um novo panorama, o que imporá desafios inéditos ao constitucionalismo do contemporâneo.

REFERÊNCIAS

BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos. Práticas abusivas. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BERBET, Lúcia. Primeira fase da consulta sobre marco da internet é encerrada com 822 contribuições. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=13709&Itemid=105> Acesso em: 14 mar 2011.

BRASIL. Decreto nº 3.505, de 13 de junho de 2000. Institui a Política de Segurança da Informação nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3505.htm>. Acesso em: 14 mar 2011.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 jan 2010.

_____. Lei nº 9.507 de 12 de novembro de 1997. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9507.htm>. Acesso em: 10 jan 2010.

_____. Senado Federal. Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da

Câmara nº 89, de 2003 (PL nº 84, de 1999, na Casa de origem), que “Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal e a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, e dá outras providências”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/588033.pdf>> Acesso em: 18 set 2010.

CARTILHA de Segurança para internet, versão 3.1/ CERT.br, 2006. Disponível em:



<<http://cartilha.cert.br/>>. Acesso em: 14 mar 2011.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 11. ed. Traduzido por Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2008. v. 1.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

COSTA, Luiz. *O direito à privacidade e proteção aos dados pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro, D.P.D.C.; U.E.R.G, 11 ago. 2010. Seminário sobre Proteção à Privacidade e aos Dados Pessoais no Brasil. Entrevista concedida a Marcel Leonardi. Disponível em: <http://www.zappiens.br/portal/VisualizarVideo.do?_Instanceldentifier=0&_EntityIdentifier=cgiMyo1DZCLVIWgqd1sNXRMLjZF_8FYwlqnyjlURbcCZIM.&idRepositorio=0> Acesso em: 15 mar 2011.

DIRETRIZES para a Discussão sobre o Marco Normativo de Privacidade e Proteção de Dados. Disponível em: <<http://culturadigital.br/dadospessoais/diretrizes-e-terminos-de-uso/>> Acesso em: 12 dez 2010.

GOVERNO deve propor nova lei para a proteção de dados pessoais no País. *Portal do Ministério da Justiça*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/dpdc/data/Pages/MJ08DEBD27ITEMID6616AD7CEAA74C529EA494BF724A6CC2PTBRIE.htm>> Acesso em: 14 mar 2011.

GROSSMANN, Luís Osvaldo. *Marco civil da internet recebeu 1.168 contribuições*. Disponível em: <<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=22778&sid=4> Luís Osvaldo Grossmann> Acesso em: 14 mar 2011.

KAMINSKI, Omar. *O direito à privacidade e proteção aos dados pessoais no Brasil*. Rio de Janeiro, D.P.D.C.; U.E.R.G, 11 ago. 2010. Seminário sobre Proteção à Privacidade e aos Dados Pessoais no Brasil. Entrevista concedida a Marcel Leonardi. Disponível em: <http://www.zappiens.br/portal/VisualizarVideo.do?_Instanceldentifier=0&_EntityIdentifier=cgiMyo1DZCLVIWgqd1sNXRMLjZF_8FYwlqnyjlURbcCZIM.&idRepositorio=0> Acesso em: 15 mar 2011.

LIMBERGER, Têmis. Proteção dos Dados Pessoais e Comércio Eletrônico: os desafios do século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, ano 17. nº 67, Jul - set 2008.

MARCO CIVIL NA INTERNET. Sobre. Disponível em: <<http://culturadigital.br/marcocivil/sobre/>> Acesso em: 19 set 2010.

MENDES, Vannildo. *Governo abre debate sobre proteção de dados pessoais*. Disponível em: <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/42676_GOVERNO+ABRE+DEBATE+SOBRE+PROTECAO+DE+DADOS+PESSOAIS> Acesso em: 12 dez 2010.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA lança debate sobre projeto de proteção a dados pessoais. *Portal do Ministério da Justiça*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJB1F03491ITEMIDEA899C9657584C408AF72867D6D8A17EPTBRIE.htm>> Acesso em: 14 mar 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOUGRÈRES, Ana Brian et al. *Protección de datos personales en América Latina*. Disponível



em:<<http://habeasdata.doneda.net/protecao-de-dados-pessoais-na-america-latina/>> Acesso em: 14 mar 2011.

NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. *Análise dos resultados da TIC 2009*. Disponível em: <<http://www.cetic.br/usuarios/tic/2009/analise-tic-domicilios2009.pdf>> Acesso em: 10 dez 2010.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na internet*. Curitiba: Juruá, 2006.

PESQUISA TIC Domicílios 2009 mostra que há 5 milhões de lares brasileiros com computadores mas sem acesso à internet. *Revista Eletrônica AREDE*. Disponível em: <<http://www.arede.inf.br/inclusao/component/content/article/106-acontece/2803-pesquisa-tic-domicilios-2009-mostra-que-ha-5-milhoes-de-lares-brasileiros-com-computadores-mas-sem-acesso-a-internet>> acesso em: 14 set. 2010.

REINALDO FILHO, Demócrito. O projeto de lei sobre crimes tecnológicos (PL nº 84/99). Notas ao parecer do Senador Marcello Crivella. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 375, 17 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5447>>. Acesso em: 29 mar. 2011.

SALOMÃO, Lídia. *Apontamentos sobre as condutas tipificadas como crimes pelo CDC - Parte II*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_curso=957&id_titulo=11637&pagina=1>. Acesso em: 17 mar 2011.

SANTOS, Ludmila. *Governo quer mais proteção para dados na internet*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jan-25/consulta-publica-traca-diretrizes-lei-protecao-dados-pessoais>>. Acesso em: 18 dez 2010.



O COMUNITARISMO COMO MECANISMO DE POTENCIALIZAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA CIDADÃ: UMA ALTERNATIVA EM FACE DA CRISE DE LEGITIMIDADE DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

*Marli Marlene Moraes da Costa¹
Linara da Silva²*

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Os problemas políticos-sociais existem, agravando-se a todo instante e requerendo soluções. O Estado contemporâneo não consegue mais dar conta da pluralidade das demandas existentes, vivendo uma verdadeira crise de legitimidade. Diante desse quadro, nasce a necessidade de se superar a alienação social, a indiferença, a apatia e o desinteresse dos indivíduos na gestão de políticas públicas, encontrando meios de integração que fomentem a corresponsabilidade, a confiança e o respeito entre os cidadãos, a fim de que possam participar ativamente na resolução dos conflitos societários e na administração de seus interesses. Dessa forma, se faz fundamental o fortalecimento dos laços sociais, com o desenvolvimento de uma consciência que preze pela lógica da solidariedade e do consenso normativo em relação a questões básicas, encontrando alternativas de participação, mais abrangentes, de conteúdo mais deliberativo e comunicacional.

Assim, o respectivo ensaio, propõe como alternativa à recuperação de parcela da legitimidade do Estado contemporâneo, a concretização dos pressupostos do comunitarismo, que, estando presentes na Constituição Federal de 1988, apresentam-se como ferramenta hábil para ressignificar o conceito de comunidade e de cidadania, e, conseqüentemente, estabelecer uma cultura voltada ao bem comum. Com a construção de uma cidadania ativa, através da ideia de comunidade cívica, é possível potencializar a participação expressiva dos cidadãos nos processos políticos decisórios.

¹ Pós-Doutora pela Universidade de Burgos/Espanha, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC –, professora da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Coordenadora do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas – CEPEJUR – e do Grupo de Estudos “Direito, Cidadania e Políticas Públicas” da UNISC, avaliadora do INEP, Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar. Endereço eletrônico: marlicosta15@yahoo.com.br.

² Advogada, Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Endereço eletrônico: linarasil@gmail.com.



2 A CRISE DE LEGITIMIDADE DO ESTADO EM FACE DAS SOCIEDADES PLURALISTAS CONTEMPORÂNEAS

O Estado tem se mostrado indiferente em relação à situação que vive a população ou parcela integrante da mesma, de forma que se omite no atendimento das aspirações e das reais demandas da sociedade, uma vez que o espaço público é gerido por corporações que se apoderam do Ente Estatal e do poder político, transformando-os em meros mecanismos e aparelho satisfatórios de seus interesses privados.³ Por conseguinte, grande parte dos países de democracia liberal ou neoliberal, como o Brasil, vivem uma crise de legitimidade e de identidade do sistema de representação político-institucional, que pode ser vislumbrada na abstenção eleitoral, na baixa participação social nos processos políticos decisórios e nos ínfimos índices de filiação partidária.⁴

Um fator que concorre decisivamente para a instalação do contexto hodierno de crise Estatal é a impossibilidade das instituições governamentais acompanharem o crescente número de demandas sociais, que nas sociedades contemporâneas se tornam cada dia mais complexas e multifacetadas, envolvendo grupos sociais heterogêneos e interesses divergentes. Em face do pluralismo de ideias, crenças e modos de vida, as necessidades e os conflitos da sociedade civil não conseguem mais ser atendidos ou administrados de maneira eficiente e eficaz pelos meios tradicionais e frágeis de comportamentos estatais e institucionais.⁵

Além disso, a problemática de gestão de demandas sociais é agravada pelo fato de a Administração Pública exercer o gerenciamento de referidas demandas de forma unilateral e centralizada, baseada na lógica de que detém a autoridade absoluta sobre tais ações, bem como em razão da apatia política de grande fração da sociedade civil, que se vale de uma concepção fragmentada e exclusivista de espaço público e privado, ao não compreender que é seu compromisso participar ativamente na administração de seus interesses e não apenas delegar ao Estado essa responsabilidade.⁶

O regime militar que perdurou décadas no País trouxe reflexos que até hoje se fazem visíveis, lesionando o tecido social, aprofundando a alienação, o desinteresse político da população e a indiferença em participar de qualquer ação institucional ou comunitária, especialmente pela construção de uma cultura política e ética que insiste em manter uma concepção individualista e egoísta, direcionada apenas a interesses particulares, negando o sentido do público, de cidadania e de bem comum. Assim, a progressão do indivíduo ao cidadão é uma tarefa árdua.⁷

³ LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 68.

⁴ Ibid., p. 32.

⁵ Ibid., p. 42.

⁶ Ibid., p. 59.

⁷ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 150-152.



Outrossim, deixa o Estado de perceber que administrar e gerir os conflitos da sociedade civil implica na sua preservação e em conservar como legítima a complexidade multifacetada de suas demandas, impondo-se a gestão da diversidade em nome da harmonia e pacificação das relações sociais, evitando que a sociedade venha a sucumbir. Pois, na medida em que o Estado não está apto a resolver os conflitos, ele perde a sua legitimidade, restando essa, então, comprometida.⁸

Desse modo, a verdadeira crise de legitimidade, identidade e autoridade pela qual atravessa o Estado faz com que as instituições políticas e o poder público caiam no descrédito de grande parcela da população. Afinal, a partir do instante em que as ações desenvolvidas por esses entes são desvinculadas das questões de interesse coletivo, bem comum, responsabilidade pública, perde-se a essência de seu propósito e distancia-se de sua função primordial. A política subordina-se cada vez mais à economia, que dominada pelo setor financeiro busca a riqueza sem produção. Nem mesmo o desenvolvimento econômico conquistado na América Latina nos últimos anos foi capaz de reduzir a desigualdade e a exclusão social. Nesse sentido, Boaventura de Souza Santos afirma que “o Estado é democrático para as zonas ‘civilizadas’ do contrato social e fascista para as zonas ‘selvagens’ da exclusão social”.⁹

É necessário um resgate do papel estruturador do Estado, da capacidade de planejamento, da visão de conjunto e de longo prazo, que parecem desaparecer do horizonte da ciência econômica. Quando há organização, aliada a uma concepção abrangente dos objetivos, é possível a participação e pronunciamento da sociedade. Sem planejamento anterior, aparecem somente fatos consumados, negócios, não restando espaço para a comunidade exercer a opção democrática.¹⁰

O civismo corresponde à ação do indivíduo em combinar a liberdade e a autonomia na tomada de decisões, fato que se distancia do panorama atual, no qual se observam sociedades privadas de uma linguagem e de um direito comum entre seus membros, evidenciando-se sujeitos acomodados com os favores prestados por um Estado paternalista, seletista e clientelista. Mister é uma mudança atitudinal dos atores sociais, aos quais competem um esforço no sentido de renovar as ideias, (re) fazer a cultura, (re)educar o caráter e recuperar, ao menos, uma parte da legitimidade do Ente Estatal. No recente inaugurado território da democracia política, o direito, seus procedimentos e as instituições começam a ser mobilizados em torno da cooperação e da solidariedade social, apontando para a construção de um espaço em que se verifiquem os pressupostos do comunitarismo.

⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 48.

⁹ VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 86-87.

¹⁰ DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 83.



3 COMUNITARISMO: A RESSIGNIFICAÇÃO DE COMUNIDADES PARA COMUNIDADES CÍVICAS

As relações sociais hodiernas são marcadas pela fragilidade e pela instabilidade dos vínculos que ligam os indivíduos entre si, de modo que os sujeitos raramente pertencem inteiramente a algum grupo de que participam. A esse propósito, a passagem do autoritarismo para a democracia política em meados dos anos 80 foi marcada pela falta de cultura cívica na sustentação da sociedade, pela mitigação da vida associativa, pelo escasso número de partidos de massa e pela ausência de regras e instituições confiáveis para assegurar a concretização de um sistema democrático. Nessa perspectiva, Wanderley Guilherme dos Santos aduz que “a erosão das normas favorece a desconfiança que em breve se faz acompanhar do temor da convivência social. Os laços de solidariedade se diluem, e os indivíduos se voltam para si próprios, recusando-se ao convívio social. O privado se sobrepõe ao público”. Logo, a transição do regime militar para a democracia coincide com a urgente necessidade de formação de cidadãos.¹¹

É justamente nesse ímpeto que aparece o movimento comunitarista, ao reforçar o aspecto humanitarista, solidário e intersubjetivo das relações sociais, propondo uma ressignificação do conceito de sociedade e comunidade, que passam a ser concebidas a partir da ótica do bem comum. Para Semeraro, a corrente comunitarista volta-se à sociedade civil com um discurso que busca resgatar as relações humanas e estimular a integração social, superando qualquer manifestação liberal, abstrata e universalista.¹²

O principal fundamento apresentado pelo comunitarismo é a valorização dos vínculos sociais que, através da sensação de pertença à determinada comunidade, molda a identidade dos indivíduos. A formação cívica torna o cidadão predisposto a contribuir para a garantia de uma vida digna para todos os membros da comunidade, de modo que é impossível pensar na realização plena do indivíduo fora do contexto comunitário. Bauman afirma que “ter a consciência de que não estamos sozinhos e de que as nossas aspirações pessoais são compartilhadas por outros pode trazer um sentimento de segurança”.¹³

A ideia de pertencimento a uma comunidade, conforme Taylor, é anterior ao processo que confere direitos aos indivíduos. A aquisição da identidade de sujeitos autônomos, detentores de direitos, não pode ser obtida de forma espontânea, uma vez que é resultado de práticas comuns, de modos de reconhecimento em uma vida análoga, de deliberações conjuntas, visto que o ator moral autônomo não alcança a sua identidade senão quando inserido em algum tipo de cultura. Taylor recorre ao que designa de “identificação patriótica”, para designar o sentimento de pertencimento a uma comunidade de valores compartilhados. Para o autor, o

¹¹ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 150-153.

¹² SEMERARO, Giovanni. *Gramsci e a sociedade civil*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 259.

¹³ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 60.



patriotismo republicano permanece sendo uma força na sociedade contemporânea. Esse patriotismo republicano, ao expressar os valores comuns compartilhados, conjectura uma cidadania que resgata, atualiza, participa e garante a aplicabilidade dos direitos fundamentais, exercendo influência no processo de deliberação pública. Por conseguinte, de acordo com a concepção de Taylor, o patriotismo republicano pode ser traduzido na noção de cidadania ativa.¹⁴

Milton Santos refere a importância de ultrapassar a reconstrução solitária do indivíduo para transformá-la em uma ação social solidária, pois a individualidade se viabiliza no grupo, na coletividade. Outrossim, o egoísmo não contribui para a purificação da vida social, e somente em uma sociedade verdadeiramente humana é que as individualidades desenvolvem-se satisfatoriamente. Platão já afirmava na *República* e Marx no *Manifesto*, que “somente na Pólis, em comunidade com outros, o homem é capaz de cultivar em todas as direções todos os seus dotes, afirmando a sua liberdade, pois não há liberdade solitária”.¹⁵

Pode-se ser livre estando sozinho, mas não se pode exercer a liberdade na solidão. É na interação com o grupo, em comunidade, que se encontram as ferramentas para multiplicar as forças individuais, a partir da organização. Dessa forma, expande-se o campo de luta e um contingente cada vez maior de pessoas toma consciência do sentido e do valor de uma iniciativa, rompendo com a alienação em que estavam imersos.¹⁶

A palavra comunidade alcançou grande evidência nos dias atuais, sendo utilizada para descrever unidades sociais que variam de aldeias, conjuntos habitacionais e vizinhanças até grupos étnicos, nações e organizações internacionais. Indicam um grupo de atores sociais que integram uma área geográfica limitada e que interagem em conformidade com princípios peculiares, possuindo um senso comum de interdependência e integração.¹⁷

A comunidade deve ser concebida como o lugar de formação e de fortalecimento dos vínculos entre os seus membros, pelo fato de compartilharem da mesma história e dos mesmos interesses, articulando-se por meio do sentimento de pertença ao grupo, de confiança mútua e de cooperação. Nesse ínterim, a comunidade é uma unidade que possibilita a construção constante de consensos a partir de deliberações racionais e pacíficas, pelo fato de considerarem os conflitos como fenômenos que dizem respeito a toda a coletividade e não apenas à determinada classe.

No entanto, o conceito de comunidade, atualmente, transformou-se em algo quimérico, distante do alcance dos indivíduos de carne e osso. Contudo, deseja-se resgatá-lo e (re)conquistá-lo, tendo em vista que ele remete a tudo o que se sente falta e de que se busca para viver com segurança, tranquilidade e confiança, pois o mundo

¹⁴ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 162-163.

¹⁵ SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. 4. ed. São Paulo: Nobel, 1998, p. 78.

¹⁶ *Ibid.*, p. 79.

¹⁷ BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento Marxista*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p. 115.



atual parece apresentar cada vez menos condições de fornecer os mecanismos para desfrutar uma vida feliz. Por isso, afirma-se que “comunidade é nos dias de hoje outro nome do paraíso perdido, mas a que esperamos ansiosamente retornar, e assim buscamos febrilmente os caminhos que podem levar-nos até lá”.¹⁸

Nesse viés, desponta o modelo de “comunidade cívica” idealizada por Putnam, que tem por fundamento a valorização da corresponsabilidade, da colaboração e do altruísmo, enquanto valores necessários e aptos para estabelecer redes integrativas entre os cidadãos.¹⁹ Na comunidade cívica, a solidariedade, a reciprocidade e os laços comunitários imperam sobre o capitalismo, o corporativismo e os jogos de interesses políticos. Para Putnam, uma comunidade cívica se caracteriza, em primeiro plano, pela participação dos indivíduos nos negócios públicos, tendo em vista que “os cidadãos buscam o que Tocqueville chamava de ‘interesse próprio corretamente entendido’, isto é, o interesse próprio definido no contexto das necessidades públicas gerais, o interesse próprio que é sensível aos interesses dos outros”.²⁰

A comunidade cívica parte do pressuposto da cidadania, enquanto exercício igualitário de direitos e deveres pelos indivíduos. O associativismo que move as comunidades cívicas torna as relações horizontais edificadas na reciprocidade e na cooperação, em detrimento de relações verticais consubstanciadas em autoritarismo e dependência. Uma comunidade será mais cívica e mais política no momento em que se aproximar do ideal de igualdade política e propiciar aos indivíduos a participação no governo através de regras de reciprocidade. Logo, as lideranças comunitárias devem ser responsáveis pelos seus concidadãos.²¹

Para ser possível a viabilização de verdadeiras comunidades cívicas é preciso que, além de capital humano, esteja presente também o capital social, ao pressupor relações mais estreitas entre os cidadãos, voltadas à solidariedade e a objetivos comuns. Ao se instituir vínculos recíprocos com a família, com os amigos e com os membros da comunidade, atribui-se vida ao capital social e ao princípio básico da boa sociedade, o que pode ser refletido através do amor, da lealdade e do cuidado com os demais. O dever e a prioridade de tratar as pessoas como fim requer muito mais do que a mera igualdade de oportunidades, pois se pretende alcançar um mínimo básico satisfatório para todos.²²

Com efeito, é preciso ter em mente que uma comunidade cívica não deve ser concebida como um lugar de compreensão mútua, livre de problemas, em que as discussões são amigáveis e pacíficas e os interesses sempre voltados em

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 9.

¹⁹ PUTNAM, Robert D. *Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2002, p. 100.

²⁰ *Ibid.*, p. 101-102.

²¹ *Ibid.*, p. 102.

²² ETZIONI, Amitai. *La tercera vía*. Traducción de José Antonio Ruiz San Román. Madrid: Trotta, 2001, p. 15-16.



prol da coletividade.²³ Embora a essência do comunitarismo evoque todos esses pressupostos e suponha a concretização de um ambiente seguro, harmônico, em que haja confiança recíproca entre os cidadãos membros, sabe-se que a marca do ser humano é a imperfeição, e, portanto, o dissenso é inerente a todas as comunidades. Por isso, é a partir do (re)estabelecimento da comunicação racional voltada ao entendimento e à construção de acordos que se verificam as condições necessárias para a ressignificação de comunidade para comunidade cívica.

No mundo globalizado, os indivíduos ocupam uma posição de interdependência em relação aos demais, de modo que a ninguém é possibilitado ser senhor do seu destino por si mesmo, já que existem tarefas que não podem ser desempenhadas individualmente. Apesar dos limites e barreiras que separam e distanciam os cidadãos, os desafios da vida só poderão ser enfrentados satisfatoriamente quando os esforços forem empregados coletivamente²⁴. Nessa perspectiva, propícias são as palavras de Bauman:

Se vier a existir uma comunidade no mundo dos indivíduos, só poderá ser (e precisará sê-lo) uma comunidade tecida em conjunto a partir do compartilhamento e do cuidado mútuo; uma comunidade de interesse e responsabilidade em relação aos direitos iguais de sermos humanos e igual capacidade de agirmos em defesa desses direitos.²⁵

Do suscitado, percebe-se que há um movimento na base da sociedade que aponta para uma vida compartilhada por princípios e valores comuns, outorgando valor e reconhecimento às diferenças. O que se persegue é oferecer um tratamento para a cidadania, em conformidade com os preceitos da solidariedade, consubstanciado como princípio ético e como mecanismo de fortalecimento das relações comunitárias. A corrente comunitarista afirma que seria possível resgatar o senso de fidelidade presente nos tempos remotos, desde que se aceitasse uma política do bem comum, estimulando todos os cidadãos a participarem livremente dela e a deliberarem racionalmente acerca de seus interesses.²⁶ Convencer os indivíduos sobre algo no mundo da vida através do uso da razão implica em ajudá-los a atingirem a sua própria autonomia e cidadania.²⁷

Os melhores resultados de bem-estar e inclusão social são aqueles obtidos com o aprofundamento dos laços de confiança, reciprocidade e cooperação entre os membros da comunidade, a fim de que essas se transformem, de meros locais de vivência, em bons e estimáveis espaços de convivência em que as relações e

²³ BAUMAN, Zigmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 59.

²⁴ *Ibid.*, p. 133-134.

²⁵ *Ibid.*, p. 134.

²⁶ KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 277-298.

²⁷ BAUMAN, Zigmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 74.



os vínculos sociais são fortalecidos diariamente, visando inspirar novas formas de participação na elaboração de políticas públicas orientadas para a promoção da cidadania de todos os indivíduos. O fortalecimento do capital social evidencia o comunitarismo, por trazer o emponderamento e a emancipação da comunidade, o que conjectura o poder do cidadão em influenciar as decisões que lhe são relevantes, transformando o seu meio social em uma comunidade democrática, participativa do processo político, autodeterminada, autorresponsável, capacitada para a articulação de seus interesses. Quando os cidadãos participam ativamente dos processos decisórios, tornam-se protagonistas de sua própria história, não ficando atrelados às iniciativas que lhe são simplesmente impostas pelo poder dominante.

O exercício do princípio da solidariedade vem sendo fortemente defendido pela doutrina atual, no sentido de que deve haver relações mais estreitas entre os cidadãos, voltadas a interesses comuns de uma coletividade em detrimento de benefícios exclusivamente subjetivos. Waldron é enfático ao aduzir que muitos objetivos somente podem ser efetivados no momento em que exista uma combinação de ações entre vários indivíduos, oportunidade em que a fundamentação racional deve ser utilizada não apenas para os seus propósitos, mas de uma maneira que contribua para a excelência no julgamento do grupo ou da multidão a qual pertence. Nesse diapasão, com a (re)introdução do princípio da solidariedade no contexto atual, é possível se pensar na implementação do comunitarismo.²⁸

No instante em que os atores sociais deixarem-se levar pelo princípio da solidariedade, construindo uma sociedade fundada em novos valores e ideais, sobretudo no que diz respeito à busca pelo interesse geral, deixando para trás os interesses viciados sustentados pelo capitalismo e pelo corporativismo, será possível uma concreta participação popular, que se efetivará a partir de processos comunicativos reflexivos entre os cidadãos, e, assim, concretizar-se-á o ideal da comunidade cívica. A linguagem é a marca da natureza política do homem, ocorrendo onde existam muitos falantes contribuindo para a conversação. No entanto, o homem, em seu estado de natureza ou enquanto movido pelo egoísmo e pelo individualismo, não é capaz de lograr racionalidade e êxito na comunicação e em seu consentimento, encontrando-se muito distante dos pressupostos do comunitarismo que marcam a Constituição Federal de 1988.

4 A PRESENÇA DO IDEÁRIO COMUNITÁRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em que pese o pensamento jurídico brasileiro ser marcadamente positivista e comprometido em assegurar um conjunto de direitos voltado para a defesa da autonomia privada dos indivíduos, a Constituição Federal de 1988 adotou a ótica comunitarista, haja vista que o Estado é concebido como agente capaz de promover o bem da comunidade, além de garantir com que o ideal de justiça social, consolidado

²⁸ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução Luís Carlos Borges. Martins Fontes, 2003, p. 139.



pelos direitos coletivos, seja concretizado no âmbito nacional. O fim essencial da Carta Magna é a realização dos valores que indicam para a existência da comunidade. Por isso, deve-se ultrapassar o constitucionalismo liberal, notadamente inscrito no individualismo, para alcançar um constitucionalismo societário e comunitário, que concede primazia aos valores da igualdade, pelo fato de sustentar-se no binômio dignidade humana-solidariedade social, e, dessa forma, ser capaz de ceder espaço às liberdades positivas. Os direitos fundamentais positivados constitucionalmente recebem uma espécie de validação comunitária, pois integram a consciência ético-jurídica de uma determinada comunidade histórica.²⁹

Outro ponto que revela a existência do ideário comunitário na Constituição de 1988 é a escolha de um regime democrático participativo, seja através da participação pela via representativa ou pela via direta do cidadão. E é justamente a ideia de participação coletiva organizada que representa a participação direta da cidadania na construção de processos políticos decisórios, o que pode ser viabilizado, como, por exemplo, através dos institutos da iniciativa popular, do referendo e do plebiscito, previstos pela Carta Maior. Porém, a mais importante característica comunitária presente no texto constitucional está assentada na ideia de “comunidade de intérpretes”, que corresponde, de um lado, uma noção de “Constituição Aberta”, possibilitando que cidadãos, partidos políticos, associações integrem o círculo de intérpretes da Constituição e, assim, seja possível a democratização do processo interpretativo. E por outro lado, o emprego de variados e novos institutos destinados a garantir a efetividade da Constituição Federal, propiciando a certos intérpretes informais a competência para deflagrar processos de controle, principalmente judiciais, a saber: mandado de segurança, ação popular, denúncia de irregularidades ou ilegalidades, mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão. Todos os referidos institutos procuram constatar a falta de providências por parte do Ente Estatal, buscando levar a efeito a ideia comunitária de comunidade de intérpretes, além de viabilizar a participação jurídico-política, assegurando, desse modo, a dignidade da pessoa humana.³⁰

O Estado brasileiro já não pode mais ser entendido como neutro e destituído de princípios éticos reconhecidos pela comunidade, requerendo seja priorizado o dever de ação e não de omissão do Poder Público. A concepção comunitarista considera a dignidade humana não como um valor abstrato, dogmático, transcendental, conferido por uma concepção liberal de indivíduo, mas leva em conta a corresponsabilidade, a autonomia ética e histórica de cidadãos reais que vivem em uma comunidade concreta.³¹ Diante da autonomia privada dos cidadãos, garantida pelos direitos liberais fundamentais, o constitucionalismo comunitário opta pela autonomia pública, assegurada pelos direitos de participação política. Nessa seara, tem-se aumentado na sociedade brasileira, ainda que timidamente, a consciência de cidadania ativa,

²⁹ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 14-18.

³⁰ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 19-21.

³¹ *Ibid.*, p. 22-23.



de modo que parcela da população tem procurado assegurar os seus direitos fundamentais individuais e defender interesses coletivos.³²

O constitucionalismo comunitário brasileiro requer um redimensionamento do Ente Estatal, que vá ao encontro da preservação da democracia e dos direitos fundamentais, zelando pela inclusão social e pela atenuação dos índices de desigualdade, garantindo o exercício do direito à participação a todos os cidadãos. Outrossim, conceder ao Estado o monopólio de decisões em uma série de questões que envolvem aspectos sociais particulares de uma determinada comunidade, pode, em muitas circunstâncias, não corresponder ao meio mais adequado para satisfazer as necessidades de referida comunidade, bem como não garantir a aplicabilidade de princípios democráticos que consolidam o comunitarismo.

Com o fortalecimento dos laços de solidariedade entre os cidadãos, o que pode ser obtido através do capital social, é possível a construção de um ambiente comunitário que preze pelo respeito e tolerância mútua, pelo fato de os indivíduos apoderarem-se de questões comuns, responsabilizando-se de forma pessoal e coletivamente por elas. Assim, alcança-se o emponderamento social e político dos cidadãos, sendo realizável uma comunidade cívica que vivencia os pressupostos do comunitarismo, sendo capaz de participação democrática cidadã nos processos decisórios.

5 A EFETIVA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DA CIDADANIA A PARTIR DO CONCEITO DE COMUNITARISMO

Prevalece ainda em muitas organizações sociais um comportamento que Álvaro Moisés denomina de *esquizofrenia entre o institucional e o social*, já que os cidadãos não percebem que os mecanismos de participação e os processos de tomada de decisões podem ser utilizados pela sociedade civil. Isso ocorre por várias determinantes, seja porque historicamente o acesso à gestão era privilégio das elites, ou porque a população está alienada, temendo o seu envolvimento com questões que julga estar incapacitada para deliberar, ou porque enxerga o Estado e a Administração Pública com descrença e desprestígio, preferindo atuar como mera expectadora.³³ Nessa perspectiva, indaga-se quantos habitantes, no Brasil, são de fato cidadãos?³⁴

Contudo, a complexidade social não admite que a participação dos cidadãos se resuma apenas ao voto esporádico, ocasional e individual. Mister é que o indivíduo tome consciência de sua condição de autêntico cidadão, usuário, contribuinte, consorciado e responsável direto pela consecução de atividades nas esferas política, administrativa e prestacional. Nesse ímpeto, insurge-se a imperiosidade de construção

³² Ibid., p. 72.

³³ TEIXEIRA, Elenaldo. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA, 2001, p. 30.

³⁴ SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. 4. ed. São Paulo: Nobel, 1998, p. 7.



de um processo contraditório e deliberativo, com a interferência em todas as fases de uma cidadania multifacetada, com identidades, valores e interesses particulares. A deliberação, segundo Barber, configura uma maneira peculiar de participação política que demanda uma ação fundada no fortalecimento dos vínculos sociais, promovendo uma mudança atitudinal dos cidadãos, que passam a considerar o “nós” e o pensar e agir coletivo, de modo que se torna possível uma transformação de preferências, haja vista que os indivíduos podem mudar suas percepções e ideias preconcebidas a partir do momento em que valorizam as manifestações do “nós”, em detrimento das ideias do “eu” e do “outro”. Esse processo deliberativo une os atores em torno de objetivos equivalentes e princípios comuns, intensificando o sentido de comunitarismo.³⁵

É fundamental, a princípio, delimitar o conceito de participação, e, para isso, é preciso considerar o poder político, que não se confunde com autoridade ou Estado, mas pressupõe uma relação em que os atores sociais, através de recursos disponíveis nos espaços públicos, deliberam sobre os seus interesses, fazendo valer os seus direitos, moldando suas identidades como sujeitos corresponsáveis e solidários. Nesse diapasão, participar significa “fazer parte”, “ser parte” de uma atividade pública, de um ato ou ação coletiva, de modo que, quando se menciona a expressão “a parte”, implica pensar o todo, a sociedade, o Ente Estatal, a Administração Pública, a relação dos cidadãos entre si, e conseqüente, a valorização da heterogeneidade dos interesses e recursos que fundamentam cada parte do todo.³⁶ A participação que se persegue é a participação cidadã, que deve, necessariamente, contemplar o elemento da cidadania, no sentido cívico, consubstanciando as dimensões de universalidade, generalidade, articulando-se com a ideia de comportamento solidário e com a igualdade de deveres e responsabilidades.³⁷

Entretanto, para que os cidadãos possam efetivamente exercitar a sua faculdade de participação e de deliberação arraigados nos pressupostos do comunitarismo, é fundamental que, primeiramente, estejam atendidos os direitos fundamentais indispensáveis ao gozo das condições mínimas existenciais, em igualdade de oportunidades, o que desencadeia o desfrute de todas as demais prerrogativas que lhes competem na posição que ocupam de corresponsáveis e legisladores de seus cotidianos. A intervenção do Estado se revela importante a fim de assegurar a consolidação das condições de possibilidades mínimas para o exercício das garantias fundamentais.³⁸ Nesse panorama, conforme a corrente comunitarista, o Estado articulado com a sociedade civil organizada deve assegurar os direitos fundamentais básicos que possibilitem aos indivíduos realizarem seus projetos de vida e deliberarem acerca de políticas públicas que lhes são pertinentes, e, assim, colocando em prática

³⁵ PEREIRA, Marcus Abílio Gomes. Modelos democráticos deliberativos e participativos: similitudes, diferenças e desafios. In: DAGNINO, Evelina; TATAGIBA, Luciana. *Democracia, sociedade civil e participação*. Chapecó: ARGOS, 2007, p. 430.

³⁶ TEIXEIRA, Elenaldo. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA, 2001, p. 26.

³⁷ *Ibid.*, p. 32.

³⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 35.



o princípio da democracia, permitindo que os cidadãos-membros da comunidade exercitem a sua cidadania ativa.³⁹

Ademais, surge a urgente necessidade de (re)construção da esfera pública como espaço propenso às formas de participação e interlocução entre os diversos atores sociais, bem como a ampliação e o fortalecimento dos já existentes, estimulando e mobilizando a comunidade para exercer o seu direito de deliberação de forma livre e racional, realizando negociações, firmando compromissos com o Estado e com a Administração Pública, redefinindo o sentido da participação popular como exercício do princípio democrático.

Quando os atores sociais alcançarem a capacidade de participar da vida pública de forma expressiva, enxergando-se capazes de resolver os seus próprios problemas, não esperando que a solução venha apenas do Ente Estatal, ressignificam a cidadania para cidadania ativa, elevando a comunidade ao patamar de uma comunidade cívica: emponderada, autorresponsável e autônoma, por buscar o bem-estar de todos os seus membros ao requerer junto aos governantes a implementação de políticas públicas que supram as suas reais aspirações.

No entanto, não há cidadania ativa sem participação comunitária e sem solidariedade entre os cidadãos. O princípio da solidariedade vai ao encontro da doutrina da sabedoria da multidão defendida por Waldron, a qual pressupõe que o povo é capaz de tomar decisões melhores e mais sábias, pois tem o benefício do conhecimento, da experiência, do juízo e do discernimento de cada pessoa, ao passo que um único homem, ainda que o melhor de todos, só pode valer-se, mesmo que inconscientemente, dos seus recursos individuais e de suas próprias convicções.⁴⁰ Portanto, uma comunidade constituída por homens que perseguem o bem comum, movidos por aspirações coletivas e não egocêntricas, que prezam pela democracia ao invés da arbitrariedade, que enxergam o outro com respeito, pressupondo que se têm, ao mesmo tempo, o direito de ser tratado e de tratar os demais como fim e não como meio, acaba por efetivar o espírito comunitarista, ao configurar cidadãos mais racionais, conscientes e preparados para participar ativamente dos processos políticos decisórios.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contexto atual aponta para uma crise de legitimidade do Estado e das instituições políticas que já não conseguem mais atender as demandas sociais da complexa e multifacetada sociedade moderna. Os cidadãos, exaustos da indiferença com que são tratados pelo Ente Estatal, especialmente no que tange ao atendimento de necessidades básicas existenciais, precisam envolver-se no desafio pela resolução

³⁹ COSTA, Marli Marlene Moraes da. Justiça restaurativa e alienação social. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge. *Direitos sociais e políticas públicas*. Tomo 10. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 3190.

⁴⁰ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução Luís Carlos Borges. Martins Fontes, 2003, p. 145.



de seus próprios conflitos, a partir da aquisição de uma nova cultura social e uma inovadora acepção do sentido comunitário.

O que se persegue é a democratização nos processos políticos decisórios, pois se vive em uma sociedade contemporânea envolta de grandes avanços científico-tecnológicos, permanece egoísta, predominando os interesses dos mais poderosos, limitada a compreender o sentido do público, anulando a crença na vida democrática e, por isso, a legitimidade do direito, está comprometida.

Percebe-se que um dos maiores desafios da contemporaneidade é encontrar um caminho que possa resgatar o sentido da solidariedade e de bem comum, em detrimento da valorização do indivíduo enquanto ser autossuficiente. O cidadão, ao contrário do que apregoa a concepção liberal, não consegue realizar-se plenamente sozinho e desvinculado de formas associativas, sendo, para tanto, imprescindível o fortalecimento das relações sociais e a sensação de pertencimento a determinada comunidade, para então ser viável a construção de uma identidade comum.

A Constituição Federal de 1988 é marcada pela influência da corrente comunitarista, sendo notadamente visíveis os propósitos a serem assegurados pelo Estado, como, por exemplo, a promoção do bem final da comunidade a partir da valorização de princípios constitucionais compartilhados pelos cidadãos, o reconhecimento das diferenças, a primazia pelo ideal de igualdade e solidariedade, com vistas à realização da dignidade humana, a garantia de instrumentos de participação política, no intuito de fomentar uma cidadania ativa.

O comunitarismo configura uma corrente ideal a ser perseguida na modernidade, que, se implantada, é capaz de operar as transformações aspiradas no sistema atual, ao ser constituída de indivíduos mais humanos e solidários, que prezam pelo bem coletivo, ao enxergarem o outro não como um rival, mas como integrante de uma comunidade comum, com valores e objetivos semelhantes, deixando para trás as marcas geradas pelo egoísmo, pelo individualismo e pelo jogo de interesses que marcam o contexto societal moderno.

Contudo, ainda há um longo caminho a percorrer até que as comunidades sejam ressignificadas para comunidades cívicas, de modo que se configurem os propósitos comunitários inseridos na Constituição de 1988. Mas, para tanto, vislumbra-se a necessidade de se transpor o contexto jurídico brasileiro positivista e privatista para atingir um nível ideal de sociedade constitucional marcada pelos pressupostos do comunitarismo, por meio de medidas que incluam a construção de uma nova cultura política e social, que priorize o envolvimento da cidadania nos processos políticos decisórios. Com a potencialização da participação cidadã a partir do conceito de comunitarismo, será possível alcançar níveis significativos de inclusão social, solidariedade, cooperação, reconhecimento da diferença, corresponsabilidade e, desse modo, recuperar parcela da legitimidade do Estado, que ficou comprometida diante da heterogeneidade, do conflito e do pluralismo, que constituem elementos inerentes e inafastáveis das sociedades contemporâneas.



REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento Marxista*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COSTA, Marli Marlene Moraes da. Justiça restaurativa e alienação social. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge. *Direitos sociais e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. Tomo 10.

DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Petrópolis: Vozes, 2008.

ETZIONI, Amitai. *La tercera via*. Traducción de José Antonio Ruiz San Román. Madrid: Trotta, 2001.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PEREIRA, Marcus Abílio Gomes. Modelos democráticos deliberativos e participativos: similitudes, diferenças e desafios. In: DAGNINO, Evelina; TATAGIBA, Luciana. *Democracia, sociedade civil e participação*. Chapecó: ARGOS, 2007.

PUTNAM, Robert D. *Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna*. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. 4. ed. São Paulo: Nobel, 1998.

SEMERARO, Giovanni. *Gramsci e a sociedade civil*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

TEIXEIRA, Elenaldo. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA, 2001.

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

VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. Martins Fontes, 2003.



DIREITO À SAÚDE E ATUAÇÃO JUDICIAL: O FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS NÃO INCLUSOS NAS LISTAS OFICIAIS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Reginaldo de Souza Vieira¹

Tailine Fátima Hijaz²

Mateus de Souza Silvestre³

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Analisando a história constitucional, observa-se que o direito à saúde mostrou-se indispensável para a realização da dignidade da pessoa humana, valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem.

Neste trabalho pretende-se analisar a concretização (ou não) desse direito no que pertence ao fornecimento de medicamentos não incluídos nas listas oficiais do Sistema Único de Saúde, atentando-se, ainda, para a atuação judicial nesta situação. O estudo será dividido em três pontos fundamentais: a) inicialmente, procede-se a uma breve análise constitucional do direito à saúde no texto das oito constituições presentes na história pátria; b) no ponto subsequente, passa-se a tratar dos principais elementos que tornam a saúde um direito fundamental protegido pelo ordenamento jurídico-constitucional, cuidando-se, ainda, da elaboração de um sucinto panorama histórico da saúde nas dimensões de direitos fundamentais; c) finalmente, busca-se discorrer acerca da intrincada questão do fornecimento de medicamentos não listados pelo SUS através da análise do AgR-STA 175⁴.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo. O método de procedimento, o histórico, descritivo e argumentativo. A pesquisa desenvolvida foi realizada junto ao Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), com linha de pesquisa em “Direito Sanitário, Direitos Humanos e Advocacia em Saúde”.

¹ Mestre em Direito pelo CPGD/UFSC. Doutorando em Direito pelo CPGD/UFSC. Professor do Curso de Direito e em cursos de pós-graduação *lato sensu* da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Líder e pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC) e do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva (LADSSC/UNESC).

² Acadêmica do Curso de Direito da UNESC. Pesquisadora do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva da UNESC (LADSSC).

³ Acadêmico do Curso de Direito da UNESC. Pesquisador do Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva da UNESC (LADSSC).

⁴ BRASIL, STF. **AgR-STA 175**. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 01 jul. 2010.



Por fim, importa registrar que este estudo não pretende esgotar toda a matéria referente à temática em apreço, mas tão somente estimular o debate sobre essa questão essencial que interessa não só à comunidade acadêmica, mas a todos os cidadãos.

2 ONTEM E HOJE: O DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

2.1 Ontem: breve análise histórico-constitucional do direito à saúde no Brasil

Na história constitucional brasileira, a Constituição Política do Império do Brasil, outorgada no dia 25 de março de 1824, elaborou um significativo rol de garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos. No que diz respeito à saúde, o art. 179, XXXI, dispunha que “A Constituição também garante os socorros públicos”⁵. Por seu turno, Raeffray informa que “nenhuma palavra é mencionada especificamente sobre saúde, seja a pública, seja a individual”⁶.

Já no dia 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que, por sua vez, não trouxe maiores novidades em seu texto constitucional no que toca ao direito à saúde. Aliás, Germano Schwartz sustenta que “se falarmos em direitos sociais, podemos afirmar que a Constituição de 1891 representou um retrocesso em relação ao tema quando contraposta à Constituição do Império”⁷.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, instituiu, no art. 10, II, que compete à União e aos Estados, concorrentemente, “cuidar da saúde e assistência públicas”⁸. Além disso, vale dizer, que em seu art. 121, “h”, demonstrava preocupação com a saúde do trabalhador e da gestante. Fica evidente que, apesar desse avanço, apenas parte da população era atingida pelas políticas de saúde, pois ela não era garantida a todos (universalidade), mas sim ao trabalhador⁹. O texto da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, outorgada por Getúlio Vargas (período ditatorial), não

⁵ BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 7 mai. 2010.

⁶ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde: de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 139.

⁷ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001, p. 44.

⁸ BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 8 mai. 2010.

⁹ SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. *A saúde aos cuidados do judiciário: a judicialização das políticas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF*. 2009. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2009, p. 28. Disponível em: <http://bdtd.bce.unb.br/tesdesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5836>. Acesso em: 30 jun. 2010. No mesmo sentido, ver BERTOLLI FILHO, Claudio, *Op cit.*, p. 33.



trouxe inovações no que diz respeito ao direito à saúde.¹⁰

Com o fim do período ditatorial, precisamente no dia 18 de setembro do ano de 1946, é promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que visou restaurar os direitos e garantias individuais. Todavia, novamente o direito à saúde não foi tratado de maneira específica e com a atenção devida. A assistência à saúde ainda permanece direcionada exclusivamente ao trabalhador, ou seja, ainda possui um caráter contributivo e previdenciário¹¹.

Nos anos 60, especificamente a partir de 1964, em virtude do Golpe Militar, o país enfrentou severas modificações nos campos político e social por conta dos Atos Institucionais expedidos pelo Governo Ditatorial. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada no dia 24 de janeiro de 1967, instituiu oficialmente a ditadura, albergando os aludidos atos institucionais. O direito à saúde foi estabelecido no art. 8º, XIV, prevendo que compete à União “estabelecer planos nacionais de educação e de saúde”¹². Reiterando a mesma conjuntura de outrora, Bertolli Filho assevera que a situação “tornava-se ainda mais trágica para o operário que não tinha carteira de trabalho e que por isso não podia contribuir para a caixa de sua categoria profissional. Para esse trabalhador, restava o apelo à caridade pública”¹³.

Por fim, no ano de 1985, mediante a Emenda Constitucional nº 26¹⁴, convocou-se o Congresso Nacional Constituinte com a pretensão de se elaborar uma nova constituição, agora num contexto de redemocratização. Desta feita, em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil.

2.2 Hoje: o direito à saúde e o processo de democratização do SUS na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Após o desenvolvimento de apertada síntese acerca da trajetória histórica do direito à saúde e sua positivação nas constituições do País, culmina-se no marco estabelecido no presente trabalho, isto é, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante CRFB/88). Como demonstrado, até a promulgação dessa constituição, o direito à saúde e a saúde pública, de modo geral, ainda não eram universalizados, restringindo-se a beneficiar tão somente os trabalhadores que contribuía para a previdência. Assim, todo trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde. Por óbvio, se somente os trabalhadores formais eram beneficiados

¹⁰ SCHWARTZ, Germano. op. cit., p. 45.

¹¹ RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. op. cit., p. 201-205.

¹² BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 8 mai. 2010.

¹³ BERTOLLI FILHO, Claudio. op. cit., p. 3.

¹⁴ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 30 jun. 2010.



pelo sistema de saúde, grande parte da população ainda se via excluída, ficando à própria sorte ou à mercê da caridade e benevolência das pessoas e instituições¹⁵.

Não obstante, com a CRFB/88, finalmente, e pela primeira vez na história constitucional brasileira, o direito à saúde passou a ser reconhecido como um direito social fundamental¹⁶. Nesse sentido, Sueli Gandolfi Dallari confirma que “[...] nenhum texto constitucional se refere explicitamente à saúde como integrante do interesse público fundante do pacto social até a promulgação da Carta de 1988”¹⁷.

Examinando o texto da CRFB/88, verifica-se, inicialmente, que o direito à saúde encontra-se previsto no art. 6º, de forma genérica, ao lado dos demais direitos sociais. O constituinte originário ainda optou por reservar uma seção específica sobre a matéria nos art. 196 a 200. O art. 196 estabelece que a saúde

[...] é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação¹⁸.

No que pertine à criação de um sistema público de saúde no Brasil, construído em suas bases ativamente pelo “movimento sanitarista”, foi a VIII Conferência Nacional, que teve o seu texto final incluído nos debates do Congresso Constituinte de 1987/1988. Esse movimento social reconhecido constitucionalmente originou o Sistema Único de Saúde (SUS)¹⁹. Na CRFB/88 o Sistema Único de Saúde é assim caracterizado:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a Atuação Judicial. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho (Org.). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 318.

¹⁶ Ver PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 34. COHN, Amélia. A reforma sanitária brasileira após 20 anos do SUS: reflexões. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, vol. 25, n. 7, p. 1614, jul, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2009000700020>. Acesso em: 30 jun. 2010. SCHWARTZ, Germano. *Op. cit.*, p. 27 e p. 97.

¹⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995, p. 23.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 7 mai. 2010.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 318. COHN, Amélia. *op. cit.*, p. 1615. DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana S. de Carvalho. Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à Saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino [et al.]. *O Direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/ UnB, 2009, p. 106.



- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

[...]

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.²⁰

Dois anos após a promulgação da CRFB/88, o Congresso Nacional aprovou a Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 – a qual, segundo seu primeiro artigo, pretende regular “em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado”²¹. Ademais, a lei estabelece a estrutura e o modelo de organização e atuação do SUS, isto é, um organograma institucional²² que tem como uma das suas principais atribuições a “formulação da política de medicamentos, equipamentos imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção” (art. 6º, VI). Já o artigo 2º do mencionado dispositivo normativo, ratificando o entendimento da CRFB/88 acerca da matéria, expressa que: “art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”²³.

Mais de duas décadas após a instituição do SUS, estudiosos da área observam

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). op. cit.

²¹ BRASIL. *Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 30 jun. 2010.

²² COHN, Amélia. op. cit., p. 1614.

²³ BRASIL. *Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990*. op. cit.



que muitos foram os avanços obtidos no âmbito institucional, político e também em relação ao acesso à saúde. Apesar das dificuldades existentes para a implantação e efetivação do SUS persistir no cenário brasileiro, a sua trajetória pode ser vista como uma história de sucesso²⁴. Contudo, é claro que os desafios e obstáculos para se garantir o acesso à saúde para todos são inúmeros. Logo, é importante que se continue refletindo sobre os avanços e retrocessos auferidos nesses mais de 20 anos para que se possa elaborar soluções e alternativas para a efetiva consolidação do Sistema Único de Saúde ²⁵.

Desta feita, percebe-se que tanto a CRFB/88 quanto a legislação pertinente ao tema em estudo consagrou o direito à saúde com destaque em seus respectivos textos, inovando, ainda, ao traçar diretrizes, como a universalidade e igualdade, atendimento integral, descentralização de gestão e participação popular²⁶. De posse dessas informações, fica claro que, a partir daí, assistiu-se a um processo de democratização²⁷ desse direito, que passou a ser entendido como um direito (e dever) fundamental tutelado pela ordem jurídico-constitucional.

3 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL RESGUARDADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

3.1 A consagração histórica da saúde nas dimensões de direitos fundamentais

Antes de analisar os principais elementos que tornam a saúde um direito fundamental indubitavelmente protegido pelo ordenamento jurídico-constitucional, cumpre traçar um breve panorama da sua consagração histórica nas denominadas dimensões de direitos fundamentais.

É fato que os direitos fundamentais ocupam lugar de destaque nas constituições das sociedades hodiernas, inclusive na CRFB/88. Sobre ela, Gilmar Ferreira Mendes afirma que “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”²⁸. Entretanto, ressalta-se que para positivar e garantir todo o extenso rol de direitos fundamentais que estão previstos no ordenamento jurídico atual, percorreu-se uma longa trajetória histórica de luta e conquista²⁹. Para Norberto Bobbio, “os direitos do homem, por mais fundamentais

²⁴ COHN, Amélia. Op. cit., p. 1615.

²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. CONASS. *SUS 20 anos*. Brasília: CONASS, 2009, p. 22. DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana S. de Carvalho. Op. cit., p. 110.

²⁶ SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. Op. cit., p. 23. BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 319-320.

²⁷ PIOVESAN, Flávia, 2008. Op. cit., p. 21.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002, p. 1. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal de Direitos Humanos: Desafios e Perspectivas. In:



que sejam, são direitos históricos [...] nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas³⁰.

Assim, para tratar da consagração da saúde nas chamadas gerações ou dimensões³¹ de direitos fundamentais, parte da literatura referente à temática em apreço classifica esses direitos em três dimensões clássicas que se integram e se complementam. Em síntese, cumpre salientar que essas dimensões se baseiam em três princípios cardeais, a saber: *liberdade, igualdade e fraternidade*, o lema revolucionário do século XVIII. Pode-se afirmar, portanto, que os direitos de primeira dimensão são os denominados direitos de liberdade (direitos civis e políticos)³².

Já os direitos fundamentais de segunda dimensão nasceram junto ao princípio da igualdade, constituindo, portanto, os direitos sociais, culturais e econômicos, assim como os direitos coletivos³³. De acordo com Germano Schwartz, “logo, a saúde é, também, direito de segunda geração. Passa a ser um direito que exige do Estado prestações positivas no sentido de garantia/efetividade da saúde, pena de ineficácia de tal direito”³⁴.

Os direitos da terceira dimensão, por sua vez, cristalizaram-se no fim do século XX, deixando de ser direitos que protegem apenas interesses de um indivíduo ou de um determinado Estado. São, por exemplo, os direitos à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida. É indubitável que a saúde também pode ser compreendida como um direito de terceira geração, constituindo-se como um direito transindividual, coletivo ou difuso. Ora, seus titulares são indeterminados, sendo que o bem jurídico (a saúde) é indivisível. Assim, o direito à saúde é patrimônio da humanidade, sendo que ninguém pode, em relação a ela, avocar propriedade³⁵.

Além da classificação adotada pela maioria da literatura relativa ao tema,

MARTEL, Letícia de Campos Velho (Org.). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 339-340. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 134.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

³¹ No que diz respeito a uma questão terminológica, verifica-se que há controvérsias na literatura especializada quanto ao emprego do termo “gerações”. Segundo Sarlet, a expressão “pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ de direitos fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 47. Dimoulis e Martins sustentam que “tal opção terminológica [...] é bastante problemática, já que a ideia das gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior enquanto no âmbito que nos interessa nunca houve abolição dos direitos das anteriores ‘gerações’ como indica claramente a Constituição brasileira de 1988 que inclui indiscriminadamente direitos de todas as ‘gerações’”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30. Para esse estudo, a opção terminológica adotada é no sentido de dimensões dos direitos fundamentais.

³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563. PIOVESAN, Flávia, 2009. op. cit., p. 340.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang, 1998. op. cit., p. 49.

³⁴ SCHWARTZ, Germano. op. cit., p. 53.

³⁵ SCHWARTZ, Germano. op. cit., p. 54.



assevera-se que o direito à saúde também se correlaciona, de forma evidente, com os direitos de quarta dimensão³⁶, frutos dos progressos da genética.

Já em relação aos direitos da realidade virtual:

A saúde é, também, direito de quinta geração, porque a qualidade de vida (um dos objetivos da saúde) pressupõe que o indivíduo possa ter acesso a todos os instrumentos que satisfaçam seu particular estado de bem-estar, no qual os computadores e a Internet podem-devem atuar como um dos fatores de maior contribuição nesse sentido. Por outro lado, também já é possível consultar médicos, psiquiatras, nutricionistas,... *online*, e isto, em alguns casos, de forma gratuita³⁷.

Por fim, resta claro que a saúde mostrou-se protagonista em todas as dimensões dos direitos fundamentais, o que reforça a sua imprescindibilidade para resguardar e promover a satisfação de condições intrínsecas à sobrevivência e dignidade humana e seu caráter transdimensional. Contudo, além da positivação nos documentos jurídicos, é preciso que o Estado confira verdadeira efetividade a tal direito, como se discutirá posteriormente neste estudo.

3.2 Direito à saúde: um direito “fundamentalíssimo”³⁸!

Em artigo dedicado ao tema em comento, Ingo Sarlet observa, de forma arguta, que “por mais estranho que possa parecer, muitas pessoas ainda questionam a razão pela qual um direito à saúde (como, de resto, boa parte dos direitos sociais) encontra-se previsto na Constituição”³⁹. Como bem indicou o referido autor, fato é que, desde que surgiram as primeiras Constituições escritas da modernidade, muito pouco se questionou sobre a presença dos direitos individuais (para não se dizer *individualistas*) no texto constitucional, *v.g.*, direitos relacionados à propriedade, à liberdade de ir e vir, às liberdades de associação, etc.

Entretanto, ainda de acordo com o autor:

[...] bastou fossem contemplados nas Constituições os assim denominados

³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 570. BOBBIO, Norberto. *op. cit.*, p. 6. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 386.

³⁷ SCHWARTZ, Germano. *op. cit.*, p. 55.

³⁸ A expressão “fundamentalíssimo” foi utilizada por Ingo Sarlet na seguinte passagem: “[...] não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental, aliás **fundamentalíssimo** [...]” (sem grifo no original). SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007, p. 3. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 10 mai. 2010.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 2.



direitos sociais, [...] enfim, todos os direitos fundamentais que dependem, para sua efetividade, do aporte de recursos materiais e humanos, para que se começasse a questionar até mesmo a própria condição de direitos fundamentais destas proposições jurídicas⁴⁰.

Pelo exposto, é de ver que, em que pese posições contrárias e/ou questionadoras da chamada constitucionalização do direito à saúde (e, igualmente, dos outros direitos sociais), a CRFB/88, como já demonstrado anteriormente, albergou de forma peremptória a saúde como um bem jurídico digno da proteção do ordenamento jurídico-constitucional⁴¹. Assim, é importante analisar de forma mais detida os principais elementos que tornam o direito à saúde fundamental, no intento de construir a base teórica necessária para a sustentação das conclusões finais do presente estudo. Há que se ressaltar, porém, que devido às limitações deste trabalho, priorizar-se-á apenas os elementos que reservam maior importância para o assunto ora em tela, posto que existam muitos aspectos passíveis de serem estudados neste tópico.

Em primeiro lugar, no que respeita aos elementos materiais que tornam o direito à saúde fundamental, vale ressaltar a relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional. Para Schwartz, a saúde é “um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade”⁴². Portanto, entende-se que os direitos sociais, em especial o direito à saúde, são indispensáveis para a realização da dignidade humana, valor essencial que concede unidade à CRFB/88⁴³. É inadmissível falar-se em vida digna, então, sem se levar em conta o foco de discussão de todo esse estudo: a saúde. Afinal, os dois fenômenos estão intimamente ligados, em que a saúde exsurge como um instrumento que torna possível a vida.

Em sentido idêntico, o Ministro Celso de Mello assim consignou:

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 inconstitucional⁴⁴

Ademais, como mencionado alhures, o direito à saúde se consagrou no atual texto constitucional como um direito fundamental social, o que se percebe claramente

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit.

⁴¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. op. cit., p. 32. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 234.

⁴² SCHWARTZ, Germano. op. cit., p. 52.

⁴³ PIOVESAN, Flávia, 2008. op. cit., p. 28.

⁴⁴ BRASIL, STF. RE-AgR 271.286/RS. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 7 jul. 2010.



numa interpretação sistemática da CRFB/88. Cumpre lembrar também que os direitos sociais localizam-se no Capítulo II do Título II da CRFB/88, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Se os direitos sociais estão situados em um capítulo que está sob a égide dos direitos e garantias fundamentais, é de se reconhecer que esses últimos – e a saúde também, portanto – são direitos fundamentais do homem.

Assim, fica esclarecido que há o devido reconhecimento normativo, doutrinário e jurisprudencial da saúde como um direito fundamental. Disso decorre, por evidente, que as normas constitucionais relacionadas a esse direito são de aplicabilidade imediata, conforme o art. 5º, §1º, da CRFB/88: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁴⁵. Também é verdade que a Constituição não faz qualquer distinção entre as categorias de direitos fundamentais com relação à aplicação da referida norma, de modo que se pode afirmar que a regra de aplicabilidade imediata também se refere aos direitos sociais e, por consequência, ao direito à saúde⁴⁶.

Ao contrário do que sustenta a doutrina tradicional e a posição majoritária extraída das decisões mais antigas do Supremo Tribunal Federal e dos demais Tribunais, o direito à saúde não mais ostenta um caráter meramente programático. Afinal, as prestações reclamadas ao Estado são verdadeiras obrigações deste último no sentido de dar cumprimento a um determinado direito fundamental, no caso, a saúde. Nessa linha, Miranda adverte: “nem se diga que os direitos sociais não são invocáveis judicialmente. Podem-no ser a par da fiscalização da inconstitucionalidade – por omissão e por ação”⁴⁷. Não diverge o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria. A título exemplificativo, o Ministro Celso de Mello, no RE 271.286/RS – refutando terminantemente o caráter programático das normas constitucionais relativas à saúde – asseverou:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política, que tem como destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira legítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determinava a própria Lei Fundamental do Estado ⁴⁸.

Destarte, partindo da ideia de que a saúde é um direito oponível ao Estado, é de se admitir que muitas são as prestações necessárias para que esse direito seja

⁴⁵ BRASIL. Constituição (1988). op. cit.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, 1998. op. cit., p. 278. SCHWARTZ, Germano. op. cit., p. 51.

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 144.

⁴⁸ BRASIL, STF. RE 271.286/RS. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo210.htm#Medicamentos%20para%20Pacientes%20com%20AIDS%20%28Transcri%C3%A7%C3%B5es%29>>. Acesso em: 13 jun. 2010.



garantido em sua plenitude. Para lembrar algumas, destacam-se a alimentação adequada, saneamento básico, moradia, preservação do meio ambiente, assistência médico-hospitalar, acesso a medicamentos, controles de epidemias, programas de vacinação, etc⁴⁹.

Para os fins pretendidos neste estudo, a seguir objetiva-se abordar, de forma muito geral, a intrincada questão do fornecimento de medicamentos não inclusos nas listas oficiais do SUS. Percebe-se que a provisão desta prestação vem travando inúmeras divergências tanto na área acadêmica como no âmbito do Poder Judiciário, fazendo-se necessário o exame dos principais aspectos norteadores da questão exposta.

4 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO INCLUSOS NAS LISTAS OFICIAIS DO SUS: ANÁLISE DO AGR-STA 175

O fornecimento gratuito de medicamentos pela via judicial certamente foi um dos temas que gerou maiores discussões na Audiência Pública – Saúde, realizada pelo Supremo Tribunal Federal nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Essa Audiência teve como escopo principal refletir acerca dos aspectos técnicos, científicos, administrativos, políticos e econômicos que envolvem o direito à saúde, além de colher informações que possam auxiliar os Ministros da Corte no julgamento dos processos que versam sobre o direito em debate.

Para aplicar a situação ora em tela no plano concreto, recorreu-se ao Agravo Regimental no Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, interposto pela União e oriundo do Estado do Ceará. É importante lembrar que esta foi uma das primeiras manifestações do STF após a realização da Audiência Pública, o que o próprio Ministro Relator Gilmar Mendes fez questão de ressaltar em seu voto: “Passo então a analisar as questões complexas relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde, levando em conta, para tanto, as experiências e os dados colhidos na Audiência Pública – Saúde [...]”⁵⁰.

Dos fatos relatados, verifica-se que foi concedida uma antecipação de tutela que obrigou a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza a fornecer o medicamento Zavesca (Miglustat) para uma paciente portadora de patologia denominada Niemann-Pick tipo C. O tratamento foi orçado em R\$ 52.000,00 por mês, sendo que o medicamento necessário não estava previsto nos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, e tampouco havia sido contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública. Sobre esse aspecto, ficou firmado que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento.

⁴⁹ ZANDONÁ, Fernando. Política nacional ou judicial de medicamentos? *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 23, abr. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao023/Fernando_Zandona.htm>. Acesso em: 1 jul. 2010.

⁵⁰ BRASIL, STF. *AgR-STA 175*. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 01 jul. 2010.



Observando-se o inteiro teor dessa decisão, foi possível perceber que o STF começou a definir quais são os parâmetros a ser adotar nas decisões judiciais para a concessão de medicamentos que não são oferecidos pelo Sistema Único de Saúde. Primeiro, o medicamento pleiteado deve ser devidamente registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Se o medicamento for de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem e, em casos excepcionais, a importação de medicamentos não registrados poderá ser autorizada pela ANVISA⁵¹.

Além disso, a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS não pode ser ignorada. Afinal, há casos em que a referida ação é ajuizada com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas para autorizar sua inclusão. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente⁵².

Registre-se que, quando da inexistência de tratamento na rede pública, é preciso diferenciar os puramente experimentais dos novos tratamentos ainda testados pelo sistema de saúde brasileiro. Ora, os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública – Saúde, o conhecimento médico não é estanque. Ao contrário, a sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial.

Em suma, da leitura dos argumentos do Ministro Gilmar Mendes, é possível destacar dois pontos principais que devem ser observados para o fornecimento de medicamentos pela via judicial. Primeiro, o medicamento deverá ter registro na ANVISA ou ao menos ser autorizado pela mesma. Segundo, deve-se comprovar a ineficácia do medicamento oferecido pelo SUS, e, por outro lado, demonstrar comprovadamente que o outro medicamento pretendido tem eficácia. Ao estabelecer esses parâmetros para aquisição de medicamentos ou tratamentos, o Poder Judiciário começa a resolver uma situação já denunciada por Luís Roberto Barroso:

Por um lado proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis- seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem

⁵¹ BRASIL, STF. *AgR-STA 175*. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 01 jul. 2010

⁵² BRASIL, STF. *AgR-STA 175*. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 01 jul. 2010.



como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas [...] ⁵³.

Diante de toda a fundamentação exposta neste breve estudo, verifica-se que zelar pelo respeito ao direito à saúde não significa tomar uma posição absoluta. Há tempos a doutrina já advertia que falta uma melhor sistematização dos critérios a serem observados pelos juízes na apreciação dos pedidos de fornecimento de medicamentos não inclusos nas listas oficiais do SUS. Assim, superando a chamada “Era dos Extremos” ou o famoso “Pediou-Levou”⁵⁴, observou-se que o Supremo Tribunal Federal deu o primeiro passo nesse sentido, pois o tema de direitos fundamentais não pode ser interpretado com base em paixões e posturas meramente ideológicas.

5 CONCLUSÃO

No desenvolver deste estudo procurou-se fixar premissas com vistas de materializar a fundamentação necessária para se discutir o tema em análise, isto é, o fornecimento de medicamentos não disponíveis nas listas oficiais do SUS e, também, a atuação judicial nessa questão.

Para tratar da matéria exposta, primeiramente efetuou-se uma breve análise da positivação do direito à saúde no texto das oito constituições produzidas em solo pátrio. Foi possível observar que, até a promulgação da CRFB/88, o direito à saúde não era universalizado, beneficiando tão somente os trabalhadores que contribuíam para a previdência. Com a promulgação da CRFB/88, a saúde passou a ser reconhecida como um importante direito fundamental tutelado pelo ordenamento jurídico-constitucional.

Após, procedeu-se a uma análise dos principais elementos que conferem tal fundamentalidade e um caráter transdimensional. Ficou claro também que a saúde ostenta todos os pressupostos necessários para um direito ser tido por fundamental: íntima ligação com a vida e a dignidade da pessoa humana, além da posição privilegiada ao lado dos demais direitos fundamentais arrolados no art. 5º da CRFB/88, são apenas alguns dos elementos.

Finalmente, voltou-se a atenção para a complexa questão relacionada ao fornecimento de medicamentos não listados pelo SUS através da análise do AgR STA 175, em que se vislumbrou alguns critérios importantes para a concessão de medicamentos nesse caso específico: primeiro, é necessário que o medicamento pleiteado seja autorizado pela ANVISA; segundo, deve-se comprovar a ineficácia do medicamento oferecido pelo SUS, demonstrando, comprovadamente, que o outro

⁵³ BARROSO, Luis Roberto. op. cit., p. 309-310.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Esclarecimento prestado na Audiência Pública – Saúde. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública – Saúde*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Ingo_Sarlet_titular_da_PUC_.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2010.



medicamento pretendido tem a devida eficácia para o tratamento da moléstia.

Por fim, faz-se necessário destacar que os critérios definidos no julgado ora analisado não impedem a concessão ou criam limitação ao exercício do direito à saúde, ao contrário, reforçam o seu caráter fundamental e essencial, mas partem do pressuposto de que a judicialização das políticas públicas em saúde deve possuir alguns elementos norteadores para a sua existência. Destaca-se, ainda, que um dos graves problemas para a concretização do direito à saúde através da tutela jurisdicional é o próprio processo, o que, por vezes, faz com que a sentença proferida não encontre mais o seu beneficiário vivo, ou o tratamento ou medicamento requerido não tenha mais o condão de regredir ou curar a patologia existente.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (Org.). Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 309-335.

BERTOLLI FILHO, Claudio. *História da saúde pública no Brasil*. São Paulo: Ática, 1996.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. CONASS. *SUS 20 anos*. Brasília: CONASS, 2009.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 7 mai. 2010.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 8 mai. 2010.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República dos Estados Unidos do*

Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 8 mai. 2010.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 30 jun. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 7 mai. 2010.



BRASIL. *Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 30 jun. 2010.

BRASIL, STF. *RE 271.286/RS*. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo210.htm#Medicamentos%20para%20Pacientes%20com%20AIDS%20%28Transcri%C3%A7%C3%B5es%29>>. Acesso em: 13 jun. 2010.

BRASIL, STF. *RE-AgR 271.286/RS*. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 7 jul. 2010.

BRASIL, STF. *AgR-STA 175*. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 01 jul. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COHN, Amélia. A reforma sanitária brasileira após 20 anos do SUS: reflexões. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, vol. 25, n. 7, p. 1614-1619, jul, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2009000700020>. Acesso em: 30 jun. 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O Direito à Saúde. *Revista de Saúde Pública*. São Paulo, vol. 22, n. 1, p. 57-63, 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 01 jul. 2010.

DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana S. de Carvalho. Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à Saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino [et al.]. *O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/ UnB, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São



Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal de Direitos Humanos: Desafios e Perspectivas. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho (Org.). *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 339-358.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. *Direito da saúde: de acordo com a Constituição Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. *A saúde aos cuidados do judiciário: a judicialização das políticas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF*. 2009. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em: <http://bdtd.bce.unb.br/tesdesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5836>. Acesso em: 30 jun. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 10 mai. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Esclarecimento prestado na Audiência Pública – Saúde. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública – Saúde*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet_titular_da_PUC_.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2010.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001.

ZANDONÁ, Fernando. Política nacional ou judicial de medicamentos? *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 23, abr. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao023/Fernando_Zandona.htm>. Acesso em: 1 jul. 2010.



ALGUMAS NOTAS SOBRE A DEMOCRACIA DELIBERATIVA: DA NECESSIDADE DE APRIMORAMENTO DOS NÍVEIS DE CONSENSO PARA A CONSTRUÇÃO DA DELIBERAÇÃO EFETIVA

Rogério Gesta Leal¹
Eliane Fontana²

1 INTRODUÇÃO

O artigo buscará desenvolver notas introdutórias acerca da contextualização da democracia deliberativa na contemporaneidade, sobretudo no que tange aos espaços públicos de discussões que inauguraram no país pós-Constituição de 1988 e que hoje merecem uma atenção mais afinada em sua metodologia.

Para além da forma de participação de que se trata a democracia participativa, o modelo deliberativo traz em seu propósito uma seara conceitual aprimorada na busca pela metodologia de aferição que vai além das ferramentas de participação, mas propõe-se a estabelecer critérios próprios e juízos de valor de como se dará.

É inegável que num contexto contemporâneo de complexidade nas relações sociais, um mundo altamente evoluído em termos de comunicação e com uma disparidade social relevante, a democracia, bem como a cidadania necessitam ser revisitadas em seus conceitos.

Somente através de uma democracia mais inclusiva quando das decisões acerca dos interesses sociais, é que a sociedade vai se reconhecer na representação de seu papel, ou seja, não mais verá a mera formalidade do voto como modelo de democracia, mas, mais do que isso, será inclusa dos debates públicos dos assuntos que lhe soa afetos.

Para a ciência jurídica é fundamental discutir, debater e (re)contextualizar os conceitos que envolvem a participação social, haja vista ser nas relações jurídicas onde ocorra uma maior defasagem da quota proativa de cidadania, ou seja, de

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito. Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor Colaborador da Universidade Estácio de Sá. Professor Visitante da Università Tùlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (ENFAM). Membro da Rede de Direitos Fundamentais (RÉDIR) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (ENFAN- Brasília).

² Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC. Bolsita Capes 2009/2010. Integrante do Grupo de Estudos “Estado, Administração Pública e Sociedade”, vinculado ao CNPq. Especialista em Direito Processual e Constitucional pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Advogada.



envolvimento social nos debates públicos.

Num primeiro momento, o artigo trará que a democracia deliberativa se ocupa da esfera pública e do poder social e, na sequência, abordará os níveis de participação social, que estão atrelados, notadamente, ao conceito de deliberação. Ademais, deliberação significa ter mecanismos de comunicação cujo pressuposto e requisitos estão comprometidos com tais consensos.

2 DO QUE SE OCUPA A DEMOCRACIA DELIBERATIVA

O propósito deste breve ensaio não é o de questionar a democracia representativa (que para muitos é sinônimo de democracia), mas de expor uma nova doutrina que não abandona o modelo de representação, e vai além do processo de abertura participativa que já se conhece desde a promulgação da Constituição brasileira de 1988. Após o processo de redemocratização houve um maior envolvimento social nas decisões acerca da gestão dos interesses públicos. Em que pese ter havido longo anos de ditadura que engessaram o comportamento ativo da sociedade, muito se avançou. Uma democracia participativa surgiu nos movimentos que uniram organizações sociais, representantes do povo e hoje se perfila nos conselhos de inúmeras áreas que debatem publicamente sobre as (melhores) diretrizes que a Administração pode tomar para realizar o interesse social.

Embora o País não possua exigibilidade na vinculação das escolhas dos conselhos pelo governante, é através de um aprimoramento desta participação que será possível utilizar mecanismos de exigências públicos e revestidos de garantias. É esse o conteúdo fundamental da democracia que adjetiva ao modelo de representação, ou seja, uma democracia deliberativa. Para além da forma de participação de que se trata a democracia participativa, o modelo deliberativo traz em seu propósito uma seara conceitual aprimorada na busca pela metodologia de aferição que vai além das ferramentas de participação, mas objetiva-se a estabelecer critérios próprios e juízos de valor de como se dará.

A Carta de 1988 sustenta-se sob a égide da democracia participativa, sendo essa a guardiã política do constitucionalismo social, bem como meio de garantir os direitos fundamentais³, sobretudo os de segunda dimensão. Um aspecto desse novo constitucionalismo reside justamente em introduzir a dimensão do conflito na vida institucional cotidiana. Os conflitos sociais não são negados e mascarados sob o manto de uma liberdade individual idealizada. Ao contrário, ganham lugar privilegiado, nas arenas de socialização política⁴, como demonstra o trecho abaixo:

O principal aspecto da teoria democrático-deliberativa repousa na

³ BONAVIDES, Paulo. In: SCHAFER. *Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito, 2007, p. 27.

⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 06.



compreensão de que a democracia não pode mais se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes: assim concebida, pode ser amesquinhada e manipulada, como tem ocorrido em nossa história recente. Para a perspectiva democrático-deliberativa, a democracia envolve, além da escolha de representantes, também a possibilidade de se debater publicamente sobre as questões a serem decididas. A troca de argumentos e conta-argumentos racionaliza e legitima a gestão da *res pública*.⁵

Na democracia, o ponto fundamental é entender o povo como o sujeito da soberania, ou seja, há uma completa identificação entre soberania estatal e soberania popular. Fortalecer o Estado brasileiro na superação do subdesenvolvimento, nesse sentido, é fortalecer o regime republicano e democrático da soberania popular no Brasil⁶.

Na realidade, o primeiro passo na busca por maior participação social nas decisões públicas surgiu com a ideia de uma democracia participativa, todavia os instrumentos de abertura foram, notadamente, mascarados, já que buscam “ouvir” parcela da população sem que as reivindicações – pequenas e isoladas – sejam agregadas a um compromisso governamental de gestão. A participação deve ser efetiva para que se possa superar os baixos níveis de legitimidade enfrentados pelo modelo esgotado da via representativa de democracia.

A base da legitimidade são espaços públicos onde algumas decisões que afetam diretamente a sociedade sejam debatidas por ela mesma, como expõe Benhabib:

A base da legitimidade nas instituições democráticas remonta ao pressuposto de que as instâncias que reivindicam poder obrigatório para si mesmas assim o fazem porque suas decisões representam um ponto de vista imparcial, considerado igualitário no interesse de todos. Esse pressuposto somente pode ser preenchido se tais decisões forem, em princípio, abertas aos processos políticos de deliberação de cidadãos livres e iguais ⁷.

A autora propõe que haja um viés metodológico adequado ao tratamento de questões sociais em que a ouvida da sociedade seja um processo mais igualitário possível, consistindo numa participação regulada por normas de igualdade e simetria (todos têm igual chance de iniciar atos de fala); num segundo momento, todos têm

⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os direitos fundamentais como condição para a cooperação na deliberação democrática. In: *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: Conceito, 2006, p. 152.

⁶ BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.161.

⁷ BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. In: WERLE, Denílson Luis; MELO, Rúrion Soares. *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2007, p. 51.



direito de questionar os tópicos fixados no diálogo e debate; e, em seguida, todos têm direito de introduzir argumentos reflexivos sobre as regras do procedimento discursivo e o modo pelo qual elas são aplicadas ou conduzidas⁸.

Uma das propostas contemporâneas mais respeitadas acerca da política de deliberação está contida na teoria habermasiana. A Democracia Procedimental que Habermas argumenta é a ideia de que todos possuem responsabilidades na construção de uma linguagem afinada entre a Administração Pública e a sociedade. Essa tarefa necessita de um compromisso transparente com os interesses públicos e privados, que ocorre por meio de uma comunicação aberta, desligada de formas burocratizadoras.

A rede de comunicação aberta proposta por Habermas está em sintonia com a discussão acerca da gestão compartilhada na medida em que sustenta que as variáveis existentes na sociedade, bem como pluralismo, devem ser reconhecidas para uma mudança de paradigma administrativo em que as políticas públicas sejam afinadas com as necessidades da sociedade. A proposta habermasiana “deve fundar-se em uma compreensão de sociedade inclusiva para além do Estado Nação, constituída democraticamente por cidadãos do mundo, cujo marco jurídico e político são os Direitos Humanos de conteúdo moral, os únicos capazes de gerar uma nova solidariedade”⁹.

Os indivíduos que participam de um processo deliberativo a partir da proposição que se está apresentando, em tese, teriam potencializadas as suas percepções sobre o que efetivamente querem, sobre quais são realmente os seus desejos e objetivos; perceberiam com maior nitidez suas preferências antes de chegar à instância de ter de tomar uma decisão ou escolher uma política concreta de vida e gestão¹⁰. Leal contextualiza a teoria habermasiana¹¹ na questão da importância da comunicação para entender a concepção – e o relevo – da deliberação:

[...] a linguagem enquanto expressão das representações e pensamentos humanos permite perceber qual a estrutura dos mesmos, ou seja, descobrir certas estruturas de racionalidade

⁸ BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. In: WERLE, Denílson Luis; MELO, Rúrion Soares. *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2007, p. 51.

⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Demarcações conceituais preliminares da democracia deliberativa: matrizes habermasianas*. Texto inédito.

¹⁰ LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no estado democrático de direito: uma perspectiva habermasiana. In: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Vol. 15. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 160.

¹¹ O importante é se ter claro que a intenção de Habermas por tais dados e pesquisas diz com a busca de melhores instrumentos para analisar a modernidade, suas patologias e seus fatores de crises, bem como a questão da racionalidade, das dimensões de racionalidade das ações e das diferenças internas destas ações, questões estas que formam, desde Max Weber e passando pela Escola de Frankfurt, um tema necessariamente inter-relacionado. LEAL, Rogério Gesta. *Demarcações conceituais preliminares da democracia deliberativa: matrizes habermasianas*. Texto inédito.



que nela se manifestam – daí poder-se afirmar a existência de uma “razão comunicativa”. Em função desta estrutura racional da linguagem pode-se ver que seu destino original é permitir estabelecer o entendimento entre as pessoas; nesta atividade de produzir o entendimento, as pessoas acabam por instituir um conjunto de sentidos gramaticalmente pré-determinado, que forma um pano de fundo comum a partir do qual os indivíduos socializados se abastecem para compreender, interpretar e agir sobre o mundo. Daí pode-se afirmar que a linguagem é o verdadeiro traço distintivo do ser humano, pois lhe atribui a capacidade de tornar-se um ser social e cultural, fornecendo-lhe identidade e possibilitando-lhe partilhar estruturas de consciência coletiva¹²

O sistema jurídico só cumpre racionalmente sua função integradora quando é fruto de um discurso racional, de um processo constitutivo que se destaca pela inclusão dos sujeitos políticos que operam no cotidiano¹³. O debate da participação é um debate acerca do grau de democracia justamente porque o Direito é emancipatório, e o é porque só através dele a sociedade pode agir nela mesma, podendo ingerir-se em algum grau de protagonismo de sua história. Ocorre que nem sempre os discursos práticos podem ser tomados como imparciais, exatamente em face do influxo não controlável de forma absoluta de argumentos e negociações¹⁴.

Uma pretensa capacidade de mobilização e organização social propiciou um processo de conscientização política gradual e em desenvolvimento dos novos movimentos sociais, já que necessitavam decifrar os códigos fechados da linguagem do poder e da Administração, para fins de buscar a implementação e a promoção de suas prerrogativas garantidas pelo sistema jurídico operante¹⁵. Apresenta-se igualmente frágil a tese de que um excesso de participação da sociedade acarretaria desgaste às formas clássicas de representação política da democracia moderna, isso porque não são incompatíveis com os novos sujeitos sociais, que são os grupos mobilizados de determinados setores da comunidade¹⁶.

Propondo-se uma teoria mista – que reconhece a importância da representação e, todavia admite seu esgotamento – uma série de questionamentos surgirá acerca de como irão se inserir, institucionalmente, os espaços públicos de discussão para

¹² LEAL, Rogério Gesta. *Demarcações conceituais preliminares da democracia deliberativa: matrizes habermasianas*. Texto inédito.

¹³ LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no estado democrático de direito: uma perspectiva habermasiana. In: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Vol. 15. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.165.

¹⁴ LEAL, Rogério Gesta. *Demarcações conceituais preliminares da democracia deliberativa: matrizes habermasianas*. Texto inédito.

¹⁵ LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no estado democrático de direito: uma perspectiva habermasiana. In: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Vol. 15. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 170.

¹⁶ LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no estado democrático de direito: uma perspectiva habermasiana. In: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Vol. 15. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 171.



que haja uma real gestão compartilhada. Afinal, o alcance da opinião pública social precisa passar pelo “filtro dos processos institucionalizados da formação democrática, da opinião e da vontade, transformar-se em poder comunicativo e infiltrar-se numa legislação legítima”¹⁷, passível de gerar legitimamente decisões políticas. Alguns questionamentos que a proposta deliberativa tem de enfrentar são necessários referir:

há algumas questões que a matriz deliberativa da Democracia tem de responder: (a) quais são as suas pretensões pragmáticas específicas; (b) quais os fundamentos teóricos alternativos em que se alicerça; (c) quais são as atuais formas de deliberações assumidas pela matriz; (d) quais são as condições institucionais e culturais para dar efetividade ao modelo; (e) de que maneira a realização total ou parcial das condições do modelo incidem sobre a legitimação, racionalidade e justiça do resultado deliberativo¹⁸.

Também é preciso explicar como se pode assegurar “que todas las partes interesadas participen en el proceso de deliberación y que lo hagan sobre una base de igualdad”¹⁹. Nino sustenta que “la concepción pluralista de la democracia no da certeza de que los representantes representen a todas las personas afectadas por las decisiones que toman y que lo hagan respetando la igualdad”²⁰. O autor também refere-se ao viés participativo da democracia, que possui instrumentos pouco qualitativos na questão da vinculação entre as escolhas da sociedade e as decisões dos atores políticos.

A matriz fundamental da legitimidade democrática é a de que a autorização para exercer o poder estatal deve surgir das decisões coletivas dos membros da sociedade, que são governados por tal poder. O Pluralismo razoável é mais uma concepção substantiva de democracia, e, como tal, dá forma à concepção de cidadãos como pessoas livres e iguais, que constitui parte da concepção de democracia exposta no texto de Cohen:

Dizer que os cidadãos são livres é dizer, entre outras coisas, que nenhuma visão moral ou religiosa abrangente fornece uma condição definidora de pertença à cidadania ou o fundamento da autorização para o exercício do poder político. Dizer que elas são iguais é dizer que cada um é reconhecido como tendo as capacidades exigidas para participar na discussão em torno da autorização do exercício do

¹⁷ LEAL, Rogério Gesta. *Demarcações conceituais preliminares da democracia deliberativa: matrizes habermasianas*. Texto inédito.

¹⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Demarcações conceituais preliminares da democracia deliberativa: matrizes habermasianas*. Texto inédito.

¹⁹ NINO. Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Tradução de Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 144.

²⁰ NINO. Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Tradução de Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 2003, p.144.



poder²¹.

O procedimento deliberativo ideal é um modelo para as instituições de tomada de decisão coletiva; não é uma situação inicial em que agentes idealizados definem os princípios para instituições justas da sociedade²². O procedimento – via deliberação – através do discurso, propõe, racionalmente, um consenso. Quanto à regra da maioria, diz que se trata de um procedimento de decisão justo e racional, não porque a legitimidade reside no número, mas sim porque quando uma maioria está convencida de que uma das alternativas é a certa, essa decisão permanecerá válida até que outros argumentos possam modificar.

Para Benhabib:

Não é o número absoluto que justifica a racionalidade da conclusão, mas o pressuposto de que, se um amplo número de pessoas vê certas questões de uma certa maneira, como resultado decorrente do fato de seguirem certos tipos de procedimentos racionais de deliberação e tomada de decisão, então tal conclusão tem a seu favor a pretensão de ser racional até prova em contrário.²³

Não há dúvidas de que a representação é parte da construção do Estado Constitucional moderno, e que a cultura da intermediação, através do voto nos representantes do povo, foi uma maneira encontrada para se fazer ouvir a coletividade – que se encontra transformada quantitativamente. Não obstante isso, como coloca Nino, a intermediação dos representantes da discussão e decisão “podria beneficiar el proceso desde el punto de vista de un mayor conocimiento técnico, pero esto debilita la conciencia y la consideracion de los intereses de gente involucrada en difernetes conflictos”²⁴. E essa transformação realçada pelo autor operou-se também de maneira qualitativa, com o nascimento de “subsistemas sociais (econômico, burocrático, cultural, etc.), que são realidades impossíveis de serem desconsideradas no âmbito da regulação social como resultado de um processo organizativo e estruturante da modernidade, razão pela qual eles não podem ser gerados e geridos por um centro unitário de poder”²⁵.

²¹ COHEN, Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLE, Denílson Luis; MELO, Rúrion Soares. *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2007, p. 117.

²² CHRISTIANO, Thomas. A importância da deliberação pública. ELSTER, Jon. O mercado e o fórum: três variações na teoria política. In: WERLE, Denílson Luis; MELO, Rúrion Soares. *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2007, p. 102.

²³ BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. In: WERLE, Denílson Luis; MELO, Rúrion Soares. *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2007, p. 55.

²⁴ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Tradução de Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 184.

²⁵ LEAL, Rogério Gesta. *Demarcações conceituais preliminares da democracia deliberativa: matrizes*



3 DA NECESSIDADE DE APRIMORAMENTO DOS NÍVEIS DE CONSENSO PARA A CONSTRUÇÃO DA DELIBERAÇÃO EFETIVA: A OPORTUNIDADE E A QUALIDADE DESSA PARTICIPAÇÃO

Em tempos de complexificação das relações sociais, a ideia de democracia e, atrelada a ela, de cidadania, precisa ser contextualizada²⁶. Os espaços de discussões das questões sociais se ampliaram, tomando dimensões internacionais, inclusive. Tanto a democracia quanto a cidadania nos moldes clássicos tornaram-se modelos incompatíveis com a desterritorialização que o processo globalizante incita.

As diferenciações nas relações com, os passar dos tempos, acentuaram a discussão sobre a ligação entre o Estado e a sociedade, sendo que “a própria concepção de um Estado Democrático de Direito carece de legitimação satisfatória em seus fundamentos constitucionais”²⁷. As principais correntes do pensamento contemporâneo dão centralidade ao papel do direito e da cidadania²⁸ na construção de um Estado democrático, na medida em que a visão coletiva da sociedade trouxe a busca não apenas do gozo dos direitos por todos, indistintamente, mas, sobretudo, deu vazão à possibilidade da conquista de novos direitos, como coloca Vieira,

[...] a democracia não é apenas um regime político com partido e eleições livres. É sobretudo uma forma de existência social. Democrática é uma sociedade aberta, que permite sempre a criação de novos direitos [...] Num Estado democrático, cabe ao Direito o papel normativo de regular as relações interindividuais, as relações entre indivíduos e o Estado, entre os direitos civis e os deveres cívicos, entre os direitos e deveres da cidadania, definindo as regras do jogo da vida democrática. A cidadania poderá, dessa forma, cumprir um papel libertador e contribuir para a emancipação humana, abrindo “novos espaços de liberdade”.²⁹

habermasianas. Texto inédito.

²⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado e democracia. Onde está o povo? In: *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: Conceito, 2006, p. 120.

²⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, Nythamar H. Fernandes de. Teoria discursiva do direito e democracia deliberativa segundo Jurgen Habermas. In: TEIXEIRA, Anderson V.; OLIVEIRA, Elton Somensi de. *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. São Paulo: Manole, 2010, p. 62.

²⁸ Sobre considerações fundamentais acerca da cidadania, Leal discorre que, a partir de uma perspectiva doutrinária, desde T.S. Marchall, os três elementos articuladores da cidadania moderna seriam os direitos civis, os direitos políticos e os direitos sociais, isto porque eles alcançariam os espaços de atuação mais corriqueiros e fundamentais da cidadania moderna e contemporânea, a partir dos quais há a proliferação de tantos outros direitos quantos as complexas relações sociais vão construindo. LEAL, Rogério Gesta. Esfera Pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. In: *Administração pública compartilhada no Brasil e na Itália: reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, p. 190/191.

²⁹ VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1998, p. 41.



Passa-se a se identificar a cidadania³⁰ com a cidadania passiva, isto é, ser cidadão significa ser sujeito de direitos e deveres; trata-se de uma cidadania civil, extensível a todos os indivíduos – considerados isoladamente – indistintamente³¹. Todavia, ao se evidenciar o possível papel libertador, citado no texto acima, há possibilidade de participação dos cidadãos no exercício de decisão pública, chamado de cidadania ativa.

O fato é que o perfil do cidadão está se transformando, e o *status* jurídico do cidadão está sendo definindo, talvez porque o modelo sobre o qual havia se concretizado tornou-se retrógrado. Ademais, a “pluralidade e a complexidade de nossas sociedades e dos processos que se desenvolvem já não são facilmente reconduzíveis ao esquema arquétipo desse estatuto monista da cidadania”³².

Ocorre que, contemporaneamente, a cidadania tem um papel emancipador mais forte que aquele adquirido na modernidade. As transformações de mundo, político, social, e juridicamente fizeram a busca da sociedade – plural e multifacetada – focar num papel protagonizador e, evidentemente, mais inclusivo nas decisões públicas que possam lhe atingir. O valor de um processo democrático está não somente na proposição de debates públicos para que se conheçam as reais demandas sociais, mas, sobretudo, para que tais demandas sejam fundamentos para as políticas públicas de Estado e de governo.

A realidade é que, no Brasil, a participação do povo no poder político e o acesso do mesmo ao bem-estar material seriam ideais que poderiam ou não se concretizar nas sociedades capitalistas³³. Assim, a noção de democracia remete à cristalização dos direitos civis, políticos e sociais, caracterizando uma situação de inclusão e de pertencimento dos cidadãos à comunidade política. Embora os cidadãos tenham o direito formal de se organizar, de expressar livremente suas opiniões e interesses, de participar das decisões políticas, que seria uma forma de exercer efetivamente a democracia, deveria ser questionada com mais rigor a ausência de condições favoráveis para estimular tal participação.

A democracia procedimentalista parte do pressuposto de que os direitos e garantias fundamentais são corretos, mas que, para além disso, é necessário buscar

³⁰ Uma das categorias políticas centrais da modernidade é, sem qualquer dúvida, a cidadania. O cidadão como centro de atribuição de faculdades e imputação de direitos é, certamente, o elemento nuclear da articulação das relações entre política e direito nos Estados nacionais. JULIOS-CAMPUZANO. Afonso de. *Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e direitos humanos*. Col. Direito e Sociedade Contemporânea. Tradução de Clóvis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 42.

³¹ Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática*. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p.16, rod. 39.

³² JULIOS-CAMPUZANO. Afonso de. *Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e direitos humanos*. Col. Direito e Sociedade Contemporânea. Tradução de Clóvis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 44/45.

³³ SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 67.



sua concretização. O horizonte a ser alcançado, segundo Habermas, é através do parâmetro descrito por ele, ou seja, pela via da comunicação que se deve buscar um ideal, já determinado num conceito regulativo. O conceito de comunicação é diretriz a ser seguida e, assim, não há uma busca ideal, fixa, mas, sobretudo, uma meta traçada, segundo as concepções já estudadas, que serão concretizadas em cada sociedade de acordo com a possibilidade existente.

A norma jurídica precisa de algo mais na concepção contemporânea – e complexa – de democracia. A formalidade legislativa não responde, sozinha, ao complexo rol de anseios sociais que a contemporaneidade encerra, necessitando-se a ela somar-se a aderência social, ou legitimidade social. Para Habermas, tanto a validade social, como a obediência fática “variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade, e esta fé, por sua vez, apoia-se na suposição da legitimidade, isto é, na fundamentalidade das respectivas normas”³⁴. Prima-se de critérios que intensifiquem o nível de legitimidade social de uma norma, trabalhados no sentido da qualificação da participação popular, na teoria deliberativa.

A parca quota de participação dos cidadãos nos espaços de integração, tais como em consultas públicas, por exemplo, é também resultado de uma cultura de não participação, que se encontra evidente em países considerados jovens, ou de modernidade tardia, como é o caso do Brasil. Existe mais: existe uma corrente forte – embora jovem – que desafia a cultura apática em busca de uma desestruturação do *status quo*. O ranço oligárquico do poder centralizador da democracia representativa não é – não pode – ser combatido com a inércia. Nesse sentido, os Conselhos seriam espaços de interação que se caracterizam por um tipo de distribuição do poder justificada pela realização de uma tarefa comum, de interesse comum, para o cumprimento de uma responsabilidade comum³⁵.

A deliberação é o rompimento com a necessidade de instrumentalização para a justificação das ações sociais, e, ao mesmo tempo, a possibilidade de uma maior responsabilidade popular, nas questões que lhe são afetas. Para Leal,

[...] não há dúvidas de que a comunidade precisa assumir sua quota de responsabilidade no processo, primando para que as relações sociais sejam medidas pelo reconhecimento de obrigações, direitos e representação de interesses, de tal forma que se torne factível a construção de espaços públicos que confirmam legitimidade aos conflitos e nos quais a medida de equidade e a regra de justiça venham a ser alvo do debate e de uma permanente interlocução, construída através de procedimentos de negociações abertos à pluralidade de problemas e temas emergentes que não encontram lugar no espaço unitário estatal, que deslocam o poder do Estado como árbitro exclusivo e ampliam as fronteiras das relações de direito para além

³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade de validade*. v.1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 50.

³⁵ COSTA, Vanda Maria Ribeiro. Teoria democrática e conselhos de política social. In: BRAVO, Maria Inês Souza; PEREIRA, Potyara A. P. *Política Social e Democracia*. São Paulo: Cortez, 2002, p. 88.



do que é definido como código jurídico e regra formal da lei³⁶.

Essa concepção de democracia foi precedida por estudos de Dahl, teve reconhecimento teórico na continuidade da concepção estudada por Habermas³⁷, principalmente em sua Teoria Procedimental da Democracia³⁸ em que sustenta que “a deliberação pública, realizada fora do âmbito estatal, construiria uma base de legitimação para a ação política. Esse espaço, ao menos em termos hipotéticos, permitiria a todos os potencialmente envolvidos, poder opinar e interagir comunicativamente antes que uma decisão fosse adotada”³⁹. Nesse sentido, as escolhas gozariam de maior legitimidade social se perpassassem por decisões coletivas, como expõe Manin,

uma decisão legítima não representa a vontade de todos, mas resulta da deliberação de todos. Este é o processo pelo qual a vontade de cada um é formada de tal maneira a conferir legitimidade a seus resultados, legitimidade que não deriva da soma de vontades já formadas. O princípio deliberativo é tanto individualista como democrático. Implica que todos os participantes na deliberação, e nesse sentido a decisão tomada pode razoavelmente ser considerada como emanando do povo (princípio democrático). A decisão procede também da liberdade dos indivíduos: aqueles indivíduos que deliberam em conjunto, formam suas opiniões por meio da deliberação.⁴⁰

A deliberação e consenso seriam a base fundamental, com espaço para o debate público e eventuais discordâncias, estas cabíveis, já que o fundamento é bem comum, “através do processo de filtragem de preferências que resulta do debate público – entre atores públicos –, o numero de viáveis se reduziria, porém, sem

³⁶ LEAL, Rogério Gesta . Esfera Pública e Participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. In: LEAL, Rogério gesta (Org.) *Administração pública compartilhada no Brasil e na Itália: reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 212.

³⁷ “[...] o diálogo dos sistemas funcionais, ao contrário da prática comunicativa das pessoas privadas, não trata mais de normas, valores ou interesses; ele se limita, ao invés disso, ao fim cognitivo da intensificação reflexiva do saber sistêmico. O intercâmbio entre especialistas, que se esclarecem mutuamente sobre o modo de operar de seus respectivos domínios funcionai deve superar a cegueira específica de sistemas de ação auto-referenciais.”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade II*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 77.

³⁸ Para Santiago Nino, “Habermas sostiene que la tarea de argumentacion moral no puede desarrollarse monologicamente, sino que requiere de um esfuerzo cooperativo.” NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Tradução de Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 158.

³⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.60

⁴⁰ MANIN, Bernard. Legitimidade e deliberação política. In: WERLE, Denílson Luis; MELO, Rúrion Soares. *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2007, p. 31.



empobrecê-los qualitativamente”⁴¹.

Por fim, não há espaço neste estudo para se esgotar o tema. A proteção constitucional não é suficiente se não houver a concretização dos princípios que lhe são pertinentes a bem de uma concepção cuidadosa de meio ambiente sustentável *pro futuro*. Assim, o que se alinha ao pensamento de uma formatação de espaços públicos de deliberação é que neles não somente uma maior responsabilidade de todos – Estado e Sociedade – é necessária, mas, sobretudo, observar e tomar decisões em um presente que, mesmo incerto e complexo, exige o controle dos riscos e a construção do futuro⁴².

4 CONCLUSÃO

Tão importante quanto o resultado é o processo de execução de políticas públicas. Quem discute e decide quem serão os beneficiários é a grande chave para se alcançar resultados democráticos para os anseios sociais.

Não basta que os fins sejam democráticos. Importa é a forma, o procedimento. O processo. Como se chegou lá? Como se resolveu implementar tal decisão? Depois de instaladas as políticas públicas não se pode mais discutir a tomada de execução!

A democracia deliberativa se ocupa da esfera pública e do poder social: em que medida deve-se avaliar a escolha e a execução. Deliberação, do que se notou nas poucas linhas desse ensaio, é ter mecanismos de comunicação cujo pressuposto e requisitos estão comprometidos com tais consensos. Sempre haverá divergências, todavia, o que se busca é aprimorar os níveis de equilíbrio em todos os âmbitos. Uma das formas é o diálogo.

A Democracia representativa concebe a formalidade no lugar do canal das pessoas e deixa para que uma minoria decida. Na ambiência de uma democracia participativa supre-se a perspectiva do oligarquismo, porém não suficientemente eis que não discute os níveis de consensos. Aqui basta a oportunidade da participação não importando a qualidade dessa participação.

Em derradeiro, e é o que se busca demonstrar resumidamente este artigo. a democracia deliberativa é mais eficaz porque toca em pontos que dizem da natureza humana, revendo paradigmas comportamentais, como a necessidade de equalizar conflitos e busca pelo solidarismo social.

REFERÊNCIAS

⁴¹ LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 62.

⁴² CARVALHO, Délton Winter de. *Dano Ambiental Futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1.



BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. In: WERLE, Denílson Luis; MELO, Rúrion Soares. *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BONAVIDES, Paulo. In: SCHAFFER. *Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CHRISTIANO, Thomas. A importância da deliberação pública. ELSTER, Jon. O mercado e o fórum: três variações na teoria política. In: WERLE, Denílson Luis; MELO, Rúrion Soares. *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2007.

COHEN, Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLE, Denílson Luis; MELO, Rúrion Soares. *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2007.

COSTA, Vanda Maria Ribeiro. Teoria democrática e conselhos de política social. In: BRAVO, Maria Inês Souza; PEREIRA, Potyara A. P. *Política social e democracia*. São Paulo: Cortez, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade de validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1.

_____, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade II*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JULIOS-CAMPUZANO. Afonso de. *Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e direitos humanos*. Col. Direito e Sociedade Contemporânea. Tradução de Clóvis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Demarcações conceituais preliminares da democracia deliberativa: matrizes habermasianas*. Texto inédito.

_____. Esfera Pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. In: *Administração pública compartilhada no Brasil e na Itália: reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.



_____. *Estado, Administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no estado democrático de direito: uma perspectiva habermasiana. In: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Vol. 15. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MANIN, Bernard. Legitimidade e deliberação política. In: WERLE, Denílson Luis; MELO, Rúrion Soares. *Democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2007.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Crose do Estado e democracia. Onde está o povo? In: *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: Conceito, 2006.

NINO. Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Tradução de Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 2003.

OLIVEIRA JÚNIOR, Nythamar H. Fernandes de. Teoria discursiva do direito e democracia deliberativa segundo Jurgen Habermas. In: TEIXEIRA, Anderson V.; OLIVEIRA, Elton Somensi de. *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. São Paulo: Manole, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os direitos fundamentais como condição para a cooperação na deliberação democrática. In: *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: Conceito, 2006

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

YONG, Iris Marion. Comunicação e o outro: além da democracia deliberativa. In: SOUZA, Jessé (Org.) *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UNB, 2001.



AMICUS CURIAE, CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA: REFLEXÕES DO INSTITUTO COMO INSTRUMENTO DE ABERTURA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL¹

Rosana Helena Maas²
Jorge Irajá Louro Sodré³

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá realizar um estudo sobre o *amicus curiae* como instrumento de abertura, de democratização da jurisdição constitucional. O tema tem como foco central perscrutar alguns aspectos da Constituição na perspectiva da evolução do Estado, passando-se do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito, destacando a forma com que a Constituição se apresenta neste último modelo, ou seja, como expressão máxima dos valores eleitos pela comunidade que a adota. Sendo assim, observada em uma perspectiva viva, considerada como obra de todos os intérpretes, é não meramente de seus intérpretes oficiais, conforme o referencial teórico do constitucionalista alemão Peter Häberle em sua tese da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, para, a partir de tais pressupostos, abarcar o instituto do *amicus curiae*, no âmbito do processo de controle concentrado de constitucionalidade, como mais um intérprete desta sociedade, configurando-se em um espaço institucionalizado de participação social, como um instrumento de abertura, de democratização da jurisdição constitucional.

Dessa forma, preliminarmente, (1) será analisado na perspectiva da evolução do Estado como a Constituição se apresenta no Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito, dando ênfase à Constituição neste último modelo de Estado e a aspectos da teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, de

¹ Este trabalho é resultante do projeto de pesquisa intitulado “O *amicus curiae* como instrumento de realização de uma jurisdição constitucional aberta: análise comparativa entre o sistema brasileiro, alemão e norte-americano”, do qual a autora é pesquisadora, sendo o projeto coordenado pela Professora Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal – professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq e bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Advogada. (moniah@unisc.br).

² Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq, e pesquisadora colaboradora do projeto de pesquisa “O *amicus curiae* como instrumento de realização de uma jurisdição constitucional aberta: análise comparativa entre o sistema brasileiro, alemão e norte-americano”, ambos coordenados pela Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal. Advogada. (rhmaas@via.com.br).



Peter Häberle; (2) e, após, trazer, em face da conjuntura da Constituição Democrática de Direito, o instituto do *amicus curiae*, como um instrumento de abertura e consequente democratização da jurisdição constitucional. Esses são os temas que serão desenvolvidos nos pontos a seguir.

2 CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE DIREITO E SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: ALGUNS ASPECTOS DA CONSTITUIÇÃO NA PERSPECTIVA DA EVOLUÇÃO DO ESTADO – DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A princípio, assevera-se que ao apresentar a Constituição nos diferentes modelos de Estado de Direito que há de ser proposto, não se parte do pressuposto que cada um desses modelos seja uma ruptura com o antigo modelo, mas sim uma tentativa de adaptação do Estado de Direito clássico a um novo conteúdo e às novas condições.³

Assim sendo, ressalva-se que não é de hoje que a Constituição se afigura como o instrumento político-jurídico mais importante da organização social, sendo a sua superioridade hierárquica amplamente reconhecida.⁴ No entanto, embora a Constituição possua tão grande importância, deve-se atribuir apenas à Idade Moderna o crédito de tê-la “inventado”, pelo menos da maneira como a conhecemos nos dias atuais e no que diz respeito ao seu caráter universal assumido nesse período, apesar das inúmeras variantes nacionais que se podem verificar.⁵

Posto isso, assevera-se que, apesar dessas variantes, pode-se considerar como “berço” desse novo constitucionalismo a Revolução Francesa de 1789⁶, evento esse, segundo Peter Häberle, considerado como a conquista cultural secular. O autor ressalta ainda que: “el actual Estado constitucional tiene muchos padres y muchas madres, en función de sus variantes nacionales pero también como tipo. 1789 conserva sin embargo, formalmente y por lo que se refiere a los contenidos, un lugar especial”.⁷

³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 54. Menciona-se que o autor trabalha com essa noção quando vem distinguir o Estado Liberal do Social de Direito, trazendo que não se tratam de conceitos contraditórios, mais de duas dimensões do Estado de Direito. Além disso, conforme Leal: “o Estado de Direito nada mais é do que um *modus operandi* que pode servir à consecução de diferentes fins”. Cf. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003. p.12 (nota de rodapé n. 25)

⁴ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003. p. 1.

⁵ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 7.

⁶ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 7.

⁷ HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado



Dessa forma, menciona-se que o constitucionalista alemão quer dizer que muitos dos conteúdos inseridos no texto constitucional naquela época permanecem nas atuais Cartas Magnas, mas, claro, sofrendo alterações no que se refere a sua interpretação, pois o autor entende a Constituição como sendo um produto cultural. Assim, havendo alguma alteração na realidade cultural de um povo, haverá, também, mudanças na interpretação constitucional, porque o mesmo texto possui diferentes conteúdos em cada cultura que vier a aparecer.⁸

Além disso, cabe ressaltar, com Matteucci⁹, que o moderno constitucionalismo encontra-se ligado por duas vertentes: por um lado, aos princípios jusnaturalistas, no que diz respeito a sua ideia de racionalização do direito vigente, e, por outro, a revolução democrática, esta que, segundo o autor, não se fundamenta nem na legitimidade do poder divino do monarca, e nem na tradição, mas sim no consenso racional dos cidadãos.

Diante dessas premissas, passa-se a observar a Constituição no Estado Liberal de Direito. Antes disso, destaca-se que esse modelo de Estado, era movido e gerido pelos interesses da burguesia, em que se tinha a liberdade dos cidadãos como regra e a autoridade e intervenção do Estado como exceção.¹⁰

O Estado Liberal de Direito apresentava-se “como uma limitação jurídico-legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constrangedora de sua atuação cotidiana”.¹¹ Dessa forma, afirma-se que ao Estado não cabia nenhuma ação, a não ser as que assegurassem os direitos individuais dos cidadãos.

Assim sendo, tem-se como consequência de tal paradigma o fato de Estado e sociedade aparecem como dois sistemas em oposição, distintos, apresentando cada um deles limites bem definidos, com regulações autônomas e relações mínimas entre si.¹²

Nesse sentido, a Constituição aparece no Estado Liberal de Direito como instrumento de garantia dos direitos dos cidadãos frente ao poder arbitrário do Estado, este que não deveria intervir na esfera privada. Por esses motivos é que se traz que a Constituição do Estado Liberal de Direito é do Estado, pois constitui

Constitucional. Madrid: Minima Trotta, 1998. p. 59.

⁸ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002. p. 45.

⁹ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998. p. 25.

¹⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 6-9.

¹¹ STRECK, L. L.; MORAIS, J.L. B. de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 91.

¹² GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 21-22.



um documento jurídico em que o fim maior é impor limites ao mesmo e garantir os direitos individuais do cidadão.¹³

Além disso, cabe mencionar, que a Constituição neste período, constitui-se mais em uma forma de manter a ordem estabelecida, ou seja, em uma tentativa da burguesia de se defender do Estado e manter as conquistas obtidas com a Revolução, do que de transformação social.¹⁴

Diante do exposto, assevera-se que com o desenvolver das relações sociais deste modelo de Estado, deu-se origem a um outro, o Estado Social de Direito, também denominado de Estado de Bem-Estar ou de *Welfare State*¹⁵, se tem “a construção de uma ordem jurídica na qual está presente a limitação do Estado ladeada por um conjunto de garantias e prestações positivas que referem a busca de um equilíbrio não atingido pela sociedade liberal”.¹⁶

Todavia, cabe trazer à baila que o Estado Social de Direito deve ser compreendido mais como uma tentativa de adaptação do modelo anterior de Estado, à sociedade industrial e pós-industrial, do que um modelo novo de Estado de Direito. Dessa forma, na dicção de Garcia-Pelayo¹⁷:

En términos generales, el Estado social significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional (por el que entendemos en este caso el Estado liberal burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos. No hemos de ver las medidas de tal adaptación como algo totalmente nuevo, sino más bien como un cambio cualitativo de tendencias surgidas en el siglo XIX y comienzos del XX para regular, en aquel entonces, aspectos parciales de la sociedad, regulación que sufre en nuestro tiempo un proceso de generalización, integración y sistematización.

Além disso, dita-se com o mesmo autor¹⁸ que o Estado Social de Direito aparece

¹³ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 29.

¹⁴ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003. p. 6-7.

¹⁵ Este artigo não pretende delinear as distinções que alguns autores fazem entre o Estado Social de Direito e o Estado de Bem-Estar ou de *Welfare State*, e aqui cito como exemplo a obra de García-Pelayo, utilizada por diversas vezes neste trabalho, mas apenas trazer, de forma genérica o diferencial do Estado Social, do Liberal e Democrático de Direito, para assim, observar a perspectiva da evolução da Constituição nesses modelos de Estado.

¹⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 79.

¹⁷ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 18.

¹⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Madrid: Alianza



como política setorial não destinada exatamente a transformar a estrutura social, mas a de vir a remediar alguns de seus piores efeitos.

[...] desde el último tercio del siglo XIX se desarrolló en los países más adelantados una <<política social>> cuyo objetivo inmediato era remediar las pésimas condiciones vitales de los estratos más desamparados y menesterosos de la población. Se trataba, así, de una política sectorial no tanto destinada a transformar la estructura social cuanto a remediar algunos de sus peores efectos y que no precedía, sino que seguía a los acontecimientos.

Ademais, destaca-se, como alhures foi observado, que no modelo anterior de Estado, o mesmo não podia intervir nas relações dos cidadãos. Sociedade e Estado, assim, eram duas esferas que não se comunicavam. Agora, assevera-se que no Estado Social de Direito a sociedade não está mais satisfeita com esse absentismo do Estado, vindo a exigir deste uma nova postura, uma postura que garanta os direitos sociais de cada cidadão, não podendo mais ser tido como mero espectador, devendo intervir diretamente nas questões sociais e passar de ente com mera postura negativa, ou seja, com o simples dever de não invadir a esfera dos direitos individuais constitucionalmente assegurados, a promotor de bens e de serviços.¹⁹

Assim sendo, trava-se uma nova relação entre Estado e sociedade, em que segundo Garcia-Pelayo²⁰, os mesmos “no son sistemas autónomos, autorregulados, unidos por un número limitado de relaciones y que reciben y envían insumos y productos definidos, sino dos sistemas fuertemente interrelacionados entre sí a través de relaciones complejas”.

Nota-se, que se observa nesta relação Estado e sociedade, ainda na dicção do autor²¹, uma certa interdependência entre ambos, pois “el Estado era incapaz de subsistir sin proceder a la reestructuración de la sociedad y la sociedad por su parte era incapaz de subsistir sin la acción estructuradora del Estado”.

Diante disso, destaca-se que a Constituição não tende apenas a ser um limitador das atividades do Estado, o que foi observado no modelo anterior de Estado de Direito, mas sim regula uma esfera muito mais ampla, abrangendo o poder estatal, a sociedade e o indivíduo em suas múltiplas e recíprocas inter-relações.²²

Editorial, 1996. p. 18.

¹⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 32.

²⁰ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 24.

²¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 24.

²² LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 30.



Além disso, a Constituição do Estado Social de Direito assume a feição de um amplo programa de reformas econômicas e sociais a serem concretizadas. Dessa forma, ela não configura

um simples registro das relações de poder vigentes no momento constituinte, assumindo, antes, uma estrutura programática, ao compreender sempre um elemento de “utopia concreta” cuja a relação é dependente da ação política. Tem-se, portanto, na Constituição do Estado Social, uma constituição eminentemente *política*.²³

Dita-se assim, conforme Canotilho²⁴, que a Constituição do Estado Social de Direito configura-se em uma Constituição-programática, devido ao fato de conter diversas normas-tarefas e normas-fim, que definem programas de ação e linhas de orientação dirigidas ao Estado. Configura-se em uma lei fundamental que não se reduz a um simples instrumento de governo, ou seja, um texto constitucional que se limita à individualização dos órgãos e à definição de competências e procedimentos da ação dos poderes públicos. Posto isso, importante faz-se mencionar que esta ideia de “programa” da Constituição desse modelo de Estado associa-se ao caráter dirigente da Constituição.

Nota-se ainda que o desenvolvimento da ideia de Constituição Dirigente, que, como dito, ganha relevo prático no modelo de Constituição-programa do Estado Social de Direito, é considerada uma introversão do pensamento constitucional no modelo de Constituição-garantia do Estado Liberal de Direito. Ressalva-se, também, nas lições do constitucionalista português²⁵:

O debate constitucional em torno dos dois <<modelos>> de constituição - a <<constituição jurídica>> e a <<constituição política>> - vem demonstrar isto mesmo: a lei fundamental, entendida apenas como <<norma jurídica>> superior, <<juridiciza>> o modelo da <<sociedade constitucional>>, abstraindo dos problemas de <<legitimação>> e <<domínio>> dessa mesma sociedade; a constituição reconduzida a uma <<ordem política>> <<politiciza>> o mesmo modelo, descurando o problema da <<legitimação interna>> do direito. A segunda orientação tem a vantagem de procurar <<integrar>> o <<direito>> e a <<política>>, enquanto a primeira se apresenta com maior clareza vinculativa e capacidade de <<redução da complexidade do sistema>>. Subjacentes aos <<modelos>> constitucionais está uma <<imagem>> de

²³ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 34.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 217.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 14.



sociedade e uma <<teoria de acção>>: a constituição, na senda de uma filosofia iluminista (idealista e materialista), tem a <<função>> de propor um <<programa racional>> e um <<plano>> de realização da sociedade; a lei fundamental, de acordo com <<padrões sistémico-institucionalistas>>, tem a <<função>> de <<garantir>> os princípios jurídicos ou <<regras de jogo>> da <<sociedade estabelecida>>. A idéia de constituição dirigente ganha relevo prático no primeiro modelo (constituição-programa), mas é considerada como uma <<introversão>> do pensamento constitucional no último (constituição-garantia).

Dessa forma, frente a essas considerações sobre o Estado Social de Direito e as confrontações que a Constituição apresenta nesse modelo de Estado, passe-se a observar algumas premissas do Estado Democrático de Direito, e tem-se que o mesmo possui um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência, como ocorria no modelo social. Seu texto ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna para o homem, passando a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que faz irradiar os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos, e, pois, também sobre a ordem jurídica.²⁶

Nesse diapasão é que se afirma que um dos aspectos relevantes do Estado Democrático de Direito consiste no seu elemento democrático, ou seja, a sociedade ganha um grande papel, o de participar ativamente na formação da vontade geral do Estado. Tem-se, assim, que a concepção de participação política da mesma não pode se restringir ao âmbito de uma participação política representativa²⁷, devendo-se estender a outras dimensões. Dessa forma, alude-se excerto da obra de Garcia-Pelayo²⁸, o qual afirma que em

un sistema en el que la sociedad no sólo participa pasivamente como recipiendaria de bienes y servicios, sino que, a través de sus organizaciones. Toma parte activa tanto en la formación de la voluntad general del Estado, como en la formulación de las políticas distributivas y de otras prestaciones estatales. Dicho de otro modo, cualquiera que sea el contenido de lo social, su actualización tiene que ir unida a un proceso democrático, más complejo, ciertamente, que el de la simple democracia política, puesto que ha de extenderse a otras dimensiones.

²⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 74.

²⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003. p. 21-22.

²⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 48.



E é justamente este elemento democrático que vai se fazer refletir na concepção de Constituição, que não é mais entendida como mero instrumento de garantia contra o poder absoluto do Estado, nos moldes em que se apresentava no Estado Liberal de Direito, ou como um mecanismo de direção política, como foi observada no Estado Social de Direito. Mas é entendida, sim, como expressão máxima dos valores eleitos pela comunidade que a adota, valores supremos esses representados pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelo respeito aos direitos humanos e fundamentais.²⁹

Assim seja, nesse diapasão, Böckenförde³⁰ traz à baila que “la Constitución ya no se limita a fijar los límites del poder del Estado frente a la libertad civil, y a organizar la articulación y los límites de la formación política de la voluntad y del ejercicio del dominio, sino que se convierte en la positivación jurídica de los <<valores fundamentales>> del orden de la vida en común”.

Dessa forma, observa-se que a Constituição aparece como sendo “a ordem fundamental jurídica da coletividade”, “o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido”, princípios estes que revelam os valores políticos, culturais e sociais da coletividade. Assim sendo, a mesma passa a ser vista, na dicção de Peter Häberle, em uma perspectiva *viva*, como obra de todos os intérpretes.³¹

Nesse sentido, conforme o constitucionalista tedesco, em sua teoria da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, a interpretação constitucional não é uma atividade restrita aos juízes, aos “órgãos oficiais”, e sim uma atividade que vem dizer respeito a todos, a “todos os órgãos estaduais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”.³²

Para Peter Häberle³³, os cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública são quem representam as forças produtivas da interpretação, sendo impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas ora mencionadas.

Dessa forma, faz-se importante mencionar que o âmbito constitucional se afigura como

um importante espaço de atuação dos cidadãos, compreendidos não

²⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003. p. 23-24.

³⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 52.

³¹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003. p. 24.

³² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 13.

³³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 14.



enquanto meros sujeitos passivos ou meros espectadores da ordem jurídico-constitucional, e sim pressupondo a realização dessa tarefa do exercício de um direito de participação ativa no processo – permanente – de construção de significados da Constituição para vida comum.³⁴

Portanto, faz-se necessário a criação de espaços institucionais que permitam que essa participação ativa no processo ocorra para que haja o efetivo exercício por parte dos cidadãos e da sociedade nessa condição, sendo que a figura do *amicus curiae*, nesse contexto, aparece como instrumento de abertura e de intervenção pluralista no processo, configurando-se em um espaço institucionalizado de participação social. E é nesse sentido que se passa a trabalhar, no âmbito do processo de controle concentrado de constitucionalidade, o instituto do *amicus curiae*.

3 *AMICUS CURIAE*: INSTRUMENTO DE ABERTURA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O *amicus curiae*, ao surgir no constitucionalismo democrático brasileiro, veio a instalar no País um verdadeiro modelo procedimental aberto de controle de constitucionalidade e, além disso, apresentou-se como forma de manifestação do princípio democrático expressamente adotado pelo Constituinte de 1988, possibilitando a ampla requisição de informações a uns e a abertura à manifestação de outros.³⁵

Destaca-se que o instituto do *amicus curiae*, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, aparece na Lei 9.868, de 10 de novembro 1999, que regula a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, assim como na Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que regula a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Assevera-se, no entanto, que apesar de ter havido maior notoriedade jurídica nacional da figura do *amicus curiae* devido a sua inserção na Lei 9.868/99, o instituto possui, no direito pátrio, mais de três décadas de existência, porém não exatamente com essa terminologia, tendo sido, inicialmente, introduzido em 16 de dezembro de 1978, através da Lei 6.616, que trouxe alterações à Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que disciplina o mercado de valores mobiliários e criou a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).³⁶

Diante dessas considerações, verifica-se que a intervenção do *amicus curiae*

³⁴ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A noção de constituição aberta de Peter Häberle como fundamento de uma jurisdição constitucional aberta e como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. In: LEAL, R. G.; REIS, J. R. dos (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 2371.

³⁵ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007. p. 77.

³⁶ AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: JusPODIVM, 2005. p. 21.



na Ação Direta de Inconstitucionalidade se dá pelo artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/99³⁷, que prevê a intercessão da figura voluntariamente, pois, neste caso, a mesma age por iniciativa própria, sendo ela quem requer a sua intervenção ao relator, cabendo-a demonstrar dois requisitos: a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.³⁸

Da mesma forma, também é prevista a manifestação dessa figura na Ação Declaratória de Constitucionalidade, pois apesar do artigo 18, §2º, da Lei 9.868/99, ter sido vetado, artigo este que possuía o mesmo teor do artigo 7º, §2º, da referida lei, entende-se que se aplica analogicamente este artigo, concluindo que o silêncio da lei não pode ser um óbice para o ingresso de interessados na Ação Declaratória de Constitucionalidade na qualidade de *amicus curiae*.³⁹

Observa-se, ainda, a manifestação dessa figura na forma do artigo 9º, §1º, e do artigo 20, §1º, da Lei 9.868/99⁴⁰, que possuem redação idêntica e tratam, respectivamente, da intervenção do *amicus curiae*, por requisição do relator, na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Outrossim, o *amicus curiae* também intervém na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ou seja, por requisição do relator, quando a figura é prevista no artigo 6º, §1º, da Lei 9.882/99. Há, ainda, a previsão da manifestação do *amicus curiae* no §2º do artigo 6º da Lei 9.982/99, porém diferentemente do que previsto alhures, por ato voluntário do interveniente, como é o caso da previsão do instituto

³⁷ BRASIL. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 21 dez. 2009.

Art. 7º: Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. §2º: O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

³⁸ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007. p. 83-84.

³⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 175.

⁴⁰ BRASIL. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 21 dez. 2009.

Art. 9º: Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. §1º: Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Art. 20: Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. §1º: Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.



no artigo 7º, § 2º, da Lei 9.968/99.^{41 42}

Bem assim, não há de se negar que a Lei 9.868/99 trouxe uma importante inovação, vindo a democratizar o debate nos processos de controle concentrado de constitucionalidade e, com isso, diminuir o espaço que se observava para interpretações não alinhadas com as demandas e os anseios da sociedade.⁴³ Nessa perspectiva, busca-se com o *amicus curiae*, cada vez mais, decisões mais conscientes, porque quanto maior o debate, maior será a propriedade com que o Tribunal Constitucional poderá julgar.

Assim seja, cabe mencionar que o *amicus curiae* possui, atualmente, ampla participação no processo de controle concentrado de constitucionalidade e constitui peça fundamental do processo de interpretação da Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal. Todavia, apesar de todas essas considerações sobre o instituto, não se pode deixar de mencionar que o *amicus curiae* se apresenta como um potencial instrumento democrático, de abertura da jurisdição constitucional, diga-se potencial, pois, se não houver a possibilidade de o *amicus curiae* intervir e contribuir para o julgamento, agirá como um mero legitimador formal da decisão, no sentido de ser permitida a sua intervenção, mas não repercutir efetivamente para o julgamento da ação, não ocorrendo, dessa forma, a abertura e a democratização da jurisdição constitucional.

Por fim, cumpre ressaltar que a intervenção do *amicus curiae* no processo controle concentrado de constitucionalidade, tem a possibilidade de pluralizar o debate dos principais temas de direito constitucional e propiciar uma maior abertura no seu procedimento e na interpretação constitucional, conforme propõe Peter Häberle em sua tese da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, como antes asseverado. Assim, observa-se que através do *amicus curiae*, a Corte Constitucional traz um instrumento que possibilita a sociedade passar de simples destinatária das normas constitucionais à condição de sua intérprete.

⁴¹ BRASIL. Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 21 dez. 2009.

Art. 6º: Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. §1º: Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. §2º: Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

⁴² DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007.p. 91-92.

⁴³ MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. *A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 88.



4 CONCLUSÃO

Em face do todo ponderado, pode-se observar que o crédito de ter inventado a Constituição, da maneira que a conhecemos hoje, deve ser atribuído à Idade Moderna. A Constituição, no Estado Liberal de Direito, foi uma forma de garantir os direitos individuais dos cidadãos, caracterizando-se como uma Constituição-garantia. No Estado Social de Direito, a sociedade passou a não mais estar satisfeita com o absentismo do Estado, exigindo uma postura que garantisse os direitos sociais, vindo ela a tomar uma feição de Constituição-programa, assumindo o aspecto de um amplo programa de reformas econômicas e sociais a serem concretizadas, sendo que, é neste modelo de Estado que a Constituição Dirigente ganha relevo prático. Já no Estado Democrático de Direito, modelo de Estado adotado pela Constituição Federal do Brasil de 1988 e que passa a possibilitar uma maior participação da sociedade na vontade geral do Estado, não vindo a restringir a mesma a uma participação política representativa, a Constituição, devido a esse elemento democrático, configura-se na expressão máxima dos valores da comunidade que a adota. Assim sendo, apresenta-se em uma perspectiva viva, sendo obra de todos os intérpretes, conforme os referenciais teóricos trazidos por Peter Häberle em sua tese da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, em que o constitucionalista tedesco trabalha que a interpretação da Constituição é uma atividade que vem dizer respeito a todos, não se podendo fixar um *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Dessa forma, segundo as lições de Peter Häberle, tem-se o *amicus curiae* como mais um intérprete desta sociedade aberta da Constituição, pois o mesmo apresenta-se nos processos do controle concentrado de constitucionalidade, como um instrumento de abertura, de democratização da jurisdição constitucional, configurando-se em um espaço institucionalizado de participação social, contribuindo para a decisão das ações do controle concentrado de constitucionalidade, tudo isso, claro, se não for tido como mero legitimador formal das decisões.

Por fim, traz-se que o instituto do *amicus curiae* intervém amplamente no processo de controle concentrado de constitucionalidade, podendo-se notar a sua previsão – destacando que em cada caso, primeiro, será abarcada a forma voluntária de intervenção do instituto e, após, a por requisição do relator – na Ação Direta de Inconstitucionalidade, como é caso dos artigos 7º, §2º, e 9º, §1º da Lei 9.868/99, na Ação Declaratória de Constitucionalidade, segundo os artigos 7º, §2º, e 20, §1º da Lei 9.868/99 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, conforme artigo 6º, §2º, e §1º, da Lei 9.882/99.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: JusPODIVM, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 1, jan./fev./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005> GUSTAVO%20BINENBO



[JM.pdf](#)>. Acesso em: 8 dez. 2009.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BRASIL. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 21 dez. 2009.

BRASIL. Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 21 dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.998/DF*, julgada em 31 de outubro de 2008. Ministro Gilmar Ferreira Mendes (relator). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28peter+h%E4berle++e+amicus+curiae%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=2&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.469/SC*, julgada em 8 de julho de 2009. Ministro Gilmar Ferreira Mendes (relator). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28peter+h%E4berle++e+amicus+curiae%29+NAO+S%2EPRES%2E&pagina=2&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, dos co-legitimados e do “amicus curiae” na ADIN, ADC e ADPF. Disponível em: <http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/arquivos/intrvencao_terceiros_dirley_cunha.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2009.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. *Libertad, igualdad, fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro



del Estado Constitucional. Madrid: Minima Trotta, 1998.

_____. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003.

_____. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. *A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.

MENDES, G. F.; VALE, A. R. do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, Ano 2, out. 2008/2009. Disponível em: <[http://www.portaldeperiodicos .idp.edu.br/index.php/observatorio /article/viewPDFInterstitial/205/173](http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewPDFInterstitial/205/173)>. Acesso em: 17 ago. 2009.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

STRECK, L. L.; MORAIS, J.L. B. de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



POLÍTICAS PÚBLICAS PARA AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS COMO MEIO DE FOMENTO AO DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Salete Oro Boff¹

Adam Hasselmann Teixeira²

1 INTRODUÇÃO

No cenário atual, em que a inovação tecnológica é a mola propulsora do desenvolvimento econômico, com reflexos nas áreas social, cultural e humana, torna-se imprescindível atentar para a implementação de ações voltadas ao incentivo e investimento em pesquisa e desenvolvimento (P&D), bem como na proteção dos direitos sobre a propriedade das criações humanas. O presente texto procurará demonstrar de que modo o Brasil tem tratado dessas temáticas, visando o fomento ao desenvolvimento nacional. Para dar conta desse propósito, o presente trabalho buscará apresentar: (a) delimitações das inovações tecnológicas, o tratamento constitucional e sua importância para o desenvolvimento nacional; (b) a importância da proteção dos direitos intelectuais sobre as inovações; (c) uma avaliação sobre as políticas públicas desenvolvidas com o escopo de fomentar as inovações no Brasil. Os métodos utilizados para tanto foram o dedutivo e o monográfico e a técnica de pesquisa em fontes secundárias na doutrina, legislação e dados de órgãos governamentais na gestão de políticas públicas, as políticas públicas implementadas no país que visam o fomento da atividade inovadora, dada a sua importância para o desenvolvimento nacional.

2 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E A SUA IMPORTÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO NACIONAL

A inovação pode ser definida como “um incremento ao existente”, uma “mudança de paradigma (...)”, “a introdução de novidade ou aperfeiçoamento no processo

¹ Phd em Direito/UFSC. Doutora em Direito/UNISINOS. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Linha de pesquisa: Políticas Públicas de inclusão social. Grupo de Pesquisa: Políticas Públicas de inclusão social – Subgrupo: Políticas Públicas para a Inovação e a Proteção Jurídica da Tecnologia.

² Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Membro do Grupo de Estudos de Direito de Autor – EDA, coordenado pela Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis, e do Grupo de Estudos em Desenvolvimento, Inovação e Propriedade Intelectual – GEDIPI, coordenado pela Prof^ª Dr^ª Salete Oro Boff, ambos vinculados ao CNPQ. Endereço eletrônico: adam.hasselmann@hotmail.com.



produtivo ou social que resulte novos produtos, processos ou serviços”.³ O Manual de Frascati considera inovação tecnológica como o “conjunto de etapas científica, tecnológicas, organizativas, financeiras e comerciais, incluindo investimentos em novos conhecimentos, que levam ou que tentam levar à implementação de produtos e de processos novos ou melhorados”.⁴

No Brasil resta clara a preocupação dos legisladores quanto ao tratamento dispensado à ciência e tecnológica. A Constituição Federal de 1988 traz extensa previsão no capítulo IV acerca do tema da Ciência e Tecnologia. Mais especificamente, o art. 218 estabelece que “o Estado possui o dever de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”. Portanto, são encargos dos entes federados a promoção e o incentivo do desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. Nos textos das Constituições anteriores cabia ao Estado o papel de apoiar a pesquisa deixando a liberdade da ciência.

O texto constitucional distingue, claramente, os propósitos do desenvolvimento científico, de um lado, e os da pesquisa e capacitação tecnológica de outro. Essa modalidade de desenvolvimento particulariza o princípio do artigo 3º, inciso II da Constituição que inclui entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil o de “garantir o desenvolvimento nacional.”

Ainda, o mesmo dispositivo diferencia a pesquisa científica básica⁵ da pesquisa tecnológica, prevendo que a primeira receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências (218, § 1º), enquanto a segunda voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional (218, § 2º). Ou seja, é obrigação do Estado, imposta constitucionalmente, o incentivo a atividades que possam gerar inovações tecnológicas, uma vez que só com a pesquisa tecnológica e científica é que essas ocorrerão.

Destaca-se que é o Estado a principal fonte de recursos para essa atividade, que não representa fator direto da atividade econômica, e tradicionalmente é encargo estatal nas economias de mercado. O objetivo do Estado é promover o bem público e o progresso das ciências, e o conhecimento produzido destina-se a atender às necessidades da sociedade.

³ PIMENTEL, Luiz Otavio. Disponível em <http://www.propesquisa.ufsc.br/arquivos/FopropSul-2008-Pimentel.pdf>, acesso em: 19.05.2011.

⁴ MANUAL DE FRASCATI: proposta de práticas exemplares para inquéritos sobre investigação e desenvolvimento experimental, p. 17. Disponível em: <http://www.fortec-br.org/MANUAL%20BASICO%20ACORDOS.pdf>. Acesso em: 19 maio 2011.

⁵ A pesquisa básica e tecnológica tem sua definição no Manual de Frascati: “a pesquisa básica consiste em trabalhos experimentais ou teóricos iniciados principalmente para obter novos conhecimentos sobre os fundamentos dos fenômenos e fatos observáveis, sem ter em vista qualquer aplicação ou utilização particular.” In MANUAL DE FRASCATI: proposta de práticas exemplares para inquéritos sobre investigação e desenvolvimento experimental, p. 17. Disponível em: <http://www.fortec-br.org/MANUAL%20BASICO%20ACORDOS.pdf>, acesso em: 19 maio 2011.



Relativamente à apropriação da tecnologia em favor do sistema produtivo nacional, a norma constitucional estabelece um critério de preponderância. O peso maior do investimento estatal será destinado à solução dos problemas brasileiros, de certo modo, retirando parte da liberdade de pesquisa, própria da produção científica. Igualmente o texto constitucional estabelece a otimização dos recursos, com eficiência, devendo-se observar a referência à diversidade regional do setor produtivo. A Constituição deixa em aberto a apropriação dos resultados do investimento público pela iniciativa privada e/ou a terceiros que não participaram ou contribuíram para os fundos públicos.

O parágrafo 3º do artigo 218 coloca como missão do Estado a capacitação tecnológica, por meio do apoio estatal direto à formação de recursos humanos nas áreas da ciência, pesquisa e tecnologia, e incentivo à empresa que se proponha a perseguir o mesmo objetivo (artigo 218 § 4º.). Em relação aos trabalhadores das áreas da ciência, pesquisa e tecnologia serão garantidos meios e condições especiais de trabalho, para obter um justo equilíbrio de interesses entre sociedade e empregados detentores do fator de produção da inovação.

Na sequência o artigo 219, o dispositivo constitucional prevê que o “mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.”

3 PROTEÇÃO DOS DIREITOS INTELECTUAIS SOBRE AS INOVAÇÕES

As inovações científicas e tecnológicas impulsionam o desenvolvimento, considerado de forma ampla. “A proteção e a gestão do conhecimento garantirão a capacidade competitiva dos países”⁶. É esse fato que justifica cada vez maior a preocupação em garantir os direitos inerentes à propriedade intelectual, e, por certo, essa questão traz a necessidade de que sejam criados mecanismos legais a fim de efetivar a proteção conferida às inovações nesse âmbito. Fato é que a proteção ao instituto que hoje podemos observar em solo pátrio decorre de convenções e tratados internacionais sobre a matéria, dos quais o Brasil é signatário.

É imperioso acrescentar, ainda, que “a proteção da inovação tecnológica foi uma exigência socioeconômica, sendo estreita a relação entre o progresso industrial de um Estado e a observância das legislações sobre patentes de invenção e sua adequação aos tratados internacionais”⁷. Ademais, é cediço o entendimento de que

⁶ BOFF, Salete Oro. A propriedade intelectual no agronegócio regional. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BOFF, Salete Oro; DEL’OLMO, Florisbal de Souza (Org.). *Propriedade intelectual: gestão do conhecimento, inovação tecnológica no agronegócio e cidadania*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 39.

⁷ WACHOWICZ, Marcos. Reflexões sobre a revolução tecnológica e a tutela da propriedade intelectual. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo. *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 297.



“[...] a inovação tecnológica é a mola propulsora do sistema econômico capitalista. Investir em ciência e tecnologia é investir no futuro do país, gerando riqueza em forma de conhecimento e de produtos para a sociedade”⁸. Nesse viés, “[...] as novas tecnologias, ao afetarem a estrutura e o funcionamento de distintos segmentos da sociedade, geram novas possibilidades de desenvolvimento social, que seriam inimagináveis sem a contribuição tecnológica, bem como impensáveis sem a sua materialização no corpo social”⁹.

Por certo que os estudos acerca das inovações tecnológicas vêm despertando o interesse de pesquisadores, economistas, governos e empresários de todo o País e do mundo, haja vista a importância que assumiu o tema no cenário internacional. Mas, a propriedade intelectual vem evoluindo desde os primórdios da humanidade. “Naquela época, a propriedade do conhecimento tecnológico apresentava-se como um diferencial entre os povos dominantes e dominados, ou seja, estava intrinsecamente associada ao poder”¹⁰. Aqueles que detinham o domínio sobre determinadas técnicas passaram a usufruí-las de modo exclusivo, proibindo o seu alcance pelos demais. A evolução perpassou caminhos que percorreram a Idade Média, os avanços da comunicação por meio da imprensa e a Revolução Industrial atuaram como propulsores do reconhecimento e da proteção aos direitos intelectuais dos criadores.

No ordenamento jurídico brasileiro, o estabelecimento de regras garantindo a propriedade intelectual como um meio de desenvolvimento nacional não é nova. Note-se que, antes mesmo da independência da nossa metrópole, vigorava no País o Alvará de 1809, do Príncipe Regente Dom João VI, que estabelecia algumas regalias e privilégios de exclusividade àqueles que produzissem novas tecnologias para o mercado, como um benefício para a indústria e as artes. Em comunhão com outras normas posteriores a 1822, o Brasil passou a ocupar um lugar de destaque dentre os países que regulamentavam a propriedade intelectual.¹¹

Note-se que hodiernamente a própria Carta Magna se encarregou de prever a proteção à propriedade intelectual, nos termos descritos acima. A essa proteção é que se dá o nome de propriedade intelectual, que é conceituada como

[...] o termo correspondente às áreas do direito que englobam a proteção aos sinais distintivos (marcas, nomes empresariais,

⁸ GARCIA, Eloi de Souza. *Um olhar sobre a ciência: desenvolvimento, aplicações e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Interciência, 2003. p. 86.

⁹ WACHOWICZ, Marcos. Reflexões sobre a revolução tecnológica e a tutela da propriedade intelectual. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo. *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 302.

¹⁰ BOFF, Salete Oro. A propriedade intelectual no agronegócio regional. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BOFF, Salete Oro; DEL'OLMO, Florisbal de Souza (Org.). *Propriedade intelectual: gestão do conhecimento, inovação tecnológica no agronegócio e cidadania*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 39.

¹¹ PIMENTEL, Luiz Otavio; BARRAL, Welber. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otavio. (Org.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2007. p. 13.



indicações geográficas e outros signos de identificação de produtos, serviços, empresas e estabelecimentos), as criações intelectuais (patentes de invenção, de modelo de utilidade e registro de desenho industrial), a repressão à concorrência desleal, as obras protegidas pelo direito de autor, os direitos conexos, enfim, toda a proteção jurídica conferida às criações oriundas do intelecto¹².

Como se vê, o conceito¹³ de propriedade intelectual abrange o conjunto de direitos conferidos aos autores de obras oriundas do intelecto, conferindo-lhes um viés de propriedade. A propriedade intelectual, dessa forma, pode ser dividida em propriedade industrial e direito de autor. O primeiro abrange, por seu turno, as patentes, as marcas, os desenhos e modelos industriais e, também, a concorrência desleal. O segundo, diz respeito às obras de arte, à propriedade literária, científica e artística.

Sobre a propriedade intelectual, ainda, “pode-se indicar entre os elementos comuns, ou nucleares, de toda a propriedade intelectual a “idéia” criativa que é protegida, a “imaterialidade” do seu objeto (incorpóreo) e o tempo limitado da sua proteção, classificados para os efeitos do Código Civil como bens móveis (mobiliários).”¹⁴

É desse conceito de propriedade intelectual que emana a inovação, que segundo o texto do art. 2º, IV da Lei nº 10.973/2004, compreende a “introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo ou social que resulte em novos produtos, processos ou serviços”. Dessa forma, “inovação será um passo no procedimento produtivo que vai desde a *criação* até o uso social desta; representa o estágio em que essa criação chega ao *ambiente produtivo* ou *social*”¹⁵. Ou seja, antes de uma criação, a inovação é um melhoramento daquilo que já existe, trazendo este à existência de uma criação diferente da original. É um avanço científico/tecnológico que de fato vem a se tornar público.

Como se vê, a partir da simples conceituação de propriedade intelectual e inovação tecnológica/científica, já se pode ter uma ideia de quão importante é o

¹² BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade intelectual: introdução à propriedade intelectual como informação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 7.

¹³ Nesse sentido, importante trazer à baila o conceito de propriedade segundo SHERWOOD, para o qual “a propriedade intelectual é o conjunto de duas coisas. Primeiramente, são as idéias, invenções e expressão criativa, que são essencialmente o resultado da atividade privada. Em segundo lugar, há o desejo do público de dar o *status* de propriedade a essas invenções e expressões. As técnicas mais comuns para lhes conferir a condição de protegidas são o segredo de negócios, a patente, a *copyright* e a marca registrada, com uma nova categoria para os *mask works (chips)*, que foi acrescentada na última década. [...]”. SHERWOOD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. Tradução de. Heloisa de Arruda Villela. São Paulo: Edusp, 1992. p. 21-22.

¹⁴ PIMENTEL, Luiz Otavio; BARRAL, Welber. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otavio. (Org.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2007. p. 18.

¹⁵ BARBOSA, Denis Borges. *Direito da inovação: comentários à lei n. 10.973/2004, lei federal da inovação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 22.



tema. Todavia, não obstante tal fato é o início do despertar no sentido de voltarem-se os olhares sobre o assunto, este ainda é pouco estudado no Brasil. De qualquer modo, essa é uma realidade que vem sendo alterada nos últimos anos, haja vista que, para além dos bancos acadêmicos e das grandes empresas que investem em ciência e tecnologia, também os governos e a sociedade como um todo têm voltado seus olhos para a propriedade intelectual, uma vez que o conhecimento avançado é que tem decidido quem obterá ou não sucesso no mercado econômico atual. “Ou seja, o conhecimento, a informação organizada, representam um fator de produção, um capital econômico de primeira linha”¹⁶.

Atualmente, a Constituição Federal trata do assunto, não se limitando à declaração dos direitos dos inventores e titulares de marcas, como as anteriores, propõe à lei ordinária a normatização da matéria:

Art. 5º - [...]

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a)** a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b)** o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

O preceito constitucional encaminha o legislador à produção legal sobre o conteúdo e a finalidade da Propriedade Intelectual, que visa o interesse social do País; favorece o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Nessa senda, importante trazer à baila algumas considerações acerca de legislações que passaram a tratar do tema antes mesmo de ele adquirir as dimensões que possui hoje, uma vez que diante dos novos contornos do mercado global, não haveria a possibilidade de a temática das inovações tecnológicas passar por despercebida diante do legislador brasileiro.

¹⁶ DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Disponível em: <<http://dowbor.org>> Acesso em: 14 maio 2011. p. 56.



4 AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS COMO MEIO DE FOMENTO AO DESENVOLVIMENTO NACIONAL

O problema exsurge quando nos deparamos com notícias de que atualmente o Brasil exporta mais e inova menos. Essa é uma realidade que deve ser mudada. Os altos níveis de exportação podem colocar o Brasil entre os países com uma forte economia, todavia, nunca possibilitará que seja um dos melhores no setor, uma vez que os produtos aqui produzidos possuem como matéria prima peças e materiais importados.

Há quem defenda, a exemplo de Sherwood¹⁷, que o caminho para os países subdesenvolvidos seria o aumento da proteção à propriedade intelectual, pois assim o país atrairia investimentos e tecnologia em geral, gerando o desenvolvimento da nação, todavia,

[...]

isto é, em parte, um sofisma, e por outro lado tem elementos de verdade. É certo que os investidores exigem maior proteção jurídica à propriedade intelectual. Também é verdade que um regime eficiente de propriedade intelectual é um fator primordial para atrair tecnologia, levando ao crescimento econômico nacional.

Mas também é verdade que o aumento da proteção à tecnologia não significa que haja a sua efetiva transferência. Por isso, a falta de um mecanismo que requeira a efetiva transferência da tecnologia é o elo perdido nessa corrente. A solução poderia ser a introdução de requisitos para a sua efetiva transferência, um intuito de difícil consolidação prática.¹⁸

A fim de solucionar o problema que se apresenta, o caminho mais curto é a implementação de políticas públicas¹⁹ de incentivo à atividade científica e tecnológica de inovação. Ademais, fomentando a pesquisa no âmbito das inovações tecnológicas em sede de energias renováveis, também se está concretizando o ideário constitucional, no sentido de que, nesses moldes, se observa a aproximação da realidade fática ao texto do art. 3º, II da Carta Magna, que coloca como um dos objetivos da República Federativa do Brasil justamente a garantia do desenvolvimento nacional.

É nesse sentido que surgem as leis nº 10.973/2004 e 11.196/2005, respectivamente, a Lei de Inovação e a Lei do Bem, no sentido de se prestarem como políticas públicas de fomento à pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias, a fim de efetivar o que prescrito pela ordem constitucional brasileira.

¹⁷ SHERWOOD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. Tradução de Heloísa de Arruda Villela. São Paulo: Edusp, 1992. p. 23.

¹⁸ PIMENTEL, Luiz Otavio; BARRAL, Welber. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otavio. (Org.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2007. p. 26-27.

¹⁹ Na visão de Rodrigues, “política pública é o processo pelo qual os diversos grupos que compõem a sociedade – cujos interesses, valores e interesses são divergentes – tomam decisões coletivas, que condicionam o conjunto dessa sociedade. Quando decisões coletivas são tomadas, elas se convertem em algo a ser compartilhado, isto é, uma política comum.” RODRIGUES, Marta M. Assumpção. *Políticas públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010. p.13.



No que diz respeito à Lei de Inovação, já no seu art. 1º pode-se encontrar o fundamento da norma, a qual

[...] essencialmente, determina a sua função como a de implementar os Arts. 218 e 219 da Carta de 1988, no que tais dispositivos determinam que cabe ao Estado tomar medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do País²⁰.

Na Lei da Inovação, lei nº 10.973, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências, temos outra política pública de grande importância no setor. Note-se que a referida norma possui como finalidade o incentivo fiscal à atividade inovadora. É sabido, por evidente, que a promoção de uma política eficaz se inicia pelo incentivo fiscal, haja vista que quanto menos uma empresa gastar com tributos, mais ela se sentirá instigada a investir em pesquisa tecnológica, cujos resultados podem colocá-la num ponto de destaque no mercado e, ao mesmo tempo, contemplar o desenvolvimento nacional.

Em seu art. 3º estabelece que “a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas agências de fomento poderão estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas nacionais, ICT e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos e processos inovadores”.

A Lei de Inovação ampara a criação dos Núcleos de Inovação Tecnológica, que se constituem em escritórios de negócios de tecnologia junto aos Institutos de Pesquisa – ICT –, cujas principais competências são criar uma política de proteção às criações, à inovação e à transferência de tecnologia nos ambientes de pesquisa (Universidades e Institutos de Pesquisa); avaliar e classificar os resultados das atividades e projetos de pesquisa; promover a proteção das criações; opinar sobre divulgação de criações em propriedade intelectual; acompanhar processos e pedidos de manutenção de títulos e propriedade intelectual, como as patentes.²¹

A intenção da lei é clara, qual seja a de facilitar o avanço da pesquisa científica e tecnológica no Brasil, permitindo que, para tanto, o poder executivo em suas diferentes esferas, bem como suas agências de fomento, possam formar um sistema interligado de estímulo ao desenvolvimento de projetos que tenham por fim as inovações tecnológicas.

²⁰ BARBOSA, Denis Borges. *Direito da inovação: comentários à lei n. 10.973/2004, lei federal da inovação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 01.

²¹ PIMENTEL, Luiz Otavio. Disponível em: <<http://www.propesquisa.ufsc.br/arquivos/FopropSul-2008-Pimentel.pdf>>, acesso em: 19 maio 2011.



Nesse passo, o Ministério da Ciência e Tecnologia tem desenvolvido papel de suma importância no que diz respeito às inovações tecnológicas. Por meio de sua pasta, o MCT tem promovido uma série de iniciativas e projetos visando o fomento à pesquisa e desenvolvimento de projetos que objetivem como resultado a obtenção de inovações tecnológicas. Com a realização de eventos de divulgação de resultados, como a Semana Nacional de Ciência e Tecnologia, a realização de pesquisas sobre a percepção pública acerca da C, T & I com a população em geral, a promoção de atividades de divulgação científica no âmbito do MERCOSUL, bem como do apoio das olimpíadas de ciência em caráter nacional e também nas escolas públicas, dentre outras medidas, o MCT tem contribuindo em muito para que se dê início a um profundo movimento de mudança do quadro hoje observado, no qual o Brasil permanece como um país que exporta muito e inova pouco²².

Por seu turno, a Lei do Bem, lei nº 11.196/2005, que Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação – REPES –, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras – RECAP – e o Programa de Inclusão Digital, dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica e dá outras providências. Tem se mostrado uma política pública importante para que se atinja, por meio de sua efetivação, o tão sonhado desenvolvimento nacional que colocará o Brasil dentre os países detentores de tecnologias de ponta.

Os artigos 17 a 26 da Lei do Bem foram regulamentados pelo Decreto nº 5.798, de 07.06.2006, que dispõe sobre os incentivos fiscais às atividades de pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica, e traz conceitos que orientam a sua aplicação:

[...]

I - inovação tecnológica: a concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando maior competitividade no mercado;

II - pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica, as atividades de:

- a) pesquisa básica dirigida: os trabalhos executados com o objetivo de adquirir conhecimentos quanto à compreensão de novos fenômenos, com vistas ao desenvolvimento de produtos, processos ou sistemas inovadores;
- b) pesquisa aplicada: os trabalhos executados com o objetivo de adquirir novos conhecimentos, com vistas ao desenvolvimento ou aprimoramento de produtos, processos e sistemas;
- c) desenvolvimento experimental: os trabalhos sistemáticos delineados a partir de conhecimentos pré-existentes, visando a

²² BRASIL. Ministério da Ciência e da Tecnologia. *MCT prioridade estratégica IV*. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/>>. Acesso em: 14 maio 2011. p. 04.



comprovação ou demonstração da viabilidade técnica ou funcional de novos produtos, processos, sistemas e serviços ou, ainda, um evidente aperfeiçoamento dos já produzidos ou estabelecidos;

d) tecnologia industrial básica: aquelas tais como a aferição e calibração de máquinas e equipamentos, o projeto e a confecção de instrumentos de medida específicos, a certificação de conformidade, inclusive os ensaios correspondentes, a normalização ou a documentação técnica gerada e o patenteamento do produto ou processo desenvolvido. [...]

Na sequência, o artigo 3º do Decreto regulamenta os benefícios do Capítulo III da Lei do Bem e são baseados em **incentivos fiscais**, como as deduções de Imposto de Renda e da Contribuição sobre o Lucro Líquido – CSLL – de dispêndios efetuados em atividades de P&D; a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI – na compra de máquinas e equipamentos para P&D; depreciação acelerada desses bens; amortização acelerada de bens intangíveis; redução do Imposto de Renda retido na fonte incidente sobre remessa ao exterior resultantes de contratos de transferência de tecnologia (revogado pela MP 497, de 27 de julho de 2010); isenção do Imposto de Renda retido na fonte nas remessas efetuadas para o exterior destinada ao registro e manutenção de marcas, patentes e cultivares.²³

Todavia, as políticas públicas implementadas ainda são perenes se comparadas à importância que as inovações tecnológicas assumem no cenário do desenvolvimento nacional. Note-se que o incentivo à pesquisa tecnológica não permitiu ao País obter maior reconhecimento no âmbito internacional, haja vista que atualmente o Brasil é tratado pelas grandes multinacionais como um país montador, uma vez que, apesar de ser um exportador de destaque, continua exportando muitos produtos *in natura* e inovando pouco.

Confirmam esses dados os argumentos do presidente do CNPq Glaucius Oliva: “Temos o 13º lugar no *ranking* de publicações científicas, produzimos quase 3% de toda produção científica mundial, porém quando se fala de inovação, ainda estamos patinando”, em comentário sobre o desempenho acadêmico brasileiro ser relativamente alto e não gerar ao País a inovação suficiente. Portanto, o grande desafio “é transformar este conhecimento em tecnologias que tenham impacto no mercado. É preciso, portanto, estimular a cultura da inovação, para fortalecermos a competitividade internacional das nossas empresas”.²⁴

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise da temática no decorrer do presente artigo, verificou-se que as

²³ Disponível em <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/8586.html>>. Acesso em: 19 maio 2011.

²⁴ Disponível em <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/331122.html>>. Acesso em: 19 maio 2011.



políticas públicas de fomento às inovações tecnológicas assumiram papel de destaque enquanto meio de promoção do desenvolvimento nacional. Os contornos do mercado global, que a cada dia exige dos países novas tecnologias, traduzindo-se na exigência de um aporte financeiro de notável por parte do Estado, não se pode mais pensar em deixar a C & T sem a devida atenção.

O mote é a inovação, a produção de pesquisas associada ao impulso na transferência de todo este conhecimento para produtos e serviços que melhorem a qualidade de vida da sociedade. É imperioso que o legislador pátrio volte seus olhos para essa necessidade, a fim de que sejam adotadas novas medidas que venham ao encontro com aquilo que a globalização exige, a exemplo da Lei de Inovação, com a criação dos Núcleos de Inovação Tecnológica (escritórios de negócios de tecnologia junto aos Institutos de Pesquisa) e da Lei do Bem, com incentivos fiscais, conciliadas com outras medidas de fomento do Ministério da Ciência e Tecnologia e ao desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. *Direito da inovação: comentários à lei n. 10.973/2004, lei federal da inovação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BOFF, Salete Oro. A propriedade intelectual no agronegócio regional. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BOFF, Salete Oro; DEL'OLMO, Florisbal de Souza (Org.). *Propriedade intelectual: gestão do conhecimento, inovação tecnológica no agronegócio e cidadania*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

BOFF, Salete Oro; GONÇALVES, Diego Marques. Políticas públicas para a inovação biotecnológica no Brasil: o marco legal sobre a matéria. In: COSTA, Marli Marlene Moraes; RODRIGUES, Hugo Thamir (Org.). *Direito & Políticas Públicas*. Curitiba: Multideia, 2010, p. 193-206.

BRASIL, Lei 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 de dez. de 2004. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 maio 2011.

BRASIL, Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005, que Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 de nov. de 2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 maio 2011.

BRASIL. Ministério da Ciência e da Tecnologia. *MCT prioridade estratégica IV*. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/>>. Acesso em: 14 maio 2011.

COSTA, Marli Marlene Moraes; RODRIGUES, Hugo Thamir (Org.). *Direito & Políticas Públicas*. Curitiba: Multideia, 2010.



DOWBOR, Ladislau. *Democracia econômica: alternativas de gestão social*. Disponível em: <<http://dowbor.org>> Acesso em: 14 mai. 2011.

GARCIA, Eloi de Souza. *Um olhar sobre a ciência: desenvolvimento, aplicações e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.

MANUAL DE FRASCATI: proposta de práticas exemplares para inquéritos sobre investigação e desenvolvimento experimental, p. 17. Disponível em <http://www.fortec-br.org/MANUAL%20BASICO%20ACORDOS.pdf>, acesso em 19 maio 2011.

PIMENTEL, Luiz Otavio; BARRAL, Welber. *Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento*. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otavio. (Orgs.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2007.

PIMENTEL, Luiz Otavio. <http://www.propesquisa.ufsc.br/arquivos/FopropSul-2008-Pimentel.pdf>, acesso em 19 maio 2011.

RAYOL, Alice. Tendências de exame dos pedidos de patente na área da biotecnologia. *Revista da ABPI*, n. 63. mar-abr, 2003, p. 50.

ROSSETTO, Carlos Jorge. *Riqueza do primeiro mundo e pobreza do terceiro mundo*. Debate Nacional – Projeto Nacional Ciência e Tecnologia, crise do Estado e privatização, neoliberalismo e nova dependência. São Paulo: INEP, 1995.

RODRIGUES, Marta M. Assumpção. *Políticas públicas*. São Paulo: Publifolha, 2010.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios constitucionais e propriedade intelectual: o regime constitucional do direito autoral. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coord.). *Direito da propriedade intelectual*. Curitiba: Juruá, 2006.

SHERWODD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. Tradução de Heloísa de Arruda Villela. São Paulo: Edusp, 1992.

SCHOLZE, Simone H. Os direitos de propriedade intelectual e a biotecnologia. *Cadernos de Ciência & Tecnologia*. Brasília: Embrapa, v. 15, 1998.

SILVEIRA, Newton. *Curso de propriedade industrial*. 2.ed. São Paulo: RT, 1987.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Tratado de propriedade industrial*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998

WACHOWICZ, Marcos. Reflexões sobre a revolução tecnológica e a tutela da propriedade intelectual. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo. *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



A TRIBUTAÇÃO E A CONSECUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS

Suzéte da Silva Reis¹

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem por objeto refletir sobre a tributação e a consecução dos direitos sociais fundamentais, especialmente do direito à educação, a partir da efetivação das políticas públicas educacionais. A educação é um direito social fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988, que a define como direito de todos e um dever do Estado, da família e da sociedade. Conforme a normativa constitucional, compete ao Estado a responsabilidade pelo oferecimento da educação fundamental básica, pública e gratuita. Da mesma forma, deve assegurar não somente o acesso, mas também a permanência dos alunos na escola e a qualidade do ensino oferecido. Para tanto, são necessários mecanismos que assegurem sua concretização.

E é nesse sentido que as políticas públicas educacionais representam a atuação do Estado, no sentido de efetivar o direito constitucionalmente garantido a todos os cidadãos. Contudo, para que as políticas sociais sejam concretizadas, o Estado necessita de recursos financeiros.

A tributação, nessa perspectiva, configura-se como instrumento de realização das políticas públicas, pois é a partir da arrecadação oriunda dos tributos que o Estado consegue manter sua estrutura e seu funcionamento, bem como atender os interesses e necessidades da coletividade.

O Estado, amparado constitucionalmente pelos princípios que lhe dão fundamentação, arrecada recursos através da tributação de produtos e de serviços para, em contrapartida, oferecer os serviços públicos necessários ao alcance do bem comum de todos os cidadãos. É o Estado fazendo justiça social, buscando diminuir as desigualdades, a partir da redistribuição das riquezas. Essa atuação encontra abrigo no princípio da solidariedade social, que decorre de lei, e impõe o dever de auxílio, mesmo que esse auxílio se dê sob a forma de pagamento de tributos.

¹ Mestre em Direito - Área de Concentração: Políticas Públicas de Inclusão Social, pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com Bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Membro do Grupo de Pesquisas "Direito, Cidadania e Políticas Públicas" da mesma Universidade. Advogada. Especialista em Direito do Trabalho, Previdenciário e Processo do Trabalho.



O poder conferido ao Estado, pelo texto constitucional, de arrecadar os tributos e promover a redistribuição da renda, especialmente a partir das políticas públicas, bem como ofertar os serviços públicos, assegura a possibilidade de efetivação dos direitos sociais fundamentais, consoante o texto constitucional.

2 A TRIBUTAÇÃO E AS POLÍTICAS SOCIAIS

O Estado é decorrência da necessidade do homem que, para conviver com os demais em sociedade, precisou criar um ente superior que organizasse e disciplinasse as regras de conduta. Independentemente da concepção conceitual que se adote, o Estado tornou-se o responsável pela organização e pelo regramento da vida em comunidade.

O Estado desempenha inúmeras funções e atividades. Para o estudo em questão interessa a execução das políticas sociais, especificamente, as garantidoras do direito social fundamental à educação. O Estado brasileiro, enquanto República, tem entre suas características “a implementação de políticas que atenuem a desigualdade social, através da efetivação da isonomia substancial”². Nesse sentido, a República apresenta-se com um profundo significado social, na qual o governo atua em nome de e para todas as pessoas, com o intuito de alcançar o bem comum.

Como decorrência do princípio republicano tem-se o princípio federativo e o da solidariedade social, que dão sustentação à atuação do Estado no sentido de assegurar o bem comum. Veja-se que, em se tratando das políticas públicas que asseguram os direitos fundamentais, as competências e as atribuições são repartidas entre os entes federados. Da mesma forma, a sociedade é chamada a participar, a partir do dever fundamental de pagar impostos, ou seja, da tributação que assegura a arrecadação de recursos financeiros necessários para o atendimento dos interesses públicos.

O Brasil é um Estado com função social e, em decorrência, tem o dever de assegurar os direitos fundamentais dos homens, estatuídos pelo ordenamento jurídico pátrio e também pela legislação internacional que impõem ao Estado o dever de prestação, que, conforme Maliska, são aqueles que permitem o acesso e a utilização das prestações estatais com vistas a garantir a sua materialização³.

Os direitos fundamentais, conforme Sarlet, representam “um conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado”⁴. Já para Bonavides, os direitos fundamentais são aqueles que “criam e mantêm os pressupostos elementares de uma vida fundada na liberdade e

² AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.16.

³ MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 141.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 32.



na dignidade humana”⁵. O autor também enfatiza que os direitos fundamentais são aqueles considerados como tal pelo ordenamento jurídico de determinado Estado.

Para Pérez Luño, os direitos fundamentais “representan una de las decisiones básicas del constituyente a través de la cual los principales valores éticos y políticos de una comunidad alcanzan expresión jurídica”⁶, ao mesmo tempo em que estabelecem as relações jurídicas entre indivíduo e Estado e indivíduos entre si. Assim, os direitos fundamentais assumem também a função de garantir a unidade do ordenamento jurídico ao mesmo tempo em que representam a garantia aos cidadãos de que o Estado atuará na promoção dos direitos da pessoa e na promoção dos direitos da vida coletiva e social.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu os direitos fundamentais como garantia de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra no seu ápice, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico. Desse modo, esses direitos estão em posição hermenêutica superior aos demais direitos previstos pelo ordenamento jurídico, visto que tratam das garantias e das prerrogativas asseguradas constitucionalmente aos cidadãos.

Os direitos fundamentais são classificados em cinco capítulos pelo texto constitucional: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Para o estudo ora desenvolvido, interessam os direitos sociais consagrados pelo art. 6º da Constituição Federal⁷, especificamente o direito à educação, e que se caracterizam “como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando a concretização da *igualdade social*”⁸.

A efetivação dos direitos fundamentais sociais se dá por meio das políticas sociais promovidas pelo Estado, ressaltando-se que os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, imperativas e invioláveis.

O direito à educação encontra-se no rol dos direitos fundamentais sociais assegurados pelo disposto no art. 6º da Constituição Federal. Porém, a despeito da expressão “social”, esses direitos não se confundem com os direitos coletivos. O emprego do termo social refere-se à “circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicação das classes menos favorecidas”⁹.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 514.

⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 316.

⁷ Os direitos fundamentais sociais são aqueles de que trata o texto constitucional pátrio em seu art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

⁸ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 25.

⁹ SARLET, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 53.



Para Barreto, os direitos sociais são “aqueles que, em vez de serem direitos contra o Estado, se constituem em direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais, como a implementação das políticas sociais”¹⁰. O autor defende ainda que esses direitos “não são meios de reparar situações injustas, nem são subsidiários de outros direitos”¹¹, e por isso, não estão em situação hierarquicamente inferior aos direitos civis e políticos. Os direitos sociais adquirem “um caráter de exigência moral como condição da sua normatividade”¹², afastando-se do caráter assistencial e de caridade. Desse modo, os direitos sociais são imprescindíveis para a consecução dos objetivos almejados pelo texto constitucional.

Ao abrigar a educação como um direito social em seu texto, a Constituição¹³ brasileira elevou a mesma “à categoria de serviço público essencial que o Poder Público impende possibilitar a todos, daí a preferência constitucional pelo ensino público”¹⁴, ensejando uma atuação do Estado no sentido de concretizá-la.

Segundo Machado, para atender seus objetivos e funções o Estado precisa de recursos financeiros e, para isso, desenvolve atividades para obter, gerir e aplicar esses recursos¹⁵. Assim, a consecução das políticas sociais depende, em grande parte, dos recursos financeiros que lhe são destinados, pois, a despeito da vontade política dos gestores públicos e da mobilização dos atores sociais, as mesmas necessitam de suporte orçamentário para se efetivarem. O Estado, para dar concretude às políticas sociais, necessita, pois, de meios para fazê-lo.

A tributação é o instrumento através do qual o Estado promove a arrecadação dos recursos a serem empregados na efetivação das políticas públicas. Ressalta-se que a tributação não se constitui como um objetivo em si mesmo do Estado, mas sim como o “meio que possibilita a este cumprir os seus objectivos (originários ou primários), actualmente consubstanciados em tarefas de estado de direito e tarefas de estado social, ou seja, em tarefas do estado de direito social”¹⁶. O Estado não pode realizar as prestações sociais sem antes receber, o que ocorre a partir da cobrança dos impostos. Assim, os tributos se configuram no preço que o cidadão paga “pela proteção do Estado, consubstanciada em bens e serviços públicos”¹⁷, que visam

¹⁰ BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*. In: SARLET, 2003, p. 124.

¹¹ Ibidem, p. 110.

¹² BARRETO, 2003, p. 110.

¹³ O texto constitucional estabelece as condições, organização e estrutura do sistema educacional, as regras de participação dos entes federados e a elaboração de um plano nacional de educação, elencando os princípios que servirão de base para o ensino - art. 206; a forma através da qual o Estado efetivará o seu dever para com a educação - art. 208; a forma de elaboração dos sistemas de ensino da União, Estados, Distrito Federal e Municípios - art. 211; a destinação de recursos para o desenvolvimento do ensino – art. 212; e a exigência do Plano Nacional de Educação - art. 214.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 67.

¹⁵ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Maheiros, 2006, p. 51-52.

¹⁶ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 185.

¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. vol. III – Os



atender as demandas e os interesses públicos.

A tributação é, nas palavras de Coelho, fundamental “aos interesses do Estado, tanto para auferir receitas necessárias à realização de seus fins, sempre crescentes, quanto para utilizar o tributo como instrumento extrafiscal”¹⁸. Em razão desse poder de tributação que é conferido ao Estado, é preciso estabelecer limites ao mesmo em prol da própria segurança dos cidadãos. Tanto a disciplina quanto o controle são exercidos pelo texto constitucional, visto que ambos são essenciais à sociedade civil. Ou seja, ao mesmo tempo em que a Constituição é o instrumento de atribuição de competência tributária ela também estabelece o limite de sua atuação, não tolerando excessos.

Para Machado, a tributação é o “instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sobreviver. Sem ele não poderia o Estado realizar os seus fins sociais, a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica”¹⁹. O que não é o caso brasileiro, em que os tributos representam uma arma contra a estatização da economia. Todavia, o citado autor faz referência às alíquotas elevadas mediante as quais são calculados os tributos. Defende, também, que na mesma medida em que a carga tributária é alta, também os investimentos nos serviços públicos essenciais o deveriam ser.

O Estado “exerce o seu poder de tributar sob a permanente limitação dos direitos fundamentais e de suas garantias constitucionais”²⁰. Do contrário, a estrutura e o próprio funcionamento do Estado se tornam inviáveis, comprometendo a construção da justiça social. Como lembra Torres, os direitos fundamentais sociais emanam da ideia de justiça social e “representam meras diretivas ou programas constitucionais, que serão concretizados pela legislação ordinária sob a reserva da possibilidade financeira do Estado”²¹.

A consecução das políticas sociais implica na destinação de recursos para as mesmas. Para angariar esses recursos o Estado, no exercício de sua soberania, exige que os indivíduos lhe forneçam os mesmos, como contrapartida ao oferecimento dos serviços públicos. A atuação do Estado, nesse sentido, é a de promoção da igualdade e da redução da desigualdade social. Tal ideia encontra amparo no princípio da solidariedade social, que encontra albergue no art. 3º, inciso III da Constituição Federal de 1988, que dispõe que um dos objetivos fundamentais da República brasileira é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A importância do princípio da solidariedade social está no fato de que o tributo é um instrumento importante para uma política de redistribuição de renda, a partir da atuação estatal. Todavia essa redistribuição apenas deve ocorrer através do gasto

direitos humanos e a tributação: Imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 04.

¹⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 39.

¹⁹ MACHADO, 2006, p. 52.

²⁰ TORRES, op cit., p. 14.

²¹ TORRES, 2005, p. 80.



público. Assim, esse princípio se coloca como fundamento para a atuação do Estado, que deve promover a solidariedade social.²²

Nabais entende que a solidariedade social, apesar de não ser uma ideia de hoje, é uma ideia da modernidade, enquanto instituto ligado ao direito público. Para o autor, a solidariedade pode ser entendida no seu sentido objetivo, que diz respeito à relação de pertença a um grupo social, de partilha e de corresponsabilidade, ou no seu sentido subjetivo, de ética social, que exprime o sentimento e a consciência de pertencer a uma comunidade²³.

Para Greco, a solidariedade social abriga o princípio da dignificação constitucional dos deveres fundamentais, que se traduzem no “dever de ratear o custo do Estado querido pela sociedade”²⁴. Ao passo que a sociedade quer um Estado que não seja o proprietário de todos os bens, mas que faça alguma coisa em prol dos direitos fundamentais, os recursos que permitirão sua atuação deverão vir de alguma outra origem, ou seja, da tributação, o que justifica o dever fundamental de pagar impostos²⁵.

Por outro lado, o referido autor ressalta que o dever fundamental de pagar impostos não exonera o Estado dos seus compromissos, nem pode “minimizar o poder de controle que esta possui perante os modos e meios de aplicação dos recursos assim arrecadados”²⁶. Da mesma forma, os tributos não podem ser vistos “nem como mero poder para o estado, nem como mero sacrifício para os cidadãos, constituindo antes o contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada em estado fiscal”²⁷. O Estado, que tem função social, tem necessidades financeiras que são supridas pelos impostos.

Enfim, a efetivação das políticas públicas que assegurem a consecução dos direitos fundamentais implica na adoção de uma política tributária de arrecadação e redistribuição de recursos, sem os quais o Estado não consegue cumprir a sua função social, garantindo os direitos fundamentais dos seus cidadãos.

3 O FINANCIAMENTO DAS POLÍTICAS EDUCACIONAIS

A educação é um direito fundamental do homem, assegurado pelo texto constitucional pátrio, conforme normativa do Capítulo III – Da Educação, Da Cultura e do Desporto – Seção I – Da Educação (arts. 205 a 214). Ao mesmo tempo em que é um direito de todos, a educação se constitui num dever para o Estado. A própria Constituição Federal disciplina o tema, estabelecendo os mecanismos e o modo de financiamento da mesma.

²² MACHADO, 2006, p. 67.

²³ NABAIS, José Casalta. *Solidariedade social, cidadania e direito fiscal*. In: GRECO, 2005, p. 112.

²⁴ GRECO, Marco Aurélio. *Solidariedade social e tributação*. In: GRECO, *op.cit.*, p. 182.

²⁵ GRECO, 2004, p. 182.

²⁶ *Ibidem*, p. 182.

²⁷ NABAIS, 2004, p. 679.



Desse modo, a educação se constitui em um direito público subjetivo e, de acordo com Tácito, “a atração para o campo do Direito Público de especiais missões do Estado no terreno da Educação e da Cultura valoriza o homem e aprofunda a eficácia e gozo das liberdades tradicionais”²⁸. Conforme o autor, a prestação dos serviços educacionais são formas de aprimorar conquistas liberais. Da mesma forma, assevera que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito não é uma regalia, mas uma virtude da norma expressa, que importa na viabilidade da prestação jurisdicional.

O dever do Estado, portanto, é o de assegurar a efetivação desse direito fundamental, a partir das políticas públicas. Em se tratando da educação, o Estado deve direcionar seus esforços não apenas para o aspecto material, como o oferecimento de vagas e contratação de professores, mas também para assegurar a qualidade do ensino oferecido a todos, indistintamente.

O financiamento da educação está definido, especificamente, pelo artigo 212 da Constituição Federal de 1988 e pelo artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Em 2006, a Emenda Constitucional nº. 53, regulamentada pela Lei nº. 11.494, de junho de 2007, alterou os dispositivos anteriores e instituiu o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb.

O art. 212²⁹ disciplina a aplicação de recursos para o desenvolvimento do ensino. A organização dos sistemas de ensino será no regime de colaboração entre União, Estados, Distrito Federal e municípios, conforme redação do art. 211. Em linhas gerais, a Constituição determina que à União compete a organização do sistema federal, além de atuar supletivamente em relação aos Estados, municípios e Distrito Federal, como forma de garantia de um padrão mínimo de qualidade e a equalização de

²⁸ TÁCITO, Caio. Educação, Cultura e Tecnologia na Constituição. In: CRETELLA JUNIOR, José; MARTINS, Ives Gandra da Silva e REZEK, José Francisco. *A Constituição Brasileira 1988: interpretações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária; Fundação Dom Cabral; Academia Internacional de Direito e Economia, 1988.

²⁹ Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

§ 1º - A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

§ 2º - Para efeito do cumprimento do disposto no “caput” deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.

§ 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

§ 4º - Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

§ 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) (Vide Decreto nº 6.003, de 2006)

§ 6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino. (Incluído pela EC nº 53, de 2006)



oportunidades educacionais. Aos Estados e ao Distrito Federal é atribuída a atuação, prioritária, no Ensino Fundamental e Médio. Aos municípios a competência prioritária é com o Ensino Fundamental e com a Educação Infantil. O art. 212 artigo prevê a aplicação do percentual mínimo da arrecadação das receitas de cada ente federado. Entretanto, alguns Estados e municípios aplicam um percentual maior das receitas, conforme determinam suas Constituições Estaduais³⁰ ou Leis Orgânicas.

O parágrafo 5º do art. 212 prevê a contribuição social do salário-educação como fonte adicional de financiamento³¹, tendo sido regulamentado pela Lei nº. 9.424/96, Lei nº. 9.766/98, Decreto nº. 6.003/2006 e Lei nº. 11.457/2007. O cálculo é feito com base na alíquota de 2,5% sobre o valor total das remunerações pagas ou creditadas pelas empresas, a qualquer título, aos segurados empregados. São considerados contribuintes do salário-educação as empresas de modo geral e as entidades públicas e privadas vinculadas ao Regime Geral da Previdência Social³².

A arrecadação da contribuição social do salário-educação, a partir da edição da Lei nº. 11.457, de 16 de março de 2007, é feita pela Secretaria de Receita Federal do Brasil – RFB –, por meio da Guia de GPS e transferida ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE – que faz a repartição das cotas. Os créditos anteriores à competência de janeiro de 2007 continuam sendo recolhidas ao FNDE, por meio do Comprovante de Arrecadação Direta – CAD³³.

As quotas estaduais e municipais do salário-educação são redistribuídas entre o Estado e seus municípios de forma proporcional, partindo do número de alunos matriculados no ensino fundamental nas respectivas redes de ensino, conforme previsão do art. 2º da Lei nº. 9.766, de 1998³⁴. O controle e a fiscalização da distribuição das quotas do salário-educação será feito pela RFB.

A distribuição das cotas é feita pelo FNDE, sendo que do montante arrecadado é deduzida a remuneração da RFB, correspondente a 1% (um por cento), a título de

³⁰ No caso do Rio Grande do Sul, por exemplo, a Constituição prevê a aplicação de 35% da receita líquida de impostos e transferência na educação, conforme redação do art. 202: “O Estado aplicará, no exercício financeiro, no mínimo, trinta e cinco por cento da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino público”.

³¹ Para melhor entender, o salário-educação foi instituído em 1964, como sendo uma contribuição social destinada ao financiamento de programas, projetos e ações voltados ao financiamento da educação pública básica.

³² Entende-se como empresas de modo geral e as entidades públicas e privadas vinculadas ao Regime Geral da Previdência Social qualquer firma individual ou sociedade que assuma o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com ou sem fins lucrativos, sociedade de economia mista, empresa pública e demais sociedades instituídas e mantidas pelo poder público, nos termos do § 2º do art. 173 da Constituição.

³³ Em 2009, o total da arrecadação do salário-educação foi de 9.685.193.195,53. Fonte: Sistema STL - DIFIN/CGFSE/DIASE. Os dados são relativos à distribuição realizada, não computados valores relativos à restituição/devolução de receita.

³⁴ Art. 2º A Quota Estadual e Municipal do Salário-Educação, de que trata o § 1º e seu inciso II do art. 15 da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, será integralmente redistribuída entre o Estado e seus Municípios de forma proporcional ao número de alunos matriculados no ensino fundamental nas respectivas redes de ensino, conforme apurado pelo censo educacional realizado pelo Ministério da Educação. (Redação dada pela Lei nº 10.832, de 29.12.2003)



taxa de administração. O restante é distribuído em cotas pelo FNDE, observados 90% (noventa por cento) de seu valor a arrecadação realizada em cada Estado e no Distrito Federal, da seguinte forma: a cota federal corresponde a 1/3 e a cota estadual e municipal corresponde a 2/3 do montante dos recursos. A cota federal é destinada ao FNDE e é aplicada no financiamento de programas e projetos voltados para a Educação Básica, de forma a propiciar a redução dos desníveis sócio-educacionais entre os municípios e os estados brasileiros. A cota municipal e estadual é creditada mensalmente para as secretarias de educação estaduais, municipais e do Distrito Federal para o financiamento de programas, projetos e ações voltados para a Educação Básica³⁵.

O art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prevê a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb –, como outra fonte de financiamento da educação e que vigora desde 2007³⁶, devendo se estender até o ano de 2020.

A elevação no volume de recursos destinados à educação é decorrência da ampliação do atendimento em toda a Educação Básica. A partir de 2007, não apenas o Ensino Fundamental passou a receber recursos, mas também a Educação Infantil, o Ensino Médio e a Educação de Jovens e Adultos, cumprindo a meta de garantir o ensino básico a todos os cidadãos.

Entre as metas do Fundeb está o aumento do volume dos recursos federais aplicados em educação, distribuindo-os conforme o desenvolvimento social e econômico de cada região, ou seja, a União fará a complementação de dinheiro nas regiões onde o investimento por aluno é inferior ao valor mínimo fixado por ano³⁷, com o intuito de promover a igualdade entre os entes federados. O controle da aplicação desses recursos é feita no âmbito municipal, estadual e federal por conselhos criados especificamente para esse fim.

A Emenda Constitucional nº. 53/2006 prevê que os percentuais de contribuição dos municípios, Estados e Distrito Federal sejam elevados gradualmente, de modo a alcançar 20% num período de três anos. O Fundeb é um fundo de natureza contábil, formado pelos recursos provenientes das esferas federal, estadual e municipal, além de contar com a participação do Banco do Brasil como agente financeiro do Fundo. O repasse dos recursos se dará com base nos dados do Censo Escolar³⁸

³⁵ Dados disponíveis pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação.

³⁶ O Fundeb foi instituído em substituição ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef –, que vigorou de 1997 até o ano de 2006.

³⁷ O valor por aluno é fixado através de Ato do Presidente da República. A Portaria Interministerial nº 1.227, de 28 dezembro de 2009, que fixa o valor anual por aluno estimado, no âmbito do Distrito Federal e dos Estados, e estimativa de receita do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – 2010, mostra que em estados como Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Maranhão, Paraíba, Pará, Pernambuco e Piauí a União deverá complementar um total de R\$ 6.861.110.170,32. Nos demais estados a receita estimada alcança o valor mínimo fixado.

³⁸ A distribuição é realizada com base no número de alunos da educação básica pública, conforme os dados do último censo escolar. São computados os alunos matriculados nos respectivos âmbitos de atuação prioritária, conforme art. 211 da Constituição Federal: os municípios recebem



e na arrecadação dos estados, municípios e Distrito Federal, de forma automática, mediante crédito na conta da secretaria estadual ou municipal.

No âmbito estadual, o Fundeb é composto pelos percentuais das receitas do Fundo de Participação dos Estados; Fundo de Participação dos municípios; Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços; Imposto sobre Produtos Industrializados, proporcional às exportações; Desoneração das Exportações (LC nº 87/96); Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doações; Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores; e Cota parte de 50% do Imposto Territorial Rural – ITR – devida aos municípios.

4 A REFORMA TRIBUTÁRIA E AS PROVÁVEIS CONSEQUÊNCIAS NO FINANCIAMENTO DA EDUCAÇÃO

A proposta da Reforma Tributária que altera a estrutura do Sistema Tributário brasileiro produzirá impacto direto no financiamento da educação. A Proposta de Emenda Constitucional nº. 233/08 objetiva modificar os tipos e as alíquotas dos impostos existentes, bem como a sua distribuição. A nova legislação deverá ser regulada por Lei Complementar, o que causa apreensão quanto ao futuro do financiamento da educação no País.

Atualmente, o financiamento da educação provém da arrecadação dos impostos e do salário-educação. A primeira alteração proposta³⁹ reflete diretamente nesse ponto, que cria um novo imposto sobre as operações com bens e prestações de serviços, mesmo que originadas no exterior, denominado IVA-F, em substituição a CIDE, COFINS e o PIS. Esse novo imposto deve ser incluído entre as fontes de financiamento da educação, cobrindo a extinção do salário-educação.

O art. 155 também sofre alteração⁴⁰, com a inclusão do art. 155-A que modifica o ICMS, que deverá ter uma alíquota unificada para todos os estados brasileiros. Apesar de manter a possibilidade de isenções tributárias, incentivando a produção, o texto propõe a retirada de parte da receita destinada à educação.

Já o art. 159, conforme a proposta, também sofre alteração⁴¹ e prevê, em tese,

os recursos do Fundeb com base no número de alunos da educação infantil e do ensino fundamental, e os estados, com base no número de alunos do ensino fundamental e médio.

³⁹ A proposta prevê a alteração do art. 153: Criação de um novo imposto: VIII – operações com bens e prestação de serviços, ainda que as operações e prestações se originem no exterior (IVA-F).

⁴⁰ É criado o art. 155-A: Art. 155-A: Art. 155-A cria o novo ICMS deixando sua regulamentação para lei complementar. Definição das regras para aprovação das alíquotas será definida pelo Senado.

⁴¹ “Art. 159”: A União entregará:
I - do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os incisos III (IR), IV (IPI) e VIII (IVA-F) do art. 153:
a) 38,8%, ao financiamento da seguridade social;
b) 6,7% , nos termos do art. 239;
c) o percentual definido em lei complementar para:
1. o pagamento de subsídios a preços ou transporte de combustíveis e o financiamento de



mais recursos para a educação, a partir da alteração da base de cálculo do Fundo de Participação dos Estados e do Fundo de Participação dos Municípios.

Em contrapartida, a inclusão do inciso II no art. 212⁴², que coloca uma dedução sobre a base de cálculo dos recursos com impostos vinculados à educação, implica uma redução de recursos destinados à educação.

Além das alterações previstas pelo art. 1º do Projeto que modificam os artigos da Constituição anteriormente referidos, o art. 2º prevê a alteração do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁴³, a partir da inclusão do novo ICMS, que não fará mais parte do Fundeb a partir da sua entrada em vigor.

A extinção do salário-educação, prevista pelo art. 8º do Projeto⁴⁴, é outro

projetos ambientais...;

2. o financiamento da educação básica, nos termos do art. 212, §§ 5º e 6º (regulado pela disposição transitória);

II - do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os incisos III (IR), IV (IPI), VII (GF) e VIII (IVA-F), do art. 153 e dos impostos instituídos nos termos do inciso I do art. 154:

a) 21,5% ao FPE;

b) 22,5% (1) ao FPM (+ 1%, a ser entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano);

c) 4,8% ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional;

d) 1,8% ao Fundo de Equalização de Receitas, para entrega aos Estados.

§ 1º Para efeito de cálculo das destinações excluir-se-á a parcela da arrecadação do imposto de renda pertencente aos Estados e aos Municípios, nos termos do disposto nos arts. 157 e 158, I.

§ 2º Para efeito de cálculo das destinações a que se refere o inciso II do caput deste artigo, excluir-se-ão da arrecadação dos impostos as destinações de que trata o inciso I do caput deste artigo.

§ 3º Do montante de recursos de que trata o inciso II, "d", que cabe a cada Estado, 75% serão entregues diretamente ao próprio Estado e 25% aos respectivos Municípios, observados os critérios previstos no art. 158.

§ 4º A União entregará 29% da destinação de que trata o inciso I, "c", 1, do caput deste artigo, a Estados e Municípios, para aplicação em infra-estrutura de transportes...

⁴² "Art. 212...

II - são deduzidas da arrecadação dos impostos da União a que se refere o inciso I do art. 159 as destinações de que trata o referido inciso.

§ 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a destinação de que trata o art. 159, I, "c", 2.

§ 6º As cotas estaduais e municipais da destinação a que se refere o § 5º serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino.

⁴³ Art. 2º Os artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a seguir enumerados passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 60.

II - os Fundos referidos no inciso I do caput deste artigo serão constituídos por vinte por cento dos recursos a que se referem os incisos I e III do art. 155; o art. 155-A; os incisos II, III e IV do caput do art. 158; e as alíneas "a", "b", 1, e "d", do inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição, e distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial, matriculados nas respectivas redes, nos respectivos âmbitos de atuação prioritária estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição;

§ 5º

I - no caso do imposto e das transferências constantes do art. 155-A; do inciso IV do caput do art. 158; e das alíneas "a", "b", 1, e "d", dos incisos II do caput do art. 159 da Constituição:

II - no caso dos impostos e transferências constantes dos incisos I e III do caput do art. 155; e dos incisos II e III do caput do art. 158 da Constituição:

⁴⁴ Art. 8º A contribuição para o salário-educação, de que trata o art. 212, § 5º, da Constituição, será



ponto que gera inquietação quanto ao financiamento da educação. De acordo com a proposta, o mesmo seria substituído por parcelas do IR, do IPI e do IVA-F e no período de transição regulado pelo art. 6º do Projeto⁴⁵, o valor a ser destinado para financiar a educação seria o de 2,3%.

Atualmente a Proposta de Reforma Tributária encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados. Entretanto, se aprovada, os impactos alcançarão vários segmentos e provocarão mudanças. Especialmente no âmbito da educação, o que causa maior inquietação é quanto ao financiamento da mesma, visto que vários são os artigos constitucionais que tratam do tema que serão alterados.

A Reforma Tributária tem por objetivo simplificar a legislação tributária, a partir da regulação do ICMS, com a cobrança do imposto no Estado de destino da mercadoria e conseqüente eliminação da guerra fiscal, bem como a eliminação de tributos, racionalizando a economia e reduzindo as obrigações acessórias das empresas, como o custo da apuração e do recolhimento de impostos⁴⁶.

No caso do financiamento da educação, a extinção do salário-educação é de bastante gravidade. A vinculação de recursos obriga a destinação exclusiva de parte da receita para determinada área social. Mesmo estando garantido que haverá um repasse à educação, as receitas próprias deixarão de existir, o que pode comprometer a Educação Básica, provocando conseqüências para o Plano de Desenvolvimento da Educação e para o Plano Nacional de Educação, que tem como objetivo a elevação do nível de escolaridade e melhoria da qualidade do ensino⁴⁷.

Com a aprovação da Reforma Tributária, o financiamento da educação passará a depender dos recursos disponibilizados no orçamento fiscal, ao contrário do que ocorre atualmente, em que os recursos são captados com relativa estabilidade. Essa dependência é perigosa, pois nem sempre a educação é considerada como prioritária, passando a depender da mobilização política para garantir a destinação de recursos necessários para manutenção da política educacional.

extinta em 1º de janeiro do segundo ano subsequente ao da promulgação desta Emenda.

⁴⁵ Art. 6º Até a fixação por lei complementar dos percentuais de destinação a que se refere o art. 159, I, c, da Constituição, são fixados os seguintes percentuais:

I - dois inteiros e cinco décimos por cento, em relação ao item 1;

II - dois inteiros e três décimos por cento, em relação ao item 2.

§ 1º A soma dos percentuais a que se refere o **caput** deste artigo, quando fixados pela lei complementar, não poderá ultrapassar quatro inteiros e oito décimos por cento.

§ 2º O percentual de que trata o inciso II do **caput** deste artigo deverá ser revisto, caso se verifique que restou inferior ao da razão entre a arrecadação da contribuição social do salário-educação, no último exercício de sua vigência, e o somatório das arrecadações dos impostos de que trata o art. 153,

III e IV, da Constituição, das contribuições sociais para o financiamento da seguridade social (Cofins), para o Programa de Integração Social (PIS) e sobre o lucro líquido (CSLL), da contribuição de que trata o art. 177,

§ 4º, da Constituição, e da própria contribuição social do salário-educação, hipótese em que 12 deverá ser reajustado, por lei complementar, com vistas a observar o percentual verificado no último exercício de vigência da contribuição social do salário educação.

⁴⁶ INESC. *Reforma Tributária desmonta o financiamento das políticas sociais*. Nota Técnica 140, Abril de 2008, p. 09.

⁴⁷ INESC, 2008, p. 11-12.



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado brasileiro é uma República Federativa. Dentre os princípios da República está o princípio da igualdade. Para assegurar sua concretização o Estado deve atuar de modo a promover a redução das desigualdades sociais, a partir da redistribuição da riqueza que se dá através das políticas sociais: o Estado angaria os recursos necessários e emprega-os no oferecimento dos serviços públicos necessários à consecução do bem comum.

O Estado é o responsável por garantir os direitos fundamentais dos seus cidadãos, que demandam recursos financeiros. Como o Estado não tem, ele próprio, outras fontes de recursos, necessita das fontes derivadas da arrecadação de tributos. Para tanto, se vale do seu poder de tributação, que instrumentaliza o Estado para a consecução do bem comum.

Esse poder de tributação está amparado constitucionalmente, bem como a fiscalização no que tange a arrecadação e a destinação dos recursos arrecadados. A implementação das políticas públicas representa, portanto, a contrapartida do Estado, que fará, através do gasto público, a redistribuição da riqueza.

Por outro lado, a tributação não pode ser excessiva, mas suficiente para alcançar o bem comum: oferecer saúde, educação e outras políticas públicas que assegurem os direitos fundamentais dos cidadãos. O objetivo dos tributos não é arrecadar fundos para manter o Estado na sua integralidade, mas sim fornecer condições para o mesmo manter a sua estrutura e o seu financiamento, especialmente no que concerne ao atendimento dos interesses públicos.

A educação, em sendo um direito social fundamental do homem, apresenta-se como essencial para o desenvolvimento do Estado, visto que a melhoria nos índices de qualidade da educação reflete diretamente na sociedade e, em decorrência, no Estado. Quanto melhor a qualidade da educação ofertada, maiores as perspectivas de formação de cidadãos no seu sentido mais amplo, comprometidos com a qualidade de vida da coletividade.

Atualmente, o texto constitucional assegura a destinação de recursos para o financiamento da educação, através da contribuição social do salário-educação e do Fundeb, garantindo a destinação de percentuais mensais e anuais para as políticas educacionais. Entretanto, a proposta de Reforma Tributária que tramita na Câmara dos Deputados ameaça essa estabilidade na angariação de recursos ao prever a extinção do salário-educação e alteração do Fundeb.

Os recursos destinados ao financiamento da educação passam, com a aprovação da PEC, a depender do que lhe for destinado pelo orçamento fiscal que, sabe-se, depende da força política de mobilização. A educação nem sempre é vista como prioridade, nem pelos governantes e, muitas vezes, nem mesmo pela própria sociedade. A destinação dos recursos ficaria, então, a mercê de determinados interesses políticos, o que, sem dúvida, compromete uma proposta de educação de qualidade para todos.



REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (coord.). *Solidariedade social na tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

INESC. *Reforma Tributária desmonta o financiamento das políticas sociais*. Nota Técnica 140, Abril de 2008.

PÉREZLUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Maheiros, 2006.

MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. vol. III – Os direitos humanos e a tributação: Imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.



DEFENSORIA DATIVA CATARINENSE E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: NOTAS SOBRE A CONTROVÉRSIA ACERCA DO PACTO FEDERATIVO E A OBRIGATORIEDADE DE IMPLANTAÇÃO DE DEFENSORIAS PÚBLICAS

^{1*}Vladimir de Carvalho Luz

^{2**}Viviane Candeia Paz

1 INTRODUÇÃO

O modelo de defensoria dativa adotado pelo Estado de Santa Catarina é cercado de inúmeras controvérsias jurídico-políticas. Inicialmente, a questão tomou maior visibilidade, em meados de 2005³, quando setores organizados da sociedade catarinense levaram ao debate público a denúncia sobre a inexistência de Defensoria Pública em terras catarinenses. Após esse movimento inicial, catalizado principalmente por setores da academia⁴, do movimento estudantil, bem como fortalecido por audiências públicas locais, o tema foi finalmente posto em discussão no Supremo Tribunal Federal, já em 2009, por ocasião do aforamento da ADI 4270, promovida pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep).

Nesse processo histórico de debate e acirramento de posições, a primeira questão que se colocava sobre o tema era se havia, afinal, de direito, uma “Defensoria Pública” em Santa Catarina, ou, em outras palavras, se o modelo de defensoria dativa instituídos pela Constituição Barriga Verde (art. 104) e pela Lei Complementar Estadual 155/97 (doravante LCE 155/97), equivaleria (ou supriria) ao ente estatal incumbido para prestar assistência jurídica integral aos necessitados no exato figurino estabelecido pelo art. 134 da Constituição da República Federativa do Brasil

1 * Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor dos cursos de graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC) e Universidade de Passo Fundo (UPF). Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Estado Direito e Política (NUPED – UNESC). Na linha de pesquisa: Estado, sistema de justiça e serviços legais.

2 ** Doutoranda pela Universidade de León, UNILEON, Espanha. Diploma de Estudos Avançados em Direito Civil pela Universidade de León, UNILEON, Espanha. Mestre em Direito, Cidadania e Desenvolvimento/Unijuí, Advogada e Professora de Direito Civil do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF.

3 Em 11 de agosto de 2005, a partir de um painel temático sobre a questão da Defensoria Pública em Santa Catarina, na cidade de Chapecó, foi lavrado um manifesto que desencadeou o Movimento pela Criação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina. Fonte: < http://www2.unochapeco.edu.br/~defensoriapublica_sc/somos.php>. Acessado em 20.04.2011.

4 Nesse sentido, ver: CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca. *Acesso à justiça e cidadania*. 1. ed. Chapecó: Argos, 2003. v. 1.



(doravante apenas CRFB/1988).

Em torno do debate sobre a questão central da constitucionalidade do modelo de defensoria dativa, inúmeros argumentos a favor e contra o modelo catarinense, único em território nacional, foram colacionados. Em contraposição aos argumentos da incompatibilidade do modelo de defensoria dativa com o modelo constitucional-nacional de defensorias públicas, duas linhas de pensamento se sobressaíram: i) argumentos que sustentavam haver maior “capilaridade” do sistema de nomeação de defensores dativos, com o qual qualquer localidade distante ter-se-ia a presença em potencial de um defensor, em contraste com o modelo limitado de defensores públicos concursados; ii) ponderações que ressaltavam maior viabilidade financeira da defensoria dativa em face do modelo estatal de prestação de assistência jurídica.

Diante de tantas variáveis, a favor ou contra os modelos em questão, o presente artigo destaca como ponto central de análise a questão levantada sobre a autonomia do Estado de Santa Catarina, à luz do pacto federativo vigente com a Carta Política de 1988, em manter o sistema dativo de prestação de assistência jurídica integral. Trata-se, portanto, de elucidar, em breves notas, o tema a partir do debate jurídico das competências decorrentes do pacto federativo, ou seja: verificar se, no caso em apreço, a estrutura substantiva própria ao Estado Democrático de Direito vigente no Brasil (CRFB/1988) estabelece claros limites às majorias legislativas dos Estados-Membros no que se refere à objeção de Santa Catarina em implantar o modelo institucional de Defensorias Públicas com perfil nacional.

2 O PANO DE FUNDO DA CONTROVÉRSIA FEDERATIVA: CASOS EMBLEMÁTICOS QUE ESPELHAM A ORIENTAÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Controvérsias jurídicas de revelo nacional – mormente aquelas que diretamente se vinculam às funções do Estado, políticas públicas e direitos fundamentais – são, em essência, fruto de embates jurídico-políticos. No caso em tela não há como ser diferente. Em sua origem, o debate da não implantação da defensoria pública em Santa Catarina apresenta razões de ordem política, ou seja, razões pautadas na configuração das forças vivas da sociedade catarinense. Nessa perspectiva, na base da discussão jurídica da constitucionalidade ou não do modelo em foco se colocam, ocultos ou implícitos, como fatores determinantes, o conflito de interesses entre diversos setores sociais, bem como interesses corporativos.

Todas essas forças políticas são, assim, o pano de fundo a partir do qual se estruturam e se desenvolvem argumentos jurídicos de diversas ordens, discursos capazes de sustentar interesses e visões de mundo particulares sobre o tema. Uma reflexão jurídica crítica sobre essa temática deve, pois, elucidar preliminarmente o jogo de forças presentes no debate e sua lógica nem sempre visível. Portanto, para efeito desse trabalho, o entendimento da controvérsia federativa, da autonomia do Estado de Santa Catarina em manter este modelo de defensoria dativa incongruente (em tese) com os ditames da CRFB/1988, passa por uma rápida análise dessa orientação política e seus desdobramentos jurídicos.



2.2 Caso Secretarias Regionais

O primeiro elemento jurídico-político que pode ser caracterizado como uma nítida orientação geral do Estado Catarinense em torno do tema do pacto federativo, mormente sobre a autonomia estatal em prescrever modelos institucionais diversos de outros entes federados, consiste na adoção da lógica da administração descentralizada, concretizada em Santa Catarina, via executivo, pelo modelo de Secretarias Regionais.

Do ponto de vista da gestão do Poder Executivo, Santa Catarina implementou nas duas últimas gestões do governo do Estado a promessa de implementar uma descentralização administrativa, visando minorar o que se chamava de concentração litorânea do poder. A ideia-motriz dessa visão gerencial, portanto, foi a de aproximar o poder estatal do poder local. Assim foram criadas e implantadas secretarias regionais como parte de uma ampla reforma do governo Luis Henrique da Silveira, sendo o modelo de reforma administrativa descentralizado aprovado pela Assembleia Legislativa na forma da Lei Complementar 284/2005. Essa visão descentralizada da gerência estatal formou a seguintes secretarias, distribuídas por todo o território catarinense:

- Secretaria de Estado da Administração
- Secretaria de Estado da Agricultura e da Pesca
- Secretaria de Estado da Assistência Social, Trabalho e Habitação
- Secretaria de Estado da Casa Civil
- Secretaria de Estado de Comunicação
- Secretaria de Estado do Desenvolvimento Econômico Sustentável
- Secretaria de Estado da Educação
- Secretaria de Estado da Fazenda
- Secretaria de Estado da Infraestrutura
- Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania
- Secretaria de Estado do Planejamento
- Secretaria de Estado da Saúde
- Secretaria de Estado da Segurança Pública
- Secretaria de Estado de Turismo, Cultura e Esporte
- Secretaria Executiva de Articulação Estadual
- Secretaria Executiva de Articulação Nacional
- Secretaria Executiva de Assuntos Estratégicos
- Secretaria Executiva de Assuntos Internacionais
- Secretaria Executiva de Políticas Sociais de Combate à Fome
- Secretaria Executiva do Programa SC Rural
- Secretaria Executiva de Supervisão de Recursos Desvinculados⁵

5 Além das Secretarias Regionais foram criados Conselhos, ver: < <http://www.sc.gov.br/conteudo/>



Para o objetivo aqui traçado, não se busca entrar no mérito da funcionalidade do modelo estabelecido pelo executivo catarinense, mas, de forma pontual, perceber que sua adoção não é fruto de mera reengenharia administrativa neutra, mas que sua adoção passa por uma visão substancial das funções do poder público e, por suposto, de um modelo de federação, ressaltando elementos gerais como o “municipalismo”, a autonomia local em matéria administrativa, financeira e jurídica. Como será objeto de discussão alhures, perceber essa orientação global dos agentes políticos iluminará o debate da constitucionalidade da defensoria dativa, e com maior ênfase no argumento do ferimento do pacto federativo em relação à obrigatoriedade de se adotar o modelo de defensorias públicas.

2.3 Caso Código Ambiental

Um segundo “caso” que pode agregar maior visibilidade em relação a visão federativa diferenciada do Estado de Santa Catarina se traduziu na postura adotada em relação ao Código Ambiental .

Logo após a aprovação do Código Ambiental, Lei Estadual nº 14.67/2009, o Ministério Público Federal, por seu Procurador Geral, aforou a Adi n 4252-1. A questão, grosso modo, girava em torno do mesmo eixo jurídico-político: a contradição entre a validade de regras locais em detrimento de regras nacionais. Ou seja, o conflito de competências suscitado em matéria ambiental, tendo em vista que o legislador catarinense disciplinou matérias de forma a contrariar conceitos gerais reservados ao âmbito de federal de cunho nacional.

Certamente, controvérsias sobre as esferas de competências dos Estados-Membros fazem parte do debate próprio de um Estado Federal, mas o que se ressalta nesse segundo exemplo, mais uma vez, é a percepção de uma visão clara de autonomia local em matéria legiferante, a deixar evidenciado mais que um mero conflito técnico-jurídico decorrente da emaranhada teia de competências concorrentes entre a União e os Estados-Membros, mas, acima de tudo, tem-se o reflexo de uma concepção própria do pacto federativo, dessa vez em matéria de suma importância nacional: o meio ambiente.

2.4 Caso Piso Nacional dos professores

Seguindo uma linha clara de diferenciação no que tange ao entendimento das competências federais, Santa Catarina, juntamente com os Estados do Acre, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Sul e Ceará contestaram, via ADI n 4167, a validade constitucional da Lei 11.738/2008, que instituía piso nacional para os profissionais do magistério e da educação básica em todo território nacional.

A citada lei, votada de forma pacífica pelo Congresso Nacional, estabelece, em linhas gerais, não só piso nacional para os professores do ensino básico, no



montante de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais), teto mínimo a ser obedecido pelos Estados, Distrito Federal e os Municípios, para jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais, mas também regrou a forma de composição do regime de trabalho dos professores em sala de aula e em atividades extra-sala. Dentre vários aspectos controversos, os Estados-autores da ADI contestaram a invasão de competência própria dos Estados pela União, mormente por ser lei que prescreveu encargo financeiro aos entes federativos, o que seria zona de competência privativa e não concorrente de competências.

Mais uma vez, diante de várias questões suscitadas por esse caso específico, o qual, em duas sessões, restou o STF por julgar a ação improcedente, mas sem gerar efeito vinculante *erga omnes* para a determinação da carga horária, cabe pinçar a concepção espelhada pela fala do procurador de Santa Catarina por ocasião do julgamento do feito:

O procurador de Santa Catarina, Ezequiel Pires, afirmou que seu Estado já paga o piso salarial e que sua preocupação principal em relação à lei é quanto à violação do pacto federativo por parte da União, com a colaboração do Congresso Nacional. “Não somos divisão administrativa do governo federal”, afirmou, observando que estados e municípios têm autonomia administrativa. Ele afirmou que “federação” significa aliança, pacto, com divisão de poderes e atribuições, mas, no entender dele, a União vem, gradativamente, “sufocando” estados e municípios com novas propostas legislativas. Pires disse que, com os gastos decorrentes da Lei 11.738, muitos estados e municípios correm o risco de ultrapassar o limite de gastos com pessoal fixado pela Constituição, inclusive com a possibilidade de violar a Lei de Responsabilidade Fiscal.

No caso em apreço, a preocupação do Estado Catarinense, pelo que espelha o discurso citado, não girava em torno da questão financeira, mas tratava-se de afirmar um entendimento sobre os limites do poder legiferante da União, da repartição de competências, em suma, um debate maior sobre o pacto federativo brasileiro.

2.5 Finalmente, o Caso Defensoria Dativa

Dentro da linha de raciocínio até aqui esboçada, o caso da contestação feita pelo Estado de Santa Catarina em relação ao tema da implantação do modelo de Defensoria Pública segue as mesmas razões de fundo dos casos anteriores, quais sejam: uma visão específica do pacto federativo a limitar a atuação da União no campo dos Estados-Membros.

Resgatando reflexões feitas algures⁶, em Santa Catarina, data do final da

6 LUZ, Vladimir de Carvalho Luz. Defensoria Pública e Direitos Fundamentais: silêncios e obviedades sobre a defensoria dativa catarinense. In: CAMARGO, Mônica Ovisnki; CUSTÓDIO, André Vian a de. (Org.). *Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais - visões interdisciplinares*. Curitiba:



década de sessenta o processo histórico de regulação legislativa de um sistema de pagamento de advogados nomeados pelos cofres públicos, sendo marcos desse processo inicial a Lei n. 3.631/65, revogada pela Lei n. 5.387, de 30 de novembro de 1977. Ou seja, como aconteceu em outros Estados-Membros, Santa Catarina já tinha organizado e consolidado em seu território um modelo prestacional de Assistência Judiciária antes dos marcos regulatórios da CRFB/1988 e da Lei Complementar Federal n. 80 de 1994(Doravante LCF 80).

Ocorre que, em 1989, ou seja, após a promulgação da CRFB/1988, o modelo denominado “defensoria dativa” foi expressamente positivado pela Constituição catarinense (doravante CESC), no seu Capítulo V – Das Funções essenciais da Justiça, seção III, sendo prescrito em seu art. 104: “a Defensoria Pública será exercida pela Defensoria dativa e assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei complementar”. (Destaque nosso)

A maneira pela qual a instituição responsável pela prestação de assistência jurídica foi implementada e regulada em Santa Catarina é *sui generis*, a começar pela própria estratégia retórica materializada pela dicção do art. 104 da CESC. É de se notar que o legislador constitucional catarinense ao inserir a expressão “exercida pela” no mencionado dispositivo revelou nítida estratégia de transferir a titularidade da obrigação de prestar Assistência Jurídica do modelo estatal (Defensoria Pública) para um modelo de nomeações de advogados particulares (defensoria dativa). Ressalta-se que tal estratégia não pode ser mitigada pelo fato de que, em 1989, ainda não ter sido promulgada a lei Complementar (LCF/80 de 1994), uma vez que, como já dito anteriormente, o modelo especificamente estatal de Defensoria Pública já se encontrava expressa e plenamente determinado em nosso ordenamento desde a promulgação da CRFB/1988, à luz do seu já comentado art. 134.

A curiosa ficção jurídica operada pelo dispositivo do art. 104 da CESC, que transformou – com o toque de Midas da expressão “exercida pela” – um modelo cujo titular do serviço deveria ser o Estado (via Defensoria) em um modelo dativo, de nomeações, teve forma regulamentar em 1997, com a promulgação da Lei Complementar Estadual n. 155, de 15 de abril de 1997 (doravante apenas LCE/155). As diretivas do modelo dativo, com efeito, devem ser interpretados a partir LCE/155, a qual, diga-se ainda, foi promulgada após a vigência da LCF/80.

Diante de mais essa controvérsia de fundo jurídico-político, como citado na introdução, em 2009, foi aforada a ADI 4270, a qual ainda se encontra em tramitação no STF.



3 A QUESTÃO DO MODELO CONSTITUCIONAL DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL: A DEFENSORIA PÚBLICA É UM ÓRGÃO INERENTE AO SISTEMA ESTATAL-NACIONAL ?

A questão federativa suscitada pelo debate da obrigatoriedade ou não de o Estado de Santa Catarina implementar modelo diverso daquele vigente em seu território (defensoria dativa) deve ser analisado em dois tempos: primeiro, à luz do sentido específico dado pelo constituinte à obrigação estatal de prestar Assistência Jurídica Integral e, num segundo momento, a observação mais detida do sistema de competências estabelecido em nosso sistema federativo.

3.1 Assistência Jurídica Integral estatal como Direito Fundamental

Em relação ao primeiro campo de análise indicado, não se pode fugir da constatação clarividente de que a prestação gratuita e estatal de Assistência Jurídica Integral é elemento substantivo do modelo de Estado democrático de Direito, porquanto faça parte integrante do rol de Direitos Fundamentais (Sociais) que não se subordinam às maiorias legislativas. Nessa perspectiva, o Poder Constituinte originário positivou no art. 5º, LXXIV da CFRB/1988, clara obrigação estatal de prestação pública de Assistência Jurídica Integral, que nada mais é que típica obrigação positiva de Direitos Fundamentais, dependente de atuação do poder público para sua efetivação na qualidade de implementação jurídica de órgãos responsáveis, regulamentação geral de funções, implantação de quadro funcional, disponibilidade de recursos, gestão de recursos físicos e fiscalização das atividades. .

É, portanto, com a lente de seu *status* de Direito Fundamental constitucionalmente garantido que a Assistência Jurídica integral, instrumento específico de acesso à justiça, deve ser vista e interpretada em nosso ordenamento jurídico.

Feito esse acerto semântico preliminar, chega-se ao ponto fundamental: é possível saber se a própria CFRB/1988 estabeleceu exatamente um modelo estatal específico de promoção da Assistência Jurídica integral, Direito Fundamental prescrito em seu art. o art. 5º, LXXIV ? A resposta parece está mais adiante, na cabeça do art. 134 da Constituição, que expressamente determinou:

Art. 134 - A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional **do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do Art. 5º, LXXIV.** (grifo nosso)

§ 1º - **Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados,** em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (grifo nosso)



Foi clara, portanto, a opção do legislador constituinte originário em estabelecer uma vinculação juridicamente cogente entre a prestação da Assistência Jurídica pública, gratuita e integral (que engloba a Judiciária) mediante atuação de uma instituição estatal denominada Defensoria Pública. Importante ressaltar um aspecto que ratifica a cogência de criação dessa instituição, qualificada não por acaso como “instituição essencial à função jurisdicional”; trata-se do que espelha o comando inserto no § 1º do dispositivo constitucional em análise, no qual ficou expressamente estabelecido que a **organização** das Defensorias Públicas em nível federal e dos Territórios será feito diretamente por lei Complementar Federal (a já mencionada LCF 80) e, na esfera dos Estados Federados, mediante lei estadual própria de caráter instituidor e regulamentar.

3.3 Diferenças institucionais entre a defensoria dativa e a Defensoria Pública

Ao lado das ponderações feitas acima, é relevante traçar, ainda que brevemente, o perfil institucional dos modelos em foco. Afinal, além do debate sobre a autonomia do Estado de Santa Catarina em implantar o modelo de prestação de Assistência Jurídica fora de um padrão nacional, é preciso perceber que a defensoria dativa não se aproxima nem pode ser confundida com o modelo de Defensoria Pública.

Em 12 de janeiro de 1994, foi promulgada a Lei Complementar Federal mencionada pelo § 1º do art. 134 da CF/1988, de n. 80, na qual toda a estrutura, diretrizes e regras gerais das Defensorias Públicas a serem seguidas pelas unidades da Federação foram estipuladas. No plano normativo, ao menos, ficou evidente que: “Art. 1º A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe prestar assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma da lei.” (Destaque nosso).

Não havendo dúvida da “natureza” estatal da Defensoria Pública prevista em nível constitucional, a LCF/80 traçou as funções, a estrutura e as regras gerais da carreira de Defensor Público, aspecto este que merece destaque, uma vez que se trata de procurador com garantias e prerrogativas diversas do advogado particular que exerce Assistência Judiciária por nomeação.

Se o exercício forense da Assistência Judiciária (parte integrante da Assistência Jurídica) necessita do procurador atuando em juízo, é preciso notar várias diferenças jurídicas que separam o Defensor Público do advogado particular, mesmo que este último aja como procurador de um beneficiário da Justiça Gratuita. Têm-se, então, algumas diferenças jurídicas essenciais.

O Defensor é típico funcionário público, investido no cargo mediante aprovação em concurso público de provas e títulos, vinculado, portanto, ao regime jurídico geral dos servidores públicos, enquanto o advogado necessita especificamente da habilitação após aprovação no exame da OAB. Nesse sentido, destacam-se algumas diferenças entre ambos:

- O advogado goza dos direitos e deveres estatuídos no seu Estatuto, Lei Federal n. 8.906, de 4 de julho de 1994, não possuindo estes as



prerrogativas típicas à função de Defensor, mormente os da União, tais como inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos, estabilidade, comunicação imediata ao Defensor Procurador geral na hipótese de prisão (em especial), dentre outras concernentes também ao advogados em geral;

- Defensor possui prazo em dobro, conforme § 5º do art. 5º da lei 1060/50, não se aplicando tal prerrogativa ao advogado dativo, conforme entendimento majoritário do STF;
- Propositura de ação civil pública (encontra-se *sub judice* o dispositivo da lei, objeto da ADI 3.943);

Mesmo no exercício mais restrito da atividade forense (Assistência Judiciária) o Defensor Público é cercado de garantias para além daquelas inerentes ao exercício privado da advocacia, podendo atuar livremente, inclusive, contra os próprios poderes de Estado, amparado em garantias típicas dos membros que atuam órgãos de função jurisdicional.

A defensoria dativa, como já descrito inicialmente, não é um órgão, tampouco órgão estatal. O Estado-Membro apenas exerce o encargo financeiro, de dotação orçamentária, uma vez que a prestação do serviço de assistência jurídica é realizada por advogados particulares nomeados. A LCE 155/97 traça toda a dinâmica da nomeação e pagamento dos profissionais que exercem a atividade de defensores dativos, sendo que as nomeações feitas pelo Poder Judiciário se dão após requerimento do assistido.

3.4 Pacto federativo e competências

Chega-se, então, a um segundo campo de argumentação, qual seja: avaliar se o modelo de ente estatal (Defensoria Pública) estabelecido pela CRFB/1988 contraria atribuições ínsitas ao pacto federativo estabelecido pela Carta Política de 1988, mormente em relação ao campo de distribuições de competências e autonomia dos Estados-Membros.

Antes de se ponderar a técnica de competências, é preciso tecer algumas considerações sobre a questão eleita como a pedra de toque de toda a controvérsia em análise: o pacto federativo.

Conforme acentua Bonavides, o federalismo é um dos temas mais sedutores e complexos da ciência política⁷, que engloba controvérsias e aspectos sensíveis que remontam à origem do modelo federal norte-americano, tais como: a presença do equilíbrio estável entre unidades autônomas (Estados-Membros) que cedem parte de sua soberania em favor da União; as vantagens (e desvantagens) de modelos descentralizados de poder, pautados por uma técnica de divisão de competências que assegura, ao mesmo tempo, a pluralidade regional com uma unidade nacional, mantendo o equilíbrio de representação dos entes na formação da vontade nacional,

7 BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 77.



o que se convencionou chamar de “federalismo dual”⁸.

Historicamente, de forma diversa do *federalismo dual* estadunidense – paradigma das federações modernas –, nascido de uma confederação que se dissolveu, o modelo brasileiro, como alerta Ferreri, surge como consequência de um Estado Unitário que se dissolveu⁹. O pacto federativo se mostra, assim, como o arranjo jurídico-político que estabelece os limites da autonomia dos Estados-Membros e, ao mesmo tempo, prescreve o campo de incidência de regras de cunho nacional a cargo da União. Trata-se de uma equação difícil e nem sempre estável que busca o balanceamento entre diversidade e unidade. O pacto federativo, portanto, consolida-se concretamente na técnica de competências a serem distribuídas aos entes estatais como parte integrante da forma de Estado. No Brasil, o constituinte de 1988 seguiu a técnica clássica de enumeração de poderes expressos à União, remanescendo poderes aos Estados-Membros¹⁰.

Indo ao ponto específico das competências, no que tange à Defensoria Pública, a CRFB/1988, em seu art. 24, estabeleceu a técnica de estipulação de competência concorrente entre União e Estados-Membros, *in verbis*: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;”.

O fato de a competência ser concorrente nessa hipótese, todavia, não dá ao Estado-Membro, no que tange à forma de Defensorias Públicas, autonomia total, ao ponto de se implementar, como no caso catarinense, modelo totalmente diverso daquele instituído pelo figurino do art. 134 da CRFB/1988 e LCF 80. Em suma, nesse aspecto, a concorrência dos Estados-Membros em face da União situa-se apenas no âmbito regulamentar.

Tais considerações ficam mais ainda evidenciadas quando se observa a dicção do § 1º do art. 134 em apreço, não sendo mero detalhe de técnica legislativa o fato de ali se estabelecer que uma Lei Complementar, de cunho nacional, traçará as regras gerais de organizações das Defensorias Públicas em todo o território nacional. Repita-se: é de se notar que tal dispositivo deixa evidente que, na esfera dos Estados-Membros, por conta da autonomia legislativa e repartição de competências dos mesmos em face de outros entes da federação, essa mesma Lei Complementar, de incidência nacional, não tratará de organizar as Defensorias Públicas, deixando intacta a esfera de competência própria dos demais entes federados, mas tão somente traçará regras gerais. Com efeito, tratando a LCF/80 de estabelecer regras gerais de organização geral das Defensorias Públicas em todo território nacional, restou resguardado o equilíbrio do pacto federativo, cabendo aos Estados Federados – por conta de competência concorrente não exclusiva – a tarefa de criação e implantação da referida instituição.¹¹

8 FERRERI, Janice Helena. *A federação*. In: BASTOS, Celso (org.). *Por uma nova federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 32.

9 *Idem*, p. 27.

10 FERRERI, Janice Helena. *A federação*. *op. cit.*, p. 33.

11 MORAES, Guilherme Braga Pena de. *Assistência jurídica, defensoria pública e o acesso à jurisdição*



4 CONCLUSÃO

As breves notas sobre o caso da defensoria dativa catarinense apontam para a necessidade de se pensar a questão do pacto federativo brasileiro com maior profundidade. Afinal, toda controvérsia jurídica de cunho nacional, como referido, tem, em seu nascedouro, a defesa de interesses, a afirmação de formas de vida e visões de mundo em conflito. Elucidar o quanto possível essas variáveis é uma tarefa indeclinável do pensamento jurídico minimamente crítico.

Olhos postos nessas variáveis nem sempre esclarecidas no debate jurídico ordinário, vê-se que, sob o argumento da autonomia local, o Estado de Santa Catarina resiste em implantar em seu território o modelo estatal de prestação de Assistência Jurídica Integral previsto constitucionalmente, o qual, como visto, pode ser caracterizado como meio de concretização de nítido Direito Fundamental, o que gera, em nosso modelo constitucional dirigente¹² e compromissário, obrigação cogente para todos os entes federados.

Muitos outros elementos, como a capacidade financeira do Estado, a efetividade (ou não) das Defensorias Públicas já instaladas, são questões relevantes, mas que não podem, sob o falso pretexto da eficiência, encobrir interesses corporativos. A respeito do argumento econômico, inclusive, caberia uma analogia com outros serviços de igual relevância prestados por órgãos estatais e que, nem por isso, são delegados aos particulares. Tem-se, portanto, no caso das competências federativas em matéria de prestação de Assistência Jurídica, nítida esfera concorrente e estritamente regulamentar dos Estados-Membros, cuja autonomia não significa desconsiderar o modelo nacional de Defensorias Públicas determinado pelo constituinte originário.

À luz de tais reflexões, breves e pontuais sobre o tema em questão, que se pode, por fim, compreender que o Estado Democrático de Direito é justamente um modelo de Estado que é democrático não por se subordinar às maiorias legislativas locais, as quais, sob o pretexto de afirmar interesses pontuais, acabam por não concretizar Direitos Fundamentais que são de todos.

no estado democrático de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 56.

12 Ainda que Canotilho tenha realizado uma revisão deste conceito, tem-se que o mesmo aponta para o fato de que as Constituições não só estabelecem programas que limitam o poder, mas também orientam e dirigem os rumos com que os sucessivos governos devem estar vinculados e, portanto, tais comandos não são destituídos de cogência normativa. C.f. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.



REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da república Federativa do Brasil* – texto constitucional de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/>>. Acesso em: 30 de dez de 2006.

_____, Lei Complementar Federal n. 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/>>. Acesso em: 30 de dez de 2006.

_____, Lei Complementar Estadual n. 155 de 15 de abril de 1997. Institui a Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina. Fonte: <<http://www.oab-sc.org.br/setores/defensoria/legislacao.jsp>>. Acesso em: 30 de dez de 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 77.

FERRERI, Janice Helena. A federação. In: BASTOS, Celso (Org.). *Por uma nova federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 32.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. *Acesso à justiça e cidadania*. 1. ed. Chapecó: Argos, 2003. v. 1.

Movimento pela Criação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina. Fonte: <http://www2.unochapeco.edu.br/~defensoriapublica_sc/somos.php>. Acessado em: 20 de abr. de 2011.

MORAES, Guilherme Braga Pena de. *Assistência jurídica, defensoria pública e o acesso à jurisdição no estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 56.

Secretarias Regionais. Fonte: <<http://www.sc.gov.br/conteudo/governo/paginas/index.html>>.

LUZ, Vladimir de Carvalho Luz. Defensoria Pública e Direitos Fundamentais: silêncios e obviedades sobre a defensoria dativa catarinense. In: CAMARGO, Mônica Ovisnki; CUSTÓDIO, André Viana de. (Org.). *Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais - visões interdisciplinares*. Curitiba: Multidéia, 2008, v. 1, p. 53-74.





Editora da Universidade de Santa Cruz do Sul
www.unisc.br/edunisc