

Organizadores:

Jorge Renato do Reis

Rogério Gesta Leal

Marli Marlene Moraes da Costa

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO
CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO
TOMO 1**



AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO – TOMO 1



Reitor

Vilmar Thomé

Vice-Reitor

José Antônio Pastoriza Fontoura

Pró-Reitora de Graduação

Carmen Lúcia de Lima Helfer

Pró-Reitora de Pesquisa
e Pós-Graduação

Liane Mählmann Kipper

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

Liane Mählmann Kipper

Ademir Muller

Cristina Luisa Eick

Eduardo Alexis Lobo Alcayaga

Eunice T. Piazza Gai

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 do Reis
Rogério Gesta Leal
Marli Marlene Moraes da Costa

AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO – TOMO 1

Santa Cruz do Sul
EDUNISC
2009

© Copyright: *Dos autores*
1ª edição 2009

Direitos reservados desta edição:
Universidade de Santa Cruz do Sul

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

P769 As políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo [recurso eletrônico]:
tomo 1 / organizadores: Jorge Renato dos Reis, Rogério Gesta Leal, Marli
Marlene Moraes da Costa. - Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2009.
Dados eletrônicos.
Texto eletrônico.
Modo de acesso: www.unisc.br/edunisc
ISBN: 978-85-7578-261-3

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

CDDdir: 341.2

Bibliotecária: Muriel Esperança Thürmer CRB10/1558

ISBN 978-85-7578-261-3

SUMÁRIO

POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSIÓN SOCIAL <i>Álvaro A. Sánchez Bravo</i>	7
EL BLOQUE CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU APLICACIÓN EN CHILE Y AMÉRICA LATINA <i>Humberto Nogueira Alcalá</i>	19
REFORMA ADMINISTRATIVA Y ESTADO DE BIENESTAR <i>Jaime Rodríguez-Arana</i>	52
A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA INTEGRAÇÃO ENTRE GRADUAÇÃO EM DIREITO E ESCOLA FUNDAMENTAL <i>Eliane Fontana e Suzéte da Silva Reis</i>	62
POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A JUVENTUDE SOB A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTEGRAL <i>Ismael Francisco de Souza, Luciana Rocha Leme e Messias Silva Manarim</i>	73
O ADOLESCENTE AUTOR DE ATO INFRACIONAL: O SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO (SINASE) COMO INSTRUMENTO JURÍDICO-POLÍTICO PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS <i>Fernanda da Silva Lima e Josiane Rose Petry Veronese</i>	81
PRINCÍPIO DE SUBSIDIARIEDADE NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS <i>Vinicius Malta Martins</i>	90
PRINCÍPIO REPUBLICANO E POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS <i>Eloi Cesar Daneli Filho e Hugo Thamir Rodrigues</i>	100
EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO EIXO TRANSVERSAL PARA A PROMOÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE NA SOCIEDADE DE RISCO AMBIENTAL <i>Luiz Ernani Bonesso de Araújo, Cristian Ricardo Wittmann e Luiza Landerdahl Christmann</i>	114
PARADIGMA ECOLÓGICO E SUAS POSSÍVEIS APLICAÇÕES NO URBANO <i>João Telmo Vieira e Viviane Luchese</i>	124
LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS À PROPRIEDADE E AS RECENTES DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DA EXPROPRIAÇÃO ADMINISTRATIVA COMO MECANISMO DE COMBATE AO NARCOTRÁFICO <i>Elisandro Machado e Seila Castro</i>	132
A TRANSFORMAÇÃO DO MODELO POLÍTICO-INSTITUCIONAL DO ESTADO-NAÇÃO E O TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES <i>Sílvia Muller</i>	139
FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS DA SOLIDARIEDADE E SUA RECEPÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO <i>Bruno Hermes Leal</i>	149

ACESSO ABERTO: UMA ALTERNATIVA PARA O CONFLITO ENTRE DIREITO DE AUTOR E ACESSO AO CONHECIMENTO NO ÂMBITO ACADÊMICO <i>Eduardo Pires e Jorge Renato dos Reis</i>	161
IMPACTOS DA NANOTECNOLOGIA NO MUNDO DO TRABALHO <i>Marcelo Barroso Kümmel, Mariana da Silva Garcia e Ana Carolina Espindola</i>	170
OS CONSELHOS DE SAÚDE: GARANTES DA CIDADANIA <i>Andressa Fracaro Cavalheiro e Liton Lanes Pilau Sobrinho</i>	178
O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO IDOSO COMO POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO SOCIAL <i>André Viana Custódio e Mirian Pamplona Machado</i>	190
GOVERNANÇA E EMPODERAMENTO SOCIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ESFERA LOCAL <i>Ricardo Hermany e Dartagnan Limberger Costa</i>	198
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: A NECESSIDADE DE ABERTURA DA CONSTITUIÇÃO À LUZ DA TEORIA DE PETER HÄBERLE <i>Daniela Richter e Rosane B. Mariano da Rocha Barcellos Terra</i>	209
NOVOS PARÂMETROS DE INTERPRETAÇÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL <i>Márcio Floriano Júnior, Maritana Copatti Lauermann e Neida Terezinha Leal Floriano</i>	219

POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSIÓN SOCIAL

Álvaro A. Sánchez Bravo¹

1 INCLUSIÓN SOCIAL DESDE LA DIGNIDAD Y LA DIVERSIDAD CULTURAL

Las sociedades modernas están avanzando a un ritmo vertiginoso. Los avances tecnológicos, la globalización y el envejecimiento de las poblaciones están cambiando nuestros modelos sociales. Pero el cambio no siempre significa un avance en la titularidad y ejercicio de los derechos, sino, que en muchos casos, ha supuesto una involución, que he colocado a millones de personas fuera de los mecanismos del mercado capitalista, y de los propios mecanismos de protección estatales.

Porque cuando hablamos de cohesión e inclusión social, no solo estamos haciendo referencia a la primordial lucha contra la pobreza, sino a un espectro más amplio que contempla otras situaciones que determinan que personas y los grupos en que se integran no sean visibles para los sectores estatales e internacionales, lo cual los convierte en invisibles, inexistentes.

Pero cuando hablamos de inclusión, ¿a que nos estamos refiriendo? Y, ¿de que sociedad estamos hablando?

La primera cuestión a considerar es que cuando hablamos de políticas, sean estas publicas y privadas de inclusión, debemos considerarlas a la luz de ese valor fundamentador de los derechos humanos que es la dignidad. Sin la conciencia de la igual dignidad de todos los seres humanos es imposible articular mecanismos verdaderamente efectivos de inclusión, pues aun otorgando bienes materiales, no los consideramos como iguales, como de los nuestros, sino como seres disminuidos a los que hay que tutelar, "dar caridad, pero no derechos". Uno de los objetivos imprescindibles de los modelos de sociedad y bienestar de las sociedades democráticas es que todas las personas puedan participar en el progreso económico y social.

También es relevante la consideración de la sociedad en la que se incluirán los excluidos o desde la que se implementaran las políticas sociales de inclusión. La importación, cuando no la imposición de modelos económicos, sociales y culturales, de eso que se ha dado en llamar el "primer mundo" coloca cada día a

¹ Doctor en Derecho profesor de Teoría y Filosofía del Derecho y Profesor de Política Criminal del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología (Universidad de Sevilla). Presidente de la Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Coordinador Jurídico del Proyecto Acuífero Guaraní/Serra Geral. Coordinador de Relaciones Internacionales del Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU).

miles de personas en situación de exclusión. No porque objetivamente lo estén, sino porque no se reconocen y no son reconocidos en los estándares capitalistas occidentales, que los excluye por distintos, por inadaptados, incluso por peligrosos. Craso error, pues creemos que es precisamente el pluralismo social, el que enriquece y garantiza la libertad, la igualdad y la no discriminación en sociedades complejas como las nuestras, y que son el basamento de un verdadero Estado que se defina como social y democrático de Derecho.

Pero nótese que hablamos de pluralismo y no de relativismo social y cultural. El límite de las expresiones sociales y culturales está en el respeto a los derechos humanos. Aun asistimos a ritos, tradiciones o formas de vidas que vulneran o limitan el ejercicio de los derechos humanos para numerosos seres humanos. Amparados en un absurdo carácter ancestral se mantienen ritos bárbaros, como la ablación del clítoris, el burka, los matrimonios-venta de menores (niñas fundamentalmente) etc., que deben ser perseguidos y castigados por lo que de atentado y/o lesión tienen. Ahora bien, cuando esto se intenta, rápidamente acuden los falsos apóstoles de la falsa solidaridad y reclaman la impunidad de estas conductas amparados en que esas personas o grupos son así en sus tradiciones, en su historia.

Quede clara ya desde ahora nuestra postura: todas las tradiciones merecen respeto y deben ser protegidas, pero cuando bajo la fórmula se imponen conductas, se vulnera la libertad o la integridad de las personas, esa "tradicción" deviene delito y debe ser perseguida por todos los mecanismos de los Estados democráticos, para castigar a los autores y resarcir a las víctimas, reintegrándolas a sus derechos y a una vida en dignidad.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS Y NUEVOS ESCENARIOS SOCIALES

Las sociedades cambiantes a las que antes nos hemos referidos, presentan evidentes riesgos de exclusión social, pero también posibilidades de mejora que las políticas públicas deben implementar.

La esperanza de vida está aumentando, con nuevas manifestaciones familiares y de sistemas de trabajo. Los valores y las relaciones intra e intergeneracionales cambian.

Pero también generan nuevos riesgos sociales que pueden reducir las posibilidades de éxito en la vida y alimentar un sentimiento de inseguridad, aislamiento, injusticia y desigualdad². La realidad sigue siendo dura e injusta: millones de personas no tienen garantizada su supervivencia, ni acceso a los servicios básicos, o está inactivas o desempleadas, o son analfabetos, o desgraciadamente, concurren en ellos todos los atributos anteriores los que les hace caer en el círculo de la pobreza y de la exclusión social.

² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Oportunidades, acceso y solidaridad: hacia una nueva visión social para la Europa del siglo XXI. COM (2007) 726. Bruselas. 20.11.2007.

La situación actual de crisis económica que galopa sobre los mercados capitalistas, pero que antes o después afectara a la economía global, coloca, con el aumento del precio de los alimentos y la nueva distribución de mercados, a los desfavorecidos y excluidos en una situación de riesgo desproporcionado.

Por ello, las políticas sociales deben mantener el ritmo de esas realidades cambiantes, siendo flexibles en su aplicación y dando la respuesta adecuada a cada realidad. Es preciso que todos los niveles de gobierno se impliquen y asuman este reto.

Las medidas de inclusión social son responsabilidades fundamentalmente de los Estados, pero deberán adoptarse en los niveles más próximos a los ciudadanos, tanto a nivel internacional como nacional. Pero no son sólo los Estados los que deben actuar, sino también la sociedad civil y los ciudadanos que la integran. En numerosas ocasiones, las políticas públicas de inclusión social, son percibidas como un mal, más que como un mecanismo de garantizar dignidad. Dan la impresión de favorecer a unos grupos sobre otros, creando una "*reductio ab absurdum*" de reivindicaciones, que excluye y aísla más a los beneficiarios de esas políticas.

Ello viene motivado en gran parte por la adopción de medidas políticas al margen, cuando no en contra, de las comunidades y ciudadanos a las que van dirigidas. Es por ello que debe incrementarse la participación ciudadana y la descentralización, pero con el horizonte de crear capacidad de gestión de los recursos y de intervenir en la planificación y elaboración de las políticas.

Igualmente, en aquellos supuestos, en los que el desarrollo de instituciones formalizadas pueda ser dificultoso para los Estados, debe poder recurrirse a mecanismos informales de regulación, basados en la intervención de las comunidades afectadas, y en su posibilidad de solicitar responsabilidades por la gestión.

La mejora de la legislación y de su cumplimiento, no debe entenderse como una desregulación, sino como una mejora de las políticas y sus objetivos en beneficio de todos los interesados. Además supondrá que las políticas en los diferentes ámbitos se complementen y sean coherentes entre sí y determinen las aportaciones mutuas.

Lo importante es centrarse en potenciar el papel de las personas y permitirles aprovechar todo su potencial al mismo tiempo que ayudan a los que no puedan hacer lo propio.³

Su ámbito material y subjetivo no debe reducirse a los valores sociales tradicionales, debe ser transversal y multidimensional, y abarcar, desde la política de trabajo, pasando por la educación, igualdad entre sexos, sanidad, inmigración, y el

³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Agenda Social Renovada: Oportunidades, acceso y solidaridad en la Europa del siglo XXI. COM (2008) 412. Bruselas. 02.07.2008.

diálogo intercultural (la iniciativa española y turca de la Alianza de Civilizaciones es una buena muestra de ello).

Es preciso considerar, por tanto, cuales son los nuevos escenarios en los que esas políticas van a implementarse. Así, siguiendo la Agenda Social Europea, pueden distinguirse:

- Globalización. La globalización, los avances tecnológicos y la evolución de las condiciones económicas afectan a nuestros modos de vida y de trabajo, ofreciendo nuevas posibilidades de empleo, exigiendo nuevas competencias y acelerando los cambios. Las ventajas y los riesgos derivados de ello no se distribuyen de manera uniforme y algunos estratos sociales tienen dificultades para adaptarse y asumir los riesgos del desempleo y la exclusión.

- Los cambios demográficos impulsan cambios sociales y precisan de nuevas respuestas. En algunas partes del mundo, como en Europa, el aumento de la esperanza de vida es un gran logro. Sin embargo el descenso de la natalidad y el envejecimiento de la población hacen que deban tomarse medidas para modificar nuestros hábitos de vida, trabajo y jubilación.

En otras partes del mundo, la explosión demográfica sigue siendo un problema a resolver, dada la ausencia de medios materiales para la supervivencia de millones de personas, por la desigual distribución de la riqueza y la ausencia de políticas públicas de efectivación de los derechos y de las garantías democráticas.

- Inmigración. Conectada directamente con los cambios demográficos, la inmigración supone uno de los símbolos sociales de nuestro tiempo. Nunca en la historia, se ha producido un movimiento de población de tanta magnitud. La pobreza lleva a miles de personas a diario a jugarse la vida para alcanzar ese "primer mundo" percibido como un mundo idílico donde acabarán todos sus padecimientos. La realidad es bien distinta: marginación, exclusión y estigmatización social.

Pero no debe olvidarse que la inmigración, como ha sucedido en Europa, ha contribuido de forma significativa a la generación de empleo, al crecimiento económico y a la prosperidad. La escasez en los mercados laborales, y la evolución en las demandas hace que los inmigrantes asuman trabajos que los europeos no quieren realizar en atención al bajo salario, la penosidad o la percepción social de los mismos.

Especialmente preocupante es la equiparación entre la inmigración y la delincuencia.

Desde el inicio la inmigración debe ir acompañada por esfuerzos para lograr la integración, lo que incluye crear los mecanismos para que el inmigrante conozca la lengua del país de acogida, lo que incorpora otros retos en materia de sanidad, vivienda y enseñanza.

- Cambio Climático. Los nuevos modelos energéticos, basados en la baja emisión de carbono son de vital importancia para el bienestar, e incluso, la supervivencia de las futuras generaciones. Deben aprovecharse las nuevas oportunidades para el desarrollo económico basado en la “economía verde” pero prestando especial atención a los grupos vulnerables, evitando caer en la denominada “pobreza energética”. Si bien es obvio que la pobreza energética constituye tan sólo un aspecto de la pobreza total, también es cierto que la provisión de acceso universal a la energía es un modo importante de aumentar las oportunidades de generación de ingresos y de mejorar el clima social. El acceso universal a la electricidad es un objetivo esencial de las políticas públicas, ampliamente reconocido en todas las divisiones sociales⁴.

3 OBJETIVOS A CUMPLIR POR LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSIÓN SOCIAL

Los objetivos de cualquier política pública positiva de integración social deben basarse en un compromiso firme hacia sociedades armoniosas, cohesivas e inclusivas que respeten los derechos fundamentales en unas economías de mercado socialmente sanas.

Nótese, que hablamos de políticas públicas positivas, pues en materia de inclusión las políticas no se colman sólo porque el Estado asuma su implantación, sino porque éstas sean verdaderamente sociales. Desgraciadamente muchas de las políticas estatales, o son simplemente caritativas, negando la implicación de los ciudadanos, o son directamente racistas y xenófobas cuando las políticas, lejos de integrar, contribuyen a segregar, y a crear conflictos sociales, al hacer ver a los diferentes como potenciales peligrosos sociales, a los que hay que clamar en sus ambiciones.

Las políticas sociales en materia de inclusión deben basarse en tres objetivos, directamente interrelacionados, y de idéntica importancia. Está surgiendo una nueva visión social sobre cómo promover mejor el bienestar ante los retos del mundo actual. Este nuevo enfoque se centra en las oportunidades, el acceso y la solidaridad.

- Crear Oportunidades. Hay que generar más y mejores trabajos y condiciones laborales, facilitando una movilidad inclusiva. En sociedades como la nuestra donde se considera que todas las personas idénticas en dignidad y derechos, no cabe dejara atrás a nadie. Esto se concreta en la garantía de que todos realicen sus potencialidades al mismo tiempo que se respeta la diversidad y pluralidad, luchando contra las discriminaciones manifiestas, así como contra las indirectas, y erradicando el racismo y la xenofobia.

- Proporcionar Acceso. Cada persona arranca de una situación diferente en esa carrera que es la vida. Ello no significa que debamos aceptar resignadamente

⁴ <http://www.worldenergy.org/documents/urbanenpov2006es.pdf>

un cierto “determinismo social” en el cual los pobres, desarraigado, los excluidos lo serán siempre porque así nacieron y no hay posibilidades de mejorar. Debe asegurarse el acceso universal a la educación, a una protección social, a una atención sanitaria y a unos servicios de calidad añadida que permitan superar las desigualdades respecto al punto de partida de cada persona en la vida y disfrutar más y mejor.

- Solidaridad. La solidaridad debe formar parte del ideario de las sociedades democráticas, tanto al nivel de sus políticas públicas, como en su apertura a las políticas exteriores hacia el resto del mundo. Pero la solidaridad no debe ser sólo material, sino que abarca también la solidaridad entre generaciones, entre países y territorios, entre ricos y pobres. Como señala la Agencia Social Europea, *“la solidaridad significa acción para ayudar a los desfavorecidos, aquellos que no pueden beneficiarse de una sociedad abierta y en rápido proceso de cambio. Significa estimular la inclusión y la integración social, la participación y el diálogo, y luchar contra la pobreza. Significa ayudar a quienes están expuestos a los problemas temporales y transitorios de la globalización y el cambio tecnológico”*.

Esta visión refleja una opinión cada vez más extendida según la cual aunque la sociedad no puede garantizar una igualdad de resultados a sus ciudadanos, debe ser mucho más resuelta para fomentar la igualdad de oportunidades.

No existe un enfoque único para toda Europa, sino que existen retos comunes y una necesidad común de actuar. La ambición central es conseguir una distribución más amplia de las «oportunidades de éxito en la vida», con el fin de permitir a cada ciudadano de la UE tener acceso a los recursos, a los servicios, a las condiciones y a las capacidades con el fin de transformar la igualdad teórica de oportunidades y la ciudadanía activa en una realidad con sentido.

Es una cuestión de justicia y cohesión sociales. La divergencia entre «ganadores» y «perdedores» de los cambios económicos y tecnológicos puede dar lugar a nuevos modelos de desigualdad, con el riesgo persistente de pobreza coincidiendo con nuevas formas de exclusión. En una sociedad moderna y cohesionada, todos deben poder contribuir plenamente a la sociedad y tener acceso a nuevas oportunidades para subir en la escala social en distintas fases de su vida.

Se trata de un imperativo económico. Una sociedad eficaz, confiada y boyante que invierta en su capital humano y cree oportunidades que permitan a sus individuos progresar a lo largo de su vida resulta esencial para garantizar el crecimiento económico, la participación en el mercado laboral, las condiciones de vida y combatir la exclusión social. Esto representa también una inversión financiera sólida: abordar los problemas sociales en su fuente reduce el riesgo de que el sistema de protección social tenga que pagar la factura de las disfunciones sociales y de una falta de oportunidades económicas en una fase posterior.

Es una necesidad política. El establecimiento de un clima de confianza resulta esencial para el progreso, la modernización y la apertura al cambio.

4 INTEGRACIÓN SOCIAL E IGUALDAD: PRIORIDADES DE ACTUACIÓN

Las políticas públicas de inclusión social deben partir, como indicamos al inicio de nuestra reflexión, de la radical consideración de la dignidad de todas las personas. Pero de una dignidad, igual, sin jerarquías, que contemple asimétricamente la posición vital y las posibilidades de cada persona, sin discriminación y garantizando los medios materiales para una adecuada calidad de vida.

La promoción de la igualdad y la integración social consiste en garantizar que todo el mundo, incluso los grupos más vulnerables, puedan participar plenamente en la sociedad y en el trabajo, y que tengan garantizada la igualdad de oportunidades.

Esta labor presenta varios prismas. Una debe ser garantizar la lucha contra la discriminación, Garantizar la igualdad de mujeres y hombres es también un aspecto importante a considerar. Combatir la exclusión y la pobreza (incluyendo la pobreza infantil) es otra de las prioridades que requerirá, ofrecer una vivienda digna y asequible, abordar los problemas de indigencia y sobreendeudamiento.

Otra prioridad debe venir dada por considerar el problema del cambio demográfico, como por ejemplo el envejecimiento de la población en la Unión Europea, que supondrá la garantía de sistemas eficaces de protección social, como pensiones adecuadas y atención sanitaria y de larga duración.

Abordemos, pues las manifestaciones de esa integración e igualdad, señalando las áreas prioritarias de actuación.

4.1 Lucha contra la discriminación.

Uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas es que todos sus ciudadanos puedan disfrutar de su vida sin verse discriminados.

Sin embargo, la tendencia no es sólo su eliminación, sino que avanza en algunos sectores⁵. Aunque casi todas las legislaciones la persiguen, incluso penalmente, es necesario crear condiciones para que todas las personas puedan disfrutar de una igualdad de trato.

La discriminación se produce cuando se trata a una persona o a un grupo de forma desfavorable por razones de género, religión, discapacidad, origen étnico o racial, edad u orientación sexual.

⁵ En la Unión Europea, la discriminación sigue siendo considerada como una actitud generalizada: el 64% piensa que la discriminación es generalizada en lo referente al origen étnico, el 53% lo piensa respecto a la discapacidad, y el 50% respecto a la orientación sexual.

Especialmente relevante en este campo es la lucha contra el racismo y la xenofobia, que conduce a intolerables actitudes violentas y segregacionistas de parte del tejido social.

Debe promoverse igualmente la igualdad entre hombres y mujeres, tanto en lo relativo a las equiparaciones salariales, así como en la infrarrepresentación en los procesos de toma de decisiones económicas y políticas⁶. Sin olvidar, los desequilibrios existentes a la hora de compartir las responsabilidades familiares (conciliación de la vida personal y familiar), en orden a las tareas domésticas, el cuidado de los hijos y de otras personas dependientes.

4.2 Exclusión social y pobreza.

Millones de personas viven bajo el umbral de la pobreza, sin posibilidades materiales de abandonar esa situación, por razones diversas, como la exclusión social, la escasa formación, la discapacidad o los conflictos internacionales que los arrastra al exilio y la miseria⁷.

Es por ello que junto a la distribución de alimentos, para paliar las necesidades básicas de supervivencia, deban implementarse medidas de inclusión activa.

Las estrategias de integración activa implican la promoción de la integración de grupos vulnerables, asegurando que las políticas públicas movilizan a las personas que pueden trabajar, al tiempo que ofrece un nivel de vida digno a quienes estén fuera del mercado laboral.

La erradicación de la pobreza significa acabar con el círculo vicioso de la pobreza intergeneracional, una trampa de la que es difícil escapar.

Deben reforzarse los programas de ayuda alimentaria para las personas más necesitadas, evitando las disfunciones del mercado, que llevan a la destrucción de alimentos aptos para el consumo, en aras de evitar una caída de precios por sobreoferta.

Debe considerarse también las opciones para el nuevo escenario energético mundial, apostando por los biocombustibles, pero sin que ello suponga la mutación del destino de las tierras aptas para labor y producción de alimentos. La defensa de los valores ambientales, y la imprescindible lucha contra los efectos del cambio

⁶ La tasa de empleo en Europa para las mujeres fue de un 58,3% en 2007, 14,2 puntos por debajo de los hombres. Las mujeres cobran, de media, un 15% menos que los hombres por cada hora de trabajo.

⁷ La pobreza extrema sigue siendo una realidad cotidiana para más de 1.000 millones de seres humanos que subsisten con menos de 1 dólar por día. El hambre y la malnutrición afectan a un número poco menor de personas, pues hay: más de 800 millones de personas cuya alimentación no es suficiente para satisfacer sus necesidades energéticas diarias. En el caso de los niños pequeños, la falta de alimentos puede ser peligrosa porque retarda su desarrollo físico y mental y pone en peligro su supervivencia. Más de una cuarta parte de los niños menores de 5 años de los países en desarrollo sufren de malnutrición. Cfr.

<http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/poverty.shtml>

78 millones de europeos viven en el umbral de la pobreza, de los cuales 19 millones son niños. Alrededor de 23,5 millones de personas en la Unión Europea sobreviven con 10€ al día y 7 millones con 5€ diarios.

climático no se entenderían si se hiciese a costa del hambre y la pobreza de millones de personas.

4.3 Invertir en las personas.

Labor fundamental en los modernos escenarios mundiales es, frente a la globalización y los cambios tecnológicos, ayudar a los Estados miembros a modernizar sus sistemas laborales y prever los cambios futuros y las reestructuraciones. Pero la opción no es la rebaja de las garantías sociales, de los derechos laborales, ni la inversión de los Estados en gasto social.

Estimular el crecimiento y el empleo, genera economías sanas que son la base de la prosperidad, y la mejor manera de escapar de la pobreza es tener un trabajo digno. La situación de crisis estructural que afecta a los sistemas financieros de los países más desarrollados, son buena muestra de lo que no se debe hacer: jugar con la estabilidad laboral y financiera de millones de ciudadanos, por el interés egoísta de enriquecerse solo unos pocos.

Las políticas educativas y de inversión en formación de capital humano son fundamentales para la inclusión social. La variabilidad de las condiciones vitales, hace que cualquier persona necesitemos nuevas oportunidades en diferentes momentos de nuestra vida. Sólo podrá lograrse con el aprendizaje permanente y una renovación constante de capacidades que nos permita hacer frente a las cambiantes necesidades sociales presentes y futuras.

Como señala la Agenda Social Europea: *“Las nuevas capacidades – empresariales, relacionadas con una economía de baja emisión de carbono, tecnologías de la información y la comunicación - y las capacidades que fomentan conocimientos básicos digitales, de medios de comunicación y financieros forman parte de un conjunto de capacidades modernas”*.

4.4 Infancia y Juventud.

El futuro de las naciones depende de sus niños y sus jóvenes. Sin embargo, muchos están excluidos por carecer de oportunidades y de acceso a una enseñanza y formación que les permitan aprovechar sus capacidades.

Todos los niños necesitan recibir una educación que los prepare y les dé una oportunidad justa, intentando que tengan unos niveles de cualificación y formación más elevados que sus padres. Es por ello que deben incentivarse a las familias para que los hijos no se vean prematuramente excluidos del sistema.

Es imprescindible actuar para romper el círculo vicioso de la pobreza infantil, unos sistemas de vida poco saludables, el fracaso escolar y la exclusión social de los niños. El elevado desempleo, el excesivo número de jóvenes que abandonan el sistema educativo y las desigualdades salariales son cuestiones que deben abordarse como prioritarias. De no cambiar las condiciones, los jóvenes que si

trabajan, y que incluso necesitarán trabajar más años, probablemente dispondrán de menos recursos económicos en la vejez que las generaciones anteriores.

4.5 Cambio demográfico y envejecimiento social.

La población mundial presenta evidentes asimetrías en su renovación generacional. Mientras una parte del planeta envejece⁸, otra parte mantiene tasas de crecimiento exponencial.

Esta situación tiene unas evidentes implicaciones para el empleo, la salud, la atención a largo plazo y la asistencia social. Hacer frente al cambio demográfico requiere solidaridad y colaboración intergeneracional.

El envejecimiento de la población es el resultado de una natalidad decreciente combinada con un aumento de la esperanza de vida. Ello conlleva que la sociedad debe adaptarse, propiciando que esa igualdad de oportunidades que venimos defendiendo, lo sea para todas las edades. Para ellos las políticas públicas deben centrarse en “envejecimiento activo” que permita a las personas de más edad la posibilidad de acceder o conservar su trabajo durante más tiempo, lo cual también posibilita su implicación social, como ciudadanos activos.

Pero para mantener esa actividad, es imprescindible el garantizar y mantener un sistema público de pensiones que permita a las personas de mayor edad conservar su calidad de vida. Existe riesgo de que los pensionistas se ven abocados a situaciones de pobreza, por lo que es necesario garantizar que las pensiones sean suficientes para asegurar unos ingresos y una seguridad financiera.

El aumento de la esperanza de vida exigirá un replanteamiento de los sistemas de pensiones, pues cuanto más longeva sea la sociedad, menos años trabajarán los ciudadanos y más años habrá que hacer frente a las pensiones, lo que incrementará las presiones sobre los sistemas públicos de pensiones. Ahora bien, la opción no es la sustitución por sistemas privados, sino el equilibrio adecuado entre fondos públicos y privados. Lo contrario sería colocar a las personas de más edad fuera del sistema prestacional, dado que no podrían pagar los sistemas privados de pensiones, con lo cual no tendrían garantizados unos ingresos dignos, ni una asistencia integral adecuada a sus necesidades.

4.6 Asistencia sanitaria.

El acceso a la asistencia médica y social constituye un derecho básico de los ciudadanos, no debiendo estar influido por el nivel de ingresos o el patrimonio. Además, el gasto derivado de la asistencia sanitaria, no debe llevar a ningún ciudadano a colocarlo en situación de pobreza.

⁸ Se calcula que el índice de dependencia de la tercera edad (población con más de sesenta años en relación con la población en edad de trabajar) se duplicará para el año 2050 en la Unión Europea. Igualmente, se espera que la población haya descendido desde los 493 millones de habitantes actuales hasta los 472 millones.

Ésta, junto al desempleo, la falta de instrucción, los riesgos genéticos y la discapacidad tienen relación con un peor estado de salud.

La salud influye en todos los aspectos de la vida. Las políticas sociales pueden garantizar que todo el mundo tenga acceso a la asistencia sanitaria, incluso las personas que lo tengan más difícil para acceder, como las personas desfavorecidas que suelen necesitar ayuda, a pesar de que no la busquen.

Debe promocionarse la reducción de determinadas enfermedades que afectan a los sectores más desfavorecidos de la población, aumentando el número de medidas de prevención para reducir las necesidades de atención en el futuro.

5 CONCLUSIONES

Estamos ante una nueva realidad planetaria, que determina nuestro presente y futuro inmediato. Los fenómenos descritos muestran bien a las claras como asistimos, siendo protagonistas o víctimas, de ese nuevo paradigma que es la globalización. Globalización de mercados y economía que nos ha conducido a épocas de prosperidad, pero también a una crisis cuyo final no se vislumbra.

Pero junto a estos, millones de personas luchan todos los días por sobrevivir. Globalización de mercados, pero no de derechos, de dignidad.

Ante esta tesitura las políticas públicas se revelan hoy como imprescindibles para garantizar los mecanismos y los recursos para hacer frente a los nuevos retos.

Pero todo esto no será posible, sin el valor guía de las sociedades democráticas, cuando de relaciones entre personas hablamos: solidaridad.

Hay que concienciar a los ciudadanos de lo absolutamente imprescindible que es la defensa de la solidaridad y el compromiso sociales. No sólo por lo obvio que supone que no podemos permanecer impasibles ante el sufrimiento ajeno, y que además, nadie puede garantizarnos que en el futuro no engrosemos las filas de los excluidos, de los marginados.

Hay que recalcar la responsabilidad solidaria hacia el futuro, hacia las generaciones venideras, para que puedan disfrutar de un mundo diferente, intentado corregir y prevenir (si es posible) los deslates por nosotros cometidos. Aunque parezca sorprendente, todavía amplias capas de población consideran la pobreza y la injusticia como algo inevitable, eterno, que siempre estará ahí, sin ser conscientes de que no siempre fue así y que hoy culturas excluidas y marginadas, fueron durante siglos imperios prósperos y referentes de la historia. No quisiera caer en el pesimismo o en el drama, pero los datos son contundentes: hambre, racismo, incultura, explotación laboral y/ o sexual, comercio de seres humanos...

La información y educación en valores se revela como imprescindible, para concienciarnos todos de que no es un problema ajeno, que es un problema propio,

sobre el que hay que ponerse a trabajar entre todos, para evitar que se produzcan situaciones de exclusión, y cuando esto no sea por desgracia posible, que no queden impunes los culpables.

Junto a la educación, la otra variable viene determinada por el compromiso. Pero no sólo de los ciudadanos en los términos expresados, sino también de los Estados. Los Estados deben hacer una fuerte apuesta por las políticas sociales, por que el dinero público, la riqueza nacional sea destinada al bienestar de todos, al margen de corruptelas, o políticas particularistas. Pero en estas inversiones democráticas deben ser los excluidos los prioritarios. Ellos deben ser reintegrados a la sociedad, deben ver garantizadas sus necesidades básicas, sus derechos, en fin, su dignidad.

Ahora bien el problema, como venimos recalcando, es global. También en esta dimensión los Estados deben sentir el problema en su dimensión planetaria, no circunscrito a los hechos acaecidos dentro de los límites de sus fronteras territoriales.

Si no desarrollan políticas solidarias entre los Estados, sino no se comprende que el problema es global, sino se entiende de una vez que la miseria y la marginación no conoce de fronteras, no estaremos consiguiendo nada, salvo justificar lo injustificable o dando palos de ciego. Los responsables políticos y económicos deben comprender que sin un pacto universal nada conseguiremos. Pero un pacto desde la lealtad, desde la consideración de las limitaciones de muchos, pero también de lo que aportan, para sustentar economías y modelos que no han elegido, pero que les viene impuesto, y que los mantiene en situación de exclusión.

Somos conscientes de que nos pueden tachar de utópicos, pero las utopías son tales por que tienen vocación de mantenernos en marcha, hacia otra realidad.

Otro mundo es posible. Colaboremos todos por conseguirlo.

EL BLOQUE CONSTITUCIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU APLICACIÓN EN CHILE Y AMÉRICA LATINA

Humberto Nogueira Alcalá¹

1 LA DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, LOS CUALES CONSTITUYEN LÍMITES A LA SOBERANÍA ESTATAL

En el derecho constitucional latinoamericano la afirmación de la dignidad de la persona y de los derechos humanos como soporte del orden constitucional esta presente en la mayoría de las Cartas Fundamentales ⁽²⁾.

La dignidad humana es una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y a cualquier ser humano, constituyendo un elemento que cualifica al individuo en cuanto tal, siendo una cualidad integrante e irrenunciable de la condición humana. Ella es asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser concedida retirada a alguna persona, siendo inherente a su naturaleza humana; ella no desaparece por mas baja y vil que sea su conducta y sus actos ⁽³⁾

El artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, determina que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Dotados de razón y de conciencia, deben actuar unos con los otros en un espíritu de fraternidad.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, en su preámbulo afirma que "el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la sociedad humana [...] constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz mundial, en el reconocimiento que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres".

¹ El autor es Doctor en derecho por la Universidad Católica de Lovaina la Nueva, Bélgica. Profesor Titular de Derecho Constitucional , Director Ejecutivo del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca y del Magister de Derecho Constitucional de la misma Universidad, Campus Santiago. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Miembro Asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado. nogueira@utalca.cl

² Esta posición es extendida en América Latina, pudiendo establecerse como ejemplo la Constitución de Bolivia en su texto de 1995, en su artículo 6, precisa: "II. La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado"; la *Constitución de Brasil de 1988*, artículo 1° señala que la República Federal de Brasil tiene como fundamentos...III la dignidad de la persona humana"; la *Constitución de Colombia de 1991*, artículo 1°, prescribe "Colombia es un estado social de derecho [...] fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general"; la *Constitución Peruana de 1993*, en su artículo 1°, señala "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado"; la *Constitución de Honduras de 1982*, artículo 5°, precisa: "la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla"; la *Constitución de Guatemala de 1985* establece en su artículo 1° "Protección de la persona. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a su familia; su fin supremo es la realización del bien común".

³ González Pérez, J. *La dignidad de la persona*. Ed. Civitas. Madrid, 1986. p. 25.

Asimismo, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, de 1984, se precisa en el preámbulo el “reconocimiento que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres”. En el mismo sentido se expresa la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, la que explicita la “dignidad inherente a todos los miembros de la comunidad humana”.

El artículo 1º, inciso 1º de la Constitución chilena precisa: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”

La dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en si mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad. La dignidad es así un valor inherente a la persona humana que se manifiesta a través de la autodeterminación consciente y responsable de su vida y que exige el respeto de ella por los demás.

Von Wintrich sostiene que la dignidad del “hombre, como ente ético-espiritual, puede, por su propia naturaleza, consciente y libremente, autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que lo rodea.” (4). A su vez, González Pérez nos señalará que la dignidad es la categoría que corresponde al ser humano por estar dotado de inteligencia y voluntad, distinto y superior a todo lo creado, que establece un tratamiento en toda circunstancia concordante con la naturaleza humana (5).

La dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma.

Tal perspectiva ha sido asumida por el Tribunal Constitucional chileno, el cual en su sentencia de 26 de junio de 2008, ha determinado:

*VIGESIMOTERCERO. Que de la dignidad que singulariza a toda persona humana se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. De esos atributos se nombran aquí, por su vínculo directo con la causa a ser decidida, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la protección de la salud cuyo ejercicio legítimo la Constitución exige respetar siempre incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos;*⁶.

El mismo Tribunal Constitucional chileno, ya en sentencia de octubre de 2003, había explicitado que:

⁴ Von Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte (1957), citado por Fernández Segado, Francisco. 2003. “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos”, en *Revista Jus. Revista di Scienze Giuridiche*, Anno L, Maggio-Agosto, 2003, Università Católica del Sacro Cuore, Milán, pág. 205.

⁵ González Pérez, J. 1986. *La dignidad de la persona*. Madrid, pág. 112.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de junio de 2008, Rol N° 976, considerando vigesimotercero.

*la dignidad a la cual se alude es aquel principio capital de nuestro Código Supremo es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados*⁷.

Günter Durig dirá que la dignidad de la persona humana consiste en el hecho de que, cada individuo es humano por fuerza de su espíritu, que lo distingue de la naturaleza impersonal y que lo capacita para, con base en su propia decisión, volverse consciente de sí mismo, de autodeterminar su conducta, dar forma a su existencia y al medio que lo rodea. Toda persona es un ser que desarrolla su libertad autonomía, autodeterminando su conducta, considerado todo ello en abstracto, independientemente de su efectiva realización en un caso concreto, por lo que los poseedores de graves enfermedades mentales o deficientes mentales, poseen la misma dignidad y son merecedores del mismo respeto a esa dignidad que cualquier otro ser humano física y mentalmente capaz.

Ingo Wolfgang Sarlet sostiene que la dignidad de la persona humana es una cualidad intrínseca y distintiva reconocida a todo individuo que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguran a la persona tanto contra todo y cualquier acto de cuño degradante o deshumanizado, como velan por garantizar las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable, además de propiciar y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos⁸.

Háberle señala que la dignidad de la persona humana consiste en el “valor y pretensión de respeto intrínseco y simultáneamente social, al cual pertenece cada ser humano por su condición humana”⁹.

Podemos sostener la primacía de la dignidad de la persona sobre los derechos fundamentales, ya que estos tienen su fuente y fundamento en la primera, debiendo rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella. La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales. La dignidad humana se constituye en una barrera o límite inmanente a toda reforma constitucional, que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla. La dignidad del ser humano es el *minimum invulnerable* que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna.

La afirmación constitucional de la dignidad humana constituye un enunciado constitucional de eficacia directa y de aplicabilidad inmediata, teniendo un efecto anulatorio o invalidatorio de toda norma que contravenga o ignore dicha dignidad. El valor y principio jurídico de la dignidad humana genera un efecto de irradiación que se difunde sobre los otros principios e instituciones constitucionales.

Esta perspectiva ha sido asumida por el Tribunal Constitucional, el cual ha precisado en sentencia de 26 de junio de 2008:

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de octubre de 2003, Rol N° 389, considerando 17°, reiterado por sentencia Rol N° 943-07-INA, de fecha 10 de junio de 2008, considerando 28°.

⁸ Wolfgang Sarlet, Ingo. “As dimensoes da dignidade da Pessoa Humana”, en Wolfgang Sarlet, Ingo (Org.). *Dimensoes da Dignidade*. Ed. Livraria Do Advogado. Porto Alegre. 2005. p.37.

⁹ Háberle. , Peter. “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”, en Wolfgang Sarlet, Ingo (Org.). *Dimensoes da Dignidade*. Ed. Livraria Do Advogado. Porto Alegre. 2005. p. 104.

“Que lo explicado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza la Carta Fundamental, característica conforme a la cual ésta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella.”¹⁰.

El artículo 1º, inciso 1º de la Constitución, constituye una norma directriz a través de la cual debe iluminarse e interpretarse todo el resto del texto constitucional y del ordenamiento jurídico nacional, constituye una pauta interpretativa que debe ser seguida por todos los operadores jurídicos, en cuanto norma rectora suprema de nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, como señala Ríos Álvarez, la dignidad de la persona tiene también el carácter de contenido integrador del vacío que puede llegar a producir la falta de reconocimiento o la omisión de un derecho indispensable o esencial a la preservación de la persona humana¹¹.

Nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia sobre la “Unidad de análisis financiero y modificación del Código Penal en materia de lavados y blanqueo de activos”, ha establecido sobre la materia:

Que en tal orden de ideas cabe recordar, primeramente, por ser base del sistema constitucional imperante en Chile, el artículo 1º inciso primero de la Constitución, el cual dispone que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. pues bien, la dignidad a la cual se alude es aquel principio capital de nuestro Código Supremo es la cualidad de ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados;¹².

El mismo Tribunal Constitucional ha señalado que:

Que, como ya se ha señalado, el contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 1º, 4º y 5º, inciso segundo, de la misma, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como limitación del ejercicio de la soberanía y como deber de los órganos del Estado;
Que estos principios y valores, como ya se recordó -y lo hace manifiesto el inciso segundo del artículo 6º de la Constitución, que precisa que sus preceptos obligan no sólo a los titulares o integrantes de los órganos del Estado sino a toda persona, institución o grupo-, no configuran meras declaraciones programáticas sino que constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, debiendo presidir la labor del intérprete constitucional, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución;

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, 26 de junio de 2008, Rol N° 976, considerando 35°.

¹¹ Ríos Álvarez, Lautaro. 1985. La dignidad de la persona en el ordenamiento jurídico español. En obra colectiva, *XV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, página 205.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 389, de fecha veintiocho de octubre de 2003, considerando 17°.

Que, por lo recién expresado, debe desecharse toda interpretación de las normas constitucionales que resulte contradictoria con los aludidos principios y valores rectores de la Carta Suprema.¹³

El respeto y protección de la dignidad del ser humano delimitan la potestad constituyente y la potestad estatal.

Una Constitución que se compromete con la dignidad de la persona humana establece una premisa antropológica-cultural y precisa los contornos de su comprensión del Estado Constitucional.

Los ámbitos de la dignidad humana que deben asumirse aplicando la pauta normativa de nuestro artículo 1º, inciso 1º, de la Carta Fundamental, son las dimensiones ontológicas dadas por la racionalidad y libertad del ser humano (autodeterminación conciente y responsable de su propia vida), como asimismo la de carácter ético o deontológico constituidas por la autonomía y fin en si mismo, no siendo la persona un medio o instrumento de nadie.

La noción de dignidad humana es producto del reconocimiento de la unicidad de cada individuo humano y del hecho de que ella es creadora de un deber de igual respeto y protección en el ámbito de la sociedad¹⁴.

De la dignidad del ser humano emana la libertad y la igualdad como principios básicos que, a su vez, concretan los derechos humanos.

El respeto y protección de la dignidad de la persona humana como deber jurídico fundamental del Estado constituye una premisa para todas las cuestiones jurídico dogmáticas particulares, como asimismo una norma estructural para el Estado y la sociedad la cual es resistente a la ponderación, de allí la prohibición absoluta de la esclavitud y de la tortura. El valor y principio de la dignidad humana tiene un carácter absoluto y de obediencia irrestricta. La dignidad humana constituye el mínimo invulnerable del ser humano que el ordenamiento jurídico debe asegurar, cada uno y todos los derechos fundamentales tienen en ella su fundamento y base sustantiva, ya que todos ellos contribuyen a desarrollar ámbitos propios de la dignidad de la persona humana.

En esta materia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en diversos casos específicos, mencionaremos a continuación uno de los primeros pronunciamientos en la materia:

La práctica de desapariciones, a mas de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, [...], significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica un craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que mas profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención¹⁵.

La dignidad de la persona humana determina una concepción instrumental del Estado, una visión personalista del mismo, en la medida que este existe en función del desarrollo de las personas y no al revés, excluyendo toda concepción sustancialista del

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional; Rol N° Rol 943-07, de fecha diez de junio de dos mil ocho, considerando 30° al 32°.

¹⁴ Wolfgang Sarlet, Ingo. "As dimensoes da dignidade da Pessoa Humana", en Wolfgang Sarlet, Ingo (Org.). *Dimensoes da Dignidade*. Ed. Livraria Do Advogado. Porto Alegre. 2005. p.26.

¹⁵ Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Serie C N° 4, fundamento 158.

mismo y toda consideración de las personas como medios o instrumentos al servicio del Estado.

La dignidad humana se vincula y relaciona con la soberanía estatal en la medida que le fija su fundamento último, ya que ella se ejerce por el pueblo, que es el conjunto de personas dotadas de dignidad humana, espacialmente localizada y temporalmente desarrollada, públicamente vivida y abierta al futuro.

La dignidad humana, se expresa también como derecho de participación en la conformación política de la sociedad y el Estado, dando lugar a un principio que fundamenta la democracia y a un derecho de participación dentro de la sociedad política, que se explicita como derechos políticos y ciudadanía activa.

La dignidad humana es, asimismo, compartido como concepción antropológica filosófica y moral del humanismo cristiano y del humanismo laico, desde las concepciones conservadoras y liberales a los socialismos democráticos.

Obviamente, el orden material de valores que implica la dignidad humana, como asimismo la libertad e igualdad esencial de todos los seres humanos es considerado por la Constitución chilena como anteriores a ella misma, en la medida que el texto de la Carta Fundamental no crea dichos valores, sino que se limita a reconocerlos, asegurarlos y garantizarlos, su fundamento último se encuentra en la idea de ser humano que asume la cultura occidental.

La dignidad de la persona es la fuente y fundamento de los derechos a través de los cuales se funda el consenso de la sociedad y se legitima el Estado, además de las garantías básicas para el desarrollo de la República Democrática y del Estado de Derecho.

La Corte Constitucional alemana ha precisado que el artículo 1º de la ley Fundamental de Bonn conocido como intangibilidad de la dignidad humana, "no puede ser modificado mediante una reforma constitucional tal y como lo dispone el art. 79 inciso 3º de la Ley Fundamental, dependerá ante todo de las circunstancias en las cuales se considere violada la dignidad humana.

El trato que afecta la dignidad humana, otorgada por el poder público al ser humano en cumplimiento de la ley, debe ser considerado como una minusvaloración de las garantías de que goza el ser humano por virtud de ser persona, y en ese sentido tiene también el carácter de un trato abyecto"¹⁶.

Ello no nos impide señalar que el concepto dignidad humana tiene contornos imprecisos y es de naturaleza polisémica¹⁷, en permanente proceso de desarrollo, el que requiere de una constante concretización y delimitación.

La dignidad de la persona humana en cuanto ligada a la condición humana no puede desconocer la dimensión comunitaria de la dignidad de cada y de toda persona, ya que convivimos y coexistimos con otras personas en sociedad, existiendo en un contexto de intersubjetividad que marcan las relaciones humanas y el reconocimiento de valores

¹⁶ BvF 1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69, citada por Schawe, Jürgen. 2003. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Montevideo. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y KAS, pág. 17.

¹⁷ Delperée, Francis. "O Derecho a dignidade humana", en Barros, S.R., Zilveti, F.A. (Coords). *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Manuel Goncalves Ferreira Filho*, Ed. Dialectica, São Paulo, 1999, p. 153.

socialmente consagrados, donde los semejantes y la sociedad en su conjunto reconozcan y respeten tal dignidad¹⁸.

La dignidad de la persona humana tiene, asimismo, una doble dimensión, que se expresa como autonomía de la persona y su autodeterminación y como necesidad de protección y asistencia por parte de la sociedad y el Estado. Incluso esta segunda dimensión puede prevalecer en algunos casos sobre la primera, cuando el ser humano no se encuentra en condiciones de tomar sus propias decisiones en forma responsable, en cuyo caso la sociedad y el Estado deben brindarle protección (personas deficientes mentales, personas gravemente enfermas, nasciturus). Donde hay vida y ser humano estos deben ser protegidos y asegurados en su dignidad, no siendo decisiva la existencia de conciencia de tal dignidad por el sujeto, bastando la cualidades potenciales e inherentes a todo ser humano.

La dignidad humana se convierte así en límite y tarea de la sociedad en general y del Estado en particular, en efecto, la dignidad del ser humano tiene como límite el no poder nunca ser convertido en una cosa o en un objeto, en un instrumento para otros fines y no un fin en si mismo, generando derechos fundamentales respecto de actos u omisiones que amenacen o vulnere dicha dignidad humana. Como tarea, constitucionalmente implícita o explícita, la dignidad humana determina deberes concretos de protección por parte de los órganos estatales para la protección de la dignidad de todos los seres humanos, asegurándola a través de medidas positivas o prestacionales como asimismo a través de actividades promocionales que implican particularmente, la remoción de obstáculos que impiden el desarrollo de la dignidad humana y que creen las condiciones que posibiliten el mas pleno goce y ejercicio de dicha dignidad. A través de la satisfacción de sus necesidades existenciales.

2 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El artículo 5° inciso 2° de la Constitución prescribe *"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana"*.

En nuestro sistema constitucional consideramos que los derechos no están en las normas (internas o internacionales), "no se constituyen" en la norma positiva sino que ella sólo los asegura, los respeta, los garantiza y los promueve, los derechos emanan de la dignidad humana. Los derechos tampoco se realizan en las normas sino que ellos se concretan en la vigencia sociológica, la que demuestra la efectividad de los derechos. La norma positiva solo significa vigencia normonológica¹⁹.

Como sostenía Maritain, "se trata de establecer la existencia de derechos ...(...). inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre los gobiernos, derechos que no le incumbe a la comunidad civil otorgar, sino el reconocer y sancionar como universalmente valederos, y que ninguna consideración de utilidad social podría, ni siquiera momentáneamente, abolir o autorizar su infracción"²⁰.

¹⁸ Alegre Martínez, M.A. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. Universidad de León, León, España, 1996. p. 19. Pérez Luño, A.E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Quinta edición. Ed. Tecnos, Madrid, 1995. p. 318.

¹⁹ Bidart Campos, Germán. 1998. La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna. En *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Ed. UNAM, México, página 98.

²⁰ Maritain, Jacques. *Acerca de la filosofía de los derechos del hombre*. Ed. Debate. Madrid, España, 1991. pag. 116.

La Constitución explicita un aseguramiento genérico a la existencia de derechos esenciales lo que da lugar a un *catálogo de derechos abierto*, ya que el constituyente reconoce sus eventuales limitaciones y está conciente del desarrollo progresivo de los derechos y garantías acorde a la naturaleza y necesidades esenciales del ser humano.

La dignidad de la persona y sus derechos fundamentales establecen los valores esenciales en que se cimenta el consenso de la sociedad y legitiman el Estado, además de las garantías básicas para el desarrollo de la República Democrática y del Estado de Derecho.

La denominación utilizada de *derechos "esenciales" o fundamentales*, consideramos que explicita la prioridad axiológica y su esencialidad, respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de la fundamentalidad de los derechos, su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el núcleo básico irreductible e irrenunciable del status jurídico de la persona. Por otra parte, tal denominación denota el carácter de fundamento del orden jurídico y político de la convivencia en sociedad de tales derechos, constituyendo elementos básicos del ordenamiento jurídico.

El criterio de fundamentalidad de los derechos es esencialmente material o sustantivo, dice relación con la dignidad humana, la libertad y la igualdad que son su fuente y con los ámbitos que posibilitan la existencia y el desarrollo del ser humano, en un contexto histórico y cultural determinado, dentro de una sociedad política construida con su participación y a su medida.

Asumimos así la perspectiva que los derechos fundamentales se protegen por su importancia intrínseca, desechando la concepción de que ellos son fundamentales porque son protegidos. Como señala Ferrajoli, "Lo que no puede consentirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho y la determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer" ⁽²¹⁾.

El nexo entre expectativas y derechos garantizados no es de naturaleza empírica sino normativa, "La ausencia de garantías debe ser considerado como una indebida laguna que los poderes públicos internos e internacionales tienen la obligación de colmar" ⁽²²⁾, la cual puede ser superada por una interpretación integradora de los derechos y sus garantías.

2.1 El concepto de derechos fundamentales.

El concepto de derechos constitucionales se utiliza para referirse a los derechos asegurados en la Carta Fundamental de cada Estado en forma específica.

Los derechos fundamentales no son únicamente los asegurados expresamente en el texto constitucional, ya que además se encuentran los *derechos implícitos* y los *derechos contenidos en tratados internacionales* ratificados y vigentes, además de las otras fuentes del derecho internacional como el *ius cogens* y el derecho consuetudinario internacional.

El concepto de derechos implícitos nos permite considerar que no es necesario que un derecho esté configurado expresamente en la Constitución formal o en el derecho internacional convencional para ser derecho esencial, humano o fundamental. Ellos pueden

⁽²¹⁾ Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. op.cit. pag.65

⁽²²⁾ Ferrajoli, Luigi. Op.cit. pág. 63.

deducirse de valores, principios, fines y razones históricas que alimentan el derecho positivo constitucional e internacional. El sistema de derechos humanos pleno tiene carencias normativas e implícitudes que es necesario extraer de los valores y principios, pudiendo faltar normas de reconocimiento. El constitucionalismo democrático chileno y americano así lo reconocen.

El *Tribunal Constitucional chileno*, en sentencia Rol N° 226 de 30 de Octubre de 1995, considerando 25°, determina:

“ la doctrina como nuestra Constitución Política reconocen la existencia de derechos, aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales.

“Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional”.

En el mismo sentido, la **Corte Constitucional de Colombia** en sentencia 477/95, determina:

De un lado, el artículo 29 inciso c), de la Convención Americana, nos permite comprender el efecto vinculante de otros derechos que, aún cuando no fueron expresamente recogidos por los pactos internacionales ratificados por Colombia, quedaron implícitamente garantizados en virtud de tal disposición.

La disposición contenida en el literal c) del artículo 29, establece de un lado la expresa prohibición de excluir los derechos inherentes al ser humano y, por otra parte, otorga un amplio sentido de interpretación de los derechos inherentes a la persona, tal significación permite considerar el derecho a la identidad consagrado de manera implícita en todos los pactos o convenios de carácter internacional, y en consecuencia objeto de protección jurídica.

A su vez, el **Tribunal Constitucional Peruano** en sentencia de marzo de 2004, precisa:

“Nuestra Constitución Política reconoce, en su artículo 3°, una “enumeración abierta” de derechos fundamentales que, sin estar en el texto de la Constitución, surgen de la dignidad del hombre, o en los principios de la soberanía del pueblo, del estado democrático de derecho o de la forma republicana de gobierno

“Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el estado, tal como lo ordena la Constitución vigente.”²³.

Ello exige al intérprete una tarea de delimitación y configuración de los derechos fundamentales considerando la fuente interna y la fuente internacional que los aseguran,

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, expediente 2488-2002-HC7TC, de 18 de marzo de 2004, párrafos 12 y 13. Texto completo en Revista Diálogo Jurisprudencial N° 1, julio-diciembre de 2006. Ed. IIDH-KAS-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006, pp. 137 – 149.

como asimismo, considerando la jurisprudencia de las Cortes supra o internacionales cuya jurisdicción es obligatoria y vinculante para el Estado, ya que este último en cuanto tal y sus órganos tienen una obligación de resultado respecto de ella, aplicada de buena fe y en cumplimiento efectivo de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, los que constituyen límites a la interpretación del operador jurídico.

Para hacer evidente y otorgar seguridad jurídica en tal sentido, diversas constituciones latinoamericanas han establecido normas constitucionales que hacen imperativo este principio de interpretación de los derechos fundamentales, al efecto citaremos algunas de ellas a modo ejemplar:

La *Constitución argentina* ya sostenía en su artículo 33, introducido por la reforma de 1860, que *"las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno"*.

La *Constitución Boliviana* de 2009, en su artículo 13, II, precisa que *"Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados"*.

La *Constitución de Colombia* de 1991, en su artículo 94, determina: *"La enunciación de los derechos ..(..).. no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos"*.

La *Constitución de Ecuador* de 2008, en su artículo 11, señala: *"Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento"*.

Una norma similar contiene la *Constitución de Uruguay* en su artículo 72, precisa: *"La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno"*.

La *Constitución de Venezuela* de 1999, en su artículo 22, señala que *"La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos"*.

Otras constituciones de América Latina que consideran la existencia de derechos implícitos son: párrafo II; *Brasil*, art. 5 N° 2; *Costa Rica*, art. 74; *Guatemala*, art. 4; y *Paraguay*, art. 80.

Los derechos implícitos o no enumerados se desprende también del artículo 29 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, literal c), la cual sostiene que *"ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:*

c) *Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano, o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*

El artículo 29, literal a), precisa que *ninguna disposición de la Constitución, la Convención o las leyes deben ser interpretadas en el sentido que permitan al Estado suprimir*

el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

La disposición contenida en el artículo 29 de la Convención Americana en su literal c), permite comprender el efecto vinculante de otros derechos que, aún cuando no fueron recogidos expresamente por los pactos internacionales o por la Constitución, quedan implícitamente garantizados en virtud de la disposición analizada. Esta norma constituye un reconocimiento explícito de la existencia de *derechos implícitos*, los cuales no pueden ser desconocidos por el solo hecho de no estar establecidos en una norma positiva.

A su vez, la CADH, como lo señala el artículo 29, literal c), que constituye norma interpretativa imperativa para los Estados Partes precisa que no se pueden “*excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno*”. Ello exige al Estado Parte y a sus operadores jurídicos aplicar el principio *favor persona* o *favor homine* y la norma que mejor protege u optimiza el derecho fundamental.

Por otra parte, los ordenamientos constitucionales latinoamericanos han ido consolidando la perspectiva que los derechos fundamentales no son solo los derechos asegurados en el texto constitucional y los derechos implícitos, sino que una línea sostenida y consolidada ha sustentado que también lo son aquellos *asegurados por los tratados internacionales ratificados y vigentes*.

La *Constitución Chilena, reformada en 1989, artículo 5º, inciso 2º*: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y proveer tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

La reforma constitucional argentina de 1994, incorpora a la Carta Fundamental, en su artículo 75, numeral 22, que establece las atribuciones del Congreso, la especificación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Ellos son: “la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanas o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículos alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ellos reconocidas. Sólo podrán ser denunciados, en su caso por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.”

“Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

La *Constitución de Bolivia de 2009, en su artículo 13.IV. determina que “los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que*

reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno”.

La Constitución de Brasil de 1988, artículo 4, determina que "la República de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: II.- Prevalencia de los Derechos Humanos". A su vez, en la enmienda constitucional N° 45 de 2004, estableció en su artículo 5°, LXXVIII N° 3 que "Los tratados y convenciones internacionales aprobados, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos votaciones, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales", con lo cual los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional.

La Constitución de Colombia de 1991, artículo 93, establece:

Artículo 93.- Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

La Constitución de Costa Rica, en su artículo 48, introducido por reforma del 18 de agosto de 1989, dispone "Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el Artículo 10."

La Constitución del Ecuador de 2008, en su artículo 11 N° 3, precisa:

" los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación, por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte"; agregando "Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento". el artículo 11 N° 8, que "el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas", cerrando el inciso siguiente con la determinación de que "será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos".

La Constitución Ecuatoriana, en su artículo 417 prescribe que "en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de clausula abierta establecidos en la Constitución".

La Constitución de Guatemala de 1985, en su artículo 46, establece el principio de que "en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho Interno".

La Carta Fundamental de Nicaragua de 1987, artículo 46, señala que se integran a la enumeración constitucional de derechos, aquellos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de

Derechos Sociales Económicos y Culturales de Naciones; y en la Convención Americana de Derechos Humanos, con objeto de darles adecuada protección.

La Constitución de Venezuela de 1999, en su artículo 23, determina:

Artículo 23.- Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

En el ámbito jurisprudencial pueden citarse sólo a manera ejemplar algunas sentencias de jurisdicciones constitucionales latinoamericanas:

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en sentencia V-282-90 del 13 de marzo de 1990 a las 17.00 hrs, determina: *“sin embargo, la previsión del artículo 8 de la CNACR no es innecesaria ni reiterativa, sino que constituye una garantía más para la protección de los derechos fundamentales de las personas menores de edad. En efecto, por medio de este precepto normativo se incorporan expresamente al ordenamiento interno las declaraciones de derechos de carácter supranacional; lo que vincula directamente al ordenamiento costarricense con tales declaraciones. De esta manera, los Tratados internacionales relativos a esta materia no son sólo parte del ordenamiento interno; son, además, un patrón de interpretación de cualquier precepto, constitucional o legal, relativo al Código de la Niñez y la Adolescencia”*²⁴.

A su vez, La Sala Constitucional antes mencionada, en su fallo 3435 de 1992 y su aclaración N 5759-93 determina que *“los instrumentos de derechos humanos, vigentes en Costa Rica, tienen no solo un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”*.

La Corte Constitucional de Guatemala *ha determinado que los tratados de derechos humanos ingresan al orden jurídico interno con carácter de norma constitucional pero sin potestad reformatoria o derogatoria* (sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente N° 280/90, considerando VIII)²⁵.

El *Tribunal Constitucional Chileno* ha incorporado al parámetro de control de constitucionalidad de los preceptos legales, los derechos fundamentales contenidos en el derecho convencional internacional, entre ellos la Convención sobre derechos del niño, utilizando el interés superior del menor como parámetro para controlar la constitucionalidad del proyecto de ley sobre responsabilidad penal juvenil, en sentencia, Rol N° 786-2007, de fecha trece de junio de 2007. Asimismo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia Rol N° 740-07, de fecha 18 de abril de 2008, utiliza profusamente tanto enunciados normativos contenidos en el derecho convencional internacional de los derechos humanos, como asimismo, resoluciones de sus órganos de aplicación.

²⁴ Citada por Armijo, Gilbert. 2003. “La tutela supraconstitucional de los Derechos Humanos en Costa Rica”. En *Revista Ius et Praxis*, año 9 N° 1, Talca, Chile. Ed. Universidad de Talca, pág. 51.

²⁵ Ver Dulitzky, Ariel. Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano, en Buergethal, Thomas y Cancado Trindade, Antonio, *Estudios Especializados de derechos humanos*. Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1996, página 158.

A manera ejemplar pueden transcribirse los siguientes considerandos:

“CUADRAGESIMOQUINTO: Que, sobre la base de lo afirmado, puede sostenerse que el estatuto constitucional chileno se construye sobre la base del reconocimiento de la persona como sujeto de derecho y, en particular, como titular de los derechos que se aseguran en el artículo 19 de la Carta Fundamental cuanto de aquellos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana reconocidos por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

(...)

QUINCUAGESIMOTERCERO: Que, en la misma línea argumental, debe recordarse que la Convención Americana de Derechos Humanos –tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente- señala, en su artículo 4.1, que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

De esta manera, este tratado internacional –que forma parte del ordenamiento jurídico chileno- resalta que todo ser humano tiene derecho a la vida sin que nadie pueda privarlo de ella arbitrariamente, lo que permite apreciar una particular coincidencia entre la norma aludida y aquélla que se contiene en el artículo 19, numeral primero, de nuestra Constitución;

QUINCUAGESIMOCUARTO: Que, de esta forma, queda claro que, para el Constituyente –y a diferencia de lo que pueda desprenderse del examen de normas legales determinadas-, el embrión o el nasciturus es persona desde el momento de la concepción.

Corresponde ahora examinar la protección específica que aquél merece en cuanto titular del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica que se asegura a todas las personas en el artículo 19, N° 1, de la Ley Suprema;

QUINCUAGESIMOQUINTO: Que, previo a consignar los alcances constitucionales de la protección de la vida y de la integridad física y psíquica a que tiene derecho la persona desde su concepción, es menester ubicar la posición que tiene este derecho en la estructura de los derechos fundamentales reconocidos y asegurados por la Constitución”.

En este sentido, cabe observar que el derecho a la vida es, sin duda alguna, el derecho fundante de todos los demás, pues sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales.

Como ha señalado el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en su Observación General sobre el artículo 6° del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la vida es “el derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones que pongan en peligro la vida de la nación”. Ha agregado, asimismo, que “el derecho a la vida es el más esencial de estos derechos”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, por su parte, que “el derecho a la vida es ampliamente reconocido como el derecho supremo del ser humano y conditio sine qua non para el goce de todos los demás derechos”;

QUINCUAGESIMOSEXTO: Que el derecho a la vida asegurado por el artículo 19 N° 1 de la Constitución, en consonancia con el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, asegura a toda persona –incluyendo al nasciturus– el derecho a mantener la vida y a conservarla frente a los demás hombres. Si se quiere, “es el derecho a que nadie nos la quite, y a que no pueda suprimirla ni cercenarla su propio sujeto” (José Joaquín Ugarte Godoy. *El derecho a la vida y la Constitución. Revista Chilena de Derecho, Volumen 33, N° 33, 2006, p. 514*).

Resulta necesario advertir que el Constituyente chileno aseguró el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, pues el derecho a conservar la vida como un todo incluye la posibilidad de exigir que ella no sea menoscabada, física o psíquicamente. De esta manera se trata de dos derechos que, aunque diferentes, se relacionan y complementan de manera inescindible;”⁽²⁶⁾.

El Tribunal Constitucional chileno también ha utilizado el principio favor persona o pro homine, para interpretar y aplicar el bloque de derechos:

“[...] obliga al juez constitucional a aplicar el principio “favor persona” o “pro homine” en forma consecuente con el deber impuesto al Estado por la Carta Fundamental de estar al “servicio de la persona humana” y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el nasciturus participa en plenitud.”²⁷

A su vez, la Corte Suprema chilena, en sentencia de 25 de abril de 2005, Rol 740-05, en recurso de nulidad de sentencia pénal por infracción de derechos fundamentales, ha precisado:

“Que el derecho a la presunción de inocencia tiene en Chile rango constitucional por estar incorporado en los tratados internacionales ratificados por Chile, que nuestra Carta Fundamental asegura respetar y garantiza en el inciso 2° de su artículo 5°: Entre tales derechos cabe mención la Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1989, que en su artículo 8.2 establece: Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, y el art 14.2 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y políticos, publicado en el Diario Oficial del 29 de abril de 1989, que dispone: Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en conformidad a la ley:”

En otra sentencia Rol N° 4183-06, de dieciocho de abril de dos mil siete, la Corte Suprema, reitera la misma perspectiva, señalando:

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 740-07, de fecha 18 de abril de 2008, considerandos 45°, y 53° a 56°.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 740-07, dieciocho de abril de dos mil ocho, considerando 69°. Lo destacado es nuestro.

“DECIMO: Que, a lo anterior, y conforme la norma de reenvío contenida en el artículo 5º de la Constitución, debe extenderse el reconocimiento con rango constitucional del derecho de defensa, también a los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, como son los artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que señala: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley, y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”; el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b.- A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; “; el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto expresa: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: d.- Derecho del inculcado a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.”; de todo lo anterior, se puede sostener que se trata de un derecho fundamental, como gozar de la defensa técnica que lleva a cabo el abogado defensor, y que comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal y de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la eventual falta de potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o la atenúe, por ello en interés de la transparencia del proceso penal, y para el hallazgo de la verdad, constituye un requisito procesal esencial de todo juicio.” ⁽²⁸⁾.

La Corte Suprema de El Salvador, en sentencia de 2004, ha precisado:

“[...] corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas más favorables a la dignidad de la persona humana, lo que realza la importancia de su rol: la protección de los derechos de la persona. Por tanto, si los tratados sobre derechos humanos implican la interacción entre sus disposiciones y las del derecho interno, la Constitución atiende a la necesidad de prevenir y evitar los conflictos normativos que vuelven nugatoria la efectividad de las primeras. Con ello se contribuye a la reevaluación de la amplia interacción entre el [derecho internacional de los derechos humanos] y el derecho interno, con miras a la protección de los derechos vinculados a la dignidad humana. En definitiva, la identidad común entre el [derecho internacional de los derechos humanos] y el derecho constitucional, es el trazo que más distingue al primero, en relación con el resto de la normativa internacional.

“En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el [derecho internacional de los derechos humanos], en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y por tanto, el derecho interno, y eso vale para el derecho constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional de los derechos humanos” ²⁹.

²⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 4183-06, de dieciocho de abril de dos mil siete, considerando 10°.

²⁹ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Caso Inconstitucionalidad de la ley anti maras”, Sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, de fecha 1° de abril de 2004, considerando 3°. Ver texto

Asimismo, el reconocimiento del carácter fundamental de los derechos y su carácter supraestatal, lo que reconocido por los estados lleva a estos a la obligación de respetar, garantizar y promover los derechos contenidos en las normas de derecho internacional vigentes en la materia, lo que significa la subordinación a los estándares mínimos previstos por el derecho internacional en la materia.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema Chilena, en fallo reciente:

“TRIGÉSIMONONO: *Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, preceptúa que el ejercicio de la soberanía se encuentra limitado por “los derechos esenciales de la persona humana” siendo “deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”. Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2.066), aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites. Otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.*

“En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5°, sino también del 1°, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26°, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1° común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario.

Este carácter amplio de protección se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del precepto aludido, puesto que su integrante Jaime Guzmán Errázuriz al recalcar que los derechos que arrancan de la naturaleza humana era “el único límite a la soberanía desde un ángulo objetivo, habida consideración que él debe proyectarse conceptualmente con la noción de bien común”, de tal suerte que aun cuando esos derechos no estén en el texto constitucional “no por eso una disposición jurídica cualquiera que atentara indebidamente en contra de ellos, dejaría de ser ilegítima” (Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 49 de veintisiete de junio de mil novecientos setenta y cuatro).”⁽³⁰⁾

en Revista Diálogo Jurisprudencial N° 1 julio-diciembre 2006, Ed. IIDH-KAS-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, pp. 153 – 163.

³⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 3125 – 04, de fecha 13 de marzo de 2007. Las negritas son nuestras.

2.1.1 Los derechos fundamentales como expresión genérica que incluye tanto los derechos constitucionales como los derechos humanos.

Al efecto, Peter Häberle señalará que los derechos fundamentales constituyen “el término genérico para los derechos humanos universales y los derechos de los ciudadanos nacionales”³¹.

A su vez, el profesor francés Louis Favoreu considera que por derechos fundamentales es necesario comprender “el conjunto de los derechos y libertades reconocidos a las personas físicas como a las personas morales (de derecho privado o de derecho público) en virtud de la Constitución pero también de los textos internacionales y protegidos tanto contra el poder ejecutivo como contra el poder legislativo por el juez constitucional o el juez internacional”³².

En este trabajo utilizaremos los conceptos de derechos fundamentales en esta última perspectiva, como derechos reconocidos jurídicamente a nivel nacional o internacional y que vinculan a las personas y a los Estados.

Los derechos fundamentales pueden ser conceptualizados como el conjunto de facultades e instituciones que, concretan las exigencias de la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos -considerados tanto en su aspecto individual como comunitario-, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos.

La normativa jurídica constitucional chilena y comparada latinoamericana no permiten que el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos sigan siendo considerados en forma compartimentalizada (³³), sino que deben ser abordados como fuentes de un único sistema de protección de los derechos que tiene por fundamento la dignidad de la persona humana, abordándolos en forma integral, realizando una tarea de armonización e integración, eliminando prejuicios y visiones conflictuales, otorgándoles una visión convergente y optimizadora de los derechos fundamentales.

El ámbito normativo de cada derecho fundamental está conformado por los elementos precisados tanto por la fuente normativa constitucional como por la del derecho internacional. El derecho constitucional queda así delimitado por los contenidos de ambas normativas, aplicando siempre aquella que mejor protege el derecho, dándole la mayor fuerza expansiva, que constituye una exigencia insita en los mismos derechos.

Como señala Bidart Campos: “La fuente interna y la internacional se retroalimentan. Los egoísmos interpretativos, cualquiera sea su origen y cualquiera el método que empleen para reducir el sistema en vez de procurar su ampliación y plenitud, no obedecen ni responden condignamente a la génesis y a la razón histórica del sistema de derechos, que

³¹ Häberle, Peter. El concepto de los derechos fundamentales. En Problemas actuales de los derechos fundamentales. Ed. Universidad Carlos III, Madrid, España, pág. 94.

³² Favoreu, Louis. L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel aux juridictions administratives et judiciaires, RFDC N°4, 1990, págs. 581 y siguientes. Traducción nuestra.

³³ Cancado Trindade, Antonio. 1998. Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho Internacional y Derecho Interno en la protección de los Derechos Humanos. En AA. VV. V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México, Ed. UNAM, página 109.

nunca fue ni pudo ser – ni debe ser – de estrechez o angostamiento, sino de optimización en el marco histórico y situacional.”³⁴.

2.2 El bloque constitucional de derechos fundamentales.

Por **bloque constitucional de derechos fundamentales** entendemos *el conjunto de derechos de la persona (atributos) asegurados por fuente constitucional o por fuentes del derecho internacional de los derechos humanos (tanto el derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de ius cogens) y los derechos implícitos, expresamente incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por vía del artículo 29 literal c) de la CADH⁽³⁵⁾, todos los cuales, en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica categóricamente el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Chilena vigente ⁽³⁶⁾.*

El enfoque interpretativo de la Constitución y desde la Constitución, hecho en materia de derechos fundamentales, se complementa con el derecho internacional de los derechos humanos, el que viene de fuera pero se incorpora como fuente de derechos esenciales o fundamentales, complementando los que asegura directamente la Constitución, como lo establece explícitamente en Chile, el artículo 5° inciso 2°.

El Bloque Constitucional de Derechos Fundamentales que limita la soberanía no es una tabla cerrada, sino que se encuentra abierta al aseguramiento de nuevas exigencias esenciales de la persona humana.

El artículo 29, literal b), de la CADH, exige aplicar al operador jurídico que se encuentra frente a diversas normas de derechos humanos o fundamentales aquella norma que mejor protege los derechos, aplicando la norma interna o la internacional, dependiendo de cual sea aquella que optimice el goce y ejercicio del derecho.

Así puede sostenerse que tanto los derechos fundamentales (atributos) contenidos en las normas constitucionales formales como los contenidos en los tratados internacionales, el derecho consuetudinario internacional y los principios de ius cogens constituyen un *bloque en materia de derechos fundamentales* de acuerdo con el cual deben ser interpretadas las leyes y demás normas infraconstitucionales.

Distintos tribunales y Cortes constitucionales latinoamericanas así lo han determinado, a modo ejemplar citamos algunos fallos de cortes latinoamericanas:

En el caso de Argentina, la Corte Suprema tiene una línea jurisprudencial consolidada acerca de la integración del bloque constitucional con los derechos asegurados por tratados internacionales, como asimismo, sostiene el seguimiento de la jurisprudencia en la materia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el “caso Giroidi”, la Corte Suprema argentina se refirió al alcance del art. 75, inciso 22, par. 2° de la Constitución argentina, determinando que el rango constitucional de

³⁴ Bidart Campos, Germán. 1994. La interpretación de los derechos humanos, Buenos Aires, Ed. Ediar, páginas 30-31.

³⁵ Dicha disposición establece lo siguiente: “Artículo 29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: C) Excluir otros derechos o garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”

³⁶ Sobre esta materia consultar Nogueira Alcalá, Humberto. 2003. *Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia*. En Revista Ius et Praxis, año 9 N° 1, páginas 403 – 466.

la Convención Americana sobre Derechos Humanos, significa acatarla del modo como ella rige en el derecho internacional y “considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, de ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer de todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”³⁷

En el “caso Hooff”, la Corte Suprema en recurso extraordinario, admite la demanda y argumentando la violación de los artículos 23 de la CADH y 25 del PIDCyP de Naciones Unidas, ambos equiparados a la Constitución Nacional, declara discriminatoria la disposición de la Constitución provincial de Buenos Aires, en su artículo 177, que exige haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero, como requisito para ser juez de Cámara o de Casación³⁸.

En el “caso Simón”, la Corte Suprema argentina, en el considerando 23 de la moción de mayoría determina que las dudas sobre el alcance concreto del deber del Estado argentino en relación con las leyes de punto final y obediencia debida, habían quedado esclarecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Barrios Altos”. En el considerando 24 precisa que la traslación de las conclusiones del “caso Barrios Altos” al caso argentino “resulta imperativa” si es que las decisiones de la Corte interamericana “han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales”.

En el “caso Mazzeo” la Corte Suprema argentina, en el considerando 26, determina:

“La Corte es conciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial, debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte interamericana, intérprete último de la Convención Americana”.

Así la Corte suprema de Argentina aplica la pauta de interpretación conforme a la Convención Americana como estandar mínimo de respeto de derechos humanos, como asimismo el respeto y resguardo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁹.

El *Tribunal Constitucional de Bolivia*, en Sentencia 1494/2004-R de 16 de septiembre de 2004, en fundamentos jurídicos III.1, segundo párrafo, precisó:

³⁷ “Giroldi, Horacio y otro s/recurso de casación”, de 7 de abril de 1995. Fallos 318:514, considerandos 5 y 11°.

³⁸ Hooff, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, de 16 de noviembre de 2004. Fallos, 327:3294.

³⁹ M.2333.XLII. “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, de 13 de julio de 2007.

“Ahora bien, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal, los derechos tutelables a través del amparo constitucional, son los siguientes: 1. los expresamente previstos en el catálogo de derechos señalado en el art. 7 de la CPE; 2. otros derechos que si bien no están incluidos en el art. 7 aludido, por su naturaleza y ubicación sistemática, son parte integrante de los derechos fundamentales que establece el orden constitucional boliviano (así, SSCC 338/2003-R, 1662/2003-R, 686/2004-R, entre otras); 3. los derechos contenidos en los tratados sobre derechos humanos suscritos por Bolivia; pues, como lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal, “...forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa...” (así, SSCC 1494/2003-R, 1662/2003-R, entre otras)”.

A su vez, el Tribunal Constitucional de Bolivia, ha reconocido en su Sentencia Constitucional 0664/2004-R de 6 de mayo de 2004, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es obligatoria para la jurisdicción interna:

“El cumplimiento de estos requisitos que hacen al Juez natural permite garantizar la correcta determinación de los derechos y obligaciones de las personas; de ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es vinculante para la jurisdicción interna, en su Sentencia de 31 de enero de 2001 (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 77), ha establecido que ‘toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial’.”

La sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-225/95, determinó:

“el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP 93 y 214 N° 2) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un ‘bloque de constitucionalidad’, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (C.P. artículo 4°), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (C.P., artículo 93)” (Fundamento Jurídico N° 12).

A su vez, el Tribunal Constitucional chileno ha establecido como aplicación de las bases fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional, “ [...] el respeto y promoción de los derechos esenciales del hombre, que son superiores y anteriores al Estado y a la Constitución, que no los crea sino que reconoce y asegura”, agregando que “estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en si mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que cuadyuban a desentrañar el verdadero sentido y espíritu de las disposiciones de la Constitución”⁴⁰.

La Corte Suprema de Justicia chilena ha reconocido que los derechos esenciales contenidos en los tratados constituyen límites al poder estatal, incluido el poder constituyente:

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 943-07-INA, de 10 de junio de 2008, considerando 16°

“Que en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del artículo 5° inciso segundo, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce colmo límite los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impiden sean desconocidos (Fallos del Mes N° 446, sección criminal, página 2066, considerando 4°)”⁴¹.

“Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma fundamental contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, ‘valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio poder constituyente, lo que impide sean desconocidos’ (S.C.S. 30.1.2006)”⁴².

Asimismo, los tribunales superiores de justicia chilenos han reconocido jurisprudencialmente la integración de los principios de ius cogens y de derecho consuetudinario internacional, los cuales se incorporan al derecho interno sin ningún acto de formalización:

“Que, en efecto, tal razonamiento parte de la base que el Derecho nacional y el derecho Internacional de los Derechos Humanos es uno solo, por ser un fenómeno que abarca al Derecho en su totalidad, siendo recepcionado dicho derecho internacional de los Derechos Humanos por el Derecho Interno Nacional, tanto como Principio Internacional de los Derechos Humanos, como por los tratados internacionales actualmente vigentes suscritos por Chile. Es así como nuestro ordenamiento jurídico no excluye el procedimiento de incorporación de los Principios Generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o ius cogens, que pasan a formar parte del derecho interno por su calidad de tales, en tanto los Principios del Derecho Internacional tienen prevalencia sobre éste como categoría de norma de Derecho Internacional General, conforme al acervo dogmático y convencional universal y a la aceptación en la práctica judicial de los tribunales nacionales participes de la Naciones Unidas, además de los tribunales internacionales con jurisdicción respecto a crímenes de lesa humanidad.

“Que, además, los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los derechos humanos y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuya consecuencias – conforme a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución – es que prevalecen sobre la legislación interna, toda vez que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa invocable por todos los individuos, atendiendo al compromiso moral y jurídico del estado ante la comunidad internacional, de respetarlos, promoverlos y garantizarlos”⁴³.

⁴¹ Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 469-98, de fecha 9 de septiembre de 1998, citado por Cea Egaña, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo I, página 236.

⁴² Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 559-04, de fecha 13 de diciembre de 2006, considerando 22°.

⁽⁴³⁾ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 146-2006, de fecha 31 de julio de 2006, considerandos 5° y 6°. Revista Gaceta Jurídica N° 313, Julio 2006, Ed. Lexis Nexis, Santiago, 2006, pp. 243 – 254. Las negritas son nuestras.

El Tribunal Constitucional del Ecuador en el fallo N° 002-2002-CC de 12 de febrero de 2003, en el cual aplicó la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana para determinar el correcto sentido y alcance del artículo 187 de la Carta Fundamental que establece la justicia militar para el juzgamiento de infracciones cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas en el ejercicio de sus labores profesionales. Al respecto el Tribunal Constitucional sostuvo:

“Que tanto el artículo 187 del texto constitucional como su vigésimo séptima disposición transitoria deben ser interpretados en concordancia con la consagración de las garantías judiciales del debido proceso que contiene la misma Constitución ecuatoriana, que se han señalado en este fallo, y con las reconocidas en los instrumentos internacionales vigentes en materia de derechos humanos, de obligatoria aplicación para el Ecuador y, por tanto, de todos los órganos del Poder Público, incluyéndose, naturalmente, los que ejercen jurisdicción, tal como lo ordenan los artículos 17 y 18 de la Constitución.

.....
“Que, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dentro de las garantías judiciales, establece que el juez o tribunal encargado de la sustanciación de cualquier acusación penal debe ser competente, independiente e imparcial, como elementos esenciales del debido proceso legal;

“Que, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias’, agregando el Alto tribunal que, ‘cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia’, por lo que el Estado no debe crear ‘tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios’”(Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petrucci y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C N°52),

“Que, por lo expuesto, en virtud de los principios de imparcialidad e independencia que informan la administración de justicia, los delitos comunes, incluso los cometidos por miembros de la Fuerza Pública, deben ser juzgados por la justicia ordinaria”⁽⁴⁴⁾.

El Tribunal Constitucional del Perú, en sentencia de julio de 2006, ha determinado:

“ [...] La Constitución ... exige a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados. Se trata de un reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los

⁴⁴ Citada por Morales Tobar, Marcos. 2003. “Derechos Humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia en el Ecuador”, en *Revista Ius et Praxis*, año 9 N° 1, Talca, Chile, Ed. Universidad de Talca, págs. 104-105.

*derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconduce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder”.*⁴⁵

El bloque de derechos fundamentales queda configurado así por:

- a) Los que la Carta Fundamental explicita sin taxatividad;
- b) Los que asegura el derecho internacional a través de los principios de *ius cogens* (⁴⁶); los que asegura el derecho convencional internacional de derechos humanos y derecho internacional humanitario (⁴⁷) y los que asegura el derecho internacional consuetudinario.

La Corte Suprema de Justicia chilena lo ha explicitado en jurisprudencia reciente:

“TRIGÉSIMO PRIMERO: *Que la indicada consagración del derecho de gentes y su aceptación permite considerar que existía a la época del hecho criminoso de autos, un sistema de protección de derechos obligatorio para el Estado de Chile, independientemente del consentimiento expreso de las naciones vinculadas y que se conoce como reglas imperativas de derecho internacional o “ius cogens”. Tales patrones se imponen a los Estados y prohíben los crímenes de lesa humanidad, incluso durante el desarrollo de conflictos de carácter internacional o internos. Este derecho perentorio internacional implica el rechazo “in limine” por las naciones civilizadas de injustos que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes contra la humanidad.*

Dichas disposiciones conforman el derecho internacional preceptivo el cual junto con el derecho internacional convencional, forman parte integrante del derecho chileno.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: *Que esta normativa deriva de conceptos jurídicos antiguos de un orden superior que las leyes del hombre y de las naciones no pueden contravenir habiendo sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, para proteger la moral pública en ellas contenidas. Su principal característica distintiva es su relativa indelebilidad, ya que son reglas de derecho consuetudinario internacional que no pueden soslayarse por tratados o voluntad, sino por la formación de una posterior disposición consuetudinaria de efecto contrario. La contravención de estos preceptos afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obliga, a diferencia del derecho consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia.*

El referido carácter obligatorio de los cánones de ius cogens concluyó con su transformación en derecho convencional por obra de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de mil novecientos sesenta y

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, exp. N2730-2006-PA/CT – 21 de julio de 2006, caso de Arturo Castillo Chirinos, considerando 9. Ver texto completo en Revista Diálogo Jurisprudencial N° 2; Ed. IIDH-KAS-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007. Texto completo del fallo, pp. 275 – 307.

⁴⁶ Ellos han sido incorporados al derecho interno mediante la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ratificada por Chile y vigente desde 1981, cuyo artículo 53 determina: “una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

⁴⁷ La Convención de Viena establece en el artículo 26: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, y en el artículo 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”.

nueve, ratificada por Chile el nueve de mayo de mil novecientos ochenta y uno, la que dispone en su artículo 53 que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Es así como la doctrina las ha conceptualizado como aquellos dogmas o principios estructurales del orden internacional reflejo de valores fundamentales generalmente aceptados por la comunidad internacional que, en virtud de su carácter dominante, obligan a todos los Estados con independencia de su voluntad (Antonio Cassese: “Los derechos humanos en el mundo contemporáneo”, Ariel, Barcelona, primera reimpresión, año mil novecientos noventa y tres, página 241).

Las reglas *ius cogens* no son exclusivamente meros criterios directivos, ni juicios de valor simplemente, ni escuetos dictados de la razón, son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta. Existen con independencia de su formulación y cuando las leyes las recogen, o sea, las expresan en su fórmula, no quiere decir que se esté mudando su naturaleza verdaderamente jurídica, la cual, en definitiva, es independiente y autónoma de su consagración a nivel positivo.

Por lo tanto, las máximas de *ius cogens* son disposiciones a partir de las cuales surgen obligaciones *erga omnes*, las que no pueden ser dejadas sin efecto o modificadas por un acuerdo entre Estados sino únicamente por una norma posterior que, al mismo tiempo, ostente el carácter de imperiosa.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que si bien es cierto que una de las más severas críticas que se plantean en contra de la noción de *ius cogens* es la vaguedad e indefinición de aquellas que la componen, no lo es menos que existen un conjunto de preceptos cuya determinación como tal no presenta discusión llamado “núcleo duro de normas de *ius cogens* de derechos humanos”, inderogables bajo cualquier circunstancia o excepción que generan obligaciones *erga omnes* (Carlos Villán Durán: “Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Editorial Trotta, Madrid, año dos mil dos, página 102), dentro del cual encontramos disposiciones tales como la prohibición de la agresión o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la prohibición del genocidio, la esclavitud, la discriminación racial y de las ejecuciones sumarias o extralegales; así como la prohibición de la tortura. No parece que nadie – incluso sin ser letrado- podrá dudar que los principios enunciados no derivan su carácter propiamente jurídico de la circunstancia meramente accidental de haber sido expresados en una determinada ley positiva.

Precisamente, ya en mil novecientos setenta y uno Roberto Ago consideraba que las reglas de *ius cogens* incluían “las normas fundamentales relativas a la salvaguardia de la paz, y particularmente las que prohíben el recurso a la fuerza o la amenaza de fuerza; las normas fundamentales de carácter humanitario: prohibición del genocidio, la esclavitud y la discriminación racial, protección de los derechos fundamentales de la persona humana en tiempo de paz y de guerra” (citado por Vicente Chetail: “La contribución de la Corte Internacional de Justicia al Derecho Internacional Humanitario”, en Revista Internacional de

*la Cruz Roja, número 805, año dos mil tres, páginas 235 a 269).*⁴⁸

La misma sentencia de la Corte Suprema se refiere a la incorporación automática del derecho consuetudinario internacional:

“TRIGÉSIMO SEXTO: *Que al respecto esta Corte ha reconocido en variadas oportunidades que los principios del derecho internacional y las normas del derecho consuetudinario forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas. En efecto, en el caso denominado Lauritzen con Fisco este tribunal sostuvo “que aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del Derecho Internacional tienen prevalencia en estos casos” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVI, segunda parte, sección cuarta, página 66).*

Igualmente, se ha declarado que el derecho internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, a pesar que el primero no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, lo que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado. Afirmando que es inaceptable en derecho que un tratado internacional pueda ser modificado por un acto unilateral de uno de los contratantes (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LII, segunda parte, sección primera, página 478; Revista Fallos del Mes, septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, páginas 223 a 224 y junio de mil novecientos setenta y cinco, página 90 y Alfredo Etcheberry O.: “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, tomo I, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, Santiago, Chile, año dos mil dos, páginas 38 y 39).

Del mismo modo, la doctrina autorizada asevera que cuando se presenta un posible conflicto con el derecho internacional, sea convencional o consuetudinario, el juez tiene en primer término la regla externa, toda vez que no es de presumir que el legislador nacional haya querido infringir el derecho internacional. (Adolfo Veloso: “Algunos problemas acerca de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho chileno”, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 165, enero – diciembre de mil novecientos setenta y siete, página 272 y Santiago Benadava: “Derecho Internacional Público”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año mil novecientos ochenta y dos, página 13). También la primacía de los Principios Generales del Derecho Internacional ha sido reconocida desde los albores de nuestra República, así la Lei de Garantías Individuales, de veinticinco de septiembre de mil ochocientos ochenta y cuatro, Título Primero, que trata De las Restricciones a la Libertad Individual en Jeneral refiere en su artículo 5°: las disposiciones contenidas en los tres artículos precedentes no se aplican: 2° A los que se dictaren en conformidad a tratados celebrados con naciones extranjeras o a los principios jenerales de derecho internacional, como, por ejemplo, en el caso de extradición de criminales i de aprehensión de marineros desertores (Pedro Javier Fernández: “Código Penal de la República de Chile, Explicado y Concordado”, Imprenta Barcelona, segunda edición, Santiago, Chile, año mil ochocientos noventa y nueve, página 426). En el mismo sentido Manuel Egidio Ballesteros sostiene “y con ser sólo un cuerpo de doctrinas, el derecho internacional es sin embargo, de

⁴⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 3125 – 04, de fecha 13 de marzo de 2007, considerandos 31 – 33.

aplicación preferente a las leyes positivas de carácter interno, en aquellas cuestiones regidas por él" (Manuel Egidio Ballesteros: "La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales en Chile", tomo I, Santiago, Chile, año mil ochocientos noventa, página 571).

El gobierno chileno ha tomado la misma posición tanto en lo atinente al derecho internacional convencional como del consuetudinario. Así, la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, por ejemplo, en el caso en que un Tribunal de Menores había decretado orden de arraigo por dos muchachos que se encontraban, junto a su madre, asilados en una embajada con posterioridad al pronunciamiento militar de septiembre de mil novecientos setenta y tres, al considerar que: "por sobre la resolución judicial emanada del referido tribunal de menores corresponde aplicar las normas de Derecho Internacional que gobiernan la institución del asilo". (Informe N° 96 de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, de catorce de noviembre de mil novecientos setenta y tres, citado en Hugo Llanos Mansilla: "Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público", Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, mil novecientos ochenta y tres, páginas 408 a 410)." ⁴⁹.

Otro fallo de la Corte Suprema de diciembre de 2006, sostiene la misma tesis:

22°.- Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, "valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos" (S.C.S., 30.01.1.996).

23°.- Que la jurisprudencia y doctrina nacionales, desde muy antiguo, han reconocido la prevalencia del Derecho Internacional, en el supuesto de contradecir éste el derecho interno. Valga, en apoyo de este aserto, la referencia a las sentencias "Lauritzen con Fisco" o de los barcos daneses (R.D.J., T.52, II, 1°, p. 485 y ss.); el fallo recaído en un caso sobre extradición activa, en que se explicitó que los principios de Derecho Internacional "priman siempre sobre los preceptos del derecho interno del Estado" (en: R.D.J., T. 56, II, 4°, pág. 66); los casos Embajada de la República de China, de 1.969 (F.M. septiembre de 1.969, págs. 223 y 224) y Embajada de Cuba, de 1.975 (F.M. junio de 1.975, pág. 90) y, en jurisprudencia posterior a los hechos de autos - pero demostrativa de la continuidad del principio que interesa - las sentencias de 26.10.95 (Rol N° 5.566), consid. 14° y 9.09.98 (Rol N° 469/98), consid. 10°, todas de esta Corte Suprema. Y para demostrar la amplia recepción de esta misma tesis, en la doctrina nacional clásica, recordemos que ya don Manuel E. Ballesteros, a fines del siglo XIX, sostenía que "con sólo ser un cuerpo de doctrinas, el Derecho Internacional es, sin embargo, de aplicación preferente a las leyes positivas de carácter interno, en aquéllas cuestiones regidas por él" (La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, T.I, Stgo, 1.890, pág. 571).

Por cierto, los internacionalistas chilenos contemporáneos "Llanos, Benadava, Bustos Valderrama, Nogueira, C. Medina, entre muchos otros-

⁴⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rol N° 3125 – 04, de fecha 13 de marzo de 2007, considerando 36°. Las negritas son nuestras.

participan plenamente de esta posición.” (50).

En tal virtud, las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automática y globalmente incorporadas en el derecho interno, y deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia al derecho interno. Primacía de las normas internacionales de Derecho Internacional General que determina que, en los delitos de lesa humanidad, dichas disposiciones actualmente recepcionadas constitucionalmente vía tratado internacional y vinculantes desde antes como Principio General del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son obligatorias en la forma precedente.

c) Los derechos esenciales implícitos que puedan desarrollarse en el futuro, respecto de lo cuales no hay reconocimiento aún a través de las diversas fuentes del derecho interno o internacional.

La interpretación integradora de la Constitución implica que el juez presta atención a los derechos explícitos, a los valores, principios, fines y razones históricas del ordenamiento constitucional, completando y dando plenitud al sistema de derechos.

A su vez, el carácter esencialmente abierto de las normas que configuran abstractamente los derechos esenciales de la persona, llevan a desarrollar una interpretación de la Carta Fundamental y de todo el ordenamiento jurídico sobre el que ella actúa, en el sentido de que permita obtener para los derechos, el mayor grado de protección y efectividad, entendidos desde una perspectiva democrática.

El bloque constitucional de derechos como parámetro de control de constitucionalidad.

La confluencia e integración en el sistema jurídico de los derechos, reconocidos por vía de fuente interna y de fuente internacional, obliga a unificar el criterio de interpretación del sistema de derechos humanos, dando coherencia a dicho sistema.

Esta visión interpretativa convergente de los derechos, los asegurados por la Constitución y los asegurados por el derecho convencional internacional, deriva necesariamente del artículo quinto inciso segundo de la Carta Fundamental. De esta manera, el sistema de derechos tiene la fuerza para ser interpretado de la forma más adecuada a su optimización.

Las fuentes internas y las fuentes internacionales de derechos se retroalimentan, las interpretaciones reduccionistas van en contra del sentido y finalidad del sistema de derechos esenciales fijado por la Carta Fundamental, que es lograr la optimización y plenitud del sistema, acogiendo el ámbito que más enriquece y garantiza el ejercicio de los derechos, éste es el deber ser existencial del Derecho como diría Cossio.

Todas las normas sobre derechos fundamentales contenidas en nuestro ordenamiento jurídico deben ser interpretadas armónicamente con las respectivas fuentes normativas de derecho interno como las fuentes convencionales internacionales (que son, a la vez, derecho interno, ya que se han incorporado tales derechos por mandato del constituyente originario a nuestro orden jurídico, constituyendo límites a la soberanía), con las claves hermenéuticas

⁵⁰ Sentencia de la Corte Suprema de justicia, Sala Penal, Rol N° 559-04, de fecha 13 de diciembre de 2006, considerandos 22 – 24.

del Derecho de los Derechos Humanos y sus órganos de aplicación, en especial, en el ámbito regional americano, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es fuente del Derecho Interno cuando contiene elementos que enriquecen al Derecho Interno, cuando agregan un "plus" al contenido normativo de los derechos delimitados y configurados en el derecho interno y viceversa, el sistema nacional de derecho enriquece al Derecho Internacional de derechos humanos, buscando siempre la integralidad maximizadora del sistema de derechos esenciales o humanos, todo lo que está reconocido en el artículo 29 de la Convención Americana de Derecho Humanos y en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.

El intérprete constitucional debe entender que existe una retroalimentación recíproca entre fuente interna y fuente internacional recepcionada internamente en materia de derechos fundamentales. En la misma perspectiva debe existir una retroalimentación entre el intérprete final del derecho interno y el intérprete final del derecho regional o internacional de derechos humanos, especialmente, de aquel que el Estado se ha comprometido a respetar y garantizar ante la comunidad internacional.

Así lo entiende también Cea Egaña, para el cual, "En virtud del artículo 5° inciso 2°, modificado en 1989, la Constitución hace parte formal y sustantiva de su texto los derechos, deberes, acciones y recursos contemplados en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país que versen sobre los atributos esenciales de la persona humana.

"Existe complementación, y no oposición, por ende, entre el Estatuto de la Persona en el derecho interno y en el derecho supranacional. Consecuentemente también, se ha vigorizado aquel estatuto por la conjugación o armonía de ambos sistemas jurídicos. Trátase de una evidencia más acerca de la nueva concepción de la soberanía, limitada y limitable por el respeto que debe al ejercicio de aquellos derechos" ⁽⁵¹⁾.

Asimismo, si existe el postulado de la interpretación de las normas infraconstitucionales de conformidad con la Constitución y la Carta Fundamental como lo determina el artículo 6° inciso primero de la Constitución, el cual precisa que "los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas de conformidad con ella", implica que los derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal y en los tratados internacionales limitan la soberanía como lo determina el artículo 5° inciso 2°, de manera tal que este *bloque constitucional de derechos constituye un parámetro conformador de la interpretación conforme a la Constitución*, por lo que todas las normas infraconstitucionales deben interpretarse y aplicarse conforme al bloque constitucional de derechos fundamentales ⁽⁵²⁾.

Este fundamento es el que justifica referirse a un *Bloque constitucional de derechos fundamentales*, ya que son los derechos fundamentales como atributos de la persona humana, independientemente de la fuente interna o internacional en la que se hayan

⁵¹ Cea Egaña, José Luis. 2002. *Derecho constitucional chileno*. Tomo I. Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, pág. 113.

⁵² En la misma perspectiva, el Comisionado Jaime Guzmán en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en sesión 101ª de fecha 9 de enero de 1975, señalaba " ...ese texto (refiriéndose al inciso 2° del artículo 5°) autoriza entablar incluso recursos de inaplicabilidad y a pedir la inconstitucionalidad de leyes que aunque no violenten algún texto expreso de la Constitución, violenten derechos fundamentales de la persona humana, porque al hacerlo están violentando el texto expreso de la Constitución: el que señala que la soberanía está limitada por los derechos fundamentales o naturales del hombre" (pág. 12).

asegurado, los que constituyen el parámetro de control de constitucionalidad en materia de normas internas infraconstitucionales.

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional chileno, el cual en requerimiento de inconstitucionalidad del artículo único, número tres, del Proyecto de Ley modificatorio de la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en la parte en que dicha norma modifica el artículo 23 N° 1 del citado cuerpo legal, ha aceptado entrar a conocer del vicio de inconstitucionalidad planteado por más de una cuarta parte de los diputados en ejercicio, los cuales planteaban que dicho proyecto infringía el artículo 5° inciso 2° de la Constitución en cuanto este establecía como límite de la soberanía, por tanto, del ejercicio de la potestad legislativa, los derechos del niño contenidos en la *Convención de Derechos del Niño* que exige atender al *interés superior del niño*, el cual es asumido como parte del parámetro de control de constitucionalidad empleado por el Tribunal Constitucional:

“VIGESIMOQUINTO: Que, habiéndose rechazado las inconstitucionalidades de forma alegadas en el requerimiento, corresponde pronunciarse sobre el vicio de fondo invocado y que consiste en que el artículo 23 N° 1, contenido en el numeral 3 del artículo único del proyecto de ley modificatorio de la Ley N° 20.084, sobre responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, vulneraría el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental en relación con los artículos 3.1, 37, 40 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño y con el principio de no retroceso en materia de derechos humanos;

VIGESIMOSEXTO: Que la referida inconstitucionalidad consistiría, específicamente, a juicio de los requirentes, en que al establecer la norma impugnada del proyecto modificatorio de la Ley N° 20.084, como única sanción posible, para el tramo de penalidad superior a 5 años, la de internación en régimen cerrado, configuraría una violación al artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental que consagra el deber de los órganos del Estado –como es el caso del legislador– de respetar y promover los derechos esenciales del ser humano garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Ello, porque el legislador no habría respetado el principio del interés superior del niño, consagrado en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como los artículos 37, 40 y 41 de la misma, según los cuales la privación de libertad de los adolescentes debe ser la *ultima ratio* e imponerse por el menor tiempo posible;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que planteada, en esos términos, la cuestión de constitucionalidad sometida a la decisión de este Tribunal, ella debe ser necesariamente desechada, por las razones que se expresarán.

Cabe destacar, en tal sentido, que todo el sistema de responsabilidad penal del adolescente, en nuestro país, está basado en la necesidad del respeto a sus derechos y, en particular, del “interés superior” del mismo. Ello se comprueba al examinar en detalle la normativa contenida en la Ley N° 20.084 [...].

VIGESIMOCTAVO: Que, en ese contexto, no se divisa cómo una indicación parlamentaria destinada a eliminar la opción del juez de aplicar la internación en régimen semicerrado para aquellos adolescentes condenados por delitos que merezcan penas superiores a 5 años de privación de libertad, al menos durante los dos primeros años de la

condena, pueda implicar una vulneración al inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental.

En efecto, ya se ha recordado de qué manera la protección de los derechos de los adolescentes se ha encontrado especialmente presente en la gestación y desarrollo de toda la legislación sobre responsabilidad penal en que ellos puedan incurrir, la que, sin duda, ha tenido presente que, de conformidad con el artículo 37 letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, no prohíbe la privación de libertad de los adolescentes, sino que impide que ella sea ilegal o arbitraria, exigiendo también que sólo proceda conforme a la ley y en carácter de último recurso, por el período más breve posible, a juicio del mismo legislador”⁵³.

Los derechos esenciales, fundamentales o humanos, según el *nomen iuris* que quiera utilizarse, y sus diversos atributos reconocidos por fuente nacional o internacional, constituyen en nuestro ordenamiento jurídico límites a la soberanía, por tanto límites a la potestad constituyente derivada, legislativa, administrativa y jurisdiccional. Lo que implica en definitiva, que tales derechos y sus atributos asegurados y garantizados por fuente interna o internacional, forman parte necesariamente del parámetro de control de constitucionalidad, en cuanto límites de la soberanía, que debe asumir el Tribunal Constitucional, al controlar los actos y normas emanados de los poderes constituidos.

Así lo entiende la Corte Constitucional colombiana, la cual ha explicitado que,

“salvo remisión expresa de normas superiores, sólo constituyen parámetros de control de constitucionalidad aquellos tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción [...]. Empero, la Corte ha precisado que en relación con algunos derechos y garantías no incluidas en forma expresa en los textos referidos, el principio de intangibilidad se aplica igualmente”⁵⁴.

Así lo reconoce la Corte Suprema argentina en su jurisprudencia, donde ya en diciembre de 1996, en los casos “Monges, Analía” y “Chocobar, sexto c/ ANSSES” precisó:

“[...] que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir” (55).

Agregando en el “caso Chocobar” que las normas de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del pacto de San José de Costa Rica “resultan idóneas para interpretar el alcance (del) ... art. 14 bis de la Constitución Nacional, toda vez que esta debe ser analizada como un conjunto armónico dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás” (56)

Esta es la práctica desarrollada por los tribunales constitucionales sudamericanos por regla general, los cuales entienden como atributos que integran los derechos fundamentales

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 786-2007, de fecha trece de junio de 2007, considerandos 25° a 28°.

⁵⁴ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-148/05 de 22 de febrero de 2005. Consideraciones preliminares sobre el bloque de Constitucionalidad.

⁵⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos 319:3148, voto de los doctores Nazareno, Moliné O’Connor; López, y Boggiano, considerandos 20 y 21.

⁵⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos 319:3241, voto de los doctores Nazareno, Moliné O’Connor y López, considerando 11.

tanto los constitucionalmente asegurados como aquellos que se integran provenientes del derecho internacional de los derechos humanos.

La labor interpretativa constitucional requiere de una reconstrucción de todo el contenido que establece el complejo normativo de la Constitución, la lectura e interpretación de todo precepto de la Carta Fundamental debe ser hecho en su contexto, teniendo en consideración los principios, valores, fines y razón histórica del ordenamiento constitucional, lo que le da al Juez Constitucional, un espacio significativo de movilidad interpretativa e integradora que convierte al juez en un protagonista activo y creador, que realiza la mediación entre la Constitución y la situación específica.

En materia de derechos humanos, habrá sólo interpretación cuando se señale que fuera de las normas no hay otros derechos, mientras que además de interpretación habrá integración, cuando consideremos que fuera de las normas sobre derechos, hay derechos que carecen de normas.

Es posible "proponer que cuando faltan normas sobre derechos y quien detecta esa ausencia o laguna normativa cree o valora que, pese al vacío normativo, hay derechos no formulados, *la carencia se debe colmar a través de la integración, para cuya efectividad también es menester "interpretar" (encontrar el sentido) del sistema completo de derechos, en el que algunos constan en normas y otros carecen de ellas*⁵⁷.

Las Cartas Fundamentales exigen a los agentes y órganos del Estado no solo una función de respeto de los derechos, sino también una *función promocional*, la que constituye en el caso chileno como en otras constituciones, un deber consignado como base de la institucionalidad en el artículo 5° inciso 2°, el cual irradia a todas las autoridades, las que deben, dentro del ámbito de sus competencias de acuerdo al artículo 7° de la Carta Fundamental, promover condiciones más humanas de vida y remover obstáculos para hacer efectivas la dignidad de la persona, la libertad y la igualdad, con miras a la plenitud del ejercicio de los derechos; función promocional reconocida, explícitamente, en nuestra Constitución chilena, en el artículo 5° inciso segundo⁵⁸.

La Constitución exige a todos los operadores jurídicos y, en especial, a los órganos de jurisdicción constitucional dentro sus competencias, remover los obstáculos que posibiliten el libre y pleno ejercicio de los derechos como asimismo maximizar el plexo de derechos y garantías de la persona humana.

El deber de promover los derechos también se concreta a través de una adecuada interpretación de ellos, ya que los derechos no son las normas, por tanto, cuando faltan normas debe producirse la integración para suplir la falta de reconocimiento normonológico y no afirmar que porque no hay norma no hay derecho. El operador jurídico debe tener la flexibilidad de buscar una solución acorde con el espíritu del sistema de derechos, de acuerdo con su objeto y su finalidad, teniendo en consideración el contexto y

⁵⁷ Bidart Campos, Germán, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1994 p. 58. En el caso chileno, ello ha sido aceptado por el Tribunal Constitucional, en su sentencia con N° 22 de 1995, en el que reconoció que si bien el texto literal constitucional del derecho a la libertad de información (art. 19 N° 12) no lo contempla, el derecho a ser informado es un derecho constitucional. Asimismo, la jurisprudencia de los tribunales superiores ordinarios (Cortes de Apelaciones y Corte Suprema) en diversos fallos han reconocido el derecho a la propia imagen pese a no estar consignado en el texto constitucional como derecho fundamental.

⁵⁸ El artículo 5°, inciso 2°, segunda oración, precisa: "*Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*". (Las cursivas son nuestras).

la razón histórica, como asimismo, los valores que explicita el sistema jurídico. Ello implica negar la posición reduccionista para la protección de la persona y de sus derechos esenciales.

Nada impide, en una perspectiva técnico jurídica, la introducción de garantías de los derechos esenciales o humanos por vía de normas de derecho interno o provenientes del derecho internacional que constituyan un "plus" respecto de las normas vigentes, ya que ello cumple la finalidad de asegurar y de promover tales derechos que es un deber constitucional de todos los órganos y agentes estatales. La introducción de normas que mejoren el contenido de derechos y sus garantías no pueden ser consideradas inconstitucionales, si se aplican las reglas interpretativas "favor homine" o "favor persona" y se tiene presente el desarrollo progresivo de los derechos.

REFORMA ADMINISTRATIVA Y ESTADO DE BIENESTAR

Jaime Rodríguez-Arana¹

La preocupación por los distintos procesos de lo que ha venido a denominarse reforma o modernización administrativa es constante a lo largo de los últimos tiempos, en los que se han sucedido intentos y propuestas para buscar la adecuación estructural y funcional de la compleja Administración pública orientados a la prestación de nuevos servicios públicos y a la realización de actividades públicas en consonancia con el dinamismo social. Fundamentalmente, debido a que cada vez es más patente, más obvio, que la Administración es de verdad de los ciudadanos y que los funcionarios están llamados a operar los poderes y la potestades públicas al servicio objetivo del pueblo en un contexto de promoción de la libertad solidaria.

En términos generales, las transformaciones observadas en los países desarrollados desde una perspectiva de la gestión pública son bastante similares. Todo un conjunto de fenómenos como la preocupación por la eficacia pública, la búsqueda de la calidad en la prestación de los servicios públicos con la consiguiente orientación al ciudadano, supuestos de descentralización territorial y funcional, mayor participación de las organizaciones no gubernamentales en la gestión de servicios, etc., son intentos de reducir el exceso de leyes y reglamentos y, al tiempo, fórmulas para generar instrumentos que fortalezcan la idea de servicio público, tan necesaria hoy en día.

La práctica totalidad de los procesos de reforma y modernización administrativa se declaran dirigidos a conseguir una Administración Pública más eficaz, que cueste menos y que piense más en el ciudadano. De esta manera, se pone de manifiesto un dato de importancia capital: los modelos políticos y administrativos han de construirse a partir del ciudadano y en función de sus necesidades colectivas. Este es, en mi opinión, el "*punctum dolems*" de cualquier proceso de reforma o modernización administrativa: que se tenga bien claro que el dueño, que el propietario de la Administración pública es el ciudadano.

La legitimación de la Administración pública, lo sabemos bien, ha de basarse en los resultados, en la capacidad de la acción pública para satisfacer las nuevas demandas sociales, lo cual implica inevitablemente dar prioridad a la producción y entrega de bienes y servicios a los ciudadanos considerados como destinatarios de servicios, no ya como sujetos inertes de las políticas públicas. Ello en el contexto del principio de legalidad y teniendo presente que la función de la Administración se justifica en la medida en que sirve con objetividad los intereses generales. Perder de vista esta dimensión de servicio a la ciudadanía supone una clara quiebra del sentido y significación de la Administración pública en el marco del Estado social y democrático de Derecho.

El Estado moderno se ha convertido en un Estado social y democrático de Derecho, superando anteriores concepciones basadas en una Administración de autoridad, limitadora de los derechos fundamentales y libertades públicas. Aparece también en la Constitución la introducción del principio de eficacia como elemento rector de la actividad administrativa, al que es necesario unir, como derivación del Estado Social, el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de remoción de los obstáculos que impidan al individuo y los grupos en que se integra disfrutar real y efectivamente de la libertad y de la igualdad. La eficacia debe ir siempre acompañada del servicio

¹ Catedrático de Derecho Administrativo.
Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

efectivo a los intereses generales. Si la eficacia se convierte en el criterio único de la acción administrativa, es muy fácil, y ejemplos hay, que se confundan los fines y los medios propiciando un irrespirable ambiente de corrupción generalizada.

Insisto, los modelos políticos y administrativos deben construirse a partir del ciudadano y en función de sus necesidades colectivas, porque, como dispone, por ejemplo, la Constitución española de 1978 en su artículo 103, "la Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con el principio de eficacia y descentralización, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho". Además, la programación y ejecución del gasto público ha de responder a los principios de eficiencia y economía tal y como dispone la Constitución española en el artículo 31. Los principios constitucionales de organización de la Administración española son, pues, los que han de proporcionarnos el marco general del proceso de reforma administrativa.

La Administración Pública del Estado social y democrático de Derecho ha de configurarse como una organización que debe distinguirse por los principios de legalidad, de eficacia y de servicio. Legalidad, porque el procedimiento administrativo no es otra cosa que un camino pensado para salvaguardar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Eficacia, porque hoy es perfectamente exigible a la organización administrativa que ofrezca productos y servicios públicos de calidad. Y servicio, sobre todo, porque no se puede olvidar que la justificación de la existencia de la Administración, como ya se ha dicho, se encuentra en el servicio a los intereses colectivos. Por eso, las distintas potestades y poderes públicos son manifestaciones concretas de esa idea de servicio público. Legalidad, eficacia y servicio son, pues, los parámetros fundamentales de la acción administrativa.

La Administración Pública, pues, tiene un marcado carácter instrumental. Esta característica, la instrumentalidad, implica el desarrollo de los valores de eficacia y eficiencia en un entorno cambiante, en el que las Administraciones Públicas son cuantitativa y cualitativamente diferentes, y la acción pública es mucho más extensa y ambiciosa y afecta a procesos sociales de mayor importancia crítica y estratégica.

Todo ello permite pensar en la necesidad de potenciar un clima de transformación permanente en la Administración Pública, en sentido de establecer las condiciones necesarias para su corrección y adaptación permanente a unas circunstancias cambiantes de manera sistemática y cotidiana, aprovechando las opiniones de los ciudadanos sobre lo que, a su juicio, sería deseable, sin perder de vista que la dignidad del ser humano y sus derechos fundamentales son el mismo centro y corazón de las acciones concretas que se derivan del conjunto de las políticas públicas.

En esta situación, no puede ni debe olvidarse el actual contexto, especialmente en una época de crisis económica, de limitación del gasto público, que obliga a buscar un funcionamiento del aparato público que respete los indicadores de racionalidad en la gestión de recursos, tanto humanos como financieros, utilizando técnicas que van desde la programación por objetivos y el sistema de control de resultados a la introducción de estándares de calidad en los servicios públicos.

En este marco, la Administración prestacional e intervencionista que conocemos se ve abocada a una reforma que le permita adaptarse al cambio de sus funciones y roles tradicionales ya que, por un lado, debe responder a las expectativas de una ciudadanía que no desea renunciar a los logros prestacionales del Estado social y democrático de Derecho, y por otro, ha de adaptarse a una realidad económica que exige drásticos recortes, reforma de estructuras y una profunda racionalización de la gestión, en la búsqueda de la eficiencia del sector público. Son estos, me

parece, los objetivos que han de definir la reforma de la Administración Pública, con el objetivo inmediato de situarla en los cánones de modernización que exige el tiempo presente.

Por otra parte, la configuración del Estado social y democrático de Derecho supone una nueva funcionalidad de la Administración Pública. En efecto, la Administración, al gestionar los intereses colectivos, no tiene que imponerse frente a los ciudadanos. Más bien, debe propiciar fórmulas o medidas que impliquen la colaboración de la sociedad y, por tanto, de los ciudadanos en la elaboración de los criterios rectores que impulsen los intereses colectivos. En otras palabras, la Administración ya no es dueña del interés público sino que está llamada, por su inserción en el Estado Social y Democrático de Derecho, a articular una adecuada intercomunicación con los agentes sociales para redefinir las políticas públicas. Quiere eso decir que los ciudadanos no deben ser sólo sujetos pasivos de las potestades públicas, sino que deben aspirar a ser legítimos colaboradores y protagonistas de la propia Administración para la gestión de los propios intereses que les afecten. Desde esta perspectiva puede entenderse mejor la función promocional de los poderes públicos en nuestro tiempo.

En efecto, una de las polémicas políticas más interesantes a las que podemos asistir en estos momentos, especialmente en el marco de la crisis en que estamos sumidos, es la de la función del Estado, y más concretamente, la de la supuesta crisis del llamado Estado del Bienestar. Especialmente, los fallos detectados en los sistemas de regulación pública en no pocos países han propiciado que el debate alcance el mismo sentido de la intervención y la virtualidad de la acción pública como promotora mecánica de progreso social y de bienestar ciudadano.

¿Porqué ha entrado en crisis esta forma de entender las relaciones Estado-Sociedad?. Me parece que, entre otras razones, porque el Estado, que está al servicio del interés general y del bienestar general, se olvidó, y no pocas veces, de los problemas reales de la gente. A veces porque el Estado ha sido capturado por el interés particular, a veces porque el Estado ha estado mal administrado, a veces porque se han puesto en marcha peligrosos procesos de vaciamiento del Estado sin tón ni són.

Por eso, la reforma del Estado actual hace necesario colocar en el centro de la actividad pública la preocupación por las personas, por sus derechos, sus aspiraciones, sus expectativas, sus problemas, sus dificultades o sus ilusiones. El modelo de Estado intervencionista acabó por ser un fin en sí mismo, como el gasto público y la burocracia. Hoy, más que nunca, hay que recordar que el Estado es de la gente, la burocracia es de la gente y que los intereses generales deben definirse con la activa participación de la gente.

La reforma del Estado del Bienestar no puede depender de una ideología, de un sistema teórico que se impone verticalmente sin contraste con la realidad, en la configuración de su proyecto porque las nuevas políticas públicas se delimitan hoy por una renuncia expresa a todo dogmatismo político y por la apuesta hacia ese flexible dinamismo que acompaña a la realidad y, por ello, a los problemas de las personas. Hoy, me parece, la ideología cerrada aporta sobre todo y ante todo una configuración completa y cerrada de la realidad social y de la historia de carácter dogmático que no puede, es imposible, acercarse a un mundo que se define por su dinamismo, pluralismo y versatilidad.

Las prestaciones sociales, las atenciones sanitarias, las políticas educativas son bienes de carácter básico que un Gobierno debe poner entre sus prioridades políticas, de manera que la garantía de esos bienes se convierta en condición para que una sociedad libere energías que permitan su desarrollo y la conquista de nuevos espacios de libertad y de participación ciudadana.

Este conjunto de prestaciones del Estado, que constituye el entramado básico de lo que se denomina Estado de bienestar no puede tomarse como un fin en sí mismo. Esta concepción se traduciría en una reducción del Estado al papel de suministrador de servicios, con lo que el ámbito público se convertiría en una rémora del desarrollo social, político, económico y cultural. Además, una concepción de este tipo se traduciría no en el equilibrio social necesario para la creación de una atmósfera adecuada para los desarrollos libres de los ciudadanos y de las asociaciones, sino que podría llevar a una concepción estática que privara al cuerpo social del dinamismo necesario para liberarse de la esclerosis y conservadurismo que acompaña a la mentalidad de los derechos adquiridos.

Las prestaciones, los derechos, tienen un carácter dinámico que no puede quedar a merced de mayorías clientelares, anquilosadas, sin proyecto vital, que puede llegar a convertirse en un cáncer de la vida social. Las prestaciones del Estado tienen su sentido en su finalidad.

Sírvanos como ejemplo la acción del Estado en relación con los colectivos más desfavorecidos, en los que -por motivos diferentes- contamos a los marginados, los parados, los pobres y los mayores, la llamada "tercera edad". Las prestaciones del Estado nunca pueden tener la consideración de dádivas mecánicas. Más bien, el Estado debe proporcionar con sus prestaciones el desarrollo, la manifestación, el afloramiento de las energías y capacidades que se ven escondidas en esos amplios sectores sociales y que tendrá la manifestación adecuada en la aparición de la iniciativa individual y asociativa.

Un planteamiento de este tipo permitiría afirmar claramente la plena compatibilidad entre la esfera de los intereses de la empresa y de la justicia social, ya que las tareas de redistribución de la riqueza deben tener un carácter dinamizador de los sectores menos favorecidos, no conformador de ellos. Además, permitirá igualmente conciliar la necesidad de mantener los actuales niveles de bienestar y la necesidad de realizar ajustes en la priorización de las prestaciones, que se traduce en una mayor efectividad del esfuerzo redistributivo.

Las nuevas políticas públicas se configuran como puntos de encuentro entre la actuación política y las aspiraciones, el sentir social, el de la gente. Bien entendido que ese encuentro no puede ser resultado de una pura adaptabilidad camaleónica a las demandas sociales. Conducir las actuaciones políticas por las meras aspiraciones de los diversos sectores sociales, es caer directamente en otro tipo de pragmatismo y de tecnocracia: es sustituir a los gestores económicos por los prospectores sociales.

La prospección social, como conjunto de técnicas para conocer más adecuadamente los perfiles de la sociedad en sus diversos segmentos es un factor más de apertura a la realidad. La correcta gestión económica es un elemento preciso de ese entramado complejo que denominamos eficiencia, pero ni una ni otra sustituyen al discurso político. La deliberación sobre los grandes principios, su explicitación en un proyecto político, su traducción en un programa de gobierno da sustancia política a las actuaciones concretas, que cobran sentido en el conjunto del programa, y con el impulso del proyecto.

Las políticas públicas modernas se hacen, pues, siempre a favor de la gente, de su autonomía -libertad y cooperación-, dándole cancha a quienes la ejercen e incitando o propiciando su ejercicio -libre- por parte de quienes tienen mayores dificultades para hacerlo. Acción social y libre iniciativa son realidades que el pensamiento compatible capta como integradoras de una realidad única, no como realidades contrapuestas.

Las políticas públicas modernas no se hacen pensando en una mayoría social, en un segmento social que garantice las mayorías necesarias en la política democrática, sino que las nuevas políticas se dirigen al conjunto de la sociedad, y cuando están verdaderamente centradas son capaces de concitar a la mayoría social, aquella mayoría natural de individuos que sitúan la libertad, la tolerancia y la solidaridad entre sus valores preferentes.

Conforme han ido avanzando los años noventa del siglo pasado se ha ido perfilando con mayor claridad y se ha ido haciendo cada vez más explícita una idea que ha estado siempre presente de un modo u otro en el pensamiento democrático. El fundamento del Estado democrático hay que situarlo en la dignidad de la persona.

La persona se constituye en el centro de la acción pública. No la persona genérica o una universal naturaleza humana, sino la persona, cada individuo, revestido de sus peculiaridades irreductibles, de sus coordenadas vitales, existenciales, que lo convierten en algo irreplicable e intransferible, en persona. Cada persona es sujeto de una dignidad inalienable que se traduce en derechos también inalienables, los derechos humanos, que han ocupado, cada vez con mayor intensidad y extensión, la atención de los políticos democráticos de cualquier signo en todo el mundo.

En este contexto es donde se alumbran las nuevas políticas públicas, que pretenden significar que es en la persona singular en donde se pone el foco de la atención pública, que son cada mujer y cada hombre el centro de la acción política.

Este cambio en el sentido de la vida pública, cabría decir mejor, esta profundización en su significado, se ha producido a la par que una reflexión sobre el sentido y las bases del Estado democrático. Esta reflexión ha venido obligada no sólo por los profundos cambios a los que venimos asistiendo en nuestro tiempo. Cambios de orden geoestratégico que han modificado parece que definitivamente el marco ideológico en que se venía desarrollando el orden político vigente para poblaciones muy numerosas. Cambios tecnológicos que han producido una variación sin precedentes en las posibilidades y vías de comunicación humana, y que han abierto expectativas increíbles hace muy poco tiempo. Cambios en la percepción de la realidad, en la conciencia de amplísimas capas de la población que permiten a algunos augurar, sin riesgo excesivo, que nos encontramos en las puertas de un cambio de civilización.

Es una reflexión obligada también por la insatisfacción que se aprecia en los países desarrollados de occidente ante los modos de vida, las expectativas existenciales, las vivencias personales de libertad y participación. Y es una reflexión que nos conduce derechamente a replantearnos el sentido de la vida y del sistema democrático no para superarlo, sino para recuperarlo en su ser más genuino y despojarlo de las adherencias negativas con que determinados aspectos de las ideologías cerradas lo han contaminado, contaminaciones que han estado en el origen de las lamentables experiencias totalitarias de este siglo, particularmente en Europa.

Recuperar el pulso del Estado democrático y fortalecerlo, significa entre otras cosas, recuperar para el Estado los principios de su funcionalidad básica que se expresa adecuadamente -aunque no sólo- en aquellos derechos primarios sobre los que se asienta nuestra posibilidad de ser como hombres. Entre ellos el derecho a la vida, a la seguridad de nuestra existencia, el derecho a la salud.

Es bien sabido, que el protagonismo del Estado o del mercado ha sido el gran tema del debate económico del siglo XX. Ya desde muy pronto, como nos recuerda el profesor VELARDE FUERTES, encontramos el célebre trabajo de Enrico BARONE publicado en el *Giornale Degli Economisti*

(1.908): "El ministro de la producción en un Estado colectivista", a partir del cual comienza un amplio despliegue de estudios de los teóricos de la economía sobre la racionalidad económica de una organización socialista como los de WIESSER, PARETO y sus discípulos. La crisis económica que sigue a la Primera Guerra Mundial pone en tela de juicio el pensamiento capitalista y alimenta formas intervencionistas que el economista MANDILESCO se encargaría de configurar económicamente. De igual manera, tanto el New Deal de ROOSEVELT como la encíclica "Quadragesimo anno" se muestran críticas hacia el capitalismo.

Los planteamientos intervencionistas de KEYNES o BEVERIDGE trajeron consigo, tras la Segunda Guerra Mundial, un acercamiento a la planificación del desarrollo o a una política fiscal redistributiva. En verdad, la época de la prosperidad de 1.945 a 1.973 mucho ha tenido que ver con una política de intervención del Estado en la vida económica. Quizá porque entonces la maltrecha situación económica que generó la conflagración no permitía, porque no se daban las condiciones, otra política económica distinta.

Al amparo de esta construcción teórica, aparece el Estado providencia (Welfare State) que asume inmediatamente la satisfacción de todas las necesidades y situaciones de los individuos desde "la cuna hasta la tumba". Es un modelo de Estado de intervención directa, asfixiante, que exige elevados impuestos y, lo que es más grave, que va minando poco a poco lo más importante, la responsabilidad de los individuos. El Estado de Bienestar que ha tenido plena vigencia en la Europa de "entreguerras" es, como es bien sabido, un concepto político que, en realidad, fue una respuesta a la crisis de 1929 y a las manifestaciones más agudas de la recesión.

Ciertamente, los logros del Estado del Bienestar están en la mente de todos: consolidación del sistema de pensiones, universalización de la asistencia sanitaria, implantación del seguro de desempleo, desarrollo de las infraestructuras públicas. Afortunadamente, todas estas cuestiones se han convertido en punto de partida de los presupuestos de cualquier gobierno que aspire de verdad a mejorar el bienestar de la gente.

Sin embargo, se dirigen varias críticas al Estado del Bienestar, referidas a su estancamiento en la consecución del crecimiento económico y su fracaso en el mantenimiento de la cohesión social.

Por otra parte, el Estado providencia, en su versión clásica, ha fracasado en su misión principal de redistribuir la riqueza de forma equitativa, hasta el punto de que tras tres décadas de actividades redistributivas no sólo no han disminuido las desigualdades, sino que, por paradójico que parezca, han aumentado la distancia entre ricos y pobres. Estas desigualdades han generado grupos de población excluidos y marginados de la sociedad y no sólo debido a circunstancias económicas, sino también a causa de su raza, su nacionalidad, su religión o por cualquier rasgo distintivo escogido como pretexto para la discriminación, la xenofobia y, a menudo, la violencia. Evidentemente, como apunta acertadamente DAHRENDORF, esta divergencia sistemática de perspectivas de vida para amplios estratos de la población es incompatible con una sociedad civil fuerte y activa.

Además, resulta lógico afirmar que la desintegración social lleva aparejado un cierto grado de desorden, ya que los colectivos excluidos carecen de sentido de pertenencia a la comunidad, de compromiso social y, por tanto, de razones para respetar la ley o los valores que la han inspirado.

Por todo ello, puede afirmarse sin ninguna duda que el Estado del Bienestar en su versión clásica, está en crisis. No sólo desde el punto de vista económico, sino también, y ello es más importante, como modelo de Estado.

Las bases teóricas del Estado del Bienestar fueron ya criticadas por una serie de autores encuadrados en el llamado círculo de Friburgo, entre los que destacan Walter EUCKEN, Ludwig ERHARD o Friedrich VON HAYEK. Realmente, la importancia del pensamiento de estos economistas, representantes de la economía social de mercado, es muy grande y su actualidad innegable.

La economía social de mercado no presupone una mayor intervención del Estado en la vida económica y social; ni tampoco exige que los poderes públicos se abstengan de intervenir en la sociedad o en la economía. Lo que resulta evidente es que el papel del Estado debe cambiar para perseguir la cuadratura del círculo, esto es, conciliar -si ello es posible- las que, a juicio de DAHRENDORF, eran las tres aspiraciones básicas de los ciudadanos: la prosperidad económica mediante el aumento de la riqueza, vivir en sociedades civiles capaces de mantenerse unidas y constituir la base sólida de una vida activa y civilizada, y contar con unas instituciones democráticas que garanticen la vigencia del Estado de Derecho y la libertad política de las personas.

No es fácil compatibilizar estas metas y con frecuencia la prosperidad económica se consigue a costa de sacrificar la libertad política o la cohesión social. Recientemente GIDDENS ha creído encontrar la forma de lograrlo a través de la denominada Tercera Vía, que trata de superar los planteamientos neoliberales y socialistas. El Estado no debe retroceder ni puede expandirse ilimitadamente; simplemente debe reformarse.

Según EUCKEN y la doctrina de la economía social de mercado, el Estado debe limitarse a fijar las condiciones en que se desenvuelve un orden económico capaz de funcionamiento y digno de los hombres, pero no ha de dirigir el proceso económico. En resumen: el Estado debe actuar para crear el orden de la competencia, pero no ha de actuar entorpeciendo el proceso económico de la competencia.

En cualquier caso, debe quedar claro que esta transformación del modelo de Estado no afecta a los objetivos sociales planteados por el Estado del Bienestar, que incluso podrían ampliarse como consecuencia de una revisión del propio concepto de bienestar. Desde el informe BEVERIDGE (1942) hasta la actualidad, se adoptó un enfoque meramente negativo del bienestar, que consistía en luchar contra la indigencia, la enfermedad, la ignorancia, la miseria y la indolencia. Se trataba de una visión eminentemente económica del bienestar y de las prestaciones necesarias para su consecución.

Hoy parece evidente la superación de esta visión. Las prestaciones o ventajas económicas no son casi nunca suficientes para producir bienestar; es además necesario promover simultáneamente mejoras psicológicas. Se trata, como apunta GIDDENS, de alcanzar un bienestar positivo: en lugar de luchar contra la indigencia, se debe promover la autonomía; en vez de combatir la enfermedad se debe prevenir su existencia promoviendo una salud activa; no hay que erradicar la ignorancia sino invertir en educación, no debe mitigarse la miseria, sino promover la prosperidad, y finalmente, no debe tratar de erradicarse la indolencia, sino premiar la iniciativa.

Por lo tanto, si el Estado tiene como función primaria genérica la promoción de la dignidad humana, se entenderá sin esfuerzo que el bienestar de los ciudadanos ocupe un lugar absolutamente prioritario en la actividad del Estado. Esto, forzoso es recordarlo, no es patrimonio exclusivo de ningún grupo ni de ninguna instancia política, es patrimonio del sentido común, o del sentir común. ¿Para qué querríamos un Estado que no nos proporcionará mejores condiciones para el desarrollo y el logro de los bienes que consideramos más apreciables por básicos?. Ciertamente hay todavía Estados concebidos como instrumentos de opresión o al servicio de los intereses de unos pocos, pero no podemos olvidar que nuestra referencia es el Estado democrático de Derecho, un Estado de libertades, que en la práctica y hasta ahora viene haciendo imposible tal situación de abuso entre nosotros.

Que el bienestar sea una condición para el desarrollo personal, como seres humanos en plenitud, no es un hallazgo reciente ni mucho menos. Ya los antiguos entendieron que sin unas condiciones materiales adecuadas no es posible el desarrollo de la vida moral, de la vida personal, y el hombre queda atrapado en la perentoriedad de los problemas derivados de lo que podríamos llamar su simple condición animal, y reducido a ella. Pero quisiera subrayar que bienestar no es equivalente a desarrollo personal. El bienestar es la base, la condición de partida que hace posible ese desarrollo. Por eso el bienestar no es un absoluto, un punto de llegada.

Concebir el bienestar como una finalidad de la política, como una meta o un punto de llegada, trajo consigo una espiral de consumo, de inversión pública, de intervención estatal, que llegó a desembocar en la concepción del Estado como providente, como tutor de los ciudadanos e instancia para la resolución última de sus demandas de todo orden. Este modo de entender la acción del Estado condujo de modo inequívoco a considerar a las instancias públicas como proveedoras de la solución a todas nuestras necesidades, incluso a las más menudas, incluso a nuestras incomodidades, incluso -si me apuraran- me atrevería a decir de los caprichos de muchos ciudadanos.

En esa espiral, asumida desde planteamientos doctrinarios que la historia más reciente ha demostrado errados, el Estado ha llegado prácticamente a su colapso, ha sido incapaz de responder a la voracidad de los consumidores que él mismo ha alumbrado y alimentado con mimo a veces demagógico. Exigencia de prestaciones y evasión de responsabilidades se han confabulado para hacer imposible el sueño socialista del Estado providencia. En un Estado así concebido el individuo se convierte en una pieza de la maquinaria de producción y en una unidad de consumo, y por ende se ve privado de sus derechos más elementales si no se somete a la lógica de este Estado, quedando arrumbados su libertad, su iniciativa, su espontaneidad, su creatividad, y reducida su condición a la de pieza uniforme en el engranaje social, con una libertad aparente reducida al ámbito de la privacidad.

Así las cosas, bien someramente descritas, la reforma del llamado Estado de bienestar no ha sido tarea de un liberalismo rampante como algunos han pretendido hacer creer. No hay tal cosa. La necesidad de la reforma ha venido impuesta por una razón material y por una razón moral. La reforma del Estado de bienestar ha sido una exigencia ineludible impuesta por el fracaso de una concepción desproporcionada, desequilibrado. Dicho de otra manera, la reforma del Estado de bienestar ha sido exigida por la realidad, por las cuentas, por su inviabilidad práctica. Y, en el orden moral, por la grave insatisfacción que se ha ido produciendo en las generaciones nuevas que han visto reducida su existencia -permítaseme la expresión- a una condición estabular que no podía menos que repugnarles.

Sentido tecnocrático de la política, podrán terciar algunos, reducción de los parámetros políticos a puras mediciones económicas, insistirán al oír hablar de cuentas. Realismo, sentido de la realidad, habrá que responder, sentido de la realidad que es una característica de las nuevas políticas públicas. Los castillos en el aire se vienen abajo, con grandes costes materiales y en medio de grandes frustraciones cuanto más portentosos hayan sido los castillos que quisimos construir. Porque uno de los fundamentos de cualquier proyecto vital -individual o colectivo-, no ciertamente el más importante, pero fundamento ineludible, es la viabilidad económica del proyecto. Y el Estado de bienestar según la concepción de la socialdemocracia europea de hace unos años carecía de tal condición básica.

Afirmar que el Estado de bienestar tal como lo concebía la socialdemocracia europea era inviable, afirmar que es necesaria la reforma de su estructura, que tal concepción presenta déficits

insalvables en su mismo fundamento y articulación no significa en absoluto anunciar que el bienestar es imposible o que debemos renunciar al bienestar. Hacerlo así supone enunciar una crítica roma, limitada y corta de las posiciones que expongo, y supone también, a mi juicio, instalarse en concepciones dogmáticas y consecuentemente maniqueas del Estado y de la sociedad. Equivaldría a afirmar que o el Estado de bienestar se establece conforme a una determinada fórmula -en este caso la socialista- o inevitablemente incumple su función.

Pues no es así. Denunciar el hecho comprobado de la inviabilidad del Estado de bienestar tradicional, tal como se ha concebido históricamente por la socialdemocracia, reivindicar la necesidad y el proyecto político de las reformas necesarias, se hace en mi caso desde la convicción irrenunciable de que no sólo el bienestar público es posible, sino necesario, y no sólo necesario sino insuficiente en los parámetros en los que ahora se mide. Es decir, es necesario, -es de justicia-, que incrementemos los actuales niveles de bienestar -si se puede hablar así-, sobre todo para los sectores de población más desfavorecidos, más dependientes y más necesitados. Insisto, es una demanda irrefutable que nos hace el sentido más elemental de la justicia.

Lo que sucede es que no podemos caer de nuevo en la trampa en que cayeron los Estados providentes. Los sectores más desfavorecidos, los sectores más necesitados, son los más dependientes, y las prestaciones sociales del Estado no pueden contribuir a aumentar y agravar esa dependencia, convirtiéndose, de hecho, a los ciudadanos en súbditos, en este caso del Estado, por muy impersonal que sea el soberano, o que tal vez por ser más impersonal y burocrático es más opresivo. En esta afirmación está implícita otra de las características de las nuevas políticas: la finalidad de la acción política no es el bienestar, el bienestar es condición para la promoción de la libertad y participación de los ciudadanos, estas sí, auténticos fines de la acción política. Así el bienestar aparece como medio, y como tal medio, debe ser relativizado, puesto en relación al fin.

Tal cosa se traduce en que el bienestar no sólo no está reñido con la austeridad, sino que no se puede ni concebir ni articular sin ella. Austeridad no puede entenderse como privación de lo necesario, sino como ajuste a lo necesario, y consecuentemente limitación de lo superfluo. Si no es posible realizar políticas austeras de bienestar no es posible implantar un bienestar social real, equitativo y progresivo, capaz de asumir -y para todos- las posibilidades cada vez de mayor alcance que las nuevas tecnologías ofrecen. Insisto en que austeridad no significa privación de lo necesario. Políticas de austeridad no significan por otra parte simplemente políticas de restricción presupuestaria. Políticas de austeridad significan, para mí, la implicación de los ciudadanos en el recorte de los gastos superfluos y en la reordenación del gasto. Sin la participación activa y consciente de una inmensa mayoría de los ciudadanos considero que es imposible la aproximación al Estado de bienestar social que todos -de una manera o de otra anhelamos-. Es necesaria por parte de la ciudadanía la asunción de la responsabilidad política en su conducta particular, para hacer posible la solidaridad, la participación, que es meta de la acción política.

En este sentido, las políticas austeras son compatibles con una expansión del gasto. Porque la expansión del gasto es necesaria, porque no son satisfactorios aún los niveles de solidaridad efectiva que hemos conseguido. Pero expandir el gasto sin racionalizarlo adecuadamente, sin mejorar las prioridades, sin satisfacer demandas justas y elementales de los consumidores, es hacer una contribución al despilfarro. Y aquí no me detengo en una consideración moralista de la inconveniencia del gasto superfluo, sino que me permito reclamar y que se comprenda la tremenda injusticia que está implícita en el gasto superfluo o irracional cuando hay tantas necesidades perentorias sin atender todavía.

Por ejemplo, la sanidad española es expresión, a mi parecer del profundo grado de solidaridad

de nuestra sociedad en todos sus estamentos. Sólo se puede explicar su entramado, ciertamente complejo, avanzado técnica y socialmente -y también perfectible- por la acción solidaria de sucesivas generaciones de españoles y por la decidida acción política de gobiernos de variado signo. Pienso que en este terreno hay méritos indudables de todos. Sobre bases heredadas a lo largo de tantos años, hemos contribuido de modo indudable al desarrollo de una sanidad en algunos sentidos ejemplar. Y con el desarrollo autonómico se han desenvuelto experiencias de gestión que suponen ciertamente un enriquecimiento del modelo -en su pluralismo- para toda España.

Pero si afirmamos que el modelo es perfectible estamos reclamando la necesidad de reformas, que deben ir por el camino de la flexibilización, de la agilización, de la desburocratización, de la racionalización en la asignación de recursos y de su optimización, y de la personalización y humanización en las prestaciones. Que en muchos sentidos el modelo sea ejemplar, no quiere decir que sea viable en los términos en que estaba concebido, ni que no pueda ser mejor orientado de cara a un servicio más extenso y eficaz.

Sigamos con la política pública sanitaria. Queda mucho, muchísimo, por hacer. La asistencia sanitaria universal no puede ser una realidad nominal o contable, porque la asistencia debe ser universalmente cualificada desde un punto de vista técnico-médico, inmediata en la perspectiva temporal, personalizada en el trato, porque la centralidad de la persona en nuestras políticas lo exige. Y además debe estar articulada con programas de investigación avanzada; con innovaciones de la gestión que la hagan más eficaz; con una adecuación permanente de medios a las nuevas circunstancias y necesidades; con sistemas que promocionen la competencia a través de la pluralidad de interpretaciones en el modelo que -eso sí- en ningún caso rompan la homogeneidad básica en la prestación, etc.

Además, precisamente por no tratarse de un problema puramente técnico o de gestión, la política sanitaria, y los desafíos del bienestar deben encuadrarse en el marco de la política general, porque en ella se evidencian los objetivos últimos de la política que ya indiqué: promoción de la libertad -en nuestro caso liberación de las ataduras de la enfermedad-, solidaridad -evidente como en pocos campos en la asistencia sanitaria universal-, y participación activa. Este deber de participación, libremente asumido, enfrenta al ciudadano a su responsabilidad ante el sistema sanitario, para reducir los excesos consumistas; le abre y solicita su aceptación de posibilidades reales de elección; establece límites subjetivos al derecho, que debe interpretarse rectamente no como derecho a la salud estrictamente, sino como derecho a una atención sanitaria cualificada; y plantea también la necesidad de asumir la dimensión social del individuo buscando nuevas fórmulas que de entrada al ámbito familiar -sin recargarlo- en la tarea de humanización de la atención sanitaria.

A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA INTEGRAÇÃO ENTRE GRADUAÇÃO EM DIREITO E ESCOLA FUNDAMENTAL

Eliane Fontana¹
Suzéte da Silva Reis²

1 INTRODUÇÃO

A construção da cidadania é uma das questões que integram a pauta de discussão dos governos e da sociedade como um todo, porque dela depende não só formação de atores sociais que irão atuar na sociedade como também o próprio conceito e vivência da democracia. Isso possibilita a criação de novos espaços de participação e exige uma nova postura do cidadão, que deixa de ser apenas detentor de direitos outorgados pelo Estado e passa à condição de portador de direitos e deveres, o que, em outras palavras, pode ser chamado de cidadania ativa.

Nesse sentido, a educação desempenha papel decisivo, no sentido de superar o caráter restritivo e excludente que historicamente lhe é característico, possibilitando a todos o espaço e as ferramentas necessárias que permitam a construção de uma cidadania ativa.

Surge, nesse cenário, a perspectiva de promoção da integração entre alunos da graduação em Direito e alunos das escolas de ensino fundamental, no sentido de aprimorar as noções acerca do conceito de cidadania e suas implicações para a vida cotidiana. Para os alunos da graduação, representa uma possibilidade de estar em contato com a realidade social e compartilhar conhecimentos. Para os alunos do ensino fundamental, representa uma nova perspectiva no sentido de compreender os direitos e deveres que lhe são inerentes, enquanto cidadãos. E, por fim, representa, de um modo geral, uma nova forma de vivência da cidadania para todos os envolvidos neste processo.

Assim, o presente artigo não tem a pretensão de esgotar o assunto nem mesmo trazer alternativas prontas. Ao contrário, pretende trazer o tema à reflexão, para, posteriormente, aprofundar a discussão.

2 SOBRE A CIDADANIA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Os direitos de cidadania configuram-se como uma das mais importantes conquistas da história. A definição do termo cidadania não é tarefa fácil, mas pode-se conceituá-la como a qualidade social de uma sociedade organizada sob a forma de direitos e deveres majoritariamente reconhecidos. No lado dos direitos, reportam os ditos direitos humanos que hoje nos parecem óbvios, mas cuja conquista demorou milênios, e traduzem a síntese de todos os direitos imagináveis que o homem possa ter³.

¹ Mestranda em Direito pela UNISC, especialista em Direito Processual Civil e Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista CAPES. Advogada. E-mail: eliane.fontana@ibest.com.br.

² Mestranda em Direito, pós-graduanda em Direito do Trabalho, Previdenciário e Processo do Trabalho na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Membro do Grupo de Pesquisas Direito, Cidadania e Políticas Públicas na mesma Universidade. Bolsista da CAPES. Advogada. E-mail: suzyreis@yahoo.com.br

³ DEMO, Pedro. *Participação é conquista*. São Paulo: Autores associados, 1988, p. 70.

Ser cidadão é ter direito à vida, à propriedade, à igualdade perante a lei: é, em resumo, ter direitos civis. É também participar no destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos. Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranquila. Exercer a cidadania plena é ter direitos civis, políticos e sociais⁴.

Para Peces-Barba, *“la expresión de la ciudadanía, la participación en la formación de la voluntad general, el ejercicio de la soberanía, se sigue reservando a los ciudadanos de pleno derecho, a los ciudadanos estatales”*⁵. *Ciudadanía plena supone y exige un clima de democracia y de derechos. La democracia se manifiesta en participación de los ciudadanos, principio de las mayorías, instituciones representativas como el Parlamento, sometimiento a la ley, separación de poderes y derechos iguales para todos. Los derechos acompañan al ciudadano desde su nacimiento hasta su muerte, y son individuales, civiles y políticos, económicos, sociales y culturales*⁶.

Cidadania implica sentimento comunitário, processo de inclusão de uma população, um conjunto de direitos civis, políticos e econômicos e significa também, inevitavelmente, a exclusão do outro. Todo cidadão é membro de uma comunidade, como quer que esta se organize, e esse pertencimento, que é fonte de obrigações, permite-lhe também reivindicar direitos, buscar alterar as relações no interior da comunidade, tentar redefinir seus princípios, sua identidade simbólica, redistribuir os bens comunitários.

A essência da cidadania, se pudesse ser definida, residiria precisamente nesse caráter público, impessoal, nesse meio neutro no qual se confrontam, nos limites de uma comunidade, situações sociais, aspirações, desejos e interesses conflitantes. Há, certamente, na história, comunidades sem cidadania, mas só há cidadania efetiva no seio de uma comunidade concreta, que pode ser definida de diferentes maneiras, mas que é sempre um espaço privilegiado para a ação coletiva e para a construção de projeto para o futuro⁷.

De toda sorte, há que se ter sempre presente a ideia de que os direitos de cidadania resultam de um processo histórico da humanidade e que, sendo processo, continua em permanente construção e reconstrução. Na medida em que as sociedades e os modelos de relações sociais vão se transformando, também a cidadania exige novas significações e novas vivências.

E é nesta perspectiva que a educação se mostra como essencial, pois é através de sua prática crítica e transformadora que o cidadão vislumbra perspectivas de atuação enquanto agente social.

3 A EDUCAÇÃO COMO PRESSUPOSTO DE CIDADANIA

O direito à educação, enquanto direito fundamental do homem, é imprescindível para a sua formação plena, preparação para o trabalho e o exercício da cidadania. É essa constatação não é recente, pois já a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seu art. 26, trazia a previsão do direito à instrução⁸ elementar gratuita e obrigatória. O mesmo artigo, em seu

⁴ PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.) *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003, p. 09.

⁵ PECES-BARBA, Gregório. *Educación para la ciudadanía y los derechos humanos*. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2007, p. 22.

⁶ *Ibidem*, p. 22-23.

⁷ GUARINELLO, Norberto Luiz. *Cidades-Estado na Antiguidade Clássica*. In: PINSKY, 2003, p. 46.

⁸ O termo “instrução” consta do texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 1948, mas a referência que se pretende imprimir, neste texto, é no sentido de que a instrução se refere à educação.

inciso 2, determinava, expressamente, que a instrução seja orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos e pelas liberdades fundamentais.

Conceituar o termo educação não é simples, dada a sua abrangência e multiplicidade de enfoques através dos quais se pode abordá-la. Sob o aspecto jurídico, o entendimento é de que

A educação é um direito da personalidade, decorrente da simples existência do ser humano, que tem início com o seu nascimento e apenas termina com a sua morte. Esse direito não se refere tão somente (sic) a uma liberdade de aprendizagem (liberdade de pensamento, de expressão e de acesso à informação), mas se caracteriza como direito social, pois todos podem exigir do Estado a criação de serviços públicos para atendê-lo, tendo características de direito subjetivo absoluto, intransmissível, irrenunciável e inextinguível.⁹

A educação é, pois, uma das condições necessárias para se usufruir de outros direitos constitutivos do estatuto da cidadania. Oliveira diz que o ensino fundamental obrigatório constitui-se, ao mesmo tempo, num direito e numa dupla obrigatoriedade. Direito que o cidadão tem de acesso à educação e dupla obrigatoriedade porque é dever do Estado garantir a efetivação desse direito e dever dos pais ou responsáveis em provê-la, pois mandar os filhos à escola não é uma prerrogativa de que eles dispõem. Trata-se de um dever¹⁰.

As Constituições de diversos países têm, em seus textos, a educação elencada como um direito fundamental do homem, como é o caso da Constituição Federal brasileira, que no Capítulo III, do Título VIII, trata especificamente do tema, nos artigos 205 a 214. O art. 205 assevera que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Já o art. 206 traz os princípios que embasam o ensino¹¹. Em linhas gerais, esses princípios buscam o atendimento do princípio da isonomia, que diz que todos são iguais perante a lei, portanto, todos têm o direito de acesso e permanência na escola, como apregoa o inciso I. Os demais incisos do art. 206 apontam, igualmente, no sentido de oferecer a todos, indistintamente, as mesmas condições e qualidade de ensino, possibilitando as mesmas chances, em igualdade de condições, reforçando a gratuidade do ensino público, que aqui deve ser lido como dever do Estado.

⁹ MACHADO JUNIOR, 2003, p. 103.

¹⁰ OLIVEIRA, Romualdo Portela de. *O direito à educação*. In: OLIVEIRA, Romualdo P. de; ADRIÃO, Theresa (orgs.) *Gestão, financiamento e Direito à educação – análise da LDB e da Constituição Federal*. São Paulo: Xamã, 2001.

¹¹ Art. 206: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III – pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V – valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas (redação dada pela Emenda Constitucional nº. 53/2006); VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII – garantia de padrão de qualidade e VIII – piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos da lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº. 53/2006)

A efetivação do dever do Estado para com a educação dar-se-á, conforme prevê o art. 208¹², mediante a garantia de oferecimento do ensino fundamental gratuito a todos, inclusive àqueles que não tiveram acesso a ele na idade própria. A partir de então, são elencados outros preceitos a serem obedecidos pelo Estado, no sentido de cumprir com o seu dever constitucional, como a progressiva universalização do ensino médio. Os dispositivos deste artigo servem de referência à atuação do Estado, condicionando a sua ação, no sentido de garantir não apenas o acesso à educação, mas o atendimento dos princípios e objetivos, que visam a qualidade do ensino oferecido, possibilitando a formação plena e o exercício da cidadania.

Importa ressaltar, no inciso I, a obrigatoriedade de oferecimento do ensino fundamental àqueles que não tiveram acesso a ele na idade considerada adequada, porque, mesmo não explicitando a forma ou o tempo de duração deste tipo de ensino, estende esse direito a todos, independente da idade em que se encontram.

Para atingir tal fim, devem ser oferecidos cursos de alfabetização e de educação de jovens e adultos, como uma alternativa na busca da superação do índice de analfabetismo, tendo em vista que ele será gratuito, permitindo o acesso a um maior número de pessoas. O analfabetismo aqui deve ser entendido no seu sentido amplo, incluindo o analfabetismo funcional, cujos números nem sempre são mensurados quando da elaboração de pesquisas e censos escolares, e que se caracteriza pela incapacidade de escrever e compreender o que está escrito de forma autônoma, pois ser alfabetizado não é somente dominar os rudimentos da leitura, escrita e cálculos básicos. E, sem dúvida alguma, o analfabetismo se constitui num dos entraves à efetivação da cidadania.

Visando o atendimento dos dispositivos constitucionais, duas importantes leis foram editadas na década de 90. A primeira delas foi a Lei nº. 8.069 em 1990, conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – que, dentre outros dispositivos que visam a proteção integral das crianças e adolescentes, dedicou um capítulo à educação, reforçando a idéia de dever do Estado, da sociedade e da família para com a educação. A outra foi a Lei nº. 9.394 em 1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB – que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional e que deve ser cumprida por todos os níveis de ensino do sistema nacional de ensino.

A importância da educação para a cidadania, muito além do que prevê a Carta Magna, é justamente o fato de ela ser o “recurso que as sociedades dispõem para que a produção cultural da humanidade não se perca, passando de geração a geração”¹³. Mais ainda:

Vislumbramos, em uma educação transformadora, algumas possibilidades de educar para que cada um exerça a sua cidadania, exigindo o cumprimento dos direitos e cumprindo os seus deveres. Educar para a cidadania! A defesa da educação remetia-nos também para a defesa dos direitos e deveres constitucionais. O recurso para o aprendizado do exercício político deixa de ser

¹² Art. 208: I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 14/1996); II – progressiva universalização do ensino médio gratuito (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 14/1996); III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 53/2006); V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII – atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

¹³ PARO, 2001, p. 10.

um produto, uma meta (velho paradigma da educação) para ser um processo, uma jornada¹⁴.

Ruscheinsky assevera que “a vigência da democracia e da cidadania requer determinado grau de práticas sociais e sujeitos ativos, inclusive sob a perspectiva de tornar o ensino como trânsito de conhecimentos, instrumento para a construção de ambas”¹⁵, porque sem uma educação comprometida com a transformação social, não há como falar em democracia e cidadania. É a educação que possibilita a apreensão e a compreensão das informações e dos conhecimentos historicamente acumulados, para então, reconstruí-los e utilizá-los para a transformação da sociedade.

A educação, para Peces-Barba, cumpre, de modo geral, uma função de coesão e integração, enquanto a educação para a cidadania, de modo especial, é “*imprescindible para el buen funcionamiento de un sistema democrático*”¹⁶. Contudo, ressalta que é impossível associar a educação para a cidadania com qualquer tipo de relativismo ou de subjetivismo, em razão do seu caráter pluralista. Nesse sentido, a educação para a cidadania requer o respeito aos limites, valores, direitos e deveres que são consequência da observância ao respeito da dignidade da pessoa humana.

A educação é o “instrumento social básico que possibilita ao indivíduo a transposição da marginalidade para a materialidade da cidadania”¹⁷, ou seja, a conquista da cidadania só é possível a partir da educação e para tanto, é necessário lançar mão de alguns instrumentos, dentre os quais destacamos a possibilidade de interação entre alunos da graduação em Direito e alunos do ensino fundamental.

4 O ENSINO DO DIREITO NA PERSPECTIVA DA SUA INTERAÇÃO COM A ESCOLA FUNDAMENTAL

Neste ponto final cabe analisar a possibilidade de o graduando em Direito realizar um papel importante de inclusão na sociedade, através de sua participação da educação à cidadania nas escolas de ensino fundamental.

É sabido que grande parte dos cursos de Direito estão presos ao velho modelo de ensinar a lei em detrimento ao *Direito* e à *Justiça*, e isto se deve ao aspecto liberal-individual que marcou a fundação dos cursos de direito no Brasil. Esse perfil fez nascer toda uma história de formação de juristas distanciados da realidade social, bem como das demandas que particularizaram a sociedade brasileira, notabilizando a precariedade da formação de bacharéis em Direito do Brasil e sua crise que entrou no apogeu na década de 80, mas ainda é discutida com vivacidade nos dias de hoje.

Tendo como base esse declínio, todavia, não adentrando em seu retrospecto histórico, a proposta da pesquisa é de pensar uma inserção do papel do graduando em Direito para uma educação completa e integrada, sobretudo quando o aluno pode se voltar ao ensino fundamental para dividir com as crianças os primeiros ensinamentos acerca da cidadania e construir, em longo prazo, uma educação participativa com efeitos reais sobre o sentimento de pertencimento do que seriam para todos os seus direitos fundamentais.

¹⁴ CRUANHES, Maria Cristina dos Santos. *Cidadania: Educação e Exclusão Social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 14.

¹⁵ RUSCHEINSKY, Aloísio. Cidadania e construção do conhecimento ante a expressão de interesses. In: LAMPERT, Ernani (org.). *Educação para a cidadania*. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 13.

¹⁶ PECES-BARBA, 2007, p. 26.

¹⁷ MARTINS, 1998, p. 50.

Na esteira, como se deve e de que maneira, talvez sejam questionamentos para um contributo didático-pedagógico novo, porém, não é de hoje que está a se perquerir um ensino jurídico que transpunga as raízes dos manuais, que possibilite a formação acadêmica de um real jurista e não de um bacharel deslocado dos acontecimentos do mundo da vida.

Como menciona Morais:

É preciso uma proposta pedagógica inovadora para que um curso jurídico tenha presente os aspectos político-institucionais que, ao longo da modernidade, orientaram e delimitaram as práticas jurídicas e, desde meados do século XX, sofreram o influxo de uma série de fatores que apontam para o que podemos nominar de uma crise dos programas institucionais da modernidade¹⁸.

Do que se depreende do texto, a preocupação da doutrina em esboçar o caminho para um novo ensino jurídico passa por uma proposta pedagógica diferente da que se tem hoje. O Estado Democrático contemporâneo não comporta mais um jurista afastado dos dilemas complexos da sociedade, nem tampouco uma educação comum com viés civilizatório pode estar alheia a ensinamentos primários de cidadania. Então, por que não unir essas perspectivas?

Num primeiro momento se idealiza a cidadania aos moldes de uma nova realidade, como propõe esse estudo inicial, recepcionando aquilo que hoje se entende como cidadania numa amplidão aos direitos fundamentais do homem. Nesse entendimento cabe visualizar a educação - que enquanto fundamento de uma cidadania é também um instrumento para realizá-la - como ligação entre os estudantes do direito e os alunos do ensino fundamental.

Para ambos será uma etapa amplamente contemplativa, já que o graduando precisa entender e vivenciar a realidade social e desde cedo passar a realizar o seu papel de ator social e, por outro lado, para o pequeno aluno que está iniciando a vida escolar, receber prematuramente os primeiros ensinamentos acerca de seus direitos é sabidamente um passo importante na formação de novas gerações.

Não se pode falar em direitos sem conhecer as suas negações – a ferida aberta da realidade – assim como é conflituoso o programa pedagógico das escolas de ensino fundamental¹⁹ quando omitem ao aluno uma ideia mínima do que seriam seus direitos, e ao mesmo tempo possuem sociologia e filosofia no currículo.

Cabe analisar Streck quando alerta para a ineficiência do ensino jurídico afastado da realidade social e assim percebe-se que uma possibilidade real seria a aproximação do aluno à escola fundamental:

Em síntese, a ausência de um ensino jurídico adequado ao novo paradigma do Estado Democrático de Direito torna-se fator decisivo para a inefetividade dos valores constitucionais. Acostumados com a resolução de problemas de índole liberal-individualista, e com práticas privatísticas que ainda comandam as salas

¹⁸ MORAIS, J. Luiz Bolzan de; COPETTI, André. *Ensino jurídico, transdisciplinariedade e estado democrático de direito: possibilidades e perspectivas para o estabelecimento de um novo paradigma*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 66.

¹⁹ Importante realçar que, para Reis, “a escola visa formar e informar o aluno de modo que suas ações estão voltadas totalmente à inserção do mesmo na sociedade”. REIS, Suzéte da Silva; COSTA, Marli M. da Costa. *A educação como vínculo emancipatório para a construção e para o exercício da cidadania*. Direitos humanos, educação e cidadania. Org. Clovis Gorczewski. Porto Alegre: UFRGS, 2007. p100.

de aula dos cursos jurídicos e os manuais jurídicos, os operadores do Direito não conseguiram, ainda, despertar para o novo²⁰.

Cabe a utilização dos bancos acadêmicos para transpor as barreiras que distanciam o aluno do direito da sociedade através de sua inserção nas escolas de ensino fundamental como parte de um programa de integração de suas atividades extracurriculares. Desta forma se assumiria, notadamente, uma postura de troca de funções absurdamente qualificadoras não somente do aluno enquanto aprendiz de matérias formativas, mas, sobretudo, de um engrandecimento do cidadão que há ali naquele momento, com a responsabilidade de passar às crianças da escola fundamental seu inicial - e nem por isso menos importante - saber, contribuindo para o desenvolvimento de uma geração de futuros cidadãos conscientes de seus mais elementares direitos.

Reforçando, ainda, a premissa de um ensino fundamentado, é mister transcrever as palavras críticas de Warat ao tema:

O saber jurídico permanece sempre igual a si mesmo, ensinando e encenado como uma situação pré-hipnótica (que nos prepara para o pior). Somos fascinados por esse discurso brilhante que nos deixa moles como um gato adormecido e sem condições de reagir contra formas de sociedade cada vez mais despolitizadas e desumanizadas.²¹

O trecho acima chama a atenção para uma postura omissa diante da não- eficiência de uma formação mais engajada do operador jurídico, sob pena de a sociedade aceitar os discursos facilmente numa retórica²²⁻²³ medonha e perigosa. Aprender, em todos os sentidos, deve ser sinônimo de agregação de saberes, de convergência de sentidos de somatização. Na mesma frequência em que o mundo fala sobre cidadania, é primaz a ideia de transformar a educação - em todos os seus níveis - para que ela seja caminho de realização (como parte que é) dessa busca pela conscientização do cidadão de seus direitos fundamentais²⁴.

Como assevera Reis acerca da importância da educação básica no desenvolvimento do cidadão:

O desenvolvimento da educação enriquece os valores culturais, sociais e morais de uma sociedade e é a partir desses valores que a sociedade encontrará sua

²⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 47-48.

²¹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. O direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Vol. 3, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

²² Warat expõe a condição retórica de sentido denotando um conjunto de regras de caráter teórico que comandam a produção do efeito de convencimento nos discursos jurídicos, ou ainda, que o raciocínio retórico não é eficaz pela ilusão de verdade provocada, mas, pelo valor que está por detrás da miragem, fazendo-a manifestar-se. WARAT. Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, p. 115.

²³ Para contribuir, é interessante realçar que a retórica elaborada pelos antigos foi considerada o coroamento da educação greco-romana, sendo que Aristóteles a definia como sendo a faculdade de considerar, em qualquer caso, os meios de persuasão disponíveis. COURA. Andréia Fernandes. *Ideologia como violência e seu antídoto: o direito constitucional à educação*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 12, julho-setembro de 2004, p. 173.

²⁴ Para Reis, a responsabilidade de respeitar e desenvolver sua herança cultural, lingüística e espiritual, de promover a educação de outros, de defender a causa da justiça social, de proteger o meio ambiente e de ser tolerante com os sistemas sociais, políticos e religiosos que difiram dos seus, assegurando respeito aos valores humanistas e aos direitos humanos comumente aceitos. REIS, Suzéte da Silva; COSTA, Marli M. da Costa. *A educação como vínculo emancipatório para a construção e para o exercício da cidadania*. Direitos humanos, educação e cidadania. Org. Clovis Gorczewski. Porto Alegre: UFRGS, 2007. p89-105.

identidade e sua dignidade, ou seja, a educação básica constitui-se no alicerce de construção e de exercício da cidadania em qualquer sociedade.²⁵

O primeiro passo na construção da cidadania é a valorização da educação como suporte de seu fundamento único e mais valioso, ou seja, o cidadão e o “ensino do direito tem que reconhecer-se comprometido com as transformações da linguagem, aceitar-se como prática genuinamente transgressora da discursividade instituída”²⁶, na medida em que o discurso é ferramenta para a ligação entre o estudante de direito e o aluno de escola fundamental.

O que se pretende nesse estudo é apenas introduzir teoricamente a possibilidade de os estudantes de direito poderem realizar alguma atividade interdisciplinar, notadamente orientados pelas instituições de ensino - tanto a universidade quanto a escola enquadrada necessitam criar um vínculo - para que haja uma integração de conhecimentos entre ambos. É inegável que essa mistura²⁷ de discursos²⁸ realizará uma experiência tanto desafiadora para o bacharelado²⁹, quanto incrementada para o aluno primário³⁰, que terá uma formação humanista diferenciada.

Como toda ideia inicial, requer a colaboração mútua de diversos ramos de ensino, sobretudo quando uma mudança curricular parece ser a única via de acesso às transformações explicitadas³¹. Todavia, diante da necessidade de transformação, tanto na formação do aluno dos cursos de direito, quanto na construção cidadã do aluno de ensino fundamental, urge o apontamento de novos caminhos que possibilitem a concretização de um ensino mais aproximado da realidade social e da conscientização - e efetivação - dos direitos fundamentais mais primários do cidadão.

A transformação da sociedade nos últimos anos numa teia complexa de relações³² fez surgir um Estado³³ que abarca democraticamente todas as possibilidades de direitos alicerçadas

²⁵ REIS, Suzéte da Silva; COSTA, Marli M. da Costa. *A educação como vínculo emancipatório para a construção e para o exercício da cidadania*. Direitos humanos, educação e cidadania. Org. Clovis Gorczewski. Porto Alegre: UFRGS, 2007. p 89-105.

²⁶ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. O direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Vol. 3, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p.44.

²⁷ Para Moraes, a troca de experiências entre as pessoas envolvidas na docência e discência possibilita que as dúvidas e as descobertas possam ser compartilhadas. MORAIS, J. Luiz Bolzan de; COPETTI, André. *Ensino jurídico, transdisciplinariedade e estado democrático de direito: possibilidades e perspectivas para o estabelecimento de um novo paradigma*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005, p. 75.

²⁸ Para Streck, “a linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento”. STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise- uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 162, grifos do autor.

²⁹ Que para tal necessitará uma formação diferenciada por parte de seus mestres, já que as atividades extracurriculares não serão apenas de observação, tais como a participação em seminários e palestras, mas, fundamentalmente, uma inserção comunicativa com a sociedade através de atividades nas escolas locais. Assim, ao se deparar com questionamentos que vão além das fronteiras do que a Lei pode determinar, o aluno buscará um reforço teórico mais pujante, a fim de realizar o currículo formativo que lhe obriga a universidade.

³⁰ É necessário insistir que a educação não pode ser idealizada como prática ao ensino de preceitos morais ou a transmissão de aptidões para o trabalho ou mesmo uma preparação para a leitura de manuais e memorandos que possa auxiliar no futuro do aluno. Nesse sentido, COURA, Andréia Fernandes. *Ideologia como violência e seu antídoto: o direito constitucional à educação*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 12, jul.-set. de 2004, p.181.

³¹ motivo pelo qual sua receptividade poderá ser questionada.

³² No sentido de enriquecer o estudo, interessante realçar que Baumam chama de “fluidez dos tempos” a metáfora para o estágio presente da era moderna, já que fluidos não fixam espaço nem se prendem no tempo. Para o autor, a modernidade trouxe instabilidade para todas as relações humanas, sejam familiares, sejam profissionais. BAUMAM. Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p.08.

na dignidade da pessoa, o que denota uma formação menos científica do homem contemporâneo, mas construtor de um saber existencial mais humano, mesmo com todas as incertezas que advêm dos inúmeros sentidos acerca da dignidade.

Para Warat, as razões que são necessárias para se pensar num novo ensino jurídico, como prática produtora de dimensões comprometidas com os direitos do homem, têm de responder a uma pedagogia da dignidade e da solidariedade social³⁴. Nesse sentido, o comprometimento constitucional na busca pela dignidade da pessoa na realização dos direitos, dentre eles, o direito à educação, dá acesso à idealização de uma proposta ousada como a que se discute neste estudo.

Ao final, para reforçar a necessidade de se pensar uma transformação na questão do ensino no Brasil, que de maneira geral precisa ser reconstruído aos moldes de uma sociedade complexa e plural como a que se vive hodiernamente, seguem as palavras de Warat:

Séculos de discursos roubaram do homem sua existência, alienando-a. Espanta ver a quantidade de homens que sobreviveram penosamente ao genocídio de suas ilusões. Mataram seus sonhos, ensinado-lhes a viver culposamente as glorificadas frustrações do "intelectualismo capitalista".[...] toda uma pedagogia de indiferença conduz um gregarismo alienado que desestimula quase absolutamente o florescimento autônomo do desejo.³⁵

O pensamento descrito acima reforça a proposta de ação no lugar de discursos, quando se percebe que a metodologia tradicional – galgada em regras excessivas – não alcança um projeto real de vida aos moldes da sociedade moderna. Há que se realizar uma comunicação entre os sistemas sociais – aqui focado no curso de Direito e na escola fundamental - que representam a realização do direito fundamental à educação, notadamente imbuída na construção da cidadania perfilada na pesquisa.

Ao fim e ao cabo, reforça-se a busca pelo discurso coletivo sobre a união de forças por um novo projeto pedagógico que realce a participação dos alunos de Direito na sociedade através de inserções curriculares em escolas que se dispunham, formalmente, a receber essa troca.

5 CONCLUSÃO

Parece bastante evidente a relação que há entre a educação e o exercício pleno da cidadania, por todas as razões abordadas ao longo do texto. Também parece não restar dúvidas quanto à afirmação de que a educação é a política pública mais eficaz para a efetivação dos direitos do homem tutelados pelo estatuto da cidadania.

A educação, a partir do seu caráter transformador, é capaz de operar nos mais diversos níveis - social, econômico e político, apenas para citar alguns, provocando mudanças comportamentais e fortalecendo o sentimento de responsabilidade pelo bem comum. Ao mesmo

³³ "O Estado democrático de Direito surgiu pela extensão dos direitos civis e políticos à grande maioria de cidadãos por ocasião da conquista do direito ao voto e conseqüente integração em busca de reivindicação por melhorias sociais, culturais e econômicas" . GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direitos fundamentais sociais: uma visão crítica da realidade brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 53,out./dez. 2005, p. 41.

³⁴ WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. II, p. 390.

³⁵ WARAT. Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, p.44/45.

tempo em que age como um ator social comprometido, o educando passa a exercer plenamente a sua cidadania.

Nessa perspectiva, a integração entre a graduação em Direito e a escola fundamental mostra-se como alternativa para uma educação emancipadora e garantidora dos preceitos estabelecidos no art. 205 do texto constitucional. Ao sair da esfera dos discursos meramente teóricos e possibilitar aos alunos a inserção e, porque não dizer, a intervenção na realidade social que o circunda, os cursos superiores dão mostras de que estão comprometidos com uma proposta que privilegia a transformação e a inclusão social.

Ao final, é importante realçar que a promoção da cidadania é papel não somente do Estado, mas de todos os cidadãos, e, ao considerar uma proposta que promova a transformação curricular das atividades acadêmicas do estudante de direito, estar-se-á possibilitando que haja um envolvimento real entre o ato de ensinar as ciências jurídicas e a prática de desenvolvê-la, na sociedade, através da inserção nas escolas de ensino fundamental. Não se pode negar o conhecimento numa realidade tão plural quanto a que se vive contemporaneamente, nem tampouco pode-se visualizar uma mudança de paradigmas que venha somente do Estado, sem a devida inserção de toda a estrutura social nessa transformação.

REFERÊNCIAS

- BAUMAM, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- CORREA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. Ijuí: UNIJUÍ, 2000.
- COURA, Andréia Fernandes. *Ideologia como violência e seu antídoto: o direito constitucional à educação*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 12, jul.-set. de 2004.
- CRUANHES, Maria Cristina dos Santos. *Cidadania: Educação e Exclusão Social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- DEMO, Pedro. *Participação é conquista*. São Paulo: Autores associados, 1988.
- GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direitos fundamentais sociais: uma visão crítica da realidade brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 53, p. 40-54, out./dez. 2005.
- GUARINELLO, Norberto Luiz. *Cidades-Estado na Antiguidade Clássica*. In: PINSKY, 2003.
- MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. *O direito à educação na realidade brasileira*. São Paulo: LTr, 2003.
- MORAIS, J. Luiz Bolzan de; COPETTI, André. *Ensino jurídico, transdisciplinariedade e estado democrático de direito: possibilidades e perspectivas para o estabelecimento de um novo paradigma*. Revista do instituto de Hermenêutica Jurídica, vol 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005.
- OLIVEIRA, Romualdo Portela de. *O direito à educação*. In: OLIVEIRA, Romualdo P. de; ADRIÃO, Theresa (orgs.) *Gestão, financiamento e Direito à educação – análise da LDB e da Constituição Federal*. São Paulo: Xamã, 2001.
- PARO, Vitor Henrique. *Por dentro da Escola Pública*. São Paulo: Xamã, 2000.
- PECES-BARBA, Gregógio. *Educación para la ciudadanía y los derechos humanos*. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2007, p. 22.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.) *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003, p. 09.

REIS, Suzéte da Silva; COSTA, Marli M. da Costa. *A educação como vínculo emancipatório para a construção e para o exercício da cidadania*. Direitos humanos, educação e cidadania. Org. Clovis Gorczewski. Porto Alegre: UFRGS, 2007. p. 89-105.

RUSCHEINSKY, Aloísio. Cidadania e construção do conhecimento ante a expressão de interesses. In: LAMPERT, Ernani (org.). *Educação para a cidadania*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 47-48.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. O direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Vol. 3, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

WARAT. Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Vol. I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, p. 115.

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A JUVENTUDE SOB A PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

*Ismael Francisco de Souza*¹

*Luciana Rocha Leme*²

*Messias Silva Manarim*³

1 INTRODUÇÃO

Este artigo pretende analisar a afirmação de direitos para a juventude no Brasil através da ampliação dos direitos garantidos às crianças e aos adolescentes e da gestão de políticas públicas no atual contexto nacional.

Para esta análise, buscou-se no período histórico comparado a trajetória de negação dos direitos de crianças e adolescentes, o processo em que os jovens tiveram sua condição de sujeito de direitos desprezada. Posteriormente, destaca as consequências da ampliação do disposto no Art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, como marco da inclusão dos jovens como sujeitos de direitos com base na teoria da proteção integral. Finaliza-se este trabalho com a composição das políticas direcionadas à juventude na atual conjuntura política brasileira.

2 DIREITOS PARA A JUVENTUDE: UMA NECESSIDADE HISTÓRICA

A condição do jovem no Brasil reflete uma série de práticas históricas de políticas substancialmente marcadas por fatores autoritários, sempre relacionados à vigilância constante, controle e ações repressivas. Assim, a imagem do jovem, constantemente, é relacionada a aspectos negativos, ocupando as atenções dos governantes sempre como problemas a serem evitados, ou na pior das hipóteses, solucionados com punição.

O ideal da juventude, relacionado ao ideal burguês, praticamente inexistiu no Brasil desde os tempos imperiais, pois a fase considerada como juventude não obteve reconhecimento com a inserção precoce das crianças no mercado de trabalho, negando-se historicamente dessa forma, a próprio reconhecimento da infância, período anterior à juventude.⁴ Segundo Custódio,

[...] prevaleceu ao longo da história uma imagem do jovem em risco, para inclusive abarcar àquele não-trabalhador, porque incapaz de ser incorporado ao

¹ Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina, Graduado em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Professor de Direito da Criança e do Adolescente da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC); Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC), Coordenador do Laboratório de Informações para Erradicação do Trabalho Infantil (LIBERTI). E-mail: ismaelsouza.sc@gmail.com.

² Acadêmica do Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, 8ª fase, Pesquisadora Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC/UNESC 2008, integrante do Núcleo de Pesquisa em Estado, Política e Direito–NUPED/UNESC. E-mail: luciana_1280@hotmail.com.

³ Acadêmico do Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, 8ª fase, pesquisador bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC/UNESC 2008, integrante do Núcleo em Estado, Política e Direito–NUPED/UNESC. E-mail: msmanarim@yahoo.com.br.

⁴ CUSTÓDIO, André Viana. Direitos de juventude no Brasil contemporâneo: perspectivas para afirmação histórica de novos direitos fundamentais e políticas públicas. In: WOLKMER, Antonio Carlos, VIEIRA, Reginaldo de Souza. (Org.). *Estado, Política e Direito: relações de poder e políticas públicas*. 1. ed. Criciúma: Unesc, 2008, p. 200.

restrito mundo do trabalho. Era considerado como vadio ou delinqüente, sintetizado na imagem do menor. Essa concepção ganhou força no final do século XIX, produzido por uma concepção positivista de ciência, na qual os juristas e os higienistas eram apenas alguns de seus operadores teóricos.⁵

Essa característica foi principalmente marcante no período posterior à abolição da escravatura no país, quando os governantes, preocupados com a “ocupação” dos recém-libertos, iniciaram debates com o objetivo de criminalizar aqueles que consideravam na ociosidade. Nesse sentido, em 1888, o relator de projeto de lei que punia rigorosamente a ociosidade e a permanência nesta, Ferreira Viana afirmava que:

Os menores encontrados na vadiagem deviam ser encaminhados o mais cedo possível para os institutos disciplinares para corrigir seu potencial delinqüente e impedir que viessem a pertencer ao mundo da criminalidade. Nos institutos disciplinares receberiam a correção adequada para aprenderem ‘a arte de bem viver’.⁶

Partindo-se desse princípio, surgiram os conceitos de situação irregular, consequência direta de ideologias resultantes da articulação do pensamento autoritário do início do século XX, do positivismo e do naturalismo sociológico, que submeteu a juventude brasileira à repressão institucionalizada no decorrer da história.⁷

Quanto ao pensamento autoritário, indiscutível seu modo peculiar de análise das desigualdades sociais aliadas ao pensamento do determinismo biológico, nas palavras de Oliveira Viana:

‘É discutível se a miséria pode ser considerada um fenômeno puramente originado de causas sociais. Parece-me que devemos também contar as causas de ordem biológica, especialmente as provindas da má hereditariedade... Não chego, por isto mesmo... a acreditar na possibilidade de uma sociedade sem miséria’. (P.O.P.D. p. 119). Haveria, para ele, uma ‘miséria justa’ – aquela dos ‘nullos’ e dos ‘disgênicos’ – e uma ‘miséria injusta’ – aquela dos ‘capazes’, que não teriam tido condições de superá-la. Esta ‘miséria justa’ seria corrigível por medidas reformistas, tais como a disseminação de ‘asilos e hospitais’, ‘reformatórios e penitenciárias’, instituições assistenciais de ‘fraternidade cristã’. (Id. p. 120.)⁸

Nesse sentido, surgiu no país, com a ascensão do golpe militar, a doutrina segurança nacional, baseada no discurso de repressão como mantenedor da “ordem” e da “paz”, utilizando não apenas a aparelhagem repressiva como força coercitiva, mas também, a propagação ideológica.⁹

Nascia, assim, a doutrina da situação irregular, base dos instrumentos de repressão e violência contra a infância e a juventude no país, embasada na ideologia da segurança nacional que, por sua vez, encontrou seu representante ideal na Política do Bem-Estar do Menor e seus órgãos, FUNABEM E FEBENS. Nesse sentido, Veronese:

⁵ CUSTÓDIO, André Viana. *Op. cit.*, 2008, p. 200.

⁶ MARTINS, Silvia Helena Zanirato. *Artífices do ócio*. Londrina: UEL, 1997, p. 63.

⁷ CUSTÓDIO, André Viana. Os novos direitos da criança e do adolescente. *Espaço Jurídico*, Joaçaba: Unoesc, v. 7, n. 1, jan/jul, 2006, p. 9-10.

⁸ MEDEIROS, Jarbas. *Ideologia autoritária no Brasil 1930-1945*. Rio de Janeiro: FGV, 1978 *apud* CUSTÓDIO, André Viana. *Op. cit.*, 2008, p. 201.

⁹ LUZ, Vladimir de Carvalho. *Assessoria jurídica popular no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 86-87.

A instituição de órgãos de controle teria como finalidade desenvolver todas as técnicas possíveis, para evitar a contradição entre a sociedade e o Estado se agudizasse. Assim, a criança e o adolescente, considerados como problema, acionados os mecanismos de prevenção e controle, sejam eles de natureza preventiva, repressiva, punitiva ou repressiva, passariam por um processo de ajustamento.¹⁰

Com o reconhecimento operado através da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, crianças e adolescentes foram elevados à condição de sujeito de direitos com a respectiva incorporação da teoria da proteção integral da Organização das Nações Unidas. Abandonou-se, assim, definitivamente as antigas concepções de cunho repressivo e passava-se a uma nova abordagem jurídica pautada pelo respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento de crianças e adolescentes.

Além da afirmação de direitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, foi o principal marco para a efetivação da teoria da proteção integral em vários países. A Convenção, sem dúvida, constitui-se num “[...] documento internacional [que] provocou mudanças no que tange às obrigações e responsabilidades em relação às crianças, e principalmente, propiciou uma evolução para os países democráticos”.¹¹

Nesse sentido, a ratificação da Convenção pelo Estado brasileiro, além de garantir uma série de direitos às crianças e adolescentes, acarretou o compromisso por parte do país em relação à implantação de políticas públicas garantidoras desses direitos. Ainda em consonância com a normativa internacional, iniciou uma série de debates acerca da conceituação de criança como o ser humano até os 18 anos de idade, passando-se a cunhar o termo adolescência para o período diferenciado do desenvolvimento humano.¹²

No contexto de debates e reflexões da década de 1980, as propostas de extinção do conceito de “menor” na legislação brasileira era apontado em todos os documentos referentes à matéria. Na maior parte dos documentos surgia além do conceito de criança, a proposta de inclusão do termo adolescente. É preciso ainda ressaltar que a expressão adolescente para representar uma etapa particular de desenvolvimento não foi uma invenção do legislador constituinte. Há históricas referências ao termo para representar um período que já não é mais infância, mas também não é juventude.¹³

Mesmo assim, historicamente a concepção de juventude ficou atrelada à adolescência, pois, tanto a Constituição como a sociedade, não reconhecem a juventude como uma etapa da vida não análoga à adolescência, mas igualmente importante para o desenvolvimento humano.

Partindo-se de uma abordagem puramente conceitual, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990, define como criança a pessoa com idade até 12 anos e como adolescente, a pessoa com idade compreendida entre 12 e 18 anos, diferenciando-se, nesse aspecto, da Convenção Internacional, que define como crianças, todos aqueles com idade até 18 anos.

¹⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999, p. 34.

¹¹ CUSTÓDIO, André Viana, GAMBALONGA, Geovana Porfírio, LEME, Luciana Rocha. *Sociologia da Infância: as contribuições para a gestão de políticas públicas. Anais da I Jornada de produção científica em direitos fundamentais e Estado: a efetivação dos direitos fundamentais e a crise do Estado contemporâneo*. Criciúma: UNESC, 2007, p. 08.

¹² CUSTÓDIO, André Viana. *Op. cit.*, 2008, p. 204.

¹³ *Idem, Ibidem*, p. 203.

Apesar da Convenção, propõe o Conselho Nacional de Juventude, a adoção de padrões conceituais internacionais,

Nesse caso, podem ser considerados jovens os adolescentes-jovens. (cidadãos e cidadãs com idade entre os 15 e 17 anos), os .jovens-jovens. (com idade entre os 18 e 24 anos) e os .jovens adultos. (cidadãos e cidadãs que se encontram na faixa-etária dos 25 aos 29 anos).¹⁴

Como exemplo fático, importante registrar que a única referência ao termo juventude na Carta Magna, refere-se especificamente à competência concorrente para legislar a respeito da proteção à infância e à juventude, contida no artigo 24, XV.¹⁵

Discutindo-se a juventude, percebe-se que ela não está apenas vinculada a questões biológicas ou às etapas do desenvolvimento humano. Esses critérios, antes rígidos, devem agora ser superados por uma perspectiva do jovem como sujeito social, inserido no conjunto das relações sociais, criador e modificador da realidade, e não apenas como uma etapa com o final determinado ao se chegar à vida adulta.

3 A PROTEÇÃO INTEGRAL AO JOVEM: AMPLIAÇÃO DO ARTIGO 227

Apesar do não reconhecimento de direitos para juventude no ordenamento jurídico pátrio, iniciou-se nos últimos anos um processo de exigência e reivindicação com significativa repercussão, por parte de movimentos envolvidos com os interesses juvenis. Esse processo visa uma ampliação de direitos para a juventude, além dos garantidos para os adolescentes. Essa ideia abrange a ampliação do disposto na Constituição Federal, colocando os jovens como beneficiários também prioritários das ações governamentais. Assim, conseqüentemente, reconhecer-se-ia aos jovens os direitos fundamentais embasados nos princípios e regras da teoria da proteção integral.

A Teoria da Proteção Integral, disposta na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário coloca no texto constitucional, o princípio da tríplice responsabilidade compartilhada entre a família, a sociedade e Estado, assim como a prioridade absoluta na formulação de políticas públicas e atendimento do Estado. Conforme o art. 227, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesse sentido, extensão aos jovens do contido neste artigo, garantiria, no período compreendido entre os 18 anos e os 29 anos incompletos o rol de direitos atualmente previstos para crianças e adolescentes. Significa dizer que a responsabilidade sobre os jovens não seria

¹⁴ NOVAES, Regina Célia Reyes, CARA, Daniel Tojeira, SILVA, Danilo Moreira da, PAPA, Fernanda Carvalho (Orgs.). *Política Nacional de Juventude: diretrizes e perspectivas*. São Paulo: Conselho Nacional de Juventude, Fundação Friedrich Ebert, 2006, p. 5.

¹⁵ BRASIL, Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 394, de 08 de março de 2005, de autoria do Deputado Reginaldo Lopes. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/303609.pdf>. Acesso em: 06/04/09.

exclusiva do Estado, mas concorrente também a família e a sociedade. Isto implica, em maiores possibilidades para que os jovens tenham suas necessidades e proteção melhor atendidas.

Quanto à similaridade dos direitos da criança e novos direitos da juventude:

Os direitos juvenis não estão dissociados da compreensão abrangente de direitos humanos e sua correspondente concretização histórica como direitos fundamentais. Apresenta alcance bem maior, pois ilumina o próprio caminho de ampliação e fortalecimento desses direitos sustentados por princípios ainda pouco valorizados, tais como, os princípios da diversidade e da igualdade material. [...] Deste modo, a inscrição dos direitos fundamentais tem o papel indispensável no próprio reconhecimento das necessidades juvenis, sendo imprescindível que as mudanças no campo normativo venham acompanhadas de sistemas jurídicos capazes de concretizar os direitos declarados, determinando responsabilidades compartilhadas para sua efetivação. Ainda, é preciso afirmar que a garantia e concretização dos direitos de juventude depende necessariamente da consideração dos contextos históricos, políticos, sociais e culturais da juventude brasileira.¹⁶

Com relação específica ao princípio da prioridade absoluta, a juventude teria, ao lado da criança e do adolescente, preferência na atenção de suas reivindicações frente ao ente estatal, devendo as políticas públicas considerá-los, nas suas formulações, implementações e avaliações. Essa preferência não seria apenas em relação a este princípio, mas também relativa ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, da descentralização político-administrativa e da desjurisdicionalização. Esta seria pautada pelo mesmo sentido dos direitos das crianças adolescentes, que é o do melhor interesse do jovem, para que se busque a primazia daquilo que seria melhor para jovem, buscando sempre integrá-lo a rede social em que vive, como protagonista da própria cidadania, negando-se o entendimento cultural anterior, baseado em ideias únicas de violência, controle, prevenção e repressão, com foco exclusivo em atendimento a jovens em situação de “risco social”. Nesse contexto, Custódio afirma:

Admitir a extensão do campo valorativo da teoria da proteção integral aos direitos de juventude implica, de igual modo, integrar os princípios do reconhecimento da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o reconhecimento do *status* de sujeito de direitos, a vinculação da concretização destes direitos ao princípio da prioridade absoluta, o estabelecimento da tríplice responsabilidade compartilhada entre a família, a sociedade e ao Estado no dever de concretização dos direitos declarados e a garantia de proteção integral especializada ao universo de jovens brasileiros.¹⁷

Para melhor aplicação dos princípios acima referidos, deve-se basear-se no princípio da descentralização político-administrativa, para que a formulação de políticas públicas direcionadas à juventude ocorra em todos os níveis da administração pública, nas suas esferas federal, estadual e municipal, e que se garanta igualmente, a participação na formulação, implementação e fiscalização dessas políticas, fortalecendo e valorizando a atuação das organizações da sociedade civil, através de Conselhos específicos da juventude, a exemplo do que ocorre com os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente.

Principalmente em relação aos Conselhos, estes estão coadunados ao princípio da desjurisdicionalização, buscando a via preferencialmente extrajudicial, soluções para os conflitos

¹⁶ CUSTÓDIO, André Viana. *Op. cit.*, 2008, p. 214.

¹⁷ CUSTÓDIO, André Viana. *Op. cit.*, 2008, p. 211.

na esfera dos direitos da juventude, permitindo assim que os Conselhos tomem medidas sem a necessidade de recorrer ao poder judiciário a todo tempo.

Em que pese a tramitação de proposta de emenda constitucional para a ampliação da aplicabilidade da teoria da proteção integral à juventude, garantindo-se um novo campo de direitos, pois também encontram-se em fase peculiar da vida, com necessidades, potencialidades e demandas específicas dessa fase de desenvolvimento importante de todo ser humano, estes direitos afirmam definitivamente no ordenamento jurídico o compromisso com o respeito aos direitos humanos, mas seriam letra de lei vazia sem a garantia de mecanismos capazes de sistematizar políticas públicas com a participação da sociedade civil organizada e dos próprios sujeitos desses direitos.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A JUVENTUDE

Apesar das movimentações populares exigirem a previsão normativa de novos direitos e, o Estatuto da Criança e do Adolescente garantir a cidadania para os novos sujeitos de direitos com idades até 18 anos, as ações governamentais não consideram ainda em suas agendas a perspectiva de políticas públicas para a juventude, permanecendo este segmento invisível aos olhos do Estado. As políticas públicas tendem a incluir jovens, mas raramente são especificamente direcionadas à juventude. A partir da década de 1990, vislumbra-se uma política pública para a juventude baseada nas antigas ideias de risco social, voltando suas ações para programas de esportes, culturais e trabalhos voltados a eliminar o tempo livre dos jovens, mas não totalmente para ele, como demonstra Sposito & Carrano:

A identificação dos referidos 33 programas que incidem sobre a juventude no âmbito federal é acompanhada também da constatação de que os mesmos não constituem uma totalidade orgânica naquilo que se refere à sua focalização no segmento jovem. Na análise do público a que se destinam, pode-se dizer que existem focos fortes, médios ou de fraca intensidade, sendo distribuídos da seguinte forma: a) o foco dirige-se explicitamente a adolescentes e/ou jovens (18 programas ou projetos); b) o foco é difuso entre crianças e adolescentes ou jovens e adultos (10 programas); e c) o foco dirige-se à população jovem apenas de modo incidental (cinco programas).¹⁸

O que se observa é a inexistência de ações governamentais específicas ao que se trata por jovens, ainda mais que essa perspectiva de jovens está relacionada ao período do final da adolescência e início do que se entende por período adulto, e não o que se propõe no novo marco de uma política para a juventude, que seria o alcance àqueles entre os 18 anos e os 29 anos. As atuais políticas estão, na maioria das vezes, voltadas para contenção da violência, devido ao entendimento “[...] em torno da articulação entre juventude pobre e violência, agravado pela disseminação de tais práticas nas classes médias,[...]”.¹⁹ Infelizmente a juventude, como sujeitos de direitos, está relegada a um papel secundário, tendo na atualidade por parte do Estado, a negação de processos fundamentais para a implementação de serviços, projetos e ações que garantam seu pleno desenvolvimento.

Como principal marco para a efetivação de políticas públicas para a juventude no Brasil, encontra-se, no âmbito federal, a Política Nacional da Juventude, fruto da resposta à mobilização

¹⁸ SPOSITO, Marília Pontes. CARRANO, Paulo César Rodrigues. Juventude e políticas públicas no Brasil. *Revista Brasileira de Educação*, n. 24, São Paulo, 2003, p. 23.

¹⁹ SPOSITO, Marília Pontes; SILVA, Hamilton Harlei de Carvalho; SOUZA, Nilson Alves de. Juventude e poder local: um balanço de iniciativas públicas voltadas para jovens em municípios de regiões metropolitanas. *Revista Brasileira de Educação*, n. 32, v. 11, São Paulo, 2006, p. 238.

de setores da sociedade insatisfeitos com o descaso em relação às demandas da juventude. Da reunião de um grupo ministerial articulado pelo Presidente da República em 2004, mapearam-se as condições sociais e as ações governamentais até então direcionadas à juventude e estipularam-se nove desafios a serem alcançados: 1) erradicar o analfabetismo; 2) ampliar o acesso ao ensino e a permanência em escolas de qualidade; 3) preparar para o mundo do trabalho; 4) gerar trabalho e renda; 5) promover vida saudável; 6) democratizar o acesso ao esporte, ao lazer, à cultura e à tecnologia da informação; 7) promover os direitos humanos e as políticas afirmativas; 8) estimular a cidadania e a participação social; 9) melhorar a qualidade de vida no meio rural e nas comunidades tradicionais.²⁰

Apoiada nas ações da Secretaria Nacional de Juventude, do Conselho Nacional de Juventude (CONJUVE) e do Programa Nacional de Inclusão de Jovens (ProJovem), a Política Nacional visa articular ações através da Secretaria que coloquem o jovem como foco, utilizando o Conselho como meio permanente de diálogo entre Poder Público e sociedade, cabendo ao ProJovem, oferecer oportunidade de conclusão do ensino médio e aprendizagem de uma profissão a aqueles com idade entre 18 e 24 anos que não estudem nem trabalhem.²¹

Ampliando a visibilidade da temática juvenil, a objetivo desta política é consolidar-se na agenda dos gestores públicos, de modo que esta se torne política de Estado, deixando de ser vista como política de governo.

5 CONCLUSÃO

A consolidação dos jovens como sujeitos de direitos encontra variadas barreiras na medida em que nem mesmo sua representação na teia social é uniforme. A conceituação do ser jovem ainda é objeto de conflito. Por um lado, a sociedade que “endeusa” essa juventude, tornando-a alvo da indústria do consumo e alçando-a a padrões de beleza a serem alcançados eternamente, é a mesma que discrimina, requerendo experiência profissional nas relações de trabalho, encarando-a como problemas a serem solucionados. Ainda permanecem visões estigmatizantes sobre juventude relacionadas às ideias de violência, alienação e à irresponsabilidade.

A realidade mostra justamente o contrário. Desde os movimentos sociais surgidos no âmbito da década de 1990, herdeira da abertura política no país e do processo de redemocratização, responsável por uma maior participação da sociedade civil nas diretrizes políticas, os jovens reivindicam uma maior compreensão de suas necessidades e que os Estados considerem suas demandas nas ações de governo, implementando políticas públicas específicas para este segmento historicamente negligenciado.

A ampliação do rol de sujeitos de direitos amparados pelo artigo 227 da Constituição Federal traria um marco normativo para os direitos da juventude. Nesse caso, considerar-se-ia a condição peculiar desse estágio da vida humana, que não se restringe a uma questão biológica de transição para a vida adulta, mas sim, uma fase caracterizadora de processos fundamentais de desenvolvimento humano. Esse marco inicial necessita de uma legislação específica, considerando a diversidade e particularidade do jovem, em seus diversos contextos e o abandono definitivo dos rótulos propagadores e reprodutores de desigualdades e discriminações.

²⁰ BRASIL. Documento base da 1ª Conferência Nacional de Juventude. Brasília: 2007. Disponível em: http://nsae.acaoeducativa.org.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=918&Itemid=252. Acesso em 06/03/2009, p. 20.

²¹ *Idem, Ibidem, Loc. Cit.*

Nesse sentido, além de afirmar direitos que considerem o jovem enquanto sujeito de direitos humanos especiais até a necessária construção de políticas públicas específicas e emancipatórias há um longo caminho. Para isto, é preciso um reordenamento do marco normativo e da própria prática dos gestores de políticas públicas, no sentido de aplicar a teoria da proteção integral e seus princípios orientadores, garantindo à juventude, a exemplo do que ocorre com crianças e adolescentes, a prioridade absoluta na formulação, implementação, promoção e defesa de políticas públicas, tornando essa responsabilidade compartilhada entre Estado, sociedade e família.

REFERÊNCIAS

- BRASIL, Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 394, de 08 de março de 2005, de autoria do Deputado Reginaldo Lopes. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/303609.pdf>. Acesso em: 06/04/09.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BRASIL. Documento base da 1ª Conferência Nacional de Juventude. Brasília: 2007. Disponível em: http://nsae.acaoeducativa.org.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=918&Itemid=252. Acesso em 06/03/2009.
- CUSTÓDIO, André Viana. Direitos de juventude no Brasil contemporâneo: perspectivas para afirmação histórica de novos direitos fundamentais e políticas públicas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VIEIRA, Reginaldo de Souza. (Org.). *Estado, Política e Direito: relações de poder e políticas públicas*. 1 ed. Criciúma: Unesc, 2008.
- CUSTÓDIO, André Viana. Os novos direitos da criança e do adolescente. *Espaço Jurídico*, Joaçaba: Unoesc, v. 7, n. 1, jan/jul, 2006.
- CUSTÓDIO, André Viana; GAMBALONGA, Geovana Porfírio; LEME, Luciana Rocha. Sociologia da Infância: as contribuições para a gestão de políticas públicas. *Anais da I Jornada de produção científica em direitos fundamentais e Estado: a efetivação dos direitos fundamentais e a crise do Estado contemporâneo*. Criciúma: UNESCO, 2007.
- LUZ, Vladimir de Carvalho. *Assessoria jurídica popular no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- MARTINS, Silvia Helena Zanirato. *Artífices do Ócio*. Londrina: UEL, 1997, p. 63.
- NOVAES, Regina Célia Reyes; CARA, Daniel Tojeira; SILVA, Danilo Moreira da; PAPA, Fernanda Carvalho (Orgs.). *Política Nacional de Juventude: diretrizes e perspectivas*. São Paulo: Conselho Nacional de Juventude, Fundação Friedrich Ebert, 2006.
- SPOSITO, Marília Pontes; CARRANO, Paulo César Rodrigues. Juventude e políticas públicas no Brasil, *Revista Brasileira de Educação*, n. 24, São Paulo, 2003.
- SPOSITO, Marília Pontes; SILVA, Hamilton Harlei de Carvalho; SOUZA, Nilson Alves de. Juventude e poder local: um balanço de iniciativas públicas voltadas para jovens em municípios de regiões metropolitanas. *Revista Brasileira de Educação*, n. 32, v. 11, São Paulo, 2006.
- VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999.

O ADOLESCENTE AUTOR DE ATO INFRACIONAL: O SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO (SINASE) COMO INSTRUMENTO JURÍDICO-POLÍTICO PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Fernanda da Silva Lima¹
Josiane Rose Petry Veronese²*

1 ATO INFRACIONAL E MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: A RESPONSABILIZAÇÃO ESTATUTÁRIA

Um dos grandes desafios atuais nos estudos em Direito da Criança e do Adolescente refere-se à temática do ato infracional. É um tema complexo, que envolve múltiplas causas e vem carregado das velhas concepções trazidas pelo direito do menor e pela doutrina jurídica da situação irregular consubstanciada no revogado Código de Menores de 1979.

Não cabe neste texto discorrer sobre a política social e a construção normativa que marcou o direito menorista no Brasil³, mas cabe enfatizar que já passamos pelo período de transição paradigmática com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e com a aprovação da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente. Ambos os instrumentos normativos foram inspirados na Convenção Internacional dos Direitos da Criança aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 1989, que contempla uma nova doutrina jurídica para a infância respaldada pela concepção da proteção integral.

A doutrina da proteção integral eleva crianças e adolescentes à condição de sujeitos de direitos e o reconhecimento como pessoas em estado peculiar de desenvolvimento, além de conferir à família, ao Estado e à sociedade o dever de assegurar seus direitos fundamentais e de proteção com prioridade absoluta (art. 227 CF/88).

¹ Mestranda no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD/UFSC), Graduada em Direito (UNESC). Pesquisadora do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente (NEJUSCA/UFSC). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC). E-mail: fernanda_lima55@hotmail.com

² Doutora em Direito (CPGD/UFSC), Mestre em Direito (CPGD/UFSC), Graduada em Direito (CCJ/UFSC). Professora no Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Coordenadora do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente (NEJUSCA/UFSC). É coordenadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: jpetryve@uol.com.br

³ De acordo com CUSTÓDIO: “No período da Política Nacional do Bem-Estar do Menor, implantada a partir de 1964 com o golpe, mais uma vez, há a repressão institucionalizada, com a criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor e a ideologia da segurança nacional, revigorando as práticas de contenção institucional e imposição da disciplina.” E ainda assinala que: “O Período do Direito do Menor em Situação Irregular inaugurado com o Código de Menores de 1979 continuou a compreender a infância como abandonada, exposta, transviada, delinquente, **infratora** ou libertina, ou seja, concentrando todas as discriminações em uma única categoria jurídica: a menoridade. Na verdade, o Direito do Menor nada mais foi que a institucionalização jurídica da Política Nacional do Bem-Estar do Menor orientada para o controle, a vigilância e a repressão das classes populares.” CUSTÓDIO, André Viana. Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas: limites e perspectivas para a erradicação do trabalho infantil doméstico. In: CUSTÓDIO, André Viana; CAMARGO, Mônica Ovinski de. (orgs.) *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais: visões interdisciplinares*. Curitiba: Multidéia, 2008, p. 105.

A Doutrina da Proteção Integral, como lembra COSTA,

[...] afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos⁴.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com tal doutrina, tem por fundamento o seguinte tripé: liberdade, respeito, dignidade. Não podemos mais tratar a infância e a juventude com descaso, não podemos mais coisificá-los como meros objetos passíveis de tutela normativa, não podemos mais diferenciar a quem se deve proteger. Todas as crianças e adolescentes, indistintamente estão na condição de sujeitos de direitos e são merecedores de uma proteção especial aos seus direitos, sem negligência, sem crueldade, sem opressão, sem discriminação e sem desrespeito.

Nessa perspectiva de proteção, o Estatuto da Criança e do Adolescente consubstancia uma norma insurgente capaz de não apenas normatizar sobre os direitos de crianças e adolescentes, vai além disso, pois consegue sistematizar a forma pelo qual esses direitos devem ser efetivados mediante a atuação do sistema de garantia de direitos.

Portanto, dentro do universo de temas a serem analisados pelo Direito da Criança e do Adolescente, esta pesquisa centra-se principalmente no ato infracional cometido por adolescentes e a forma de responsabilização prevista no Estatuto, qual seja, a aplicação das medidas socioeducativas.

Primeiramente podemos conceituar ato infracional como toda conduta praticada por criança ou adolescente definida como crime ou contravenção pelo sistema repressivo brasileiro. Para a configuração do ato infracional, é necessária a presença de indícios suficientes da autoria e materialidade do fato. Essa é a única relação existente entre o Direito da Criança e do Adolescente e o Direito Penal. O Direito Penal apenas nos dá os tipos penais que são considerados crimes ou contravenções, pois a forma de responsabilização pela prática do ato infracional é exclusiva das normativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente são penalmente inimputáveis as pessoas com idade inferior a 18 anos. A discussão que se tem acerca da redução da menoridade penal soa como um “discurso no vazio”, uma vez que a imputabilidade é regulamentada por um preceito constitucional, firmado no art. 228⁵ da atual Carta Política do país, ou seja, trata-se de uma cláusula pétrea e como tal só poderá ser alterada mediante a realização de uma nova Assembleia Nacional Constituinte.

Portanto o critério de 18 anos como limite de responsabilidade penal vem de um avanço da própria política criminal. Desse modo os projetos de rebaixamento desse limite esbarram no art 60, § 4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual determina que não podem ser objeto de Emendas Constitucionais dispositivos que visem abolir os direitos e garantias individuais.

⁴ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. “Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente” In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.69/90: estudos sócio-jurídicos*, p. 17.

⁵ Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

A redução do limite de idade representaria uma emancipação precoce do adolescente apenas no que diz respeito à punição por um ato ao qual foi determinado estar em pleno gozo de suas faculdades mentais e, portanto, responsável.⁶

A preocupação que ronda as discussões em torno do rebaixamento da idade penal, seja para 16 ou 14 anos, é realizada por aqueles que fazem uma leitura parcial do Estatuto da Criança e do Adolescente e que acreditam que esse instrumento normativo só contempla direitos, quando na realidade ele responsabiliza condutas contrárias ao ordenamento jurídico, sim, através da aplicação das medidas socioeducativas.

As medidas socioeducativas podem ser divididas em restritivas ou não de liberdade e são prescritas conforme os artigos do Título III, Capítulo IV do Estatuto da Criança e do Adolescente. Vejamos os artigos das Seção I, “Disposições gerais”, os quais enumeram e caracterizam as tais medidas:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I – advertência;

II – obrigação de reparar o dano;

III – prestação de serviços à comunidade;

IV – liberdade assistida;

V – inserção em regime de semiliberdade;

VI – internação em estabelecimento educacional;

VII – qualquer uma das medidas previstas no art. 101, I⁷ a VI.

§ 1.º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2.º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3.º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

O Estatuto da Criança e do Adolescente contempla, portanto, uma proposta insurgente de responsabilização social. As medidas socioeducativas não têm caráter de “pena” e tampouco de “retribuição” como as sanções aplicadas pelo Direito Penal. Para aplicação das medidas socioeducativas é imprescindível que haja uma intervenção pedagógica capaz de proporcionar ao adolescente sua emancipação humana e promover o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

A execução das medidas socioeducativas está relacionada às circunstâncias em que ocorreu o ato infracional, a gravidade da infração, bem como qual das medidas é a mais adequada para cumprimento pelo adolescente. A medida tem que se adequar a cada caso específico, para daí ser possível verificar qual a melhor, a mais apropriada para o desenvolvimento do adolescente.

A intervenção pedagógica durante a execução das medidas socioeducativas não pode ser pautada pela imposição do medo, pois

⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1999, p. 72.

⁷ “Art. 101, I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apoio e acompanhamento temporários; III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de estudo fundamental; IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;”

O medo é impositivo, suscita um desequilíbrio psicológico e físico, exerce uma ação de fora para dentro no indivíduo e o leva, pela incapacidade ou impossibilidade de enfrentá-lo, à obediência. A prática de educar pelo medo, pela punição, atua fortemente, predeterminando uma ação ou um comportamento através da inibição de outros. O medo impede determinadas ações, não porque desencadeia no indivíduo uma maior compreensão sobre algo, não necessariamente porque o conduz a um processo consciente de aprendizagem, mas porque faz com que o indivíduo, na maioria das vezes, se sinta sem iniciativa, podendo, conseqüentemente, comprometer suas ações futuras, o seu processo de socialização e sua auto-estima.⁸

As seis medidas socioeducativas previstas no Estatuto devem ser aplicadas em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e observar o estado peculiar que se encontram os adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento. Conforme já afirmamos em outro trabalho,

O Estatuto acredita que a melhor forma de intervir nesse adolescente em conflito com a lei é incidir positivamente na sua formação, servindo-se, para tanto, do processo pedagógico, como um mecanismo efetivo, que possibilite o convívio cidadão desse adolescente autor de ato infracional em sua comunidade. Pretendem, pois, tais medidas, educar para a vida social.⁹

O que pretende-se com o atual sistema de medidas socioeducativas é a superação das velhas concepções autoritárias de defesa social e de caráter retributivo, pois sabemos que a melhor alternativa de superação à violência é a emancipação humana e somente a promoção de alternativas educativas e sociais é capaz de apresentar novos horizontes.

Ao responsabilizar os adolescentes estamos impondo limites. Se o Estatuto da Criança e do Adolescente não é respeitado sob esse prisma, o da responsabilização estatutária é porque estamos trabalhando com profissionais inabilitados e/ou programas inadequados.

A ideia fundamental de que à criança e ao adolescente é conferida a prioridade constitucional, a qual enseja numa série de respostas a serem tomadas de forma conjunta pela família, pela sociedade e pelo Estado, implica necessariamente no atendimento preferencial nos casos limites e emergenciais. Portanto o *status* da prioridade absoluta deve ser considerado na proposição e execução das políticas públicas, nesse caso, que visem orientar adequadamente a execução das medidas socioeducativas.

3 O SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO – SINASE: BREVES CONSIDERAÇÕES

A problemática que envolve a execução das medidas socioeducativas tem múltiplas causas e está vinculada a concepções obsoletas na forma como enfrentar/ lidar com o adolescente autor de ato infracional. As medidas socioeducativas, seja aquelas executadas em meio aberto ou as restritivas de liberdade devem guiar-se pelo trinômio: liberdade, respeito e dignidade. A intervenção deve ser obrigatoriamente pedagógica e não punitiva.

A proposta da responsabilização estatutária mediante a inserção de práticas pedagógicas em detrimento das punitivas – violadoras dos direitos humanos dos adolescentes – é um grande

⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Luciene de Cássia Policarpo. *Educação versus Punição: a educação e o direito no universo da criança e do adolescente*. Blumenau: Nova Letra, 2008, p. 49.

⁹ LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. Medidas sócio-educativas: a responsabilização estatutária como antagonista da visão penal. *Anais do II Seminário Internacional de Direitos Humanos, Violência e Pobreza: a situação de crianças e adolescentes na América Latina hoje*. Rio de Janeiro: Editora Rede Sirius/ UERJ, 2008, p. 8.

desafio proposto aos operadores do sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente. É possível fazer com que esse ideal de responsabilização não se constitua em letra morta? Como fazer cumprir essa nova proposta pedagógica? Qual caminho seguir? Como permitir que os adolescentes envolvidos com ato infracional não tenham condutas reiteradas? Essas e outras indagações são basilares para quem trabalha com um tema tão complexo e tão carregado das mais variadas violências.

Foi pensando em melhor atender os adolescentes e dar respostas a essas questões que no ano de 2004 a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, o Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente e com apoio do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) sistematizaram e apresentaram a proposta do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE.

Um projeto que foi fruto de uma construção coletiva envolvendo diversos seguimentos do governo, representantes de entidades de atendimento, especialistas na área e sociedade civil e que promoveram intensos debates com a finalidade de construir parâmetros mais objetivos no atendimento ao adolescente autor de ato infracional. Trata-se de uma política pública que verdadeiramente procura atender aos preceitos pedagógicos das medidas socioeducativas conforme dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O educar para a vida social visa, na essência, ao alcance de realização pessoal e de participação comunitária, predicados inerentes à cidadania. Assim, imagina-se que a excelência das medidas sócio-educativas se fará presente quando propiciar aos adolescentes oportunidade de deixarem de ser meras vítimas da sociedade injusta que vivemos para se constituírem em agentes transformadores desta mesma realidade.¹⁰

O SINASE, portanto, é um instrumento composto por um “[...] conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que envolve desde o processo de apuração de ato infracional até a execução de medida socioeducativa”.¹¹ Deve ser compreendido como uma política social de inclusão do adolescente autor de ato infracional.

O SINASE é um documento que visa promover uma ação educativa no atendimento ao adolescente, seja em meio aberto ou em casos de restrição de liberdade. Mas há que se ressaltar que esse instrumento jurídico-político dá preferência às medidas executadas em meio aberto, porque compreende que as medidas restritivas de liberdade, como a semiliberdade e a internação devem ser aplicadas em último caso, levando sempre em consideração os princípios da brevidade e da excepcionalidade.

O SINASE está organizado em nove capítulos e “objetiva primordialmente o desenvolvimento de uma ação socioeducativa sustentada nos princípios dos direitos humanos. Persegue, ainda, a idéia dos alinhamentos conceitual, estratégico e operacional, estruturado, principalmente, em bases éticas e pedagógicas.”¹²

¹⁰ MAIOR, Olympio Sotto. Das medidas sócio-educativas. In: CURY, Munir (coord.) *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 379.

¹¹ BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE*. Brasília: Conanda, 2006 p. 23.

¹² BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE*. Brasília: Conanda, 2006. p.15.

Enquanto sistema integrado, o SINASE procura articular os três níveis do governo para o melhor desenvolvimento do atendimento socioeducativo ao adolescente, levando em consideração a intersectorialidade e a corresponsabilidade entre a família, o Estado e a sociedade. É importante que haja uma articulação e um trabalho conjunto/ em rede dos operadores do Sistema de Garantia de Direitos. Para Souza, é necessário que se desenvolvam trabalhos em sistemas de redes para alcançar a real efetivação dos direitos infanto-juvenis, uma vez que

A idéia de rede tem por base o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente, compreendendo os diversos atores que interagem para garantir esses direitos. [...] Assim, esse sistema de garantia apresenta eixos de ação (promoção de direitos, defesa dos direitos e controle social), que criam redes internas e entre si.¹³

O SINASE tem como marco legal os dispositivos da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, além de respeitar os tratados e convenções internacionais. É um documento que normatiza como devem atuar as entidades de atendimento que trabalham com os adolescentes autores de ato infracional. O manual compreende desde a forma política de traçar as diretrizes pedagógicas de cada programa de atendimento como também enumera o quadro de profissionais que devem atuar em conjunto nos programas específicos.

A equipe multidisciplinar é fundamental para auxiliar o adolescente em cumprimento de medida socioeducativa, pois ele pode ser atendido na medida de suas necessidades e recebe apoio profissional de advogados, pedagogos, assistentes sociais, psicólogos e demais profissionais dispostos a contribuir com a sua formação. Além disso, o apoio pedagógico deve ser suficiente para:

[...] propiciar ao adolescente o acesso a direitos e às oportunidades de superação de sua situação de exclusão, de ressignificação de valores, bem como o acesso à formação de valores para a participação na vida social, vez que as medidas socioeducativas possuem uma dimensão jurídico-sancionatória e uma dimensão substancial ético-pedagógica.¹⁴

O SINASE também normatiza sobre os parâmetros arquitetônicos para unidades de atendimento socioeducativo, principalmente em relação ao espaço físico, infraestrutura adequada para atender os adolescentes e capacidade/ vaga compatível com a demanda sem negligenciar os direitos dos adolescentes. Dispõe sobre a previsão orçamentária para a execução e manutenção das medidas socioeducativas. Enfim, é um verdadeiro manual que em complemento ao Estatuto da Criança e do Adolescente mostra o *know how*, o como fazer, o como trabalhar com as medidas socioeducativas mediante a intervenção de práticas pedagógicas sem violar direitos.

Dentre as diretrizes pedagógicas do atendimento socioeducativo apontados pela SINASE, ressalta-se que é imprescindível considerar a:

1. Prevalência da ação socioeducativa sobre os aspectos meramente sancionatórios;
2. Projeto pedagógico como ordenador de ação e gestão do atendimento socioeducativo;
3. Participação dos adolescentes na construção, no monitoramento e na avaliação das ações socioeducativas;

¹³ SOUZA, Ismael Francisco de. Dissertação. P. 45-46.

¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE*. Brasília: Conanda, 2006. p. 51.

4. Respeito à singularidade do adolescente, presença educativa e exemplaridade como condições necessárias na ação socioeducativa;
6. Disciplina como meio para a realização da ação socioeducativa;
7. Dinâmica institucional garantindo a horizontalidade na socialização das informações e dos saberes em equipe multiprofissional;
8. Diversidade étnico-racial, de gênero e de orientação sexual norteadora da prática pedagógica;
9. Família e comunidade participando ativamente da experiência socioeducativa;
10. Formação continuada dos atores sociais.¹⁵

A sistematização da SINASE em nove capítulos foi importante porque abrangeu as principais necessidades e, porque não dizer medidas urgentes que precisavam ser estabelecidas para harmonizar o atendimento socioeducativo em todo o território nacional. O SINASE, sem dúvida alguma é um importante instrumento jurídico-político que contribui para a concretização dos direitos dos adolescentes envolvidos com ato infracional.

Tem a característica de um verdadeiro manual a ser seguido pelos operadores dos programas de atendimento, além de auxiliar os operadores do sistema de garantia de direitos – principalmente na proposição de políticas públicas e previsão orçamentária –, e o sistema de justiça. Ambos devem atuar em conjunto para romper com a lógica repressivo-punitiva que permeia os programas de atendimento socioeducativo.

Estamos numa fase de transição, em que rompe-se com a punição, com a cultura do medo, para substituí-la pela lógica dos limites e da intervenção pedagógica. Em outra obra já afirmamos que

[...] a melhor educação assegurada pela atual Carta Constitucional é aquela voltada ao diálogo, à tolerância e, sobretudo, à liberdade. A educação para a liberdade somente poderá ser efetivada através do diálogo e da hierarquização dos valores intrínsecos à natureza humana, no sentido de permitir à criança e ao adolescente uma possibilidade real de atuar como protagonista na construção de sua condição especial de ser humano em desenvolvimento.¹⁶

Por isso, insistimos em afirmar que para que haja verdadeira transformação no tratamento dispensado aos adolescentes autores de ato infracional são necessárias grandes mudanças. É imprescindível a ampliação do sistema em meio aberto. É preciso que os magistrados que atuam na área da infância conheçam melhor o Estatuto da Criança e do Adolescente e a finalidade das medidas socioeducativas e, assim, possam aplicar as medidas não restritivas de liberdade em detrimento da semiliberdade e da internação.

É necessário ampliar as varas especializadas e o plantão institucional, regionalizar o atendimento em atenção ao princípio da municipalização. É importante que a elaboração de uma política de atendimento esteja verdadeiramente integrada com as demais políticas sociais desenvolvidas para a infância e a juventude.

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE*. Brasília: Conanda, 2006.

¹⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Luciene de Cássia Policarpo. *Educação versus Punição: a educação e o direito no universo da criança e do adolescente*. Blumenau: Nova Letra, 2008, p. 131.

É imprescindível que haja integração entre os “órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública, Assistência Social, na operacionalização do atendimento inicial do adolescente em conflito com a lei, e atendimento estruturado e qualificado aos egressos”.¹⁷

A aprovação do SINASE em 2006 representou um grande avanço em termos de políticas públicas voltadas para os adolescentes autores de ato infracional. O SINASE é um instrumento jurídico-político que complementa o Estatuto da Criança e do Adolescente em matéria de ato infracional e medidas socioeducativas. É um documento que impõe obrigações e a coresponsabilidade da família, da sociedade e do Estado para a efetivação dos direitos fundamentais dos adolescentes autores de ato infracional. E ao Estado, principalmente, cabe a função de investir em políticas sociais que facilitem a concretização desse importante instrumento normativo.

4 CONCLUSÃO

É difícil encerrar este artigo porque nos dá a impressão de que ainda falta muito a ser dito, ou explicado sobre essa matéria. A temática ato infracional e medidas socioeducativas certamente é uma das mais difíceis atualmente de se trabalhar, não apenas pelo aspecto da violação de direitos, porque aí, sem dúvida alguma, aquelas que envolvem maus-tratos e violência física realmente chocam.

Mas o que queremos dizer com isso é que a dificuldade encontrada em trabalhar o ato infracional destoa muito de um aspecto cultural ligado à reprodução da violência, em suas variadas formas. A infância e a adolescência brasileira, desde os tempos da colonização, tiveram uma história sócio-jurídica marcada pela violência e pela negação de direitos.

Vivemos numa sociedade que ainda não conseguiu romper com a lógica punitivo-repressiva evidenciada principalmente na época da Política Nacional do Bem-Estar do Menor em plena efervescência durante a ditadura militar no país. Problema de “menor” era assunto de segurança nacional. E o que percebemos ao longo de décadas foi o inchaço das FUNABENS e FEBENS espalhadas pelo Brasil, que atuavam como verdadeiros depósitos de indesejáveis sociais.

Hoje que tipo de instituições nós temos? Temos os Centros Educacionais e os Centros de Internamento Provisórios? Qual foi a real mudança? Constatamos que em muitos desses lugares foi apenas substituído o nome, eis que a lógica da institucionalização permanece a mesma.

Mas não sejamos mais um a fazermos o discurso da desesperança. O Direito da Criança e do Adolescente segue a risca as normativas internacionais de proteção e promoção dos direitos infante-juvenis. O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma norma insurgente mais que avançada para o seu tempo, e um dos mais aprimorados instrumentos jurídicos de proteção aos direitos da infância.

Passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que efetivamente inaugurou esse novo olhar para a infância ao contemplar a doutrina da proteção integral, ainda é necessário *gritar* pela concretização e não violação dos direitos de crianças e adolescentes.

O SINASE é um importante instrumento jurídico-político para a concretização dos direitos fundamentais dos adolescentes envolvidos com a prática de ato infracional, justamente porque ele impõe medidas e mostra como devem funcionar/ atuar as entidades de atendimento

¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE*. Brasília: Conanda, 2006, p. 22.

socioeducativo, bem como os operadores que direta ou indiretamente irão trabalhar com esses adolescentes.

Obviamente, é necessário o investimento em políticas sociais que dêem conta de por todo esse planejamento em prática. Além, é claro, da necessidade de capacitação dos operadores do sistema de garantia de direitos e de justiça. Para romper com a lógica punitivo-repressiva, precisamos viver a cultura da tolerância e cultivar o amor pela infância e adolescência.

Fala-se tanto na reinserção social do adolescente autor de ato infracional, mas como reinseri-lo numa sociedade que é, na maioria das vezes responsável pela sua situação de vulnerabilidade, de exclusão social. É o adolescente que tem que se reinserir, mas a sociedade consumista, egoísta, violenta, discriminadora não dá condições mínimas para este projeto e o Estado é o eterno ausente em políticas públicas nesta área. Enfim, é necessário que sejamos os protagonistas de uma nova história na qual crianças e adolescentes sejam efetivamente sujeitos de direitos, sujeitos de uma sociedade não punitiva, mas, efetivamente, inclusiva.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Diário Oficial [da] União, Poder Legislativo, Brasília, n. 191-A, 05 de out. 1988.
- BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente E dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990.
- BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE*. Brasília: Conanda, 2006.
- CURY, Munir (coord.) *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- CUSTÓDIO, André Viana. Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas: limites e perspectivas para a erradicação do trabalho infantil doméstico. In: CUSTÓDIO, André Viana; CAMARGO, Mônica Ovinski de. (orgs.) *Estudos contemporâneos de direitos fundamentais: visões interdisciplinares*. Curitiba: Multidéia, 2008.
- LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Medidas sócio-educativas: a responsabilização estatutária como antagônica da visão penal*. Anais do II Seminário Internacional de Direitos Humanos, Violência e Pobreza: a situação de crianças e adolescentes na América Latina hoje. Rio de Janeiro: Editora Rede Sirius/ UERJ, 2008.
- MAIOR, Olympio Sotto. Das medidas sócio-educativas. In: CURY, Munir (coord.) *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- SOUZA, Marli Palma. *Crianças e Adolescentes: Absoluta Prioridade?* Revista Katalysis, n.2, Florianópolis, 1998.
- VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1999.
- VERONESE, Josiane Rose Petry. *Temas de Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1997.
- VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Luciene de Cássia Policarpo. *Educação versus Punição: a educação e o direito no universo da criança e do adolescente*. Blumenau: Nova Letra, 2008.

PRINCÍPIO DE SUBSIDIARIEDADE NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS

Vinicius Malta Martins¹

1 INTRODUÇÃO

O trabalho que se segue tem por objeto o exame dos mecanismos de participação da sociedade nas políticas públicas tributárias, em especial aquelas consubstanciadas nas Leis de incentivo à cultura e ao esporte, como resultado da aplicação do princípio de subsidiariedade na relação entre Estado e sociedade civil.

Para isso, procura-se demonstrar que o princípio de subsidiariedade tem aplicação concreta no âmbito específico das políticas públicas tributárias, sendo que, no caso das Leis de incentivo, efetiva-se por meio de benefícios fiscais.

Assim, examina-se pontualmente os benefícios fiscais constantes das leis de incentivo à cultura e ao esporte procurando identificar se são ferramentas tributárias hábeis para fomentar a participação democrática da sociedade, concretizando a proposta de compartilhamento da responsabilidade entre o Estado e a sociedade civil.

2 NOVOS RUMOS DA RELAÇÃO ENTRE E ESTADO E SOCIEDADE EM FACE DO PRINCÍPIO DE SUBSIDIARIEDADE

2.1 A necessidade de superação do atual modelo de relação entre Estado e sociedade

O Brasil, assim como vários outros países de democracia liberal ou neoliberal, administrados sob a forma de representação político-institucional, vive um processo de crise de legitimidade do Estado. Esse processo é perfeitamente constatável na medida em que o Estado não consegue oferecer respostas e soluções adequadas e suficientes aos conflitos sociais, tornando a própria falta de legitimidade do Estado outro problema a ser solucionado².

Genro apregoa que a crise do Estado possui bases amplas, não se circunscrevendo tão somente às insatisfatórias respostas materiais às demandas sociais. A crise do Estado, para ele, revela-se, outrossim, através da “intransparência e impermeabilidade para lidar com a realidade social que se estilhaça e produz incessantemente novos conflitos e novos movimentos”.³

Destarte, é forçoso concluir que pelo prisma da responsabilidade do Estado, a crise de legitimidade que lhe acomete é fruto da postura centralizadora com que a Administração Pública enfrenta as tensões sociais,

¹ Advogado, Pós Graduado em Direito do Estado na Ritter dos Reis e Mestrando em Políticas Públicas de Inclusão Social na UNISC (e-mail: vinicius@maltamartins.com.br).

² LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 48.

³ GENRO, Tarso. *Orçamento Participativo e o Estado*. In: GENRO, Tarso (Org.). *Orçamento participativo: experiência de Porto Alegre*. Porto Alegre: Fundação Perseu Abramo, 1997. p. 23.

[...] valendo-se do pressuposto de que detém a autoridade absoluta sobre tais ações, impondo-se – paternalística e assistencialmente - como a única capaz de demarcar prioridades e políticas públicas, bem como executá-las, sempre protegido/vigiado pelo princípio da Legalidade.⁴

Essa atual relação vertical entre Estado e sociedade, onde aquele assume função paternalista e, por sua vez, a sociedade põe-se como destinatária subserviente, dignando-se em mera condição assistencial, tem afetação direta no desenvolvimento da cidadania plena, como enfatiza Gorczewski:

Nas democracias, o assistencialismo, o paternalismo e a tutela do Estado, aceitos que são pela maioria das pessoas por comodismo, também não permitem o desenvolvimento de uma cidadania plena, porque cidadania plena não pode ser dada ou outorgada, só é alcançada pela participação, pela luta e pelo empenho dos próprios indivíduos interessados.⁵

Assim, se de um lado o Estado não consegue mais dar as respostas às demandas sociais, daí advindo a crise de legitimidade referida, de outro lado a sociedade inegavelmente possui a sua parcela de culpa nesse processo de crise institucional, por entregar a administração dos seus interesses ao Estado, sem entender que também se trata de um compromisso seu, porquanto se “contenta com os espaços minúsculos de ação social, sem maior reflexividade e mobilização política das comunidades, adotando, por exemplo, o voto como o grande e quiçá único instrumento e momento de participação no governo e nos interesses públicos.”⁶

2.2 Remoldura da relação Estado e sociedade à luz do princípio de subsidiariedade

As colocações precedidas demonstram a necessidade de reestruturação orgânica da relação Estado e sociedade. No entanto, o exercício desta mudança pressupõe uma nova formatação de Estado e, conjuntamente, um novo modelo de sociedade, os quais podem ser forjados à luz do *princípio de subsidiariedade*⁷.

O princípio de subsidiariedade, na sua versão clássica, expressa a ideia de que “as atribuições e competências devem ser exercidas pelo nível da administração melhor colocado para as prosseguir com racionalidade, eficácia e proximidade aos cidadãos.”⁸

Tal princípio foi originalmente fundado como instrumento de repartição dos poderes e competências entre organismos públicos locais e centrais, tendo por pressuposto a possibilidade

⁴ Ibidem, p. 59;

⁵ GORCZEWSKI, Clóvis. *Direitos Sociais e Políticas Públicas. - desafios contemporâneos Tomo 5*. Organizadores Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005, p. 1286.

⁶ LEAL, Rogério Gesta. Esfera Pública e Participação Social. In: *A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 193.

⁷ Segundo menciona Baracho, a primeira concepção do princípio de subsidiariedade encontra-se “reconhecido pelo Direito da Igreja Católica, isto é, o Direito Canônico.” “[...] A doutrina aponta antecedentes do princípio de subsidiariedade em vários textos, como na Encíclica Quadragésimo Anno, de 15.05.1931, que explicita o enunciado pela primeira vez. O Papa Pio XI declarou que seria cometer injustiça, ao mesmo tempo que torpedear de maneira bem criticável a ordem social, retirar dos agrupamentos de ordem inferior, conferindo-se a uma coletividade bem mais vasta e elevada, funções que elas próprias poderiam exercer.” In: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade. Conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 25-26.

⁸ MARTINS, Margarida Salema D’Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2001, p. 658.

de descentralização das atribuições estatais.⁹ Porém, atualmente, consagra também a ideia de “redefinição da repartição de competências entre o Estado e os cidadãos, o privado e o público”, com vistas a estabelecer um “novo equilíbrio social.”¹⁰

É justamente no aspecto da reformulação dos poderes e competências do Estado e da sociedade e, conseqüentemente, a partir de uma nova relação entre Estado e sociedade, que se vislumbra a importância do princípio de subsidiariedade, no seu mister de balizar novas fronteiras de atribuições no trato dos interesses públicos.

Nesse sentido, Baracho explica que a aplicação do princípio de subsidiariedade é importante por operar sob a lógica de que

É ilícito e injusto reservar a uma sociedade maior, o que pode ser feito por uma sociedade menor. Antes de deferir ao Estado as competências, devemos verificar se são capazes de resolvê-las os próprios homens ou as sociedades intermediárias, componentes do pluralismo social.¹¹

Para que se procedam as mudanças necessárias, no intento de uma nova dinâmica qualificada e eficiente para atender as carências sociais, é preciso que o Estado assuma um novo papel, desempenhando precipuamente a função de indutor e regulador do desenvolvimento, sem que isso signifique, pois, sob o enfoque do princípio de subsidiariedade, desígnios de

[...] Estado mínimo e débil, que se retrai a simples funções de vigilância, resguardo ou arbitragem. Com isto estaria declinando de toda promoção do bem-estar, de toda presença ativa para orientar e articular as atividades humanas. Não objetiva destruir as competências estatais, mas reordená-las, de maneira idônea e responsável.¹²

É preciso compreender que o princípio de subsidiariedade, em que pese seu viés da descentralização,¹³ não determina distribuição de poderes e competências de forma autônoma e isolada. Pelo contrário, vislumbra-se a importância e pertinência do princípio de subsidiariedade exatamente no aspecto de prestigiar a comunhão de esforços entre Estado e sociedade, pois como endossa Baracho, a “colaboração do Estado, com as comunidades secundárias e organismos particulares, é um fenômeno inerente à aplicabilidade do princípio de subsidiariedade.”¹⁴ E acrescenta o autor:

Nada impede a complementação de esforços, nem a colaboração dos administrados. As competências completam-se em função das necessidades e

⁹ Essa visão é extraída da seguinte passagem da obra de Baracho: “[...] Cogita-se na formatação do princípio da subsidiariedade do equilíbrio entre o poder central e o poder local. A idéia concretiza-se na compreensão da absorção da substância local e da vitalidade local pelo poder central. O poder local deve dispor de condições que crie situações para a formação do cidadão e do município. A repartição de competências vincula-se à compreensão do princípio de subsidiariedade, pelo que o Estado deve transferir ou delegar às coletividades poderes que tem a capacidade de exercer.” In: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade. Conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 32.

¹⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade. Conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 65

¹¹ *Ibidem*, p. 48.

¹² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade. Conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 48.

¹³ Cabe o presente destaque porque, segundo Baracho: “Através de sua aplicação, todas as competências que não são imperativamente detidas pelo Estado, devem ser transferidas às coletividades.” In: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade. Conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 31.

¹⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade. Conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 40.

das suplências, possibilitando que o princípio de subsidiariedade realize-se através do instrumento de participação ou mesmo de parceria.¹⁵

De outra banda, por parte da cidadania brasileira é imprescindível que se estabeleça uma radical mudança de comportamento, notadamente social. Nessa perspectiva dos novos rumos, à luz do princípio de subsidiariedade encontra-se fincada a ideia de cidadania ativa, como elemento indispensável à consecução de uma nova relação entre Estado e sociedade. É dizer:

A cidadania ativa é pressuposto básico para a efetivação do princípio de subsidiariedade. Na sua efetuação, as instâncias privadas precisam trabalhar para a coletividade, pelo que devem realizar tarefas de interesse geral, operando-se de modo e por razões conjugadas.¹⁶

Diante disso, a sociedade precisa despertar deste estado de acomodação e aquiescência. O verdadeiro conteúdo do conceito de cidadania deve ser recrudescido. Tal significado, aliás, é exposto com assaz completude nas palavras de Souza Júnior, para quem:

Ser cidadão é ser capaz de influir no processo governamental, com seriedade e dedicação. Ser cidadão é colocar a inteligência em funcionamento em prol da sociedade, sem heroísmos e sem demagogia.¹⁷

Para essa nova concepção de cidadania, formadora de uma sociedade ativa e participante, é necessário que valores humanos sejam fortalecidos e estejam imanentes junto ao tecido social, pois os “desafios da cidadania são complexos, numerosos, difíceis de lidar, mas devem ser enfrentados a partir de uma atitude de cooperação e solidariedade ‘com o outro’ e ‘não à custa de outro’ ou ‘contra o outro’.”¹⁸

Com efeito, esta nova concepção de sociedade, marcada pela lógica ativa da cooperação e solidariedade - como visto nas palavras de Martin e Baracho, nos textos supra transcritos - é fruto de uma consciência cada vez maior por parte dos cidadãos da necessidade de compartilhamento das responsabilidades sociais, bem como do fato de que a administração pública burocrática já não mais corresponde às demandas da sociedade civil, por exigir do Estado bem mais do que esse Estado pode oferecer, daí advindo a necessidade de uma nova relação entre Estado e sociedade, formatada à luz do princípio de subsidiariedade, redefinindo-se poderes e competências combinadas com a ideia de colaboração e solidariedade.

3 PRINCÍPIO DE SUBSIDIARIEDADE NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS

Segundo informa Schmidt, não existe uma conceituação precisa em relação à expressão “política pública”, pois ora é utilizado com uma maior, ora com uma menor abrangência do seu significado.¹⁹ Todavia, com espreque em concepções clássicas, Souza resume política pública como sendo o “campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em

¹⁵ Ibidem, p. 50.

¹⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade. Conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 64.

¹⁷ SOUZA JUNIOR, João Barcelos de. *Considerações Sociais e Jurídicas para que os Municípios assumam suas obrigações legais em relação aos menores carentes*. Revista do Ministério Público. v. 38. Porto Alegre, 1997, p. 113.

¹⁸ MARTIN, Nuria Belloso. *Os novos desafios da cidadania*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 111.

¹⁹ SCHMIDT, João Pedro. Para entender Políticas Públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: LEAL, Rogério; REIS, Jorge. (org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 4.

ação" e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)."²⁰

Nessa mesma linha escoa o conceito de políticas públicas encontrado em documento do Ministério da Saúde. Urge destacar, porém, que dito documento agrega e explicita interessante ideia sobre o papel que as políticas públicas desempenham no sentido de direcionar a atuação governamental e, concomitantemente, levar ao conhecimento (ou permitir o acesso) da população as intenções do governo.

Políticas públicas configuram decisões de caráter geral que apontam rumos e linhas estratégicas de atuação governamental, reduzindo os efeitos da descontinuidade administrativa e potencializando os recursos disponíveis ao tornarem públicas, expressas e acessíveis à população e aos formadores de opinião as intenções do governo no planejamento de programas, projetos e atividades.²¹

Malgrado a concepção genuína de políticas públicas esteja imbricada com a atuação restrita à esfera estatal, obtempera Hermany que, hodiernamente, "não existe apenas uma maior participação na deliberação para a tomada de decisões em nível local e regional, mas também uma crescente participação na gestão dessas políticas públicas".²²

Nesse mesmo toar, posição a qual se adota, Bucci preconiza que políticas públicas visam à "realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados",²³ cujo êxito está diretamente condicionado à possibilidade e amadurecimento da participação democrática dos cidadãos.

[...] o processo administrativo de formulação e execução das políticas públicas é também processo político, cuja legitimidade e cuja "qualidade decisória", no sentido da clareza das prioridades e dos meios para realizá-las, estão na razão direta do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos.²⁴

No entendimento de Silva, Jaccoud e Beghin, a Constituição de 1988 avançou no projeto de democracia participativa, tornando-a elemento-chave na configuração das políticas públicas, a ponto de ser "valorizada não apenas quanto ao controle do Estado, mas também no processo de decisão das políticas públicas e na sua implementação, em caráter complementar à ação estatal."²⁵

De fato, inicialmente vinculada de forma restrita aos limites de atribuição estatal, a concepção de políticas públicas parece ganhar novos ares, com base numa visão de Estado moderno, passando a contemplar a ideia de compartilhamento com a sociedade, atendendo-se ao primado constitucional de participação democrática.

²⁰ SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n.º 16, jul/dez 2006, p. 26.

²¹ Ministério da Saúde. *Política nacional de plantas medicinais e fitoterápicos*. Brasília, 2006.

²² HERMANY, Ricardo. O Plano Diretor e a Participação Social na Esfera Pública Municipal. In: LEAL, Rogério; REIS, Jorge. (org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, p. 1942.

²³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

²⁴ *Ibidem*, p. 269.

²⁵ SILVA, Frederico; JACCOUD, Luciana; BEGHUIN, Nathalie. Políticas Sociais no Brasil – participação social, conselhos e parcerias. In: JACCOUD, Luciana (Org). *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005, p. 374.

A rigor, é no eixo dessa evolução que o princípio de subsidiariedade faz sentir seus efeitos, reorganizando poderes e competências, aliás, transferindo parcela de poder e de responsabilidade, antes nas “mãos” do Estado, para a sociedade, observando a lógica de aplicação

[...] no seu sentido amplo de necessidade de aproximação da decisão ao respectivo destinatário, por tal factor de proximidade ser o que assegura uma decisão mais correta, correcção essa que depende do melhor conhecimento da realidade a que se aplica, não podendo ninguém conhecer melhor a realidade local do que aquele que nela se encontra envolvido.²⁶

Porém, a partir desse ponto, cumpre examinar se o princípio de subsidiariedade pode ser exercido no âmbito das políticas públicas tributárias e, desta forma, começa-se identificando o significado de política pública tributária à luz dos ensinamentos de Luis Eduardo Schoueri, para quem

[...] dentre os instrumentos de que se vale o Estado para a atuação sobre a ordem econômica e social, modificando-a segundo os desígnios constitucionais, surgem normas tributárias, já que nas palavras de Duverger, no “Estado moderno, as finanças públicas não são apenas um meio de assegurar a cobertura de suas despesas administrativas, mas também e principalmente um meio de intervir na vida social, de exercer uma pressão sobre os cidadãos para organizar o conjunto da nação”.²⁷

Enfatiza-se do texto supra transcrito o que doutrinariamente denomina-se função fiscal e extrafiscal do tributo. Schoueri esclarece que o Estado utiliza as normas tributárias como instrumentos para atuar na ordem econômica e social, modificando a realidade existente segundo os parâmetros e objetivos constitucionais. Salienta o autor, fazendo uso das palavras de Duverger, que as finanças públicas, além de servirem para cobrir os custos administrativos (finalidade fiscal), no Estado moderno são principalmente utilizadas como forma de intervir na vida social (finalidade extrafiscal).

Na didática de Rodrigues, entende-se por finalidade fiscal do tributo a simples preocupação com a arrecadação, de modo que sobreleva o aspecto financeiro como essencial à manutenção da máquina estatal.²⁸ Por sua vez, quanto à finalidade extrafiscal do tributo, explica Casalta Nabais, a preocupação é utilizar o instrumento fiscal na consecução de determinados resultados econômicos ou sociais, porquanto a obtenção de receitas para fazer frente às despesas públicas, ou seja, o resultado meramente financeiro não representa o objetivo dominante.²⁹

Diante das ponderações acima versadas, enceta-se que, ao tratar de políticas e públicas tributárias inexoravelmente estar-se-á adentrando ao universo da extrafiscalidade – decorrendo daí a sua importância –, na medida em que esta consiste, conforme os ensinamentos do mestre Ataliba:

[...] no uso de instrumentos tributários para obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos,

²⁶ MARTINS, Margarida Salema D’Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2001. p. 757.

²⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3.

²⁸ RODRIGUES, Hugo Thami. Políticas Tributárias de Desenvolvimento e de Inclusão Social: fundamentação e diretrizes, no Brasil, frente ao princípio republicano. In: LEAL, Rogério; REIS, Jorge. (org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, p. 1905.

²⁹ CASALTA NABAIS, José. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 629.

tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados.³⁰

Logo, na linha das considerações precedidas e com a pretensão de estabelecer uma conceituação própria, tem-se que *política pública tributária* é modo pelo qual o Estado intervém na vida social, valendo-se de instrumentos tributários que objetivam implantar medidas voltadas ao interesse público, sendo que assim o faz inspirado na função extrafiscal das normas tributárias e em sintonia com os objetivos e prioridades constitucionalmente estabelecidos.

Permanece, porém, a questão de como (ou se é possível) aplicar o princípio de subsidiariedade no âmbito das políticas públicas tributárias. A resposta a esta perquirição encontra-se, contudo, em outro questionamento, ou seja: se o Direito Tributário dispõe de instrumentos para que a sociedade de alguma forma participe da gestão das políticas públicas.

Diz-se isso por se acreditar que o grande desafio a ser enfrentado, notadamente em se tratando da sociedade brasileira, é como viabilizar a participação popular, com vistas ao compartilhamento da responsabilidade social, inspirando-se no princípio da subsidiariedade.³¹

De fato, são necessários que existam instrumentos de estímulo à participação cidadã, e, no âmbito do Direito Tributário, acredita-se que as leis de incentivo ao esporte³² e à cultura³³, podem ser concebidas, em razão dos incentivos fiscais nelas previstos, como políticas públicas tributárias que viabilizam a assunção de responsabilidades por parte da sociedade. Por isso, o próximo capítulo será reservado para discorrer sobre os ditos instrumentos constantes nessas leis, e que podem ser vistos como políticas públicas tributárias, inspiradas no princípio da subsidiariedade..

4 POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS COM PARTICIPAÇÃO POPULAR: REALIDADE PRESENTE NAS LEIS DE INCENTIVO À CULTURA E AO ESPORTE

4.1 A Lei de incentivo à cultura no aspecto dos benefícios fiscais

Desde dezembro de 1991 vige no país a chamada Lei Rouaneff³⁴, que estabeleceu um modelo de fomento social à cultura, por meio de incentivo fiscal à participação do setor privado.

O referido incentivo fiscal ocorre da seguinte forma: a União faculta às pessoas físicas e às pessoas jurídicas destinar parcela do seu imposto de renda, seja a título de doação ou patrocínio, seja no apoio direto aos projetos ou através do Fundo Nacional da Cultura (FNC).³⁵

Assim, a pessoa física ou jurídica pode optar por destinar parcela deste recurso (imposto de renda devido) ao apoio direto a projetos culturais ou ao Fundo Nacional da Cultura, ao invés de recolher integralmente o valor do seu imposto de renda aos cofres da União.

No âmbito da cultura, ainda, foi criada a chamada Lei do Audiovisual,³⁶ com vistas a estimular o investimento na área de produção de obras audiovisuais cinematográficas brasileiras de produção independente.

³⁰ ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. Revista de Direito Público, v. 23, n. 93, p.233-238, jan./mar., 1990, p. 233.

³¹ LEAL, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 54.

³² Leis n.º 11.438/06 e 11.472/07.

³³ Leis n.º 8.313/91 e 11.646/08.

³⁴ Lei n.º 8.313/91.

³⁵ Art. 18, caput, da Lei n.º 8.313/91 .

A Lei do Audiovisual trouxe uma novidade bastante interessante, no que diz respeito à forma de fomento à participação e contribuição do setor privado. Trata-se da possibilidade de investir recursos a título de aquisição de cotas representativas de direitos de comercialização. Isso significa que o investidor tem participação no resultado da bilheteria, recebendo dividendos de acordo com o sucesso do projeto financiado.³⁷

A Lei do Audiovisual também prevê a possibilidade de pessoas físicas e jurídicas investirem, na forma de patrocínio, em produção de obras audiovisuais cinematográficas brasileiras de produção independente, podendo o recurso investido ser utilizado para deduzir em até 4% o valor do imposto de renda devido por pessoa jurídica (tributada com base no lucro real), e, ainda, em até 6% o valor do imposto de renda devido por pessoa física.³⁸

4.2 A Lei de incentivo ao esporte no aspecto dos benefícios fiscais

Seguindo basicamente a mesma matriz da Lei de Incentivo à Cultura, tratada anteriormente, erigiu-se a Lei n.º 11.438/06, cujo objetivo é fomentar as atividades de caráter desportivo e paradesportivo através de incentivos e benefícios, principalmente, de natureza fiscal.³⁹

Com efeito, os projetos previamente aprovados pelo Ministério do Esporte poderão ser apoiados por pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real ou pessoas físicas, através de doações⁴⁰ ou patrocínios⁴¹. Os recursos despendidos por essas pessoas (físicas ou jurídicas) poderão ser deduzidos do imposto de renda devido.

5 CONCLUSÃO

Oportunamente foi mencionado se acreditar que o grande desafio contemporâneo é encontrar as fórmulas necessárias à reconstrução de um novo modelo de Estado, mas, sobretudo, desenvolver e manejar os instrumentos adequados à restauração de uma cidadania ativa, participante e consciente da sua responsabilidade social. Vale dizer: é preciso fundir políticas públicas e participação democrática, redefinindo-se as competências e poderes existentes na relação entre Estado e sociedade, atendendo-se aos postulados do princípio de subsidiariedade.

Nesse viés é que se justifica o estudo das leis de incentivo abordadas neste trabalho. Entende-se que as leis de incentivo à cultura e ao esporte qualificam-se exatamente por serem, no âmbito do Direito Tributário, potentes mecanismos viabilizadores da participação social. Tal é propiciado na medida em que a União faculta, tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas, a possibilidade de deduzir do imposto de renda devido os valores investidos em projetos culturais ou desportivos, obviamente, pré-aprovados pelo governo.

Poderia a União, com os recursos advindos do imposto de renda devidos por essas pessoas, destinar diretamente as quantias necessárias para auxiliar na realização desses projetos sociais de caráter cultural ou desportivo. No entanto, a União possibilita que a sociedade, ao invés de recolher parcela do seu imposto de renda devido ao erário federal, opte por contribuir de

³⁶ Lei n.º 8.685/93.

³⁷ Art. 1.º da Lei n.º 8.685/93.

³⁸ Art. 1.º-A, § 1.º, I e II, da Lei n.º 8.685/93.

³⁹ Art. 1.º da Lei n.º 11.438/06.

⁴⁰ Art. 3.º, II, da Lei n.º 11.438/06.

⁴¹ Art. 3.º, I, da Lei n.º 11.438/06.

outro modo, no caso, deslocando esses recursos em prol, diretamente, de projetos sociais que por algum motivo lhe sejam afins.

De notar, pois, que parece não haver outra razão para repassar à sociedade essa tarefa concernente à escolha, elaboração e implementação dos projetos sociais que serão financiados, que não seja justamente deslocar à esfera privada parcela de atribuição que pode ser por esta melhor realizada.

Essas leis de incentivo propiciam à sociedade verdadeiras ferramentas para contribuir ativamente na busca de alternativas e na realização das soluções. Talvez tenha-se aqui a visão de políticas públicas eficientes, resultado da participação democrática madura.

Em suma, acredita-se que a riqueza destes projetos, ensejados pelas Leis de incentivo, possuem um valor natural inestimável como possibilidade de participação e compartilhamento de responsabilidades, servindo à inspiração do princípio de subsidiariedade e, ainda, atendendo à missão republicana propalada por Agra, segundo o qual é preciso que cada membro se sinta “responsável pelos destinos da polis, incentivando sua participação ativa e concomitantemente a sua co-responsabilidade pela coisa pública.”⁴²

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. *Republicanismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. *Revista de Direito Público*, v. 23, n. 93, p.233-238, jan./mar., 1990.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade*. Conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- CASALTA NABAIS, José. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.
- GENRO, Tarso. Orçamento Participativo e o Estado. In: GENRO, Tarso (Org.). *Orçamento participativo: experiência de Porto Alegre*. Porto Alegre: Fundação Perseu Abramo, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade social e tributação. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coords.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- GORCZEWSKI, Clóvis. Direito Humanos. Educação e Cidadania. In: LEAL, Rogério; REIS, Jorge. (Org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 5. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.
- HERMANY, Ricardo. O Plano Diretor e a Participação Social na Esfera Pública Municipal. In: LEAL, Rogério; REIS, Jorge. (Org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.
- LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. Esfera Pública e Participação Social. In: *A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.
- _____. Gestão pública compartilhada e organizações sociais. In: LEAL, Rogério Gesta; ARAUJO, Luiz Ernani B. (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001.

⁴² AGRA, Walber de Moura. *Republicanismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARTIN, Nuria Belloso. *Os novos desafios da cidadania*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2001.

Ministério da Saúde. *Política nacional de plantas medicinais e fitoterápicas*. Brasília, 2006.

RODRIGUES, Hugo Thami. Políticas Tributárias de Desenvolvimento e de Inclusão Social: fundamentação e diretrizes, no Brasil, frente ao princípio republicano. In: LEAL, Rogério; REIS, Jorge (Org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007

SCHMIDT, João Pedro. Capital social e políticas públicas. In: LEAL, Rogério Gesta; ARAUJO, Luiz Ernani B. (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001.

_____. Para entender Políticas Públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In LEAL, Rogério; REIS, Jorge. (org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005

SILVA, F.; JACCOUD, L.; BEGHUIN, N. Políticas Sociais no Brasil – participação social, conselhos e parcerias. In: JACCOUD, Luciana (Org). *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n.º 16, jul/dez 2006.

SOUZA JUNIOR, João Barcelos de. Considerações Sociais e Jurídicas para que os Municípios assumam suas obrigações legais em relação aos menores carentes. *Revista do Ministério Público*. Porto Alegre-RS, v. 38, 1997.

YAMASHITA, Douglas. Princípio da Solidariedade em Direito Tributário. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coords.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

PRINCÍPIO REPUBLICANO E POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS

*Eloi Cesar Daneli Filho¹
Hugo Thamir Rodrigues²*

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88) está orientada e denominada de Estado Democrático de Direito republicano e federativo. Por força disso, o Estado brasileiro é republicano e federativo, e dessa ideia decorrem implicações jurídicas, políticas e sociais.

Ainda existem óbices para uma efetivação integral do princípio republicano e federativo. Tais óbices no Brasil pós CF/88 podem ser encarados como a ausência de civismo, resultante de uma tradição legada pelo período colonial português e pela subsequente tradição liberal-burguesa. Como consequência da falta de civismo emerge a falta de solidariedade e uma figura denominada clientelismo.

O clientelismo em seu desdobramento dito difuso implica na produção de bens de forma coletiva, por exemplo, a arrecadação de tributos, com um consumo ocorrido de forma privada como a concessão de benefícios fiscais por parte do Estado a um grupo de interesse.

No presente artigo, far-se-á uma comparação entre civismo e clientelismo, abordando a relação entre a falta de civismo e o óbice clientelístico no Estado republicano brasileiro e seus desdobramentos no âmbito do Sistema Constitucional Tributário.

O Sistema Constitucional Tributário brasileiro está marcado por princípios de justiça social próprios do Republicanismo, tais como a tributação solidária, capacidade contributiva e a existência de um dever fundamental de pagar impostos.

Nessa ótica são trazidos argumentos que estendem o princípio republicano e seu corolário da solidariedade para o campo da tributação. Como decorrência dessa concretização das normas constitucionais acerca do Sistema Constitucional Tributário republicano constata-se, dentre outros, que a existência de guerra fiscal entre os Estados-Membros, a forma como as imunidades tributárias de templos de qualquer culto são interpretadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e a aplicação do princípio da capacidade contributiva, denotam uma ausência marcante de solidariedade, justiça social e, conseqüentemente, uma não-efetivação integral da República no âmbito do Direito Tributário Constitucional.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, pós-graduado em Direito Público pela Universidade de Passo Fundo – UPF, membro do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social, Linha de Pesquisa: Direito Tributário e Políticas Públicas de Desenvolvimento e Inclusão Social. Advogado. Professor Convidado na UPF – Universidade de Passo Fundo.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor da Disciplina “Políticas Tributárias” no programa de Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Co-Coordenador do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social, Linha de Pesquisa: Direito Tributário e Políticas Públicas de Desenvolvimento e Inclusão Social. Advogado.

2 REPÚBLICA E FEDERAÇÃO NA CF/88

Na CF/88 estão previstos os princípios da República e da Federação como norteadores da ordem jurídica, política e social brasileira.

Segundo Ataliba, “República é o regime político em que os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente”³.

Na ideia de República está ínsita a vontade popular, eis que a elaboração teórica republicana consubstancia os anseios dos indivíduos que compõem a sociedade, como o desejo de que o governo seja responsável por seus atos, que as funções de governo sejam preenchidas por pessoas escolhidas pelo povo, que exista a real possibilidade de fiscalização dos atos praticados em nome do governo, que exista uma proximidade entre governante e governado, que exista descentralização de atribuições, etc.⁴

A ideia de República constitui um princípio básico do Direito brasileiro. Sua força é irradiada “de modo inexorável” para todo o ordenamento jurídico, influenciando na interpretação dos demais princípios constitucionais, na elaboração da legislação infraconstitucional e também na interpretação e aplicação do Direito.⁵

O princípio republicano se imbrica com o princípio da federação, são, por assim dizer, os princípios de maior importância na organização jurídico-política brasileira. Por esses princípios, como se disse, são perpassados todos os demais princípios e regras, constitucionais ou infraconstitucionais. O regime republicano é caracterizado modernamente pela divisão do exercício dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Também é corolário desse princípio, “a periodicidade dos mandatos políticos, com consequentes responsabilidades dos mandatários”.⁶

Sob esse aspecto, pondera o autor, que há uma maior rigidez, pois para emendas que versem sobre assuntos passíveis de serem discutidos, há exigências maiores atinentes ao quórum de votação, discussões e turnos de votação. Já, para que os princípios republicano e federativo sejam modificados ou extintos, inexistente um processo jurídico-constitucional, o que significa que uma mudança desse jaez só é possível por meio de uma revolução política com ruptura da ordem jurídica vigente.⁷

A CF/88 reconhece o federalismo como sua forma de Estado em seu art. 1º, o reconhecimento toma corpo em seu art. 18, onde, expressa e literalmente afirma serem autônomas as unidades federadas que a compõem.

Paulo Bonavides, depois de reiterar que considera a atual Constituição a melhor que o Brasil já possuiu, afirma que mesmo assim essa possui inúmeras imperfeições, tanto quanto a sua origem como quanto à forma (considera-a desnecessariamente extensa e casuística, uma vez que sujeita a muitas possibilidades de desdobramentos tanto implícitos como explícitos, além de estar manietada à legislação complementar) e ao seu conteúdo.⁸

³ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 15.

⁴ *Ibid.*, p. 29.

⁵ ATALIBA, *República e Constituição*, 1998, p. 32.

⁶ *Ibid.*, p. 36-37, *passim*.

⁷ *Ibid.*, p. 38 a 40, *passim*.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 337-338.

Sem perder de vista a importante crítica trazida pela doutrina, ousa-se afirmar, no entanto, que, inegavelmente, a CF/88 restaura as características mais marcantes de um Estado Federal, como se percebe na tripartição de poderes, na realização de eleições diretas em todos os níveis da federação para os cargos do Poder Executivo e do Poder Legislativo. O poder Legislativo Federal é exercido pelo Congresso Nacional, formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, conforme dispõe o art. 44 da CF/88.

O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República (art. 76) e está sujeito ao julgamento em caso de conduta que implique em crime de responsabilidade (art. 85 e 86).

Ao Poder Judiciário são reconhecidas as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (art. 95), garantias que foram reconhecidas também aos membros do Ministério Público (art. 128, § 5º).

A autonomia dos Estados-Membros confere o direito de organização de suas próprias justiças, respeitados os princípios constitucionais. Por outro lado, continuam sujeitos a intervenção federal (art. 34) aprovada pelo Congresso Nacional (art. 49, IV). A CF/88 discrimina as competências dos Estados-Membros, contudo, além dessas dispõem o art. 25, § 1º, que lhe são reservadas aquelas competências que não sejam vedadas pela própria Constituição. Cabe-lhes, ainda, instituir os tributos nela elencados (art. 145).

Apesar de toda a crítica dirigida à República Federativa brasileira, pode-se afirmar, com amparo no citado Bonavides, que o Brasil anda por um caminho certo ainda que tortuoso e com imperfeições. A atualidade da ideia republicana e da federação fica patente eis que suas novas leituras sugerem saídas para as crises que assolam a sociedade e o Estado.

Assim, para o objetivo do presente ensaio será estudado o Republicanismo em alguns de seus pontos mais importantes.

3 REPUBLICANISMO

No mundo hodierno vê-se um esboroamento dos esteios que outrora estruturaram a política da sociedade por vários séculos⁹, consubstanciados no Estado moderno. A República, longe de ser a quimera da humanidade, surgiu historicamente como uma alternativa real.¹⁰

A República chega até os dias de hoje, renovada (relida), como alternativa às “múltiplas crises que afligem a sociedade”¹¹, uma vez que seus princípios republicanos resgatam o civismo e as virtudes cívicas.¹² Nesse sentido, os ideais republicanos são capazes de trazer novas perspectivas e esperança “à estrutura política da sociedade”, aprimorando a democracia, fomentando a cidadania ativa, “considerado como forma de governo pautada por um núcleo axiológico, configura-se como teoria política que pode realmente assegurar a liberdade dos cidadãos, impedindo que interesses privados ou a vontade de um déspota possam privá-los de seus direitos”.¹³

⁹ AGRA, Walber de Moura. *Estado e Constituição: Republicanismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11-13, *passim*.

¹⁰ *Ibid.*, p. 24-27, *passim*.

¹¹ AGRA, *Estado e Constituição: Republicanismo*, 2005. p. 109.

¹² *Ibid.*, p. 111.

¹³ *Ibid.*, p. 12-13, *passim*.

Na acepção apresentada por Agra, e que importa para o presente ensaio, o Republicanismo “[...] representa um profundo significado social. Sua dimensão moral, as virtudes civis, remodela as relações sociais, firmando-se sob o parâmetro da liberdade, da igualdade, do autogoverno e do respeito à *res publica*”¹⁴.

Agra delinea os contornos do conceito de Republicanismo a partir do que ele chama de “radical comum”, ou seja, suas principais características, que são: a) negação de dominação em qualquer de suas acepções (escravidão, feudal, assalariada, etc.); b) propagação e proteção ao civismo e às virtudes cívicas; c) edificação de um Estado de direito; d) implementação da democracia participativa; e) fomento do governo pela cidadania; f) a adoção e execução de políticas públicas diminuidoras das desigualdades sociais, isto é, busca de igualdade substancial.¹⁵

Talvez aí, como quer Sérgio Cardoso, possa se identificar o porquê da escolha dos princípios republicanos. O autor explica que:

[...] a importância que adquire no pensamento republicano a questão da participação política, da implicação efetiva de todos na expressão e realização do bem comum (a exigência que mais aproxima as repúblicas das democracias, os regimes fundados na convicção de que o interesse de todos melhor realiza pelo igual concurso de todos, na formação das decisões políticas, do que pela inteligência ou virtudes de um ou de alguns). O regime republicano não propõe apenas que o poder seja contido por leis e se exerça para o povo, em vista do bem comum, mas exige ainda que seja exercido, de algum modo, por todo o povo, ou ao menos em seu nome – nos casos em que admite a representação política.¹⁶

Em virtude dessa qualidade do regime republicano, ele é a forma de governo legitimada de forma patente pelo apoio popular. O mesmo não ocorre com os regimes monárquicos, ainda que constitucionais.¹⁷

O entendimento de Agra, descrito no parágrafo anterior, é corroborado por Ataliba que afirma que se for perguntado ao povo acerca da preferência em estar distante do governo e impedido de realizar algum controle ou fiscalização, ou, ainda, se gostaria que se retirasse o acesso às informações das funções do governo, e, mais, se desejaria ter governantes desconhecidos por ele não escolhidos, a resposta certamente seria não. O povo, segundo Ataliba, responderia que não quer um governo monárquico ou outras formas não democráticas ou não representativas.

A atualidade do Republicanismo se deve ao fato que sua releitura e a aplicação de seus corolários valorativos implicam na manutenção da estabilidade social, aperfeiçoam os processos democráticos, e, conseqüentemente permitem que o Estado consiga prestar de forma mais eficaz suas finalidades constitucionalmente previstas.¹⁸

Os valores implicados com o Republicanismo têm uma relação patente entre o interesse público como patrimônio coletivo, e, servem, além disso, como antídoto de práticas tradicionais

¹⁴ *Ibid.*, p. 17.

¹⁵ *Ibid.*, p. 16.

¹⁶ CARDOSO, Sérgio. Por que República: notas sobre o ideário democrático republicano. In: CARDOSO, Sérgio (Organizador). *Retorno ao Republicanismo*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004. p. 46-47.

¹⁷ AGRA, *Estado e Constituição: Republicanismo*, p. 58-59.

¹⁸ *Ibid.*, p. 109.

não condizentes com o civismo. Esse ideário republicano, na esteira do argumento apresentado por Godoi¹⁹, encaixa-se na idéia de mudança de um paradigma liberal-individualista para um modelo solidário. Por isso, e nesse sentido, sustenta Agra que:

A concepção de Republicanismo defendida suplanta sua versão procedimental, em que a participação nas decisões coletivas ocorre isoladamente em âmbito formal. Na versão procedimentalista, a autonomia das vontades privadas é erigida a dogma, ficando o Estado cerceado de implementar políticas públicas para minorar o sofrimento dos hipossuficientes. Almeja-se um Republicanismo substancialista, em que o Estado atue, diminuindo a intensidade das desigualdades sociais.²⁰

As virtudes cívicas, próprias do ideário republicano, fomentam o crescimento dos espaços públicos em quantidade e qualidade. Quanto a quantidade, ocorre uma democratização no que diz respeito às decisões acerca das diretrizes políticas do governo com a participação da cidadania ativa. Sob o prisma da qualidade, essa democratização, já ampliada pela participação de grande número de atores sociais, faz com que melhore a fiscalização dos negócios públicos. Tudo isso acarreta uma melhora no processo de elaboração e de escolha de políticas públicas. É nesse sentido que se pode sustentar que o “Republicanismo democratiza o poder ao torná-lo acessível à população de forma indistinta”.²¹

Contudo, o Brasil, com os já 20 anos de tradição democrática, contados a partir da CF/88, ainda enfrenta problemas quanto a efetivação do princípio republicano e federativo. Tais problemas residem principalmente na falta de civismo e na existência de uma figura denominada pela doutrina de “clientelismo”. Tais problemas serão abordados no próximo tópico.

4 CLIENTELISMO E CIVISMO

O termo clientelismo, para ser compreendido em termos atuais, dentro dos parâmetros da ciência e da sociologia política, deve ser resgatado em sua origem quando de seu início, nos tempos antigos da clientela romana. Nesse contexto, era entendida como clientela a relação entre sujeitos de *status* diferentes entabulada na órbita da comunidade familiar. Havia, fato que deve ser assinalado, uma relação de dependência econômica e política, reconhecida pela autoridade religiosa, entre o *patronus*, indivíduo de classe social mais elevada, e seus *clientes*, conhecidos como *libertos*. Ao cliente a relação de Clientelismo implicava em submissão e deferência, além de obedecer e auxiliar de inúmeras maneiras quanto fosse possível ao *patronus*, inclusive defendendo-o com armas e pelo uso da força. Não é de se admirar que nessa sociedade a comunidade doméstica viesse em primeiro lugar e a comunidade política estatal depois.²²

Em ciência política, o uso do termo se dá em pesquisas acerca da modernização política bem como no cotejo entre realidades sociais em processo de mudança do tradicional para o moderno. Isso se dá num contexto em que o modo de produção capitalista e a organização

¹⁹ GODOI, Tributo e Solidariedade Social. In: GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 145.

²⁰ AGRA, *Estado e Constituição: Republicanismo*, 2005, p. 110.

²¹ *Ibid.*, p. 111-112.

²² MASTROPAOLO, Alfio. Clientelismo. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola (Coords). *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 1. p. 177.

política moderna se orientam em um aparato estatal centralizado, compenetrando-se, sem, contudo, lograrem êxito na erradicação de relações tradicionais do sistema político preexistente.²³

No Brasil, as relações clientelísticas se sobressaem de modo mais pontual em políticas públicas constitutivas e na possibilidade de emenda ao orçamento público sem a participação dos cidadãos.²⁴ Advirta-se, porém, que as aparições da figura conhecida como clientelismo não para por aí. Outros modos de sua manifestação “legal” podem ser constatados no cenário político e no ordenamento jurídico brasileiro.

A figura do intermediário entre o poder público e os clientes geralmente está a figura do notável, que recebe um tratamento privilegiado por parte do poder político em vista de que tem em sua mão muitos votos. A outra face da moeda lhe rende apoio eleitoral por que consegue favores e obras públicas junto às autoridades em nome de seus representantes. Tal situação é patente quando se verifica um distanciamento entre o Poder do Estado e as necessidades dos cidadãos.²⁵

O clientelismo relaciona-se também com a burocracia moderna. Nessa situação, a oferta de favores em troca de consenso eleitoral se dá também na obtenção de cargos públicos, financiamentos, empregos, etc. Nessa modalidade, o clientelismo assume a forma de uma “rede de fidelidades pessoais”, que vai do uso pessoal pela classe política dos recursos estatais até a apropriação de recursos da sociedade civil.²⁶

Em suma, o clientelismo “envolve formas de aquisição do consenso por meio de permuta”²⁷. Tal processo se faz evidente nas negociações políticas por ocasião da nomeação dos ministérios em temas de União e de secretarias em nível Estadual e Municipal.

Robert D. Putnam, em busca da resposta da pergunta do porquê de alguns governos democráticos terem bom desempenho e outros não, menciona o clientelismo como um dos fatores que atrapalham o bom desempenho deste tipo de governo.²⁸ No Brasil democrático pós CF/88, esse óbice ao pleno desenvolvimento democrático também é constatado.

Em sua obra *Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna*, o autor estabelece, com critérios científicos e com pesquisas de campo, diferenças entre regiões com maior civismo, situadas na região centro e norte, e regiões de menor civismo que ficam ao sul da Itália. Segundo Putnam:

Nas regiões mais cívicas, como a Emilia-Romana, os cidadãos participam ativamente de todo tipo de associações locais – grêmios literários, orfeões locais, clubes de caçadores e assim por diante. Acompanham com interesse os assuntos cívicos veiculados na imprensa local e envolvem-se na política por nutrirem convicções programáticas. Já nas regiões menos cívicas, como a Calábria, os eleitores comparecem às urnas não para se manifestar sobre as questões públicas, mas por causa das relações hierárquicas de clientelismo. A

²³ *Ibid.*, p. 177.

²⁴ SCHMIDT, João Pedro. Para entender políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato (Orgs.). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 2315.

²⁵ MASTROPAOLO, In: BOBBIO, et. al. *Dicionário de Política*, 1994, p. 177-178.

²⁶ *Ibid.*, p. 178.

²⁷ *Ibid.*, p. 178.

²⁸ PUTNAM, Robert D. *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1996. p. 19.

inexistência de associações cívicas e a escassez de meios de comunicação locais nestas últimas regiões significam que os cidadãos raramente se envolvem nos assuntos comunitários.²⁹

O fato apontado consistente em que os cidadãos do norte são mais ativos civicamente, e também de manterem relações horizontais, em contrapartida ao fato de que os cidadãos do sul estarão mais adstritos aos vínculos hierárquicos e clientelistas, demonstra claramente o contraponto entre clientelismo e civismo. Onde está um o outro não viceja, porém o clientelismo não é facilmente eliminável. Pode, contudo, haver um equilíbrio em que o clientelismo não atrapalhará as relações sociais duradouras e a democracia de desempenho efetivo.

Os vínculos clientelistas desfazem/impedem a organização comunitária voltada para cooperação e a solidariedade, pois em relações desse jaez o que existe é dependência, oportunismo, exploração e omissão. Aqui as relações são sempre verticais. Já nas relações marcadas pelo civismo, a ordem é a reciprocidade, autonomia, colaboração mútua, lealdade; dão-se em rede e horizontalmente.³⁰

O clientelismo, dentre outras, consiste em uma das alternativas de solução do problema de coexistência em uma comunidade de convivência hobbesiana, de guerra de todos contra todos.³¹ Os membros da comunidade veem-se diante de um “dilema da ação coletiva”, nestas circunstâncias todos temem o comportamento violador das regras por parte do outro, e racionalmente optam por também descumpri-la, para não serem os únicos a respeitá-la e sofrerem sozinhos os prejuízos.³² Em muito o legado ibérico deixado aos países da América Latina se assemelha a isso.

A noção de República está diretamente associada a noção de civismo, eis que:

Um grave risco para o Republicanismo é os valores cívicos não serem absorvidos pela sociedade ou serem até mesmo desvirtuados. Sem um liame que possa unir a atuação política da sociedade, por intermédio de um “nexo ético vital”, o espaço de decisões políticas deixa de ser o *locus* para o desenvolvimento do interesse público. Os valores sedimentados precisam se basear no altruísmo em que o cidadão se reconheça como membro da sociedade e aceite as obrigações dela decorrentes.³³

Com rigor científico e metodológico, assevera Wanderley Guilherme dos Santos que, essa espécie de clientelismo chama-se “clientelismo concentrado”.³⁴

Wanderley Guilherme dos Santos, para explicar o clientelismo, coloca de um lado a produção coletiva e privada, e de outro o consumo coletivo e privado. Da interseção de

²⁹ PUTNAM, *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*, 1996, p. 111.

³⁰ *Ibid.*, p. 184.

³¹ PUTNAM, *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*, 1996, p. 187.

³² Putnam trás o exemplo dado por “David Hume, filósofo escocês do século XVIII, conta-nos uma pequena parábola que reflete o dilema fundamental que corrói o espírito cívico nacional: ‘Teu milho está maduro hoje; o meu estará amanhã. É vantajoso para nós dois que eu te ajude a colhê-lo hoje e que tu me ajudes amanhã. Não tenho amizade por ti e sei que também não tens por mim. Portanto não farei nenhum esforço em teu favor; e sei que se eu te ajudar, esperando alguma retribuição, certamente me decepcionarei, pois não poderei contar com tua gratidão. Então, deixo de ajudar-te; e tu me pagas na mesma moeda. As estações mudam; e nós dois perdemos nossas colheitas por falta de confiança mútua.’” p. 173.

³³ AGRA, *Estado e Constituição: Republicanismo*, 2005. p. 68.

³⁴ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *O ex-Leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. 275 p.

produção e consumo e seus desdobramentos extrai quatro conceitos diferentes de bens. Quando ocorre um consumo privado de bens resultantes de uma produção privada o que resulta é o “mercado”. Já, quando se tem um consumo privado de bens produzidos de forma coletiva, o resultado será o conceito de “clientelismo concentrado”. Um terceiro conceito, o de “clientelismo difuso” é resultante de uma produção privada com um consumo coletivo. Por último, quando tanto a produção como o consumo forem coletivos o conceito resultante é o de “bem coletivo”.³⁵

Para o presente estudo, o conceito para o qual o olhar estará voltado é o de clientelismo concentrado. Clientelismo concentrado, como se frisou acima, se dá pelo consumo privado de uma produção coletiva. É evidente a relação entre o conceito trazido e os subsídios fiscais dados nos três níveis da federação brasileira a pretexto de gerarem emprego e renda. Contudo tais políticas redistributivas têm efeitos pouco benéficos sem uma política pública orientada pela solidariedade social. Como exemplo tem-se bem presente a guerra fiscal existente entre Estados-membros e até mesmo Municípios. Além, é claro, das hipóteses em que há um enriquecimento de indivíduos isolados com dinheiro oriundo de tributos.

Ocorre aqui um “dilema da ação coletiva”³⁶ que leva o administrador de Municípios e Estados a racionarem da seguinte forma: a empresa X, fabricante do produto “y” sinalizou interesse em instalar-se no território do ente federado administrado por ele; sua vinda proporcionará a geração de muitos empregos diretos e tantos outros indiretos; condicionou sua instalação a inúmeros benefícios como subsídios e isenções fiscais por 30 anos. Os empregos são muito importantes para a região e para população e, ademais, caso sua administração não preencher as condições de instalação, ou melhor, os benefícios fiscais não forem concedidos, outro ente federado certamente dará, e a empresa irá se instalar em outro lugar.

Portanto, fica estabelecido um liame bem nítido entre o que se falará a seguir, República, Tributação, Solidariedade e políticas públicas fiscais de inclusão social.

5 REPÚBLICA E SOLIDARIEDADE NA TRIBUTAÇÃO

Tanto a ideia de solidariedade como a de Republicanismo remete a de união e de cooperação no enfrentamento de problemas comuns das pessoas na vida em sociedade. A ideia de solidariedade também está associada à ideia de fraternidade.

Em linha de princípio, o valor “solidariedade” está registrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Em seu preâmbulo diz serem todas as pessoas “membros da família humana”. No artigo primeiro encontra-se dispositivo onde se vê que toda a ação humana deve estar marcada pelo “espírito de fraternidade”.

³⁵ SANTOS, *O ex-Leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado*, 2006. p. 247.

³⁶ PUTNAM, *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*, 1996. “A incapacidade de cooperar para o mútuo proveito não significa necessariamente ignorância ou irracionalidade. Os especialistas em teoria dos jogos estudaram esse dilema fundamental em diversas circunstâncias. No *drama dos bens comuns*, um criador de gado não pode limitar o pastoreio dos rebanhos dos demais. Se ele limitar seu uso das pastagens comuns, somente ele sairá perdendo. Mas o pastoreio excessivo destrói o recurso comum de que depende a subsistência dos demais. Um bem público, como o ar ou ambiente despoluído, pode ser desfrutado por todos, mesmo pelos que não contribuem para prover esse bem. Logo, normalmente ninguém é incentivado a prover um bem público, e a falta de iniciativa é prejudicial a todos. Pela curta *lógica da ação coletiva*, todo trabalhador seria beneficiado se todos fizessem greve ao mesmo tempo, mas quem toma a iniciativa do movimento corre o risco de ser traído por um fura-greve subornado; assim, todos aguardam, contando tirar proveito da imprudência de alguém. No *dilema do prisioneiro*, dois cúmplices são mantidos incommunicáveis, e diz-se a cada um deles que, se delatar o companheiro, ganhará a liberdade, mas se guardar silêncio, e o outro confessar, receberá uma punição especialmente severa. Se ambos mantivessem silêncio, seriam punidos levemente, mas, a impossibilidade de combinarem suas versões, cada qual faz melhor em delatar, *independentemente do que o outro venha a fazer*.” p. 173-174.

A fraternidade, a liberdade e a igualdade constituem os princípios históricos do liberalismo em suas lutas contra o absolutismo e o obscurantismo do período medieval.³⁷ No entanto, na modernidade o valor solidariedade sempre esteve associado à caridade.³⁸

A República Federativa do Brasil adota na CF/88, como matrizes políticas princípios fundamentais que, dentre outros, destacam-se, para o fim deste artigo, os da cidadania, da livre iniciativa e do trabalho e do pluralismo político; autodenominando-se Estado Democrático de Direito. Erige como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

No artigo 5º, inciso XXII, a Constituição Federal elege como direito fundamental o direito de propriedade, condicionando-o, contudo, a sua função social.

Adiante, no texto da Carta Magna, estão previstos os direitos sociais da saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados.

No artigo 48, que arrola as atribuições do Congresso Nacional, vê-se no inciso I que o Poder Legislativo da União detém a atribuição de dispor acerca da distribuição de rendas. Isso que significa que esse poder está legitimado a estabelecer políticas públicas visando uma distribuição de renda.

Além desses, ainda, de fundamental importância a menção do artigo 170 e seus incisos. Dispositivos que apontam os princípios da ordem econômica voltados para a valorização do trabalho e da livre iniciativa tendo como fim a garantia de uma existência humana digna conforme os ditames da justiça social. Nos artigos, novamente, dentre outros, estão arrolados a propriedade privada e sua respectiva função social e a livre concorrência.

Desse sobrevoo panorâmico sobre alguns pontos específicos da Constituição Federal, pode-se concluir que o Estado Democrático de Direito brasileiro está orientado politicamente segundo valores de uma democracia republicana solidária.

Tal orientação, repise-se, a de uma democracia solidária, indubitavelmente se projeta para as normas constitucionais tributárias. Pois, em sendo o Estado Democrático de Direito, o resultado de uma evolução histórica do Estado moderno,³⁹ e deixando-se de lado a peculiaridade do caso brasileiro que difere do modelo clássico europeu⁴⁰, e que, além disso, este Estado brasileiro está em constante construção pelos seus cidadãos, há que se assinalar o fato de que no Brasil hodierno há uma forte orientação republicana⁴¹.

³⁷ MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola (Coords). *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 2. p. 686-705.

³⁸ GODOI, Tributo e Solidariedade Social. In: GODOI, et. al., *Solidariedade social e tributação*, 2005. p. 143.

³⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28.

⁴⁰ Tendo-se em conta que o Estado brasileiro foi um Estado Patrimonial, a rigor nunca teve um modo de produção feudal e antes da redemocratização da década de 1980, viveu o que se chama de Estado Nacional-Desenvolvimentista. Nesse sentido ver: SCHMIDT, João Pedro. Políticas Públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato (Orgs.). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, p. 1988-2032; FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001. p. 819.

⁴¹ CARDOSO, Sérgio (Organizador). *Retorno ao Republicanismo*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004. p. 24.

No Brasil, a formal redemocratização ocorreu somente em 1988, com o advento da nova ordem constitucional. Nessa perspectiva, pode-se dizer que o Brasil entrou para o rol dos Estados em que o movimento social-democrático encontra-se em andamento em algum grau. Essa afirmação se sustenta com base na acolhida pela Constituição dos Princípios contidos na Declaração Universal de Direitos.

A teoria da justiça de Rawls data do início da década de 1970, concebida com a influência das ideias de Rousseau, Kant e Locke, sustenta que a vida em comunidade funda-se num conjunto de motivos individuais ensejadores de uma associação política, a Sociedade e o Estado. Nessa conjuntura, é que as pessoas buscariam os princípios de uma sociedade justa.⁴²

O neocontratualismo apresentado por Rawls, traz uma versão liberal da sociedade por considerar a distribuição de bens existente como “fato consumado” em que:

[...] a maximização das expectativas a longo prazo dos menos favorecidos justifica a “sorte” dos mais favorecidos e, sobretudo, porque define a injustiça não como desigualdade, mas como “desigualdade excessiva”, na qual o princípio da mútua vantagem foi violado.⁴³

O que se vê na atualidade, ao contrário do que pregava Kelsen⁴⁴ em sua teoria pura do direito, é que o Direito está impregnado de moral, política, ética etc. A própria teoria da justiça de Rawls leva muito em consideração essas circunstâncias, uma vez que a escolha das pessoas por princípios que permitam uma diferenciação entre a distribuição de bens é em si uma escolha política que leva em conta a moral na escolha do direito, das regras e dos princípios.

Nesse sentido, a opção feita pela sociedade brasileira no final da década de 1980 foi a de não romper com o modo de produção capitalista e ao mesmo tempo buscar uma pacificação social por meio de um tratamento com igualdade de ânimo as candentes questões da distribuição de riqueza, de terras, redução de desigualdades, erradicação da pobreza.

Conclui-se então que a sociedade pela representatividade dos congressistas que compunham a assembleia nacional constituinte, optou pela adoção de princípios de justiça contemplativos do princípio da solidariedade.

Também, é de se ressaltar, que a solidariedade brota da Constituição da República Federativa do Brasil em vários momentos na questão relativa aos tributos e o princípio da capacidade contributiva. Isso se diz em caráter meramente teórico uma vez que o Supremo Tribunal Federal (STF) decide ainda de forma incipiente nessa seara.⁴⁵

É nesse sentido que se concorda com Godoi, ao explicar que a solidariedade, no sentido de uma postura mais exigente, vai além de um sentido apenas de fraternidade caritativa, chega a uma efetiva implantação de um sistema de justiça social, pois:

⁴² LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001. p. 27; e, RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 13.

⁴³ LOPES, *Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*, 2001, p. 29.

⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1976. p. 68.

⁴⁵ Ver Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.105 que aborda a relação entre a solidariedade social e contribuição dos servidores públicos inativos, em que o STF pode-se assim dizer, mudou um paradigma até então mantido no sentido de uma dogmática positivista em relação aos princípios de Direito Tributário para uma visão no sentido da existência de um Dever Fundamental de Pagar Impostos. Ver também: GODOI, Tributo e Solidariedade Social. In: Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 141-167.

Uma das premissas da teoria de Rawls é de que a justiça é uma virtude que se predica não de uma norma isolada (como supunha Kelsen em suas investigações sobre o problema da justiça) mas de um conjunto de normas e instituições que governam determinada sociedade.⁴⁶

É nítida a opção por um sistema político-jurídico-econômico que não rompesse de forma abrupta com os interesses econômicos e políticos das elites hegemônicas que até hoje determinam os rumos do país. Contudo, as mudanças de um quadro social de profunda desigualdade, lentamente vão se efetivando. Não sem discussão.

Tudo isso se disse para chegar ao ponto de que o Estado brasileiro, sem nunca ter sido um Estado de Bem-estar Social, é hoje um Estado Democrático de Direito (em construção) e tem inúmeras atribuições constitucionais em termos de prestações ativas a fim de viabilizar os direitos fundamentais de seus cidadãos.

Contudo, existem os pouco falados deveres fundamentais, dentre eles está o de pagar impostos (assim como existe o de respeito à propriedade). Dessa forma, como ensina Nabais:

[...] há que se ter em conta a concepção de homem que subjaz às actuais constituições, segundo a qual ele não é um mero indivíduo isolado ou solitário, mas sim uma pessoa solidária em termos sociais, constituindo precisamente esta referência e vinculação sociais do indivíduo – isolado ou solitário, mas sim uma pessoa solidária em termos sociais, constituindo precisamente esta referência e vinculação sociais do indivíduo – que faz deste um ser ao mesmo tempo livre e responsável – a base do entendimento da ordem constitucional assente no princípio da repartição ou da liberdade e de responsabilidade, ou seja, um ordem de liberdade limitada pela responsabilidade. Enfim, um sistema que confere primazia, mas não exclusividade, aos direitos face aos deveres fundamentais [...]⁴⁷.

No sentido do pregado pelo autor mencionado acima, a solidariedade tem, de forma efetiva, um elemento que constrói o discurso jurídico hegemônico, enquanto o processo de pluralismo jurídico toma forma, já que “o direito não se resume aos atos do legislador”, e, também, a efetividade social é um elemento fundamental para a interpretação da norma.⁴⁸ Vive-se um momento de “substituição do paradigma liberal-burguês (proteção do indivíduo contra o poder do Estado) pelo paradigma da solidariedade”⁴⁹.

A solidariedade social, então, deve estar presente na escolha também das políticas públicas de inclusão social também na área da tributação no Estado Democrático de Direito em construção pelos seus cidadãos. Tudo isso se conclui de um raciocínio jurídico e interpretativo do texto constitucional, mantendo-se intocada a Constituição dirigente e, conseqüentemente, o sistema de direito positivo.

A regra de imunidade tributária que não permite a incidência de tributos sobre o patrimônio ou renda de templos de qualquer culto, estará em acordo com os princípios da República e do Estado Democrático de Direito em incidindo o benefício, em termos de patrimônio urbano, apenas sobre o espaço ocupado pelo templo e pelas instalações religiosas. Uma extensão da aplicação do privilégio da imunidade a todos os imóveis que uma instituição religiosa use para

⁴⁶ GODOI, Tributo e Solidariedade Social. In: GODOI, et. al., *Solidariedade social e tributação*, 2005, p. 149.

⁴⁷ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. p. 31.

⁴⁸ GODOI, Tributo e Solidariedade Social. In: GODOI, et. al., *Solidariedade social e tributação*, 2005. p. 144.

⁴⁹ GODOI, Tributo e Solidariedade Social. In: GODOI, et. al., *Solidariedade social e tributação*, 2005, p. 145.

manter financeiramente a instituição não está em conformidade com a República. Assim o é uma vez que tal instituto abrangente teve lugar em um contexto medieval de Estado Patrimonial Estamental, anterior até mesmo ao Estado absolutista. Tal instituto obstaculiza a plenitude da democracia.

A relação entre o tema da imunidade tributária de templos de qualquer culto com políticas públicas de inclusão social se dá no sentido apontado por Rodrigues:

Políticas públicas tributárias de inclusão social, entretanto, precisam buscar respaldo no corpo constitucional, buscando-se leituras e releituras (como as posições do STF) quanto a progressividade e à seletividade dos tributos, o que implica, de forma direta, na busca de uma compreensão racional e humanística do que sejam tributos pessoais e reais, ou seja, um leitura de conceitos a partir do ser humano e de suas necessidades, e não a partir da ótica dos bens, materiais ou imateriais, como fins em si mesmos.⁵⁰

Então, diante dos argumentos jurídicos expostos, entende-se que o Sistema Constitucional Tributário deve estar perfeitamente integrado aos princípios republicano e federativo. Por um lado, para que se levem em conta seus desdobramentos como a solidariedade social tributária, a justiça social, a capacidade contributiva e, por outro, para que se minimize a existência de guerra fiscal como estratégia de sobrevivência em um ambiente de pouco civismo e marcado pelo clientelismo.

6 CONCLUSÃO

A república brasileira é construída a cada experiência vivenciada em termos de debate e de participação dos atores sociais. Ao longo dos quase 20 anos da tradição democrática brasileira, a despeito de alguns retrocessos, o que se tem visto, não sem dificuldades, é um progresso, ainda que lento, em direção ao republicanismo.

Por isso que, diante de todos os argumentos levantados, é possível afirmar que ainda existem claros obstáculos à plenitude democrática e que, de certa forma, inviabilizam o crescimento de um sentimento cívico. Os privilégios na seara da tributação (isenções, imunidades, descontos, etc.) ainda são distribuídos/concedidos sem que se leve em conta os princípios da república e da federação. Esse fato consiste numa tradição antidemocrática clientelística antiga, que impede seja verificada na sociedade uma maior participação cívica. O clientelismo difuso é marcado pelo consumo privado de bens produzidos de forma pública, concedidos sem que se leve em conta os corolários dos valores republicanos.

A guerra fiscal empreendida entre entes da federação é exemplo de falta de civismo entre os atores sociais, cidadãos que são de uma mesma “nação” brasileira. Esse tipo de conduta dos Estados-Membros e Municípios, ainda que danosa à sociedade, constitui uma forma racional de superar um “dilema da ação coletiva”, posto que se um dos entes da federação não ceder concedendo benefícios tributários, por exemplo, outro o fará.

O caso de imunidades tributárias de templos de qualquer culto também ilustra bem a hipótese do clientelismo concentrado. Nesse âmbito, igrejas são beneficiárias do privilégio constitucional de serem imunes à incidência de impostos sobre a renda e patrimônio de forma

⁵⁰ RODRIGUES, Hugo Thami. Políticas tributárias de desenvolvimento e de inclusão social: fundamentação e diretrizes, no Brasil, frente ao princípio republicano. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003. t. 7, p. 1903.

que, segundo interpretação do STF, todo o seu patrimônio está envolto sob o manto da imunidade. Assim, conclui-se que há o desrespeito também aqui aos valores republicanos em matéria de políticas públicas tributárias. Tal situação não se coaduna ao sistema de normas constitucionais brasileiro. Na Constituição estão previstas inúmeras obrigações sociais ao Estado, no sentido de haver um efetivo Estado Social responsável por inúmeras demandas também de natureza social.

No caso do RE 325.822/SP a Mitra Diocesana de Jales possuía apenas 61 (sessenta e um) imóveis que não pagam IPTU. Porém, é de se pensar, em se tendo uma interpretação da regra da imunidade sobre templos de qualquer culto ampliada, uma instituição religiosa está autorizada a especular no ramo imobiliário sem obrigação alguma diante de todas as demandas sociais pendentes. Tal entendimento fere desde os princípios republicanos e do Estado Democrático de Direito até o de uma ordem urbana sustentável.

Pode-se falar também na lesão à solidariedade social própria da terceira geração de direitos fundamentais, associada que está ao valor da efetiva fraternidade. A principal preocupação é com uma solidariedade social dentro de uma ordem justa em que todos contribuam e que todos, ainda que seja uma visão utópica, usufruam dos benefícios de se viver em sociedade.

Tal desejo, a todos imanente, reflete de forma indubitável o ideal republicano, em sua releitura realizada pelo Republicanismo, pois é sem sombra de dúvida que o povo quer contribuir de forma justa e solidária de acordo com sua possibilidade, quer que os privilégios tributários sejam fomentadores do civismo, que gerem empregos. Não quer, entretanto, que essas concessões de regalias tributárias sirvam a interesses apenas particulares.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. *Estado e Constituição: Republicanismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Recurso Extraordinário 325.822-2-SP. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 18 dez. 2002. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/FrameDown.asp>. Acesso em: 1 jun. 2008.
- CARDOSO, Sérgio. Por que República: notas sobre o ideário democrático republicano. In: CARDOSO, Sérgio (Organizador). *Retorno ao Republicanismo*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.
- GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e Solidariedade Social. In: GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coordenadores). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1976.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje, para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder Municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

MASTROPAOLO, Alfio. Clientelismo. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola (Coords). *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 1.

MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola (Coords). *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 2. p. 686-705.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

PUTNAM, Robert D. *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1996.

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RODRIGUES, Hugo Thami. *Harmonização solidária das políticas tributárias municipais: um princípio constitucional geral, implícito, delimitador das ações tendentes ao cumprimento da função social dos Municípios*. 2003. 276 f. Tese (Programa Pós-Graduação em Direito – Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003.

RODRIGUES, Hugo Thami. Políticas tributárias de desenvolvimento e de inclusão social: fundamentação e diretrizes, no Brasil, frente ao princípio republicano. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. t. 7, p. 1901-1920.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *O ex-Leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

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

SCHMIDT, João Pedro. Políticas Públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerecista. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato (Orgs.). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, p. 1988-2032.

SETTEMBRINI, Domenico. Social-Democracia. In: BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale, et. al.; João Ferreira (Coord.). rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994. Vol. 2.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO EIXO TRANSVERSAL PARA A PROMOÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE NA SOCIEDADE DE RISCO AMBIENTAL

Luiz Ernani Bonesso de Araujo¹
Cristian Ricardo Wittmann²
Luiza Landerdahl Christmann³

1 INTRODUÇÃO

Apesar de certo consenso sobre a importância de um meio ambiente equilibrado e sua proteção para gerações futuras, ainda observa-se diversos eventos opostos a essa noção: catástrofes como a recente mortandade de peixes no rio dos Sinos⁴, o problema do aquecimento global⁵, entre outros. Tal realidade torna patente o fato de que se vive em uma época em que não se conhece perfeitamente as consequências dos atos humanos: é a sociedade de risco.

Nesse contexto, impõe-se buscar instrumentos que auxiliem no tratamento da questão, sempre considerando a realidade de incertezas em que se vive. Nesse sentido, a partir de uma análise sobre o risco ambiental, propõe-se a hipótese da indispensabilidade da principiologia ambiental e da educação ambiental para uma adequada abordagem da temática ambiental na atualidade.

2 SOCIEDADE DE RISCO AMBIENTAL

Observando a infinidade de pesquisas que traçam hipóteses alarmantes da situação ambiental para o futuro⁶ e notando-se a dificuldade que existe no tratamento das mesmas – pelo fato de serem estruturadas sem a presença de certezas científicas, tem-se a relevância do risco ambiental. Não cabe aqui, no entanto, abordar profundamente o risco, mas apenas realizar uma análise voltada para as implicações do mesmo na realidade e, em razão disso, da necessidade de pensar formas alternativas de abordagem ao mesmo.

É importante frisar que a ideia de modernidade, que é o contexto de formação da sociedade de risco, é associada ao uso da razão⁷, que por sua vez impulsionou a utilização do

¹ Doutor em Direito pela UFSC. Professor da Universidade Federal de Santa Maria. Email: ernani@smail.ufsm.br

² Mestrando em Direito pela UNISC, Bolsista CAPES. Advogado. Email: cristianwittmann@gmail.com.

³ Acadêmica do Curso de Direito da UFSM. Bolsista PIBIC/CNPQ. Email: luluc_icq@yahoo.com.br.

⁴ Para mais informações ver: FOLHA ONLINE. São Paulo. Diário. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u1>>. Acesso em: 01 nov. 2006.

⁵ Para maiores informações ver FOLHA ONLINE. São Paulo. Diário. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u15407.shtml>>. Acesso em: 01 nov. 2006.

⁶ Como exemplo, tem-se: ONU, Grupo de Trabalho I. *Relatório do Painel Intergovernamental sobre Mudança Climática - Mudança climática 2007: a base da ciência física*, Paris, 2007. Disponível em: www.ecolatina.com.br. Acesso em: 12 fev 2009.

⁷ “[...] a racionalidade é um aspecto central da definição dessas sociedades (modernas), então é possível relacioná-la tanto com a criação das incertezas – por mais paradoxal que isso possa parecer num primeiro momento – como com a tentativa de lidar com elas”. TAVOLARO, Sergio Barreira de Faria. *Movimento ambientalista e modernidade: sociabilidade, risco e moral*. São Paulo: Annablume/Fapesp, 2001, p. 103.

método científico cartesiano/reducionista⁸ como capaz de certificar certos conhecimentos que antes eram fundamentados teologicamente ou até mesmo proibidos por irem contra conceitos estabelecidos pela classe dominante. Esse processo de dominação científica repercutiu nas diversas áreas, inclusive no Direito trazendo, por exemplo, a necessidade de prova para a percepção de dano, o que em matéria ambiental e dano futuro traz desafios bastante pontuais. Dentro dessa perspectiva, onde o risco põe desafios à ciência e à possibilidade de mensuração de um dano, especialmente um dano ambiental futuro, percebe-se a fragilidade do sistema jurídico de estabilizar as expectativas sociais quanto ao meio ambiente.

Dessa forma, pode-se abordar a diferença de uma sociedade moderna, diferenciada em classes, da sociedade de risco, que tem a racionalidade diferenciada na exposição ao risco. Risco, nesse contexto, está associado à perda potencial como consequência de uma decisão. Risco é “una forma para realizar descripciones presentes del futuro desde el punto de vista de que uno puede decidirse, en atención a los riesgos, por una alternativa u otra”⁹.

Na doutrina, risco está associado às possibilidades de decidir, fazendo-se então a diferenciação de risco e perigo quando de decisões contingentes:

na sociedade complexa o risco torna-se um elemento decisivo. O risco é um evento generalizado da comunicação, sendo uma reflexão sobre as possibilidades de decisão. Na literatura tradicional, o risco vem acompanhado da reflexão sobre segurança. Nesta ótica, Luhmann prefere colocar o risco em oposição com o *perigo*, por entender que os acontecimentos sociais são provocados por decisões contingentes (poderiam ser de outra forma), que não permitem mais se falar de decisão segura.¹⁰

De forma lúcida, pode-se perceber a impossibilidade hoje de decisões seguras frente aos danos futuros. Nesse contexto, o “dado que deve ser levado em consideração nos processos atuais de decisão sobre o risco são os interesses e os direitos das futuras gerações”¹¹. Assim, há uma mudança de uma sociedade industrial condicionada à característica de classes sociais para uma sociedade de risco, onde a condição predominante é a distribuição dos riscos.¹² Dessa forma,

[...] a sociedade de risco não é uma opção que se pode escolher ou rejeitar no decorrer de disputas políticas. Ela surge na continuidade dos processos de modernização autônoma, que são cegos e surdos a seus próprios efeitos e ameaças.¹³

Não é possível, portanto, negar o contexto atual de risco ambiental, mas sim abordá-lo de forma que seja possível – inseridos na situação e, assim, sendo paradoxalmente parte do problema e da solução – trabalhar o rumo dos padrões já existentes – a exemplo do princípio da precaução, para a contínua busca de um meio ambiente equilibrado. Assim, entendem-se como

⁸ Para saber mais, ver: CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 2006.

⁹ LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad*. Madrid: Trotta, 1992, p. 163.

¹⁰ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: UNISINOS, 1998, p. 99. Ver também: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36.

¹¹ AYALA, Patryck de Araujo; LEITE, José Rubens Morato. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 124.

¹² BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. Londres: Sage, 1992.

¹³ BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 16.

meios jurídicos propícios para auxiliar nessa necessidade de qualidade ambiental os princípios, tanto para a proteção frente a potenciais danos, como defesa contra danos existentes e, também, como instrumentos de promoção de políticas públicas que fomentem o mesmo objetivo, como a educação ambiental.

3 A IMPORTÂNCIA DA PRINCIPIOLOGIA JURÍDICA AMBIENTAL BRASILEIRA

Por mais que incorporados já há algumas décadas no ordenamento jurídico brasileiro, os instrumentos jurídicos de proteção, defesa e promoção do meio ambiente acabaram tendo uma valoração diferenciada quando inseridos no texto constitucional. Salienta-se hoje a equiparação a direito fundamental do direito a um meio ambiente equilibrado, notando-se o caráter explícito de tal proteção no artigo 225¹⁴ da Carta Magna. Nele, vislumbra-se a noção de desenvolvimento sustentável, assim como os desafios existentes na sociedade de risco, ao incorporar a ideia de precaução ambiental em resposta à temática do risco ambiental e a promoção de políticas públicas de educação ambiental como eixos transversais de sintonia diária com a implementação de um meio ambiente equilibrado.

Dentro do sistema jurídico brasileiro, já antes da Constituição Federal de 1988, restou evidente a distinção entre normas e princípios, já que no artigo 4º da Lei 6938/81 – a Política Nacional do Meio Ambiente – reconhece-se o princípio da prevenção pela obrigatoriedade de estudo de impacto ambiental para exploração industrial. Nesse contexto, o sistema jurídico brasileiro já possibilitava decisões não mais baseadas em um legalismo cego, reconhecendo, assim, valores que vão se atualizando com o decorrer da sua existência. Assim, “hay que excluir un legalismo estrictamente orientado por las reglas. Por razones de racionalidad práctica, es irrenunciable la presencia de principios y con ello [...] de valores en el sistema jurídico”¹⁵.

Dessa forma, defende-se uma interpretação integrada do texto constitucional, justamente no reconhecimento da eficácia plena dos princípios frente aos legalistas que defendem somente regras enquanto regras. Isso corrobora a ideia de que “en un Estado constitucional democrático, los principios tienen si no exclusivamente sí en una buena parte su ubicación jurídico-positiva en la Constitución”¹⁶. Portanto, percebe-se a obrigatoriedade de compreender os princípios constitucionais como normas jurídicas de plena eficácia, de forma que o artigo 225, declarando o direito ao meio ambiente, institua um direito fundamental de terceira geração.

Nesse contexto, vale ressaltar que os princípios constitucionais norteiam a base de aplicação e interpretação jurídica, vinculando todos à Constituição, desde a própria administração pública até o povo em geral. No que se refere especialmente ao meio ambiente, existem princípios que assumem importância diferenciada: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; Princípio do Desenvolvimento Sustentável; o Princípio da Prevenção; o Princípio da Precaução; Princípio da Supremacia do Interesse Público; Princípio Democrático e Princípio da Participação e Princípio da Educação Ambiental.

O primeiro deles, de origem alemã, está insculpido no art. 1º, III, da Carta Magna como um dos fundamentos que orientarão o Estado Brasileiro. No contexto da temática em estudo, pode-se traduzi-lo especificamente como o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado – artigo 225, caput, da Carta Magna. Assim, tem-se que para o completo desenvolvimento físico e

¹⁴ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (grifo nosso).

¹⁵ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 174.

¹⁶ ALEXY, op. cit., 1997, p. 174.

psicológico do indivíduo como ser humano, faz-se indispensável a existência de todas as condições mínimas essenciais – entre elas, um meio ambiente sadio. O segundo, constante do art. 170, VI, da Constituição Federal, afirma que as atividades econômicas deverão ser realizadas, mediante a utilização de recursos naturais, na medida em que não prejudiquem as necessidades das gerações futuras¹⁷ – sempre considerando o contexto de sociedade de risco ambiental, visto a incerteza existente diante da tomada de decisão humana.

O Princípio da Prevenção, por sua vez, determina a ação humana em prol do meio ambiente diante de circunstâncias em que se conhece a possibilidade de dano ambiental; é inspirador do procedimento de licenciamento ambiental, visto que é realizado para atividades que são reconhecidas como potencialmente poluidoras¹⁸. O Princípio da Precaução, surgido posteriormente, foi adequadamente definido na Declaração do Rio/92¹⁹, sendo um claro reflexo da concepção de sociedade de risco ambiental defendida neste trabalho, já que determina uma atuação a favor do meio ambiente diante do não conhecimento das consequências da decisão²⁰. É, portanto, o instrumento adequado para lidar com a realidade de risco ambiental da sociedade atual.

Ainda, tem-se a necessidade de identificar que o Direito Ambiental é regido pelo Princípio da Supremacia do Interesse Público, considerando que tutela um bem comum a toda a coletividade, diante do que se impõe a busca do interesse coletivo – em detrimento do interesse privado. Por fim, nota-se o Princípio Democrático, o qual “aponta para uma democracia representativa, pluralista, que garante a participação popular no exercício do poder, pelo direito de votar e ser votado”²¹, especificando-se na seara ambiental nos termos do caput do artigo 225 da Carta Magna, o qual se materializa em hipóteses de atuação definidas na legislação infraconstitucional²².

Ao final, vislumbra-se o Princípio da Educação Ambiental, insculpido no art. 225, VI, da Carta Magna, o qual possui grande importância no contexto desse trabalho; passa-se, então, a sua análise.

4 A EDUCAÇÃO AMBIENTAL: NOVO INSTRUMENTO PARA ESTUDO DA QUESTÃO

Como foi possível observar, diante do problema do risco ambiental impõe-se pensar a atuação humana de uma nova forma, utilizando-se de princípios como o Princípio da Precaução. No entanto, é necessário que todos tenham consciência dessa realidade e da importância da modificação das ações humanas – não somente os juristas, no momento da tomada de decisão

¹⁷ O conceito de desenvolvimento sustentável foi elaborado pelo Relatório Brundtland, em 1987. Para saber mais: ONU. *Our Common Future*, 1987. Disponível em: <http://www.un-documents.net/ocf-01.htm>. Acesso em: 12 fev 2009.

¹⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: MALHEIROS, 2007.

¹⁹ “Quando houver ameaça de danos sérios e irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”. ONU. *Declaração do Rio*, 1992. Disponível em: <http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/DeclaraRioMA.pdf>. Acesso em: 29 jul 2008.

²⁰ Já foi utilizado como argumento em tribunais de todo o mundo para o tratamento de questões como as radiações nucleares, a proibição da caça de animais em extinção e a Engenharia Genética. Para saber mais: MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: MALHEIROS, 2007.

²¹ ARAUJO, Luiz Emani Bonesso de. *O acesso à terra no Estado Democrático de Direito*. Frederico Westphalen: URI, 1998, p. 40.

²² Um exemplo é a audiência pública, no âmbito do licenciamento ambiental, quando é dado à população espaço para opinar a respeito da obra a ser licenciada – Resolução 1/86-CONAMA, art. 11, §2º.

jurídica. Para tal, destaca-se a educação como instrumento capaz de auxiliar nessa conscientização crítica de todos.

Ademais, as capacidades transformadora, sensibilizadora e conscientizadora da educação ambiental ganham maior relevo frente às dificuldades que o Direito apresenta para lidar com as questões ambientais. Em primeiro momento, porque o Direito possui a característica intrínseca de se encontrar em descompasso com as mudanças sociais, visto que o ritmo dessas é bastante superior ao ritmo da renovação daquele²³. Em segundo lugar, pelo motivo de que a configuração dos problemas ambientais, como no caso específico do dano ambiental, quebra com os parâmetros tradicionais da ciência jurídica²⁴ – o que ocasiona crises no sistema jurídico.

Diante desse impasse, impõe-se reconhecer que, na busca pela implementação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, deve-se utilizar todos os instrumentos possíveis. Assim, complementando os princípios do Direito Ambiental – os quais fornecem um importante substrato de atuação – faz-se indispensável recorrer à educação ambiental²⁵, que é apta para trabalhar a situação anterior ao dano ambiental, implicando a conformação de um novo atuar do cidadão.

A importância da educação ambiental pode ser evidenciada por meio do tratamento conferido ao tema internacionalmente, tendo sido realizadas várias conferências para abordar a temática. A principal delas, que obteve significativos avanços, foi a Jornada Internacional de Educação Ambiental, em 1992, tendo abordado princípios, planos de ação, sistemas de coordenação, monitoramento e avaliação, grupos a serem envolvidos e recursos financeiros. Destacam-se alguns de seus princípios:

3. A educação ambiental é individual e coletiva. Tem o propósito de formar cidadãos com consciência local e planetária, que respeitem a autodeterminação dos povos e a soberania das nações.

6. A educação ambiental deve estimular a solidariedade, a igualdade e o respeito aos direitos humanos, valendo-se de estratégias democráticas e interação entre as culturas.

7. A educação ambiental deve tratar as questões globais críticas, suas causas e inter-relações em uma perspectiva sistêmica, em seu contexto social e histórico. Aspectos primordiais relacionados ao desenvolvimento e ao meio ambiente, tais como população, saúde, paz, direitos humanos, democracia, fome, degradação da flora e fauna, devem ser abordados dessa maneira.

8. A educação ambiental deve facilitar a cooperação mútua e eqüitativa nos processos de decisão, em todos os níveis e etapas.

16. A educação ambiental deve ajudar a desenvolver uma consciência ética sobre todas as formas de vida com as quais compartilhamos este planeta, respeitar seus ciclos vitais e impor limites à exploração dessas formas de vida pelos seres humanos²⁶.

Observa-se, portanto, que a educação ambiental tende a ser um processo educativo permanente e contínuo, baseado na interdisciplinaridade, que deve buscar a mudança da visão

²³ Para saber mais, vide: OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: EDUSC, 2005.

²⁴ Como exemplo, tem-se a já citada poluição no Vale dos Rios dos Sinos; nota-se, no caso, um novo tipo de relação causa-efeito, já que não foi possível precisar seu início e seus autores.

²⁵ Constitui-se em um ramo específico da educação que aborda o aprendizado necessário para a compreensão das circunstâncias e especificidades da questão ambiental.

²⁶ ONU. *Tratado de Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global*, 1992. Disponível em: <http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/TratadoEA.pdf>. Acesso em: 06 fev 2009.

da relação homem-natureza²⁷, visando à constituição de uma nova ética, com implicações na atuação cidadã dos indivíduos, que devem participar dos processos de tomada de decisão. É, dessa forma, um dos instrumentos indispensáveis ao tratamento do risco ambiental, em busca da promoção do direito ao meio ambiente equilibrado.

No Brasil, a temática ambiental passa a ser abordada com a já citada Lei 6938/81 e, posteriormente, com a Constituição Federal/1988. Dessa forma, a referida lei, no artigo 2º, X, fixou como princípio a promoção da educação ambiental com o fim de capacitar a população para a participação ativa na proteção ambiental²⁸. Semelhantemente, a Constituição Federal, no artigo 225, §1º, VI, determinou que cabe ao Poder Público promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino.

O grande salto no tratamento da educação ambiental no país deu-se com a Lei 9795/99 – a Política Nacional de Educação Ambiental. Assim, a legislação brasileira baseou-se no Tratado citado, de forma que conceituou a Educação Ambiental, no seu artigo 1º, como

os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade²⁹.

Também determinou que a educação ambiental não se resumirá ao ensino formal, devendo expandir-se para a educação comunitária, alcançando a todos os níveis sociais. Foram definidos como responsáveis pelo processo educativo diversos atores, não se restringindo a um dever do Poder Público, mas também – em consonância com Carta Magna que fixa como dever de todos a preservação do meio ambiente – à sociedade como um todo. Nota-se, portanto, que a legislação foi coerente com a orientação do Tratado, buscando mecanismos democráticos de participação, tendo em vista a atuação efetiva da população na gestão ambiental das suas regiões.

Também restou vedada pela lei, no seu artigo 10, §1º, a implantação de uma matéria específica nos currículos escolares, "... uma vez que se quer justamente alterar a forma fragmentada, compartimentada do processo educativo"³⁰, de forma a se buscar a emergência de um verdadeiro saber ambiental, com novas capacidades, valores e ações. Fixou, no artigo 4º, uma série de princípios, dentre os quais se destaca o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, buscando-se a interdisciplinaridade. Assim, deverá o processo educativo identificar a importância de compreender a complexidade do real, considerando aspectos biológicos, econômicos, sociais, culturais, etc.

Ainda, o artigo 5º estabeleceu objetivos a serem alcançados por meio da educação ambiental, como, entre outros, o dever de promover o estímulo e o fortalecimento de uma consciência crítica sobre a problemática ambiental e social – elemento indispensável ao

²⁷ Para saber mais sobre a nova visão da relação homem-natureza, ver: CHRISTMANN, Luiza Landerdahl; ARAUJO, Luiz Ermani Bonesso de. O tempo social e a visão dialética da relação homem-meio ambiente como fundamentos para a compreensão do dano moral ambiental. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. Volume especial, 2007, p. 96 – 102.

²⁸ BRASIL. *Lei da Política Nacional do Meio Ambiente*, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm. Acesso em: 02 mar 2009.

²⁹ BRASIL. *Lei da Política Nacional de Educação Ambiental*, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9795.htm. Acesso em: 06 fev 2009.

³⁰ ARAUJO, Luiz Ermani Bonesso de; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; SILVA, Andressa Corrêa de. Educação Ambiental, mídia e projeto social. In: GORCZEWSKI, Clovis (Org.). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007, p. 243 - 266.

tratamento da questão do risco ambiental. Dessa forma, não basta entender a importância de um meio ambiente equilibrado; é necessário engendrar uma compreensão reflexiva sobre a temática, aliando aspectos ambientais e sociais, que são interligados.

Nessa esteira de pensamento, tem-se que tal educação não poderá ser baseada em qualquer fundamento³¹; faz-se indispensável que se baseie em princípios que gerem a mudança de percepção que embasou a atuação humana até o momento, conduzindo ao desequilíbrio ambiental atual. Tem-se, dessa forma, que para que a educação ambiental realmente cumpra o seu papel, “ocorra uma mudança de paradigma, valorizando o todo ao invés das partes, o complexo ao reducionista, o total ao específico (...)”³². É exatamente essa a proposta que aqui se assume; para tal, pretende-se identificar alguns “saberes”³³ que se assumem como premissa obrigatória para o estudo e a estruturação da educação ambiental.

5 A EDUCAÇÃO PARA UM FUTURO COMUM

A crença em uma concepção do universo como um artefato mecânico serviu de base científica para a exploração do homem sobre a natureza (e, por muitas vezes, do próprio homem sobre ele mesmo)³⁴. Neste sentido, pode-se notar que o conhecimento produzido pela ciência, quando não realizado e estudado de forma crítica, pode conduzir a erros e ilusões. Este é o primeiro saber a ser desenvolvido pela educação que vise o bem comum: a compreensão da existência de erros e ilusões na produção do conhecimento e de maneiras de lidar com essa ameaça.

Assim, destaca-se para o trabalho o erro intelectual, que é aquele que ocorre diante da negação por um sistema de ideias de uma concepção que não se encaixe perfeitamente no mesmo, identificando-a como errônea – o que nem sempre corresponde à verdade. Isso se deve ao fato de que “está na lógica organizadora de qualquer sistema de ideias resistir à informação que não lhe convém ou que não pode assimilar”³⁵: é um mecanismo para sua conservação. Tal erro em geral está fundado em uma cegueira paradigmática, visto que o sistema se orienta pelas operações prescritas e proibidas pelo paradigma³⁶ em que está inserido.

Diante disso, a fim de evitar consequências de cegueiras e erros desastrosas à vida, a educação deve promover o exercício da autocrítica. Dessa forma, deve-se realizar uma revisão crítica do conhecimento elaborado, confrontando-o com a experiência do real, identificando seus limites e incertezas. A racionalidade aberta “opera o ir e vir incessante entre a instância lógica e a

³¹ É importante esclarecer em que fundamentos se baseia a educação ambiental que se busca, tendo em vista o fato de que – como todo conhecimento elaborado pelo ser humano – sempre há uma intencionalidade na ciência produzida. LOUREIRO, Carlos Frederico Brito. *Trajetória e Fundamentos da Educação Ambiental*. São Paulo: Cortez, 2006.

³² ARAUJO, op. cit., 2007, p. 246, grifos no original.

³³ MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2001a.

³⁴ “A concepção cartesiana do universo como sistema mecânico forneceu uma sanção ‘científica’ para a manipulação e a exploração da natureza que se tornaram típicas da cultura ocidental”. CAPRA, op. cit., 2006, p. 56.

³⁵ MORIN, op. cit., 2001, p. 22.

³⁶ Paradigma se constitui por princípios “supralógicos” que regem a formação do conhecimento por meio de certas operações; estão presentes na cultura, situando-se no nível da inconsciência. Podem ordenar que sejam realizadas operações como a de separação, união, hierarquização, centralização, complexificação, entre outras. MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001b.

instância empírica; é fruto do debate argumentado de ideias, e não a propriedade de um sistema de idéias. (...) É não só crítica, mas autocrítica³⁷.

Em segundo momento, a fim de efetivamente compreender a complexidade do real, faz-se necessário que a educação do futuro proporcione a identificação dos problemas que são questões-chave no contexto de interdependência atual. Assim, impõe-se buscar o conhecimento pertinente, o que implica a capacidade de interligar as diversas áreas da ciência. Para tal, o autor define quatro enfoques essenciais para a observação da realidade, compreendendo-se os mesmos tanto isoladamente, quanto em inter-relação.

Primeiramente, tem-se a importância da consideração do contexto que envolve a situação em análise; somente dessa forma se torna possível a assimilação de inúmeras variáveis e, portanto, a identificação da essencialidade do problema em questão. Mas isso não basta; é importante considerar as relações existentes entre as partes e o todo; o global: "o global (...) é o conjunto das diversas partes ligadas a ele de modo inter-retroativo ou organizacional"³⁸. Nessa linha, é necessário também identificar as relações entre as próprias partes do objeto: sua *multidimensionalidade*, visto que é intrinsecamente permeado por questões políticas, econômicas, sociais, ambientais, culturais, entre outras. Por fim, tem-se o complexo, que é resultante da consideração simultânea dos enfoques anteriores: "... há um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre o objeto de conhecimento e seu contexto, as partes e o todo, (...) as partes entre si"³⁹. Assim, trata-se de assumir que os problemas essenciais são permeados pela complexidade, impondo-se a compreensão desta para entender aqueles.

O terceiro saber é a compreensão da condição humana, reconhecendo-se dois aspectos: primeiro, o fato de todos os seres humanos pertencerem a uma mesma espécie e, em segundo, a diversidade que é intrínseca a essa condição. Para tal, deve-se identificar a essência *Unitas Multiplex* do homem: sua unidade/diversidade biológica em relação com a unidade/diversidade cultural. É necessário, logo, compreender a complexidade humana, conduzindo "à tomada (...) de consciência, da condição comum a todos os humanos e da muito rica e necessária diversidade dos indivíduos, (...) das culturas..."⁴⁰, o que possibilitaria uma ação humana mais responsável para com um futuro comum.

Complementando, tem-se a compreensão da identidade terrena, que busca demonstrar que todos os homens têm sua origem em um mesmo planeta, em uma biosfera em que vivem outros seres. Assim, ao invés de se salientar as diferenças e gerar processos xenofóbicos, dever-se-ia ensinar tal condição na busca de que "a vontade de assumir identidades étnicas ou nacionais pudesse aprofundar-se e ampliar-se, sem negar a si mesmas, nesta volta às raízes, ao seio da identidade humana de cidadãos da Terra-pátria"⁴¹.

Em quinto, faz-se necessário ensinar o enfrentamento das incertezas. A ciência, as ações humanas – todas são permeadas de incertezas, de risco. É indispensável perceber que nada é pré-determinado, que é impossível o conhecimento de todas as consequências e que é imprescindível aprender a agir frente a isso. Frente a tal contexto, propõe-se a adoção de uma ecologia da ação⁴², consistente na consideração da complexidade que a atuação carrega,

³⁷ MORIN, op. cit., 2001a, p. 23.

³⁸ MORIN, op. cit., 2001a, p. 37.

³⁹ MORIN, op. cit., 2001a, p. 38.

⁴⁰ MORIN, op. cit., 2001a, p. 61.

⁴¹ MORIN, op. cit., 2001a, p. 73.

⁴² MORIN, op. cit., 2001a.

mediante o estudo do circuito *risco/precaução*⁴³. Tal postura conduz à definição de estratégias de atuação – mais flexíveis que os programas – permitindo-se modificar a ação inicial, visando evitar o dano futuro.

Por fim, para que tudo isso seja possível, impõe-se ensinar a compreensão humana e a ética do gênero humano – os últimos dois saberes aqui trazidos. O primeiro significa o aumento da tolerância diante da imensa diversidade que apresenta o gênero humano, afastando-se o egocentrismo e o etnocentrismo; o segundo exprime o entendimento da tríade complexa que dá sentido ao termo ser humano: a inter-relação indivíduo/sociedade/espécie. Nesse sentido, “qualquer concepção do gênero humano significa desenvolvimento conjunto das autonomias individuais, das participações comunitárias e do sentimento de pertencer à espécie humana”⁴⁴.

6 CONCLUSÃO

Observando a sociedade de risco atual, nota-se a premente necessidade de se encontrar novas formas de pensar o atuar humano, sempre tendo em consideração o caráter de risco que as decisões assumem. Diante disso, mostrou-se como instrumento apto a tal anseio a principiologia do Direito Ambiental, em especial o Princípio da Precaução e o Princípio da Prevenção, auxiliando na tomada de decisão jurídica. Transpondo-se a análise para decisão de todos os cidadãos, tem-se que a educação é um instrumento hábil a desenvolver esse papel, possibilitando um estudo crítico de todas as circunstâncias que envolvem a temática ambiental.

No entanto, impõe-se a adoção de uma vertente educativa que vise à formação complexa do indivíduo, capacitando-o para participar de forma crítica da tomada de decisão, através da revisão do conhecimento, da contextualização dos problemas, da compreensão da unicidade/diversidade que compõe os povos – enfim, na busca de uma educação que vise um futuro comum à humanidade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.
- ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. *O acesso à terra no Estado Democrático de Direito*. Frederico Westphalen: URI, 1998.
- ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; SILVA, Andressa Corrêa de. Educação Ambiental, mídia e projeto social. In: GORCZEWSKI, Clovis (org.). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*. Porto Alegre: UFRGS, 2007.
- AYALA, Patryck de Araujo; LEITE, José Rubens Morato. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. Londres: Sage, 1992.
- BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

⁴³ Morin determina tal circuito no sentido de que “para toda ação empreendida em meio incerto, existe contradição entre o princípio do risco e o princípio da precaução, sendo um e outro necessários (...)”. Assim, refere-se à relação dialógica que deverá operar entre estas duas posturas opostas, mas que deverão, preferencialmente, estar sempre presentes nas ações humanas em situações de incerteza. MORIN, op. cit., 2001a, p. 88.

⁴⁴ MORIN, op. cit., 2001a, p. 105-6.

BRASIL. *Lei da Política Nacional do Meio Ambiente*, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm. Acesso em: 02 mar 2009.

BRASIL. *Lei nº 9.795: Lei da Política Nacional de Educação Ambiental*, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9795.htm. Acesso em: 06 fev 2009.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 2006.

CHRISTMANN, Luiza Landerdahl; ARAUJO, Luiz Emani Bonesso de. *O tempo social e a visão dialética da relação homem-meio ambiente como fundamentos para a compreensão do dano moral ambiental*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. Volume especial, 2007.

LOUREIRO, Carlos Frederico Brito. *Trajetória e Fundamentos da Educação Ambiental*. São Paulo: Cortez, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: MALHEIROS, 2007.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2001.

ONU. *Declaração do Rio*, 1992. Disponível em: <http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/DeclaraRioMA.pdf>. Acesso em: 29 jul 2008.

ONU, Grupo de Trabalho I. *Relatório do Painel Intergovernamental sobre Mudança Climática - Mudança climática 2007: a base da ciência física*, Paris, 2007. Disponível em: www.ecolatina.com.br. Acesso em: 12 fev 2009.

ONU. *Our Common Future*, 1987. Disponível em: <http://www.un-documents.net/ocf-01.htm>. Acesso em: 12 fev 2009.

ONU. *Tratado de Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global*, 1992. Disponível em: <http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/TratadoEA.pdf>. Acesso em: 06 fev 2009.

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: EDUSC, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: UNISINOS, 1998.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TAVOLARO, Sergio Barreira de Faria. *Movimento ambientalista e modernidade: sociabilidade, risco e moral*. São Paulo: Annablume/Fapesp, 2001.

PARADIGMA ECOLÓGICO E SUAS POSSÍVEIS APLICAÇÕES NO URBANO

João Telmo Vieira¹
Viviane Luchese²

[...] o poder de julgar e distinguir o verdadeiro do falso, isto é, o que se denomina o bom senso ou a razão, é naturalmente igual em todos os homens. A diversidade das nossas opiniões não provém do fato de uns serem mais racionais do que outros, mas tão somente em razão de conduzirmos o nosso pensamento por diferentes caminhos e não considerarmos as mesmas coisas.³

Tal como o DNA nos imprime linhas e traços que carrega, hereditariamente, a história nos revela o processo de formação da consciência atual. Ao contrário do que se apregoa, não “apenas museu vive de passado”, mas todo o nosso *modus vivendi* está condicionado a acontecimentos e ideias que transpõem seu próprio tempo e, perdurando, criam modelos que minam positiva ou negativamente todo o pensamento atual e, por conseguinte a sociedade.⁴

Se voltarmos nosso olhar ao conteúdo descritivo e de caráter histórico que envolve a dinâmica das cidades do Século XX até os nossos dias, podemos afirmar resumidamente que o urbanismo, como área do conhecimento preocupada em detectar a cada instante os efeitos do construir em um espaço específico sob as condutas humanas, principalmente acerca de permanecer e mobilizar, não aponta em especial qualquer preocupação com o entorno da cidade relacionado ao meio ambiente além do que se apregoa nos cursos de paisagismo devido à cegueira mecanicista que vemos, por exemplo, nos padrões das Cidades-Jardins de Ebenezer Howard, ou mesmo na forte influência de Le Corbusier na construção de Brasília nos projetos de Niemeyer e no paisagismo de Burle Marx.⁵

De fato, como bem sugere Franco,⁶ se a noção de cidades sustentáveis chegou ao patamar de preocupação ecológica nos dias atuais,⁷ se deve ao trabalho individualizado e distribuído ao

¹ É Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC onde é professor do Programa de Pós-Graduação em Direito *Lato Sensu, Stricto Sensu* e Graduação. Lidera o Grupo de Estudos Meio Ambiente e Constituição, registrado pelo diretório de grupos CNPq/UNISC, sendo ainda, membro atuante do Instituto Eco-Existir e do *Greenpeace*; E-mail: jtvieira7@yahoo.com.br.

² Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC onde é bolsista (PUIC), integra o Grupo de Estudos Meio Ambiente e Constituição, registrado pelo diretório de grupos CNPq/UNISC, além de ser membro atuante do *Greenpeace* e, em caráter de extensão universitária realiza o curso de Capacitação Técnica em Consultoria Ambiental pela Fundação de Amparo a Pesquisa Universitária – FAPEU, da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, em parceria com a Fundação Universitária Iberoamericana, FUNIBER; E-mail: vivianeluchese@hotmail.com.

³ DESCARTES, René. *Discurso do Método: para bem dirigir a própria razão e buscar a verdade nas ciências*. Coleção A Obra-prima de Cada Autor. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000. p. 21.

⁴ CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Editora Pensamento-Cultrix, 1982. 226 et seq.

⁵ HOWARD, Ebenezer. *Cidades-Jardins de amanhã*. 2. ed. São Paulo: Annablume – Hucitec, 2002, p. 10-94, passim.

⁶ FRANCO, Maria de Assunção Ribeiro. *Planejamento ambiental para as cidades sustentáveis*. 2. ed. São Paulo: Annablumen; FAPESP, 2001, p. 85 et seq.

⁷ TOWNSEND, Colin R.; BEGON, Michael; HARPER, John L. *Fundamentos em ecologia*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006, pg. 442.

longo do tempo, por visionários do movimento ambientalista e ecologista.⁸

Isto se evidencia quando visualizamos a obra filosófica de Ralph Waldo Emerson (1803-1882), que ao lado de Henry David Thoreau (1817-1862) funda na Nova Inglaterra o movimento filosófico denominado de Transcendentalismo,⁹ o qual erigia como linha de pensamento a ideia de que a verdadeira realidade só existe no mundo do espírito sendo o mundo físico apenas reflexo transitório do primeiro. Deste modo, o conhecimento não se origina somente da experiência e da observação, mas depende acima de tudo da intuição.

Franco¹⁰ nos acrescenta ainda, que o movimento Transcendentalista apresenta caráter eminentemente romântico, pois valoriza acima de tudo o indivíduo em uma crença na hegemonia da natureza sobre a sociedade, reforçando sua influência na filosofia neoplatônica da Grécia Antiga, mas tendo como principal fonte de ideias a obra filosófica intitulada *Crítica da Razão Pura* (1781), de Immanuel Kant.

Por outro lado, no mesmo ano de falecimento de Thoreau (1862),¹¹ surge um livro intitulado *Homem e Natureza*, escrito por George Perkins Marsh, que torna-se um marco teórico para a ecologia, eis que, pela primeira vez ataca o mito da superabundância e relata a deterioração dos solos e as inundações em função da ignorante ação do homem sobre os recursos naturais. Expunha este autor as inter-relações entre a vida animal e vegetal, mostrando como solos degradados podem ser recuperados e suas ideias, até hoje, inspiram as denominadas “ciências de utilização da terra”.

A influência de Marsh alcançará, por conseguinte, outro pensador que vai se transformar, ao lado de Theodore Roosevelt e Raquel Carson, um dos grandes conservacionistas americanos, referimo-nos a John Muir (1838-1914). Geólogo e botânico de profissão, ao entrar em contato com as obras de Thoreau, Emerson e Marsh, na Universidade de Wisconsin, Muir abandona sua formação de origem paterna e escocesa, baseada na teologia calvinista e antropocêntrica para refazê-la como uma teologia biocêntrica da natureza, originada numa caminhada que fez entre os lagos Huron e Ontário, no Canadá. Explicita o biocentrismo nas obras *Ouer National Parks* e em *A thousand-mile walk to the Gulf* que inspiraram a criação dos primeiros parques nacionais nos EUA: *Yellowstone* (1892), *Yosemite* (1890) e *Sierra Club* (1892).¹²

À filosofia biocentrista não poderia estar minimamente representada se deixássemos de referir Aldo Leopold (1887-1948).¹³ Autor da obra *Ética da Terra* completa seus fundamentos da denominada ecologia fundacional ou arcadiana observando a premissa de que os seres humanos são elementos conscientes de um processo evolucionário maior e, portanto, têm por obrigação fazer uma pausa reflexiva sobre suas ações em relação a si mesmo e aos demais seres vivos.

⁸ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Editora Cultrix - Pensamento, 1996, p. 23-45, passim.

⁹ EMBAIXADA AMERICANA. *Panorama da Literatura dos EUA*. Disponível em: <<http://embaixada-americana.org.br/HTML/literatureinbrief/chapter03.htm>>. Acesso em: 12 mai. 2009. O movimento transcendentalista também é conhecido como “Transcendentalismo Estadunidense” usado para distinguir-se do termo transcendental da maneira que é comumente conhecido.

¹⁰ FRANCO, op. cit., p. 91.

¹¹ Henry Thoreau é considerado “o avô espiritual” do movimento *Hippie*, o qual nos anos 60 Séc. XX rejeitou a sociedade civilizada. Seus ensaios sobre “A Desobediência Civil”, com a teoria de resistência passiva, influenciaram Mahatma Gandhi e Martin Luther King.

¹² FRANCO, Maria de Assunção Ribeiro. *Planejamento ambiental para as cidades sustentáveis*. 2. ed. São Paulo: Annablumen; FAPESP, 2001. p. 101 et seq.

¹³ *Ibidem*, p. 107-113, passim.

Contudo, é em sua obra *Sand county almanac and sketches here and there*, publicada um ano após a sua morte que a chamada “ética da terra” constituiu-se em uma teoria sintetizada de três visões conflitivas da natureza: e ecológica, a ética e a estética. Tal síntese funda uma nova ecologia denominada de “ecologia profunda” ideia esta completada por Arne Naess.

Por fim, podemos constatar que o planeta deve a “volta à natureza” aos anos 70 do Século XX quando a mídia do pós-guerra dá grande repercussão às duas obras de Raquel Carson: *Silence Spring* e *The edge of the sea* onde surge a popularização da palavra ecologia. Na mesma época os trabalhos científicos de Howard T. Odum e de Eugenia P. Odum, da Universidade da Georgia, sendo o primeiro especialista em economia energética e meio ambiente e o segundo, biólogo e ecólogo, trabalharam a ecologia como uma disciplina integrada e integradora, que une as ciências naturais e sociais, e nesse sentido, foram os responsáveis pela popularização e ampliação do conceito de ecossistema.¹⁴

A necessária referência a esses verdadeiros pioneiros da ecologia, sob seu aspecto fundacional faz necessária a menção do trabalho de James Lovelock. Meteorologista da NASA que na década de 70 formulou a denominada Hipótese Gaia,¹⁵ na qual vislumbra-se a necessidade de reconhecer a Terra como um imenso ser vivo devido ao seu diferenciado “desequilíbrio químico-atmosférico” na comparação com os planetas Vênus e Marte. Ao pesquisar as porcentagens de dióxido de carbono, nitrogênio e oxigênio em nosso planeta, Lovelock afirma que essa proporção de gases só ocorre e é mantida mediante a atuação de organismos vivos. Se em outros termos, a ciência contemporânea aceita como certa a hipótese de que não havia nem oxigênio nem nitrogênio na atmosfera primitiva da Terra, hoje esses gases estão presentes graças à liberação do nitrogênio pela ação bacteriana e a produção de oxigênio pela fotossíntese. De modo que, com relação a redução de quantidades de dióxido de carbono, a intensa atividade biológica terrestre em milhões de anos teria fixado nas rochas sobre a forma de carbonato de cálcio, presentes na pedra calcária. Destarte a atmosfera, a erosão das rochas, a química dos oceanos e a estrutura geológica da terra, foram tão profundamente transformados pelos seres vivos, que hoje eles só podem ser compreendidos uns em relação aos outros. Portanto a metáfora de Gaia resume a complexidade de um imenso ser planetário que consegue manter sua temperatura dentro de estreitos limites necessários a vida biológica.¹⁶

Todavia é preciso constatar que acerca da origem, formação e situação atual das cidades no planeta, a organização urbana evidencia o que Adam chama de Paradigma Mecanicista, modelo que segundo ele, “muitas vezes, gerou uma produção arquitetônica indiferente à dimensão psicológica e afetiva do ser humano”,¹⁷ no que completa:

Jun Okamoto, arquiteto, afirma que ‘pela objetividade racional e quantitativa, a metodologia mecanicista trouxe o progresso em variados aspectos da vida moderna... mas também a degradação do nível de vida, principalmente nas grandes metrópoles... faltam espaços de convívio social, que neutralizem o confinamento em que nós vivemos, em nossas ilhas (bairro, moradia) e soluções para os problemas da violência, da poluição ambiental e da circulação urbana que nos tira 10% das 24 horas diárias de nossas vidas’.¹⁸

¹⁴ FRANCO, Maria de Assunção Ribeiro. *Planejamento ambiental para as cidades sustentáveis*. 2. ed. São Paulo: Annablumen; FAPESP, 2001, p. 114-118, passim

¹⁵ LÉVÊQUE, Christian. *Ecologia: do ecossistema a biosfera*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 447.

¹⁶ CAPRA, Fritjof. *A Teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Editora Cultrix - Pensamento, 1996, p. 90-98.

¹⁷ ADAM, Roberto Sabatella. *Princípios do ecoedifício: integração entre ecologia, consciência e edifício*. São Paulo: Aquariana, 2001, p. 18.

¹⁸ Ibidem, loc. cit.

Longe de querer bater o método mecanicista, queremos, sim, provocar mesmo que superficialmente uma mínima reflexão sobre a nossa atual estrutura social. Isto porque, se de um lado o método exposto trouxe progresso, por outro, a racionalidade que impõe nos leva a uma visão estática, binária e reducionista, delimitando por sua vez nossas tendências, conceitos e valores sociais e, por fim, a consciência de habitar, de modo tal, que parecem ser insuficientes para entendermos os problemas da atualidade.¹⁹

Quanto mais estudamos os principais problemas de nossa época, mais somos levados a perceber que eles não podem ser entendidos isoladamente. São problemas sistêmicos o que significa que estão interligados e são interdependentes.²⁰

O que se destaca é que o mundo é visto até aqui de forma fragmentada, que nos arrasta há muito tempo para uma crise de percepção,²¹ que urge dar lugar a um novo paradigma que, conforme afirma Capra,

[...] pode ser chamado de uma visão de mundo holística, que concebe o mundo como um todo integrado, e não como uma coleção de partes dissociadas. Pode também ser denominado visão ecológica, se o termo "ecológica" for empregado num sentido mais amplo e mais profundo que o usual.²²

Contrariando a usual ecologia rasa, que é "antropocêntrica e enquadra os seres humanos separadamente ou fora da natureza, como fonte de todos os valores e atribui apenas valor instrumental e de uso aos ecossistemas"²³, a percepção de "ecologia profunda"²⁴ se destaca dentro do pensamento ambientalista contemporâneo, por reintroduzir o homem ao meio. Capra ainda elenca que:

A percepção ecológica profunda reconhece a interdependência fundamental de todos os fenômenos, e o fato de que, enquanto indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados nos processos cíclicos da natureza (e, em última análise, somos dependentes desses processos).²⁵

Assim, o que podemos depreender quando Naess diz que na ecologia profunda "o 'eu' é ampliado, de modo que a preservação da natureza livre seja sentida e concebida como proteção de nós mesmos",²⁶ é que a maneira de percebermos o mundo está incorreta, pois nós mesmos nos colocamos a par desta consciência de unidade, quando contrariamente, de uma forma lógica, deveríamos compreender que o pressuposto para o antropocentrismo é antes o biocentrismo. Onde deveríamos delimitar nossas decisões políticas e econômicas pela nossa inter-

¹⁹ TOWNSEND, Colin R.; BEGON, Michael; HARPER, John L. *Fundamentos em ecologia*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 441-478, passim.

²⁰ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Editora Cultrix - Pensamento, 1996, p.23.

²¹ O paradigma mecanicista de que fala Adam.

²² CAPRA, op. cit., p. 25.

²³ ADAM, Roberto Sabatella. *Princípios do ecoedifício: integração entre ecologia, consciência e edifício*. São Paulo: Aquariana, 2001, p. 12.

²⁴ Escola filosófica fundada na década de 70, pelo filósofo norueguês Arne Naess.

²⁵ CAPRA, Fritjof. *A Teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Editora Cultrix - Pensamento, 1996, p. 25.

²⁶ NAESS, Arne. In: ADAM, Roberto Sabatella. p. 13.

relação com a Terra, conforme sugere a Biocracia de Thomas Berry.²⁷

Nesse sentido Adam contribui com o que chama de “arcabouço cognitivo”,²⁸ estabelecendo três princípios a serem considerados: primeiro todos os seres tem direito a viver dignamente (não somente o homem); segundo, a ecologia remonta a um pensamento planetário; e por fim:

ecologia não é uma ciência estática, de um preservacionismo estanque, mas pressupõe um modelo de desenvolvimento sustentado (de comunidades, edifícios, e cidades auto-sustentáveis); este modelo conjuga desenvolvimento tecnológico e progresso à gestão dos recursos naturais e ao equilíbrio dos ecossistemas;²⁹

E não poderia deixar de ser assim, tendo em vista a forma complexa que a sociedade planetária assumiu, majoritariamente urbana. Dessa maneira, ao voltarmos nossas percepções variadas sob a cidade, nos deparamos com alguns elementos que parecem compor parte essencial da teia de relações deste ecossistema construído. Apesar da enorme resistência por parte da ecologia em reconhecer a cidade como um ecossistema, somos obrigados a admitir que, ao tratar do urbano, é necessário entendê-lo como uma rede trófica na qual as funcionalidades da cidade se organizam a partir da entrada de biomassa e saída de resíduos nos quais encontramos grande dificuldade de fazê-los interagir positivamente com a resiliência do ecossistema natural no entorno.³⁰

Tal é a condição heterotrófica, que permite o manejo de percepções variadas no que diz respeito às cidades sustentáveis, pois nas palavras de Adam:

A *consciência de habitar* (conexão entre edifício, consciência e ecologia) tem efeitos tangíveis representados pelo impacto dos edifícios nos ecossistemas urbanos e destes em outro ecossistema mais amplo e assim por diante...A ruptura deste comportamento dá-se sobre tudo com a inserção da consciência ecológica, do Paradigma ecológico na abordagem construtiva e social. As energias consumidas nos edifícios devem ser geradas pelo próprio edifício em busca de auto-sustentabilidade, se possível gerando recursos para os edifícios menos competentes energeticamente.³¹

A ruptura de que fala o autor é a do já mencionado paradigma mecanicista, por vezes já refutada pelo paradigma ecológico, que é corroborado através da física quântica. Nesse sentido, o planejamento urbano precisa considerar os aspectos heterotróficos da cidade, bem como dos edifícios individualmente, considerando os princípios da termodinâmica e da utilização da biomassa urbana, que gera a energia para a dinâmica dos prédios bem como a mobilidade de seu entorno, e permite monitorar o desperdício de resíduos e emissão de calor que se dissipa na atmosfera.

No mesmo raciocínio, a maneira que parece ser mais adequada para lidar com o conceito de sustentabilidade urbana está guardada no âmbito do constante monitoramento e planejamento da utilização da matéria e da energia da cidade. O diagnóstico de inúmeras

²⁷ ADAM, op. cit., p. 14.

²⁸ Ibidem, loc. cit.

²⁹ Ibidem, loc. cit.

³⁰ LÉVÊQUE, Christian. *Ecologia: do ecossistema a biosfera*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 309 et. seq.

³¹ ADAM, Roberto Sabatella. *Princípios do Ecoedifício: integração entre ecologia, consciência e edifício*. São Paulo: Aquariana, 2001 p. 23.

percepções que ocorrem à detecção da forma de viver urbana cinge todas as características do paradigma ecológico, pois segundo Capra, se pretende Holístico (o todo), integrativo, intuitivo do ponto de vista individual, porém com uma tendência social, cooperativo e biocêntrico, apostando na consciência da unidade.³²

Em outros termos, há que se apostar na ideia do usuário consciente e eco-alfabetizado, que deixa de ser consumidor final de bens e serviços para tornar-se um gestor e co-gestor de energias e recursos.³³ A cidade em suas instâncias de participação, onde a administração pública, a sociedade civil organizada e o mercado se encontram, tem em seu enfrentamento de ideias, a inafastável necessidade de responder qual o modo de vida que se pretende, a fim de estabelecer, a partir do Plano Diretor e seu respectivo zoneamento urbano, as características das edificações correspondentes ao objetivo geral pretendido, guardando o respeito às diferenciações apresentadas por esta sociedade complexa.

Assim, é que no mais tradicional da visão normativista do sistema jurídico, a Magna Carta de 1988, em seu Título VII (Da ordem econômica e financeira), os constituintes resolveram tratar da política urbana em seu Capítulo II, a partir do seu artigo 182, o qual passamos a observar semanticamente neste trabalho, a fim de aproveitar melhor o entendimento da ruptura entre o paradigma mecanicista e o paradigma ecológico, a crise de percepção que atinge e norteia até mesmo o conhecimento jurídico dominante.³⁴

Mais de que um esforço hermenêutico, que cingiria o esclarecimento conceitual a um acordo semântico meramente jurídico, por desforço da lógica, é preciso desenvolver o campo linguístico da pragmática como terceiro nível de verificação das hipóteses pautadas em face de quem interpreta o artigo 182 da Constituição de 1988. O que se dá, necessariamente, em face de que o artigo referido está eivado em um contexto não somente jurídico, mas também político, o que obriga-nos a considerar as inúmeras percepções diferenciadas acerca da cidade.

Embora a orientação constitucional delegue ao poder público municipal a gestão da política de desenvolvimento urbano, cumpre a Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, regular suas diretrizes gerais a partir de uma ótica nacional a fim de dar um tratamento unificado à política urbana no país. Resultado de dez anos de debates junto às casas do Congresso Nacional, o Estatuto da Cidade reafirmou o direito-dever do município definir no plano diretor as linhas mestras da política urbana.

Não é aqui pretensão deste trabalho, repetir-se incansavelmente com relação aos instrumentos de gestão da política urbana, mas de chamar a atenção ao fato de que a política urbana municipal converge conceitualmente suas percepções para a promoção e desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus cidadãos.³⁵

É neste sentido que uma interpretação mais integrada da Constituição Federal permite aliar o artigo 170, incisos III e VI, bem com o artigo 225 em toda a sua extensão e, é com a interpretação comumente aliada a esses artigos, que tomamos a vênua para dizer que o conceito

³² CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Editora Cultrix - Pensamento, 1996, p. 27.

³³ ADAM, Roberto Sabatella. *Princípios do ecoedifício: integração entre ecologia, consciência e edifício*. São Paulo: Aquariana, 2001, p. 37.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 64-65, passim.

³⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

complexo de funções sociais da cidade não pode ser interpretado e gerido na política urbana dentro de uma visão jurídica até então meramente mecanicista.³⁶ Ao atribuir a um espaço da cidade uma função social, dentro do zoneamento urbano, a ser fixado em consonância com o Plano Diretor, não há porque entendê-lo como uma aplicação finalística ou voltada para si mesmo dentro do cenário urbano.

Utilizando-se do paradigma ecológico, convém lembrar que uma função social específica no espaço urbano, mais do que fixar sua utilidade, precisa ser compreendida como um objetivo dinâmico e interdependente a outros setores da cidade e de outros ecossistemas, eis que do contrário, negaríamos as trocas de matéria e energia que influenciam sobremaneira o todo da cidade.

A percepção ecológica nos obriga a ir adiante neste raciocínio,³⁷ pois além de assumirmos as funções sociais da cidade como um processo de trocas e não como meras finalidades em si mesmas, requer-se a percepção deste urbano como um ecossistema construído antropicamente, porém de convívio biocêntrico. Afóra isso, a relação desse ecossistema urbano tende a ser também programado com, e a partir de, outros ecossistemas construídos e naturais numa escala crescente, que atinge a toda a nossa biosfera.

Tomando as palavras de Adam:

[...] ética, consciência ambiental, avanço tecnológico, auto-sustentabilidade, eficiência energética e equilíbrio dos ecossistemas são conceitos de [...] algo não só criativo, mas ecologicamente fidedigno, preciso e responsável.³⁸

REFERÊNCIAS

- ADAM, Roberto Sabatella. *Princípios do ecoedifício: integração entre ecologia, consciência e edifício*. São Paulo: Aquariana, 2001.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Editora Pensamento-Cultrix, 1982.
- A Teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Editora Cultrix - Pensamento, 1996.
- DESCARTES, René. *Discurso do Método: para bem dirigir a própria razão e buscar a verdade nas ciências*. Coleção A Obra-prima de Cada Autor. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000.
- EMBAIXADA AMERICANA. *Panorama da Literatura dos EUA*. Disponível em: <http://embaixada-americana.org.br/HTML/literatureinbrief/chapter03.htm>>. Acesso em: 12 mai. 2009.
- FRANCO, Maria de Assunção Ribeiro. *Planejamento Ambiental para as Cidades Sustentáveis*. 2ª ed. São Paulo: Annablumen; FAPESP, 2001.
- HOWARD, Ebenezer. *Cidades-Jardins de amanhã*. 2. ed. São Paulo: Annablume – Hucitec, 2002.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 79-80, passim.

³⁷ LEFF, Enrique (Org.). *A complexidade ambiental*. São Paulo: Cortez, 2003, p. 15-64, passim.

³⁸ ADAM, Roberto Sabatella. *Princípios do ecoedifício: integração entre ecologia, consciência e edifício*. São Paulo: Aquariana, 2001, p. 140.

LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes(Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÉVÊQUE,Christian. *Ecologia: do ecossistema a biosfera*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

LEFF, Enrique (Org.). *A complexidade ambiental*. São Paulo: Cortez, 2003.

TOWNSEND, Colin R.; BEGON, Michael; HARPER, John L. *Fundamentos em ecologia*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.

LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS À PROPRIEDADE E AS RECENTES DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DA EXPROPRIAÇÃO ADMINISTRATIVA COMO MECANISMO DE COMBATE AO NARCOTRÁFICO

*Elisandro Machado¹
Seila Castro²*

1 INTRODUÇÃO

Dentre os poderes administrativos figura, com especial destaque, o poder de polícia, que a administração pública exerce sobre todas as atividades e bens que afetem ou possam afetar a coletividade. O fundamento do poder de polícia administrativa é de que o cidadão recebe uma gama de direitos e deveres, que devem ser exercidos em compatibilidade com o bem-estar social. Algumas vezes os direitos individuais ficam bem delimitados na legislação. Porém, não raras vezes, à Administração Pública incumbe o papel de averiguar e controlar a efetiva extensão dos direitos visto que a lei, por ter caráter genérico, não é auto-aplicável a todos os casos. Assim, os poderes administrativos são instrumentos de atuação da Administração Pública.

Em um primeiro momento a expressão poder de polícia foi utilizada para denominar toda ação do Estado no sentido de garantir o bem estar dos administrados, sendo esta visão própria do Estado Absolutista, onde a autoridade do rei era incontestável perante seus súditos. Hoje, é o setor de atividade estatal que atua sobre atividades e bens que podem afetar a coletividade. Em contrapartida, temos o princípio fundamental da Liberdade, inserto em nossa Magna Carta, que permite ao cidadão comum fazer tudo o que não for proibido por lei.

O Estado para exercer seu papel de comando e controle dos problemas que atingem a vida social, necessita utilizar seu poder de intervenção, respeitando às liberdades individuais, no sentido de fazer com que o uso da liberdade e da propriedade esteja entrosado com a utilidade coletiva, de maneira que não se beneficie certas categorias em detrimento da sociedade.

Nesse sentido, uma reflexão se faz necessária quanto à recente decisão proferida pelo pleno do Supremo Tribunal Federal que proveu recurso extraordinário interposto pela União contra acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região que concluía que apenas a área onde efetivamente cultivada a planta psicotrópica deveria ter sido expropriada, pelos seguintes fundamentos: a) gleba seria parcela de um imóvel, tendo em conta a literalidade do art. 243 da CF; b) o art. 5º, LIV, da CF dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"; c) o perdimento da totalidade do imóvel violaria o princípio da proporcionalidade.

Diversamente, entendeu o pleno do Supremo pela expropriação de toda a propriedade, em que apenas parte das terras estava sendo utilizada para cultivo de plantas

¹ Acadêmico do 9º Semestre do Curso de Direito da Faculdade Metodista de Santa Maria – RS – elisandro82@gmail.com

² Acadêmica do 9º Semestre do Curso de Direito da Faculdade Metodista de Santa Maria – RS – seilacastro@hotmail.com

psicotrópicas ilegais. Prerrogativas e sujeições são os elementos fundamentais do Direito Administrativo, sendo que a administração, através de suas autoridades, está em permanente confronto com a liberdade individual, no intuito de garantir o interesse público. Em um primeiro momento, o direito à propriedade era entendido como absoluto, e mesmo nos dias atuais, em uma leitura superficial do texto constitucional podemos assim entender.

No entanto, percebe-se que diversos são os mecanismos que relativizam o direito absoluto à propriedade, como é exemplo a desapropriação. Em se tratando de desapropriação de terras utilizadas para cultivo de plantas psicotrópicas ilegais, tal fato é ainda mais notório, visto que configura verdadeiro confisco administrativo próprio de tempos passados, onde vigorava o absolutismo, já que na desapropriação nesses casos o proprietário não receberá qualquer indenização.

O julgado objeto da presente análise, apesar de em um primeiro momento parecer estar ratificando uma medida arbitrária, demonstra que os tribunais superiores estão engajados no combate à comercialização de drogas o que significa dizer, em uma assertiva mais abrangente, que estaria também preocupado em combater a violência através de medidas que possibilitem à administração utilizar amplamente seu poder constitucional de polícia.

2 Do Poder de Polícia do Estado

2.1 Da Polícia Administrativa e da Polícia Judiciária

Enquanto os poderes políticos identificam-se com os Poderes de Estado, os poderes administrativos difundem-se por toda a Administração e apresentam-se como meios de sua atuação. Aqueles são poderes imanes e estruturais do Estado, enquanto estes são contingentes e instrumentais da Administração. Aqui, cumpre-nos o dever de tecer algumas considerações acerca do Poder de Polícia e seus reflexos na sociedade civil.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles³: "poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual". A administração pública se utiliza de dois ramos distintos para exercer seu poder de polícia, quais sejam, a polícia administrativa e a polícia judiciária, sendo que estas possuem objetivos diferentes. Enquanto a polícia administrativa deve atuar preventivamente, impedindo a violação das leis e assegurando a ordem pública, a polícia judiciária atua, em regra, repressivamente, no combate ao crime e à violência, através de órgãos especializados.

No entanto, ressalte-se que tanto a polícia administrativa pode atuar repressivamente quanto a polícia judiciária pode atuar preventivamente. Logo, *a priori*, a polícia judiciária atua como auxiliar do poder judiciário, enquanto à polícia administrativa cabe zelar pela incolumidade pública através de medidas preventivas.

Nesse contexto, a administração pública pode restringir o direito à propriedade, por imperativo constitucional, desde que preenchidos alguns requisitos. Mais, ainda, pode expropriar o imóvel, caso não esteja sendo atendida sua função social, utilizando seu poder de polícia.

³ MEIRELES, Hely Lopes *Direito Administrativo Brasileiro*, 28. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 123.

Hely Lopes Meirelles sustenta que a expressão intervenção na propriedade privada refere-se ao todo “ato do Poder Público que compulsoriamente retira ou restringe direitos dominiais privados ou sujeita o uso de bens particulares a uma destinação de interesse público.”⁴ Neste sentido, incontroverso que há previsão expressa em nosso ordenamento constitucional que possibilita a intervenção na propriedade, a desapropriação, a servidão administrativa, a requisição, a ocupação temporária e a limitação administrativa.

A presente obra, sem a intenção de analisar cada uma das formas de restrição ou condicionamento por meio do poder de polícia, analisa sinteticamente a desapropriação de áreas de terra utilizadas no cultivo de plantas psicotrópicas como mecanismo de combate ao narcotráfico, como efetivação do poder de polícia.

3 DA RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À PROPRIEDADE E DA CONSTITUCIONALIDADE DA EXPROPRIAÇÃO DE TERRAS UTILIZADAS PARA CULTIVO DE PLANTAS PSICOTRÓPICAS

Um dos maiores direitos positivados em nossa Carta Maior é o direito à propriedade, explicitado no art. 5, caput⁵. Desde a antiguidade o homem se preocupou em estabelecer mecanismos que possibilitassem exercer plenamente seu direito à propriedade. Com o passar dos tempos, o conceito de propriedade sofreu substanciais alterações em decorrência das mudanças ocorridas nas relações de produção.

Em nosso ordenamento jurídico, apesar de a Constituição Federal expressamente afirmar como direito fundamental tal direito, o mesmo é relativizado para garantir que a propriedade exerça sua função social. Nesse contexto, o imperativo mandamental que traduz o pensamento do legislador são os artigos 182⁶, 186⁷ da Carta Maior, que prevêm

⁴ MEIRELES, Hely Lopes *Direito Administrativo Brasileiro*, 28. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 123.

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade(...)

⁶ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º -(...)

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

⁷ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

expressamente a necessidade de que a propriedade cumpra sua função social, bem como trazem o instituto da expropriação por utilidade pública ou interesse social, a qual se dá mediante prévia indenização em dinheiro ou por outra forma estabelecida em lei, desde que plenamente aprovada por maioria absoluta dos membros da casa colegial.

Já o art. 243⁸ do mesmo diploma legal assegura, em uma assertiva deveras absolutista, a possibilidade de o Estado expropriar uma propriedade particular sem qualquer indenização, no caso em que a área esteja sendo utilizada para cultivo de plantas psicotrópicas. Tal artigo é regulamentado pela Lei 8.257/91, que dispõe acerca da expropriação de glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas.

Nesse sentido, a administração pública possui a faculdade de executar por si as decisões por seus próprios meios, sem intervenção do judiciário. No entanto, isto não impede que o particular que se sentir lesado em seus direitos se socorra do Poder Judiciário para corrigir ilegalidade administrativa. A auto-executoriedade não pressupõe execução sumária, sem defesa, visto que isto feriria frontalmente a Constituição.

Assim, o judiciário foi provocado a se pronunciar acerca da expropriação da totalidade de uma propriedade utilizada em parte para cultivo de plantas psicotrópicas ilegais. Na desapropriação citada, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região reformou a decisão de 1º grau e determinou a expropriação apenas da parcela de terra onde foi encontrada a plantação ilegal. Contudo, a União recorreu e levou a questão à Suprema Corte que decidiu por unanimidade no sentido de que a Carta Constitucional ao usar o termo “gleba”, o faz no sentido de propriedade como um todo e não parte dela, por isso a desapropriação deve ser de todo o imóvel.

Reside exatamente neste ponto a questão controvertida sobre o tema. Principalmente porque, no caso em comento, a parte do cultivo de *cannabis sativa* corresponde a 0,06% da propriedade total, o que pode parecer irrisório. Podemos admitir, portanto, que a decisão do tribunal superior apenas se justifica no contexto de uma aliança no sentido de combater o narcotráfico. Devemos entender a expropriação como sanção, e o motivo que lhe dá causa é a prática de crime que tem no confisco do bem uma parte da sua punição.

Percebe-se que o chamado poder de polícia, as limitações administrativas à liberdade e à propriedade, exercidas através de ações fiscalizadoras, repressivas ou preventivas, com vistas ao benefício da sociedade, são ratificadas pelo poder judiciário, bem como pelo legislativo, que estipulou o confisco da propriedade utilizada para cultivo de plantas psicotrópicas ilícitas como mecanismo de combate ao tráfico.

⁸ Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

4 DAS RAZÕES DA DECISÃO

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 assegura o direito fundamental à propriedade, conforme anteriormente referido. Entretanto, note-se que o direito à propriedade não é absoluto e subjetivo, do qual o indivíduo é titular, visto que está condicionado ao bem estar da coletividade.

Sendo assim, caso não atenda sua função social, a propriedade poderá sofrer intervenção do Estado, que poderá se dar de duas formas: a) intervenção restritiva; b) intervenção supressiva. Na primeira hipótese o Estado restringe algumas prerrogativas quanto ao domínio, sendo que o particular continua com a propriedade. Já na segunda hipótese, a propriedade é transferida ao poder público, por meio da desapropriação.

Leciona Hely Lopes Meirelles¹⁰ sobre o tema:

"Desapropriação ou expropriação é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública ou, ainda, por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro (CF, art. 5º, XXIV), salvo as exceções constitucionais de pagamento em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, no caso de área urbana não edificada, subtilizada ou não utilizada (CF, art. 182, § 4º, III), e de pagamento em títulos da dívida agrária, no caso de Reforma Agrária, por interesse social (CF, art. 184)".

O caso em análise dá-se justamente hipótese excepcional disciplinada pela Lei 8.257/91, que trata de expropriação de terras utilizadas para plantio de plantas psicotrópicas, no caso, pés de *cannabis sativa*. A questão controversa seria se toda a propriedade deveria ser expropriada pelo Estado, ou somente a área utilizada para o cultivo ilegal, visto que a norma legal utiliza o termo gleba, que é definida como área de terras.

O pleno do tribunal decidiu por unanimidade que o termo gleba abrangeria toda a propriedade, não apenas a parcela de terra onde foi encontrada a plantação ilegal de plantas psicotrópicas. O ministro Eros Grau, relator do processo, frisou ser inaceitável que o termo gleba fosse utilizado como parte da propriedade. Em suas palavras, frisou que "Gleba é área de terra, não porção ou parcela dessa área, é o imóvel, simplesmente".

Asseverou-se, no ponto, que a linguagem jurídica prescinde de retórica e que cada vocábulo nela assume significado no contexto no qual inserido. Ressalte-se que, no caso, havia parecer da Procuradoria Geral da República no sentido de que a expropriação

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

¹⁰ MEIRELES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 123.

deveria ser parcial. No entanto, ao contrário, a decisão trouxe novo paradigma, no sentido de que enfatizou a posição do tribunal superior em utilizar as decisões como política pública de combate ao narcotráfico. E é somente neste sentido que tal decisão se justifica.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Einstein já houvera se pronunciado, sutil e eficazmente, quanto ao imperativo mandamental da consciência humana que impele à eterna lei da inércia, referindo a desproporcional (in)segurança que buscamos, e nos torna escravos de paradigmas, ao referir que *"é mais fácil desintegrar um átomo do que um preconceito"*.¹¹

Nesse sentido, foram necessários séculos para que o direito fundamental à propriedade fosse relativizado, pois implicitamente o ser humano entende ser absoluto seu direito sobre aquilo que possui. No entanto, um novo paradigma surge no momento em que a mais alta corte brasileira admite a expropriação total de um imóvel que estava sendo utilizado apenas em parte no cultivo de plantas psicotrópicas.

Percebe-se que todos os poderes do Estado buscam caminhar harmonicamente em prol de um objetivo comum, que é o combate ao narcotráfico. Assim, enquanto o Poder Legislativo editou norma possibilitando a expropriação de glebas utilizadas para cultivos de plantas psicotrópicas, e o Poder Executivo utiliza seu poder de polícia para efetivamente expropriar o bem, o Poder Judiciário, em um julgado eminentemente interpretativo ratifica a intenção dos demais poderes de combater às drogas através de medidas que, por vezes, são deveras lesivas ao particular.

Cabe salientar que, em se tratando de exercício do poder de polícia, tem que se ter cautela quanto à necessidade de se adotar medidas para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbação ou prejuízo ao interesse público. Podemos adotar como medida a proporcionalidade, onde se busca o equilíbrio entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado, com a relação juridicamente adequada entre os meios adotados e os fins desejados, e eficácia, que busca o nexo entre a capacidade de realização e o fim pretendido.

Porém, ao contrário do que se pode entender em um primeiro momento, não há qualquer arbitrariedade no julgado do RE-543974, cujo relator Ministro Eros Roberto Grau sabiamente referiu ser ilógico expropriar apenas parte da propriedade, já que o objetivo além de assentar, seria punir o infrator. Logo, como medida coercitiva, que é a expropriação da totalidade do bem na medida em que a sanção têm o objetivo de desencorajar o infrator a voltar a delinquir.

O poder de polícia administrativo, como restrição à liberdade e à propriedade, pressupõe que liberdades individuais poderão ser suprimidas em prol da coletividade e, portanto, quando a propriedade não atende seu fim social, ao contrário, resta por lesar sobremaneira a sociedade, embasa a expropriação da totalidade de áreas de terra utilizadas para cultivo de plantas psicotrópicas. Foi, nesse sentido, que decidiu o Supremo Tribunal Federal, unanimemente, demonstrando a tendência que orientará os julgados pelos próximos anos.

¹¹ Albert Einstein

REFERÊNCIAS

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 4. ed. São Paulo: Del Rey, 2001

JÚNIOR, José Cretella. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Editora Forense, 1997

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editora.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editor

Site na Internet:

http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090403113452712 & mode=print

Site na Internet: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo540.htm>

A TRANSFORMAÇÃO DO MODELO POLÍTICO-INSTITUCIONAL DO ESTADO-NAÇÃO E O TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES

Sílvia Müller¹

1 INTRODUÇÃO

Atualmente pode-se verificar que a sociedade global vem sofrendo uma série de transformações, as quais deixam evidente a ineficiência do modelo institucional do Estado-nação, já que este não consegue se adaptar às novas necessidades que a sociedade apresenta. Ao lado disso, tem-se um novo modelo institucional, o qual é proposto por Manuel Castells, e é considerado mais eficiente para atender as questões sociais atuais, sendo este o Estado-rede.

Diante dessas dificuldades do Estado-nação em atender às necessidades atuais da sociedade, verifica-se o aumento de crimes, principalmente os transnacionais, como é o caso do tráfico internacional de mulheres. Nesse sentido, deve ser destacado que este crime só poderá ser efetivamente combatido quando os Estados criarem políticas públicas aptas a modificar suas causas, as quais se dão em razão da desigualdade de oportunidades existentes em razão do gênero, lembrando que essa mudança dificilmente ocorrerá sem a adoção da lógica existente no Estado-rede.

2 GLOBALIZAÇÃO E ESTADO-REDE

Diante do processo de globalização, que segundo Manuel Castells “é um processo segundo o qual as atividades num âmbito de ação determinada (a economia, os meios de comunicação, a tecnologia, a gestão do ambiente e o crime organizado) funcionam como unidade em tempo real no conjunto do planeta”,² que ocorre de forma mais marcante na sociedade desde o fim da década de 1980 e início da de 1990³, surgiu uma nova estrutura político-institucional, denominada Estado-rede.

O Estado-rede⁴ está sendo construído de acordo com as necessidades que a sociedade apresenta atualmente, motivo pelo qual é o único modelo que está apto a fornecer respostas para a crise de estrutura vivenciada pelo Estado-nação, a qual é consequência da era em que se vive, ou seja, da informação/conhecimento. Nesse sentido, segundo a Deputada Cristina Tavares, informação “é um recurso social vital. Do acesso à informação, de seu processamento pelos mais variados meios, de sua distribuição eficiente, depende toda e qualquer decisão de grupos ou instituições sociais nas sociedades

¹ Bacharelanda no curso de Ciências Sociais e Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – RS. Pesquisadora voluntária da Professora Sandra Vial no PPGD. Endereço eletrônico: silvia@netwizard.com.br

² PEREIRA, Luis Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). Sociedade e Estado em transformação. In: CASTELLS, Manuel. *Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação*. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999. p. 149.

³ BRANCO, Eustáquio Logoeiro Castelo. *O que é Globalização*. Disponível em: <<http://www.eduquenet.net/textglobalizacao.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

⁴ Denominação dada por Manuel Castells.

modernas”⁵, e que conhecimento é a base fundamental [...] para indivíduos, empresas, países e regiões”⁶ estarem aptos a enfrentar as mudanças em curso.

Ao lado disso, destaca-se que a globalização está fundada em um processo de desenvolvimento conceituado por Manuel Castells como informacionalismo da sociedade, que é a reestruturação do modo capitalista de produção no fim do século XX. A globalização se diferenciou das demais revoluções desse gênero porque ocorreu de forma global, difundindo-se por todo o mundo em pouco tempo, sendo que a adesão tardia de algumas sociedades se dá em razão da desigualdade social/cultural existente e, atualmente, em razão dessa mesma desigualdade, existem sociedades ainda excluídas desse momento mundial.⁷ Ressalta-se, que o informacionalismo não faz o poder do Estado desaparecer, mas este fica essencialmente baseado na “bagagem” cultural do povo, sendo que é em razão desta que as pessoas e instituições definem seu modo de agir, inclusive no que tange a tomada de decisões na política.⁸

O crescimento do mercado financeiro tem ocorrido principalmente pelo fenômeno globalização, sendo proporcionado pela integração de países que formam blocos econômicos/comunidades supranacionais⁹ (como Comunidade Econômica Europeia, União Europeia, MERCOSUL etc.), os quais representam os interesses da sua população e, principalmente, de empresas privadas (isso ocorre porque elas são as maiores responsáveis pelo crescimento econômico dos países) que possuem o intuito de se desenvolverem globalmente e ajudarem no crescimento econômico da localidade em que estão situadas.¹⁰

Já no que tange à mídia e à comunicação, que são de fundamental importância para o desenvolvimento do sistema global, não há mais o controle do Estado, o qual se utilizou por muito tempo do controle da informação para sustentar o seu poder, permitindo que fosse divulgado à população apenas o que fosse benéfico para si. Atualmente verifica-se uma situação diversa, ou seja, são os políticos que têm muita preocupação no que tange aos meios de comunicação, haja vista serem dependentes deste e não mais o contrário. Ainda, vale destacar, que um dos meios de comunicação ao qual é mais difícil de o Estado impor o seu controle é a internet, pois, com a sua privatização, não há mais nenhuma autoridade para supervisionar, sendo que o custo para os países autoritários fecharem a internet para sua população é muito alto.¹¹

Assim, é com o sistema global atual que se verifica a criação da sociedade em rede, sendo que ela é aplicada inicialmente de forma interna nos Estados e após nas relações

⁵ Deputada Cristina Tavares. Relatório e Anteprojeto da Subcomissão de Ciência e Tecnologia, Assembléia Nacional Constituinte, 1987. LASTRES, Helena M. M.; ALBAGLI, Sarita (orgs.). Informação e globalização na era do conhecimento. In: DANTAS, Marcos. *Capitalismo na Era das Redes: Trabalho, Informação e Valor no Ciclo da Comunicação Produtiva*. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 216.

⁶ LASTRES, Helena M. M.; ALBAGLI, Sarita (orgs.). Informação e globalização na era do conhecimento. In: LEMOS, Cristiane. *Inovação na Era do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 122.

⁷ Ibid., 1999. p. 67-71.

⁸ CASTELLS, Manuel. *Fim do Milênio*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venâncio Majer. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 3. p. 424.

⁹ Conforme José Luis Bolzan de Moraes, as organizações econômicas são importantes no cenário atual exatamente pelo fato de não possuírem nenhum vínculo com algum Estado particular. MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). *O Estado e suas crises*. In: MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13.

¹⁰ CASTELLS, Manuel. *O poder da Identidade*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 2. p.288-296.

¹¹ CASTELLS, Manuel. *O poder da Identidade*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 2. p. 298-301.

entre os Estados, na qual temos ao mesmo tempo “segmentação e diferenciação.” Como ocorre com todos os processos de evolução, o desenvolvimento da sociedade atual, principalmente no que tange ao conhecimento e à invocação, também acarretam de forma não desejada a marginalização¹² de determinadas pessoas e localidades, pois a “regra” hoje é que ou você se atualiza e acompanha a evolução ou, então, estará excluído desse “novo mundo”.

3 PERDA DA SOBERANIA PELO ESTADO-NAÇÃO E SOBERANIA PÓS-MODERNA

A globalização acarreta diversos efeitos no tocante à capacidade de intervenção do Estado-nação, pois esse modelo institucional não possui estrutura para atender as necessidades que a sociedade atual apresenta.¹³ Assim, percebe-se uma mudança no que diz respeito ao “poder como soberania.”¹⁴ Conforme José Luis Bolzan de Moraes, a soberania existente no Estado-nação:

[...] caracteriza-se, historicamente, como um poder que é juridicamente incontestável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas. Ela é, assim, tradicionalmente tida como una, indivisível, inalienável e imprescritível. Neste viés, pode-se dizer que a soberania é aquela caracterizada por uma estrutura de poder centralizado e que exerce o monopólio da força e da política – legislativa, executiva e jurisdicional – sobre um determinado território – como um espaço geográfico delimitado por suas fronteiras – e a população – como um conjunto de indivíduos que é reconhecido como cidadão/nacional – que o habita.¹⁵

Contudo, este conceito de soberania não é capaz de descrever o que está ocorrendo sociedade atual, motivo pelo qual o Estado não se apresenta mais como¹⁶

[...] centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista da arena internacional, sendo que contribuíram para o fim desse monismo a realidade cada vez mais pluralista das sociedades democráticas, além do novo caráter dado às relações internacionais, nas quais a interdependência entre os diferentes Estados se torna cada vez mais forte e mais estreita, quer no aspecto jurídico e econômico, quer no aspecto político e ideológico.¹⁷

¹² Conforme definição retirada do Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 3. ed., marginalização está empregada no sentido de pôr à margem de uma sociedade, de um grupo, da vida pública etc.

¹³ CASTELLS, Manuel. Op. Cit., 1999. v. 2. p. 287.

¹⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de (orgs). O estado e suas crises. In: MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9.

¹⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de (orgs). O estado e suas crises. In: MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11 .

¹⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). O estado e suas crises. In: ESPINOLA, Ângela Araújo da Silveira. *A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 50.

¹⁷ *Ibid.*, 2005. p. 56.

Diante do acima demonstrado há a possibilidade de se falar em uma nova soberania, a qual seria tratada como “uma soberania pós-moderna cujas fronteiras, próprias do modelo moderno do Estado Nacional, seriam flexíveis, sem que se saiba ao certo onde se iniciam e onde terminam, se é que se iniciam ou terminam em algum lugar demarcado”¹⁸. Assim, percebe-se o fim da concepção antiga de soberania, mas não do Estado-nação. Segundo Castells,

[...] os estados-nação sobreviverão, mas não sua Soberania. Eles se unirão em redes multilaterais com geometria variável de compromissos, responsabilidades, alianças e subordinações. O Estado não desaparece, porém. É apenas redimensionado na Era da Informação.¹⁹

Observa-se que o Estado vem tentando restabelecer sua identidade nacional através da restauração de sua legitimidade, contudo isso acarreta a perda de mais poder, passando o Estado “apenas” ter influência nas decisões. Essa perda de capacidade do Estado-nação se dá em razão da globalização de atividades essenciais como é o caso da econômica, da informação e do crime organizado.²⁰

Quanto à economia, o Estado-nação, considerado individualmente, já perdeu a maior parte do controle/intervenção sobre os mercados financeiros, pois hoje existe a necessidade de os países atuarem conjuntamente, como já ocorre com as empresas privadas que atuam em redes empresariais para estabilizar a economia. Assim, a interdependência dos mercados financeiros significa que os Estados mantêm a capacidade de intervenção na economia, contudo há a necessidade de adaptar suas políticas às necessidades que o mercado global apresenta.²¹

No que tange a prática de crimes, sabe-se que é uma das atividades mais antigas da humanidade, motivo pelo qual sempre foi necessária a existência de regras/códigos; todavia, atualmente existem redes globais de organizações criminosas, as quais realizam atividades em todo o planeta e que só surgiram em razão da tecnologia proporcionada pela era da informação e que atingem a economia nacional e internacional, a política e a segurança, bem como a sociedade em geral. A globalização do crime organizado é o conjunto de operações que ocorre com tudo que possa se atribuir um valor excessivo pelo fato de ser proibido o seu comércio, como é o caso do contrabando de mercadorias e de órgãos humanos, o tráfico de drogas, de pessoas, de informações e de tecnologia e a prostituição. Importante destacar que a lavagem de dinheiro é o ponto central do sistema, já que o dinheiro recebido pelas atividades ilegais é investido em atividades permitidas por lei e, em razão disso, há dificuldade dos governos desmancharem essas organizações criminosas.²²

¹⁸ Ibid., 2005. p. 12.

¹⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). O estado e suas crises. In: ESPINOLA, Ângela Araújo da Silveira. *A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 64.

²⁰ CASTELLS, Manuel. *O poder da Identidade*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 2. p. 287.

²¹ PEREIRA, Luis Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs). *Sociedade e Estado em transformação*. In: CASTELLS, Manuel. *Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação*. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999. p. 150-153.

²² CASTELLS, Manuel. *Fim do Milênio*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venâncio Majer. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 3. p. 203/204.

As redes criminosas se originam nacionalmente, sendo que o processo da globalização ao invés de extingui-las fez com que prosperassem, desenvolvendo-se em redes que se deslocam entre os países. Infelizmente, o principal motivo do aumento dessas organizações criminosas é a procura por parte da população pelos “produtos” ilegais comercializados por elas, ou seja, só há oferta se houver procura. Esse é um ramo que tem ampliado suas atividades, sendo que o tráfico de drogas ainda é a principal, mas o tráfico de mulheres e crianças também vem ganhando tristes proporções.²³

Em decorrência dos efeitos da globalização destacados acima, o Estado-nação perde parte da sua soberania/poder, pois, como já visto, as principais atividades, inclusive as ilícitas, são essencialmente globais.²⁴

4 ESTADO-REDE

Conforme já destacado, o Estado-nação não tem um modelo apto à atender as novas demandas sociais, motivo pelo qual há a necessidade de se adotar outra fórmula político-institucional, sendo esta o Estado-rede, que parece ser mais eficaz para enfrentar os novos desafios da era da informação, tendo apenas o intuito de redefinir o Estado-nação e não de extingui-lo. O Estado-rede é “[...] caracterizado por compartilhar a autoridade (ou seja, a capacidade institucional de impor uma decisão) através de uma série de instituições”²⁵. Sendo que a rede é algo que “[...] não tem centro e sim nós, de diferentes dimensões [...]”, lembrando que “[...] todos os nós são necessários para a existência da rede.”²⁶ A rede é formada pelo Estado-nação, que tem como função decidir assuntos juntamente com outras instituições supranacionais (como é o caso da União Europeia, Tribunal Europeu, presidentes de governo e chefes de Estado etc.), pelas instituições regionais e locais, bem como por organizações não-governamentais. Nesse sentido, sempre é bom ressaltar que a rede não ocorre apenas em âmbito internacional, mas sendo de grande importância sua existência entre as instituições internas dos Estados com o Estado. A formação dessas redes de instituições (internas ou externas) só é possível em razão do avanço tecnológico proporcionado pela era da informação, sendo indispensável para o sucesso dessa forma de Estado uma “administração flexível e conectada”.²⁷

Ressalta-se que não são todas as organizações e instituições que seguem o modelo da sociedade em rede; contudo, é necessário que a dada sociedade se encontre imersa na “lógica difusa da sociedade em rede”²⁸ para que esteja inserida na era da informação. Mesmo sendo a sociedade em rede a estrutura institucional que parece melhor atender aos

²³ Ibid., 1999. V. 3. p. 205-217.

²⁴ CASTELLS, Manuel. *O poder da Identidade*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 2. p. 306-320.

²⁵ PEREIRA, Luis Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs). *Sociedade e Estado em transformação*. In: CASTELLS, Manuel. *Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação*. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999. p. 163-165.

²⁶ PEREIRA, Luis Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs). *Sociedade e Estado em transformação*. In: CASTELLS, Manuel. *Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação*. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999. p. 163-165

²⁷ Ibid., 1999. p. 163-165.

²⁸ CASTELLS, Manuel. *Fim do Milênio*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venâncio Majer. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 3. p. 427.

desafios da sociedade atual, ela também tem “contradições, conflitos sociais e desafios”²⁹, como ocorre com as estruturas sociais “alternativas”³⁰. A diferença nessa estrutura de sociedade é que os desafios são ocasionados pela complexidade da rede.³¹

5 TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES

Inicialmente é de fundamental importância destacar que o crime de tráfico internacional de mulheres ainda é invisível na sociedade, o que se dá em razão de sua natureza clandestina e do silêncio das vítimas, as quais preferem não cooperar com as autoridades por medo de represálias dos traficantes, bem como pelos governos muitas vezes não as tratarem como vítimas, mas sim como criminosas.

O tráfico internacional de mulheres é, segundo o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC, na sigla em inglês) a terceira atividade ilícita mais lucrativa, perdendo, no que tange aos lucros, apenas para o tráfico de drogas e de armas³². De acordo com recentes estimativas, se for considerada a venda de pessoas e o valor de suas explorações pelas redes criminosas, o tráfico de pessoas gera anualmente cerca de US\$ 32 bilhões³³.

No que tange ao número de vítimas anuais do tráfico, há controvérsias, sendo que conforme estimativas da Federação Internacional Helsinque de Direitos Humanos da ONU, cerca de 4 milhões de pessoas são traficadas anualmente no mundo³⁴ e, segundo Jahic e Finckenaer, esse número foi quase que milagrosamente reduzido, pois estudos atuais falam de 600.000 a 900.000 pessoas traficadas por ano no mundo. Em razão dessas estatísticas desconhecidas, vários autores criticam os números e métodos utilizados para a obtenção de dados, haja vista a ausência de informação da origem destes, o que ocorre principalmente porque o tráfico de pessoas possui natureza clandestina/ilegal. Em razão disso, pode ser que ele nunca tenha estatísticas que demonstrem seus números reais. Nesse sentido, entende Laura Agustín: “Given that not only the sex industry but probaly half of all migrations are clandestine, no such figures [correct statistics on ‘trafficked women’] can exist”^{35, 36}.

²⁹ Ibid., 1999. v. 3. p.427.

³⁰ Ibid., 1999. v. 3. p. 427.

³¹ Ibid., 1999. v. 3. p. 416-430.

³² SOUZA, Luís Antônio Francisco de. Tráfico Internacional de Mulheres, Adolescentes e Crianças – Desafios Sociais, Legais e Institucionais na Nova Democracia do Brasil. *Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista*, Porto Alegre, v. 3, 2005. p. 34. Disponível em: <http://www.faccamp.br/Graduacao/Direito/downloads/revista_faccamp_3.pdf>. Acesso em: set. 2008.

³³ TRAFFICKING in Persons Report. *U.S. Department of State Publication 11407 office of the Under Secretary for Democracy and Global Affairs and bureau of public affairs*. Junho 2008, p. 34. Disponível em: http://burma.usembassy.gov/uploads/images/VHo_7qQLsrAnWLjchu0nvQ/HTPReport2008Burma.pdf>. Acesso em: ago. 2008.

³⁴ PIRES, Helena; GONÇALVES, Tamara Amoroso. Tráfico e exploração sexual de mulheres e meninas no Brasil. *Revista Jurídica Última Instância – on-line*. mar. 2007. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=36195>. Acesso em: set. 2008.

³⁵ (...) Dado que não apenas a indústria do sexo, mas provavelmente metade de todas as migrações é clandestina, a determinação de tais números [uma estatística correta sobre “mulheres traficadas”] não pode existir. Tradução Livre.

6 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA COMBATER O TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES

O tráfico internacional de mulheres tem aumentado consideravelmente em virtude dos efeitos do processo de globalização. Entre esses efeitos, pode ser destacado o desgaste da soberania do Estado-nação, altamente atingida pelas ameaças diretas das redes criminosas.³⁷ Assim, os Estados acabam realizando ações desesperadas no combate ao crime organizado, o que gera “um retrocesso significativo dos direitos, valores e instituições democráticas”³⁸, além de agravar as desigualdades - classe, raça, etnia - existentes na sociedade³⁹.

Diante disso, no ano de 2000 houve a ratificação, por mais de 80 países, em Palermo na Itália, da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional e, juntamente com este, mais dois protocolos, entre eles o Protocolo para Prevenir, Reprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, conhecido atualmente como Protocolo do tráfico. De acordo com o §4º, do artigo 9 desse instrumento legislativo, as causas do tráfico internacional de pessoas são a pobreza, o subdesenvolvimento e a desigualdade de oportunidades, sendo que os Estados devem realizar políticas públicas que tenham como objetivo extinguir ou ao menos diminuir esses fatores, os quais não são apenas causadores deste crime, mas de inúmeras outras violências que as mulheres sofrem cotidianamente (como, por exemplo, a doméstica). Ressalta-se que o principal fator que possibilita a existência do tráfico de mulheres é a vontade das vítimas de ter uma vida melhor, as quais migram para fugir da pobreza, do desemprego, da violência etc..⁴⁰ Nesse sentido, tem-se o seguinte trecho: “Sukie aceitou o convite” (de viajar para a Suíça para trabalhar num bar ou na área de turismo), “pensando em ganhar dinheiro para ajudar a família, comprar coisas, roupas [...]”⁴¹.

A pobreza, o subdesenvolvimento e a desigualdade de oportunidades são fatores relacionados, ou seja, um é consequência do outro. É no mercado de trabalho que se visualiza a principal desigualdade de oportunidades que as mulheres enfrentam, pois ganham menos que os homens e, na maior parte das vezes, são procuradas para exercer atividades desprestigiadas ou subalternas, o que gera uma situação de subdesenvolvimento e pobreza. Assim, as mulheres ficam vulneráveis a qualquer proposta que tenha por objetivo retirá-las desse círculo de “injustiças” que parecem ser irreversíveis.⁴²

³⁶ AUSSERER, Caroline. *Controle em nome da proteção: análise crítica dos discursos sobre o tráfico internacional de pessoas*. Rio de Janeiro, 2007. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais - Instituto de Relações Internacionais). PUC-Rio. Orientador(a): Nizar Messari. Defesa: 12/06/2007. p. 50-52. Disponível em: <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/cgi-bin/db2www/PRG_0651.D2W/SHOW?Mat=&Sys=&Nr=&Fun=&CdLinPrg=pt&Cont=10177:pt>. Acesso em: jun. 2008.

³⁷ CASTELLS, Manuel. *Fim do Milênio*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venâncio Majer. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 3. p. 240.

³⁸ Ibid., 1999. v. 3. p. 241.

³⁹ LEAL, Maria Lúcia Pinto e LEAL, Maria de Fátima Pinto. *Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial: Um Fenômeno Transnacional*. Socius (Centro de Investigação em Sociologia Econômica e Das Organizações) Working Paper. Publicação n.º. 4, 2005. p. 4. Disponível em: <<http://pascal.iseg.utl.pt/~socius/publicacoes/wp/wp200504.pdf>>. Acesso em: jul. 2008.

⁴⁰ AUSSERER, Caroline. Op. cit., 2007. p. 54.

Depoimento retirado do Projeto Trama. Disponível em: <<http://www.projeto trama.org.br/opiniao/depoimentos.asp#4>>. Acesso em: set. 2008.

⁴² LEAL, Maria Lúcia Pinto e LEAL, Maria de Fátima Pinto. Op. cit., 2005. p. 9.

Dessa forma, vê-se que as políticas públicas, que são categorias jurídicas que buscam maneiras para concretizar os direitos humanos e, mais especificadamente os direitos sociais⁴³, devem ser promovidas de forma bem organizada pelos Estados, pois há a necessidade de se criar mecanismos eficazes para garantir o mínimo existencial – educação, saúde, trabalho - para que as mulheres possam viver dignamente, bem como para que mantenham seu direito fundamental à liberdade intocado; sendo que, para que isso ocorra na prática, deve haver a preocupação em alterar o quadro de desigualdades existente, as quais se dão na maior parte das vezes em razão do gênero. Também, de fundamental importância é a realização de campanhas de divulgação da existência do tráfico internacional de mulheres, pois isso ajudaria no seu combate – já que existem pessoas que nem imaginam a existência dessa prática - e na eliminação/modificação de pré-julgamentos que a sociedade realiza no que tange as vítimas, principalmente quando o crime teve como finalidade a exploração sexual da mulher.

Assim, somente com a realização dessas políticas públicas capazes de alterar as raízes deste crime é que as mulheres deixaram de sofrer a brutal violência que é o tráfico de pessoas, já que, enquanto vítimas desse crime, além da restrição de sua liberdade sofrem abusos sexuais, estupro, atentado violento ao pudor, violência psicológica e outros.

Ainda, vale mencionar que o governo brasileiro possui algumas campanhas de divulgação do tráfico de mulheres e também já está realizando algumas ações no combate a essa prática (pois assinou o Protocolo do Tráfico, momento em que se comprometeu em planejar ações no combate a este crime), contudo, há a necessidade de se realizar ações mais específicas em alterar o quadro de desigualdades existentes em razão do gênero feminino, as quais possibilitam o aliciamento de mulheres, bem como de se comprometer de forma mais séria com a divulgação desse crime a população de todas as regiões do país.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das transformações que vem ocorrendo na sociedade global atual, as quais se dão em razão da globalização e da era da informação, há a necessidade de se modificar o modelo político-institucional do Estado-nação, já que este se mostra ineficaz para atender às necessidades atuais da população, devendo em razão disso ser adotado como modelo o Estado-rede, que está sendo construído de acordo com essas novas demandas da sociedade.

Em razão das ineficiências do Estado-nação e das inovações tecnológicas, o tráfico de mulheres tem sido facilitado, já que se tornou muito mais simples para os criminosos omitirem seus atos; essas ações dos criminosos também são facilitadas porque os governos ainda não possuem mecanismos tecnológicos suficientes para combater essas ações, como, por exemplo, combater a lavagem do dinheiro adquirido através da exploração de mulheres traficadas, o que também ajudaria a dismantelar toda uma rede de exploração.

Ao lado disso, é de fundamental importância a realização de políticas públicas que tenham por finalidade diminuir as desigualdades sociais existentes em razão do gênero feminino, o que conseqüentemente ajudaria no combate às diversas violências sofridas pelas mulheres, como o crime de tráfico internacional de pessoas.

⁴³ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo; Saraiva, 2006. p. 03.

REFERÊNCIAS

- AUSSERER, Caroline. *Controle em nome da proteção: análise crítica dos discursos sobre o tráfico internacional de pessoas*. Rio de Janeiro, 2007. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais - Instituto de Relações Internacionais). PUC-Rio. Orientador: Nizar Messari. Defesa: 12/06/2007. Disponível em: <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/cgi-bin/db2www/PRG_0651.D2W/SHOW?Mat=&Sys=&Nr=&Fun=&CdLinPrg=pt&Cont=10177:pt>. Acesso em: jun. 2008.
- BRANCO, Eustáquio Logoeiro Castelo. *O que é globalização*. Disponível em: <<http://www.eduqenet.net/textglobalizacao.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2008.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. - São Paulo; Saraiva, 2006. p. 03.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venâncio Majer; atualização para 6. ed. Jussara Simões. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.
- _____. *Fim do milênio*. Tradução de Klaus Brandini Gerhardt e Roneide Venâncio Majer. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 3.
- _____. *O poder da identidade*. Tradução de Klaus Brandini Gerhardt. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 2.
- LEAL, Maria Lúcia Pinto; LEAL, Maria de Fátima Pinto (orgs.). *Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial no Brasil*. PESTRAF: Relatório Nacional – Brasil. – Brasília: CECRIA, 2002. Disponível em: <http://www.cecria.org.br/pub/livro_pestraf_portugues.pdf>. Acesso em: jul. 2008.
- _____; _____. *Tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial: Um Fenômeno Transnacional*. Socius (Centro de Investigação em Sociologia Econômica e Das Organizações) Working Paper. Publicação n.º. 4, 2005. Disponível em: <http://pascal.iseg.utl.pt/~socius/publicacoes/wp/wp200504.pdf>. Acesso em: jul. 2008.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- PEREIRA, Luis Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (orgs). *Sociedade e Estado em transformação*. In: CASTELLS, Manuel. *Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação*. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999.
- PIRES, Helena; GONÇALVES, Tamara Amoroso. *Tráfico e exploração sexual de mulheres e meninas no Brasil*. *Revista Jurídica Última Instância – on line*. mar. 2007. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=36195>. Acesso em: set. 2008.
- PROJETO Trama. Disponível em: <<http://www.projtotrama.org.br/opiniao/depoimentos.asp#4>>. Acesso em: set. 2008.

SOUZA, Luís Antônio Francisco de. Tráfico Internacional de Mulheres, Adolescentes e Crianças – Desafios Sociais, Legais e Institucionais na Nova Democracia do Brasil. *Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista*, Porto Alegre, v. 3, 2005. p. 37. Disponível em: <http://www.faccamp.br/Graduacao/Direito/downloads/revista_faccamp_3.pdf>. Acesso em: set. 2008.

TRAFFICKING in Persons Report. *U.S. Department of State Publication 11407 office of the Under Secretary for Democracy and Global Affairs and bureau of public affairs*. Junho 2008. Disponível em: <http://burma.usembassy.gov/uploads/images/VHo_7QqLsrAnWljchu0nvQ/HTPReport2008Burma.pdf>. Acesso em: ago. 2008.

FUNDAMENTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS DA SOLIDARIEDADE E SUA RECEPÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Bruno Hermes Leal¹

1 INTRODUÇÃO

“Estou preso à vida e olho meus companheiros.
Estão taciturnos mas nutrem grandes esperanças.
Entre eles, considero a enorme realidade.
O presente é tão grande, não nos afastemos.
Não nos afastemos muito, vamos de mãos
dadas”.
Carlos Drummond de Andrade

Em obra clássica, dois autores americanos tentaram traçar o perfil axiológico da sociedade ocidental, assentando como valores principais a nortear o seu caminho a liberdade, a justiça e a ordem.² Pretendo, nas proporções deste espaço, estabelecer algumas reflexões no sentido de lobrigar, aqui e ali, na sociedade ocidental, um outro componente cultural – e jurídico - característico: a solidariedade.

A tentativa de definição de um conceito, desvinculado de uma corrente histórica, de forma pura, é sempre um desafio ao investigador da realidade. Tal afirmação há que ser entendida em consonância com dois outros fatores: primeiramente, pelo fato de o homem, em tempos imemoriais, ter convencionado nomes às coisas que sentia e via, por vezes, seguindo razões não muito claras³; por outro lado, por uma própria deficiência de apreensão ontológica completa dos seres, não se podendo chegar à compreensão absoluta do que seja a “verdadeira” solidariedade.⁴

¹ Acadêmico do 7º semestre da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pesquisador-bolsista (BIC-FAPERGS) junto ao grupo “A Arbitragem como Método de Resolução de Controvérsias”, sob a orientação da Professora Dr.ª Véra Maria Jacob de Fradera. Contato por brunoleal88@hotmail.com.

² STEIN, Peter; SHAND, John. *I Valori Giuridici della Civiltà Occidentale*. Traduzione di Alessandra Maccioni. Milano: Giuffrè, 1981.

³ Não se chegará aqui à discussão socrática, no diálogo platônico *Crátilo*, em que se discute a origem dos nomes das coisas. Todavia, concordamos com Leibniz, no sentido da procedência de uma convenção humana na adoção – se não criação – dos nomes: “Maintenant les mots étant employés par les hommes pour être signes de leurs idées, on peut demander d’abord comment ces mots y ont été déterminés; et l’on convient que c’est non par aucune connexion naturelle qu’il y ait entre certains sons articulés et certaines idées (car en ce cas il n’y aurait qu’une langue parmi les hommes), mais par une institution arbitraire en vertu de laquelle un tel mot a été volontairement le signe d’une telle idée”. Conferir, neste sentido, LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Oeuvres*. Paris: Charpentier, 1845. p. 206 et seq.

⁴ “Não sendo contemplação (de um sujeito frente a um objeto), mas aproximação em desenvolvimento, produz-se de forma circular ou, como se deve dizer mais corretamente – propõe Hassemmer -, em forma de espiral: o sujeito e o objeto aproximam-se, um ao outro, no processo de compreensão, pressupõem-se mutuamente nos diferentes níveis de aproximação. Este movimento – conclui – exclui a possibilidade de medir-se e comprovar-se a compreensão certa (o conhecimento verdadeiro)”. Vide GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. p.97.

Nesse sentido, o que impera é a ambiguidade do conceito e a dúvida no que toca a possíveis classificações da solidariedade.⁵ Importante ponto a ser destacado, novamente com o fim de bem delimitar o objeto deste estudo, é que, aqui, não se fará alusão aos laços de solidariedade historicamente constatados, como aquele que une os familiares.

É mister ressaltar que, igualmente, pretendemos investigar, especificamente, um conceito de solidariedade desvinculado das demais ciências que se utilizam da filosofia com propósitos anexos (como seriam os ângulos de análise da solidariedade religiosa, da solidariedade política, etc), isto é, tentar analisar a contextualização histórica, mas sem as especificidades entre parênteses.⁶

Seguindo esta ordem de idéias, a boa doutrina aconselha, solidariedade é vínculo recíproco em um grupo (*wechselseitige Verbundenheit*); é a consciência de pertencer ao mesmo fim, à mesma causa, ao mesmo interesse, ao mesmo grupo, apesar da independência de cada um de seus participantes (*Zusammengehörigkeitsgefühl*); no meio caminho entre o interesse centrado em si (*egoísmo*) e o interesse centrado no outro (*altruismo*) está a solidariedade, com seu interesse voltado para o grupo.⁷

Se situarmos o conceito de solidariedade no âmbito jurídico, contudo, alguns esclarecimentos preliminares são necessários de modo a delimitar metodologicamente o assunto deste ensaio. A origem etimológica da palavra “solidariedade” (de *solidum*, objeto do mundo sensível que é considerado em sua totalidade)⁸, aliás, explica a especificidade técnica do termo jurídico na seara do direito das obrigações.⁹

Não é, contudo, deste termo técnico que se cuidará aqui. Trata-se, antes, de adotar uma metodologia histórica para melhor situar-se dentro da metodologia jurídica – na acepção que lhe dá Castanheira Neves¹⁰ - quando nos deparamos com a questão complicada (o *aporia* de nosso caso) de investigar a forma de inserção da noção de solidariedade dentro do ordenamento jurídico. A

⁵ “Aparentemente, toda a gente compreende o sentido do termo sem se perceber das confusões que ele mascara. Será o mesmo laço que liga entre si as gentes de um mesmo sangue ou de uma mesma linhagem, que funda a dependência dos vassallos em relação ao suserano e vice-versa, que agrupa sábios, mágico, crentes em seitas, artesãos em guildas, que justifica a ‘lei do silêncio’ dos criminosos entre si, que une os ‘tiffosi’, os adeptos de uma equipe? [...] Dir-se-ia que esta palavra designa múltiplas experiências. E que, se a partir dela inventamos a imagem de uma defesa dos homens contra aquilo que os esmaga, esta definição é ainda causa de um conflito”. Vide DUVIGNAUD, Jean. *A Solidariedade: laços de sangue, laços de razão*. Tradução Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 9-10.

⁶ Como sói ocorrer com a doutrina que estuda a noção de solidariedade, sempre associando-a com outros fatores culturais. Conferir extensos comentários a respeito em NICOLETTI, Gioacchino. *Personalismo e Solidarismo*. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (orgs.). *Novissimo Digesto Italiano*. Volume XVII. p.836.

⁷ HÖFFE, Otfried (org.). *Lexikon der Ethik*. Munique: C.H.Beck, 1986. p. 287. (tradução livre).

⁸ « Étymologiquement le mot est une déformation du mot *solidum* qui, chez les jurisconsultes romains, servait à désigner l’obligation qui pesait sur les débiteurs lorsque chacun d’eux était tenu pour le tout (*in solidum*). Il semble que ce mot aurait dû évoluer en celui de *solidité* et c’est, en effet, celui qu’emploient les jurisconsultes français de la philosophie de l’ancien régime, Pothier notamment”. Vide LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique* 5ème éd. Paris: PUF, 1947. p. 985.

⁹ “Obrigações solidárias são duas ou mais obrigações independentes que somente têm de comum a satisfação do mesmo interesse. [...] Os credores ou devedores estão unidos, por força de lei ou voluntariamente, porque têm todos o mesmo fim. O fim é que é comum. Daí caracterizar-se a solidariedade ativa pela finalidade de se satisfazer qualquer dos credores e a solidariedade passiva pela satisfação do credor por qualquer um dos devedores”. Conferir PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 319. Tomo XXII.

¹⁰ “Na verdade, a metodologia jurídica (como qualquer outra metodologia) refere-se a um metaproblema. O jurista realiza o direito resolvendo os problemas jurídicos concretos, e o nosso problema é o da própria realização do direito que se cumpre e tem por conteúdo a resolução desses concretos problemas jurídicos. Ora, sempre a problemática exige, para que emerja como tal, uma certa situação de crise: quando surgem as aporias (‘dificuldade ou ausência do caminho’) o que até então era natural e, portanto, se resolvia naturalmente (acriticamente), torna-se ou explicita-se como problema que exige uma crítica (uma reflexão crítica)”. Conferir NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica*. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 23-4 *passim*.

investigação histórica é a reflexão crítica necessária para chegar-se até à compreensão situada do conceito investigado e começar a pensá-lo juridicamente.

No balanço destas duas perspectivas é que cremos ser a forma mais didática de expor a matéria, razão pela qual esta é a divisão que adotaremos na sequência: na primeira parte, procederemos à análise histórica da noção de solidariedade, perpassando, em primeiro lugar, alguns pensadores da Antiguidade que expuseram perspectivas aproximadas do que entendemos por solidariedade; em um segundo momento, analisar sinteticamente os pensadores, já no século XIX, que tentaram uma sistematização, um pensamento mais depurado a respeito do conceito ora estudado e a aproximação que fizeram entre a noção de solidariedade e o Direito.

Na segunda parte, tentaremos observar a recepção do conceito, até então desenvolvido, no mundo jurídico, observando a inserção do princípio da solidariedade social no contexto culturalista do Código Civil brasileiro e a interface com a diretriz da socialidade.

Pretendemos, ao final deste pequeno espaço de reflexão, ter estabelecido subsídios histórico-teóricos capazes de esclarecer o fundamento da aplicação do princípio da solidariedade no direito civil brasileiro hodierno.

2 CRÔNICA HISTÓRICA DA NOÇÃO DE SOLIDARIEDADE: DO ESTOICISMO AO SÉCULO XX

Obedecendo ao nosso propósito de estabelecer um conceito historicamente situado de solidariedade para, então, aproveitá-lo na compreensão da recepção jurídica de tal conceito, passamos à análise histórica do desenvolvimento do referido conceito.

É em Aristóteles que poderíamos buscar o fundamento, na Antiguidade, mais aprofundado de uma ação que, frente ao outro, conjugue a razoável satisfação de ambos. Noutras palavras, uma *praxis* razoável, uma ética do sujeito.¹¹ A expressão *zoon politikon*, aliás, atribuída ao Estagirita, já identifica o indivíduo como ser necessariamente situado na *polis*, tendo a sua satisfação, a realização de sua natureza condicionada ao “viver conjuntamente”.

Diversamente, uma outra corrente filosófica que trabalhou esta noção, já no século III a.C., os estoícos – na figura de um de seus maiores representantes, Cícero – divergiam da conduta eminentemente contemplativa característica dos filósofos gregos, para propugnar a celebração da

¹¹ « La célèbre phrase d'Aristote, selon laquelle l'homme est un animal politique, ne signifie pas que l'homme vit comme les fourmis et les abeilles au sein d'un lieu social, mais qu'il est un être qui ne peut parvenir à la réalisation de sa nature que par un vivre ensemble du genre de la polis. Seul un tel vivre ensemble – du moins pour la plupart des hommes – est une vie réussite. La polis est la communauté du bien vivre pour les familles et les groupes de familles en vue d'une vie parfaite et autarcique. La politique se trouve ainsi chez Aristote à côté de l'éthique, comme doctrine de l'adéquation ou de l'inadéquation des institutions politiques aux conditions de la réussite de la vie, comme doctrine de leur conformité ou non conformité à la nature ». Conferir SPAEMANN, Robert. *Bonheur et Bienveillance. Essai sur l'éthique*. Traduit de l'allemand par Stéphane Robilliard. Paris: Press Universitaires de France, 1997. p.14. (grifos nossos).

divindade do “conhecimento” através de sua prática. É na conduta do Homem, que busca, com o conhecimento, a melhor vida dos Homens, que se encontra a verdadeira razão do conhecimento.¹²

A partir de Cícero, o fundamento da razão encontra-se intimamente ligado com a socialidade (ou sociabilidade), no sentido de que encontram-se voltadas, ambas, para o “outro”. O Homem, enquanto racional, é social; e vice-versa. No exercício, na construção da sociedade, da promoção de si e do outro, o Homem emprega a razão; seu universo verdadeiro é a sociedade, a razão seria instrumento.¹³

Em período histórico posterior, com o advento do Cristianismo a noção de solidariedade entra em voga novamente, contrastando com um contexto cultural notadamente pagão, chamando atenção para a “Graça de Deus”, enquanto dom ofertado a alguém, cujo encargo era partilhá-la com os outros.¹⁴ O exemplo de Jesus Cristo foi transmitido pela Igreja Católica como o testemunho do maior desprendimento e expressão de preocupação aos demais, de que são exemplos vários excertos da Bíblia.¹⁵

Pelo curto espaço de que se dispõe, o leitor perdoará um salto histórico até o bojo de inclinações político-filosóficas da Revolução Francesa, quando posições diametralmente opostas, como girondinos e jacobinos, adotavam posição muito similar no tratamento de um tema delicado como o dos seguros públicos. Em diplomas legislativos distintos, expedidos em governos distintos, encontramos disposições comuns as quais remetem a um comprometimento social.¹⁶

¹² Assim é a passagem de Cícero: *“Les abeilles ne se rassemblent pas en essaims pour fabriquer des rayons de miel, mais, parce qu’elles sont sociables par leur nature, elles fabriquent des rayons. De même, et à combien plus forte raison, c’est parce qu’ils sont rassemblés par la nature que les hommes déploient de l’habileté dans l’action et dans la pensée. C’est pourquoi, si cette vertu qui consiste à prendre soin des hommes, c’est-à-dire de la société du genre humain, ne pénètre pas l’activité de la pensée, la pensée paraît souffrir de solitude et de faim. De même la grandeur d’âme, coupée de l’instinct social et du rapport humain, n’est plus que férocité et barbarie. Ainsi se fait que l’instinct et le rapport social des hommes surpassent l’application à connaître”*, reproduzida na bela monografia do autor brasileiro, com doutorado apresentado em Universidade francesa, Milton Valente. Vide CÍCÉRON, Marcus Tullius. De officiis. I, 61 ss. apud VALENTE, Milton. *L’Éthique Stoïcienne chez Cicéron*. Paris: Saint-Paul, 1956. p.194-5.

¹³ *“Ce n’est pas la pensée qui est l’univers propre de l’homme, mais la société. Celle-ci ne se réduit pas à un échange de connaissances et de discours, mais la raison et la parole sont par nature ordonnées à la construction de la société, c’est-à-dire à l’édification d’un univers humain, structuré par des liens étroits, pourvu d’utilités communes, réglé par des devoirs reciproques, rendu cohérent par des relations d’assistance, de protection, de bienveillance, de libéralité, de dévouement, d’amitié, un univers où l’homme pourra vivre en homme, parce que chacun vir pour l’autre”*. Vide VALENTE, Milton. *L’Éthique Stoïcienne chez Cicéron*. Paris: Saint-Paul, 1956. p.197.

¹⁴ *“Grace (charis) is different from human wisdom and human experience chiefly in the sense that it can spring neither from human intelligence nor human conscience, but must come to us as a gift from God. [...] Our Lord grew in ‘Grace with God and men’. This latter kind of charis might perhaps be rendered by our word ‘charm’. Christian charm is the utter manifestation of that inward balance, poise, harmony that results from the cultivation of intelligence, conscience and taste by relating to the others”*. Vide WALSH, Gerald Groveland. *Medieval Humanism*. New York: MacMillan, 1943. p. 3-5 *passim*.

¹⁵ Exemplificativamente: *“Evangelho segundo São Matheus, 22:36-40: ‘36 Mestre, qual é o grande mandamento na lei? 37 Respondeu-lhe Jesus: Amarás o Senhor teu Deus de todo o teu coração, de toda a tua alma, e de todo o teu entendimento. 38 Este é o grande e primeiro mandamento. 39. E o segundo, semelhante a este, é: Amarás ao teu próximo como a ti mesmo. 40. Destes dois mandamentos dependem toda a lei e os profetas”*.

¹⁶ São pertinentes as observações de Borguetto: *“Observons l’article 24 de la déclaration girondinne, lequel disait: ‘Les secours publics sont une dette sacré de la société. Et c’est à la loi d’en déterminer l’étendue’, bien comme l’article 21 de la déclaration jacobine: ‘Les secours publics sont une dette sacré; la société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d’exister a ceux qui sont hors d’état de travailler’*. Conferir BORGUETTO, M. *La notion de Fraternité en Droit Public Français. Le Passé, le Présent et l’Avenir de la Solidarité*. Paris: LGDJ, 1993. p.142 et seq. (grifos nossos).

O século XIX, assaltado pelas preocupações hauridas do pleno desenvolvimento de uma nova forma de capitalismo, é obrigado a rever a sua posição de “plenitude dos tempos”¹⁷ quando se depara com os resultados sociais que tamanho desenvolvimento causara. Na esteira dessa compreensão, podemos situar vários autores: Auguste Comte, pai do positivismo clássico, para quem a ideia de sociedade referida a uma individualidade hipostasiada é muito abstrata para que se possa conceber as transformações sociais, sendo necessárias as noções de ‘dever social’ e ‘dívida social’.¹⁸

De forma semelhante se manifesta J.P. Proudhon, segundo o qual “a sociedade é um ser vivo, dotado de uma inteligência de uma atividade própria, regida por leis especiais que só a observação descobre e cuja existência se manifesta, não sob uma forma física, mas pelo concerto e pela íntima solidariedade de todos os membros”.¹⁹

Sob o ponto de vista de alguns doutrinadores, o século XIX encerra um ciclo em que o termo “solidariedade” designava muito para ser apreendida neste vocábulo de forma compreensível. Assim, definem o século XX como o início de um tratamento que se quer sistemático (talvez científico) do termo referido.²⁰

É a partir dessa constatação, de maior sistematização no século XX, que faremos a transição para a segunda parte deste retrospecto histórico, isto é, passando a abordar alguns autores que, de forma mais sistemática, esmerilaram a temática da solidariedade, em movimento que se convencionou denominar de “solidarismo”.

Movidos fundamentalmente pela preocupação em encontrar uma resposta adequada para a premente questão social, para a qual se havia já conseguido com assinalável êxito uma solução além-Reno - traduzida no socialismo de Estado protagonizado por Bismarck -, os teóricos de que passamos a tratar vão lançar mão da ideia de solidariedade numa versão mais sistemática.²¹

¹⁷ “Tem havido, pois, várias épocas na história que se têm sentido, a si próprias, como chegadas a uma altura plena, definitiva; tempos em que se crê haver chegado ao fim de uma viagem, em que satisfaz-se um desejo antigo e se plenifica uma esperança. É a plenitude dos tempos, a completa maturidade da vida histórica”. Vide ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas*. Traduzido por Claudio Barbosa. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. p. 33-5 *passim*.

¹⁸ COMTE, Auguste. *Système de Politique Positive*. Paris: Mathias, 1851. p. 156-7. Tome I.

¹⁹ PROUDHON, Pierre Jean. *Du Principe Fédératif et de la Nécessité de Reconstituer le Parti de la Révolution*. Paris: Librairie Internationale Lacroix Verboeckhoven, 1868. p.423.

²⁰ “É somente no fim do século XIX que aparece a lógica da solidariedade com um discurso coerente que não se confunde com ‘caridade’ ou ‘filantropia’. A partir do fim do século XIX, quando se fala de solidariedade, pretende-se, com essa palavra, designar algo bem diferente. Trata-se de uma nova maneira de pensar a relação indivíduo-sociedade, indivíduo-Estado, enfim, a sociedade como um todo”. Vide FARIAS, José Fernando de Castro. *A Origem do Direito de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.190.

²¹ Neste sentido, à fórmula alemã do socialismo de Estado, dominada pelas ideias de centralização e regulamentação estaduais, vieram contrapor os referidos teóricos franceses, no quadro duma espécie de terceira via entre o liberalismo e o socialismo, a ideia de uma necessária coordenação de esforços entre as diversas instituições não-estaduais. Para precisos comentários a este respeito, vide o vocábulo ‘Solidarité’, à cura de EWALD, F. In: *Dictionnaire d’Éthique et de Philosophie Morale*. 2ème. éd. Paris: PUF, 1997. p.1.433 et seq.

Os dois autores a serem estudados – Léon Duguit e Maurice Hauriou²² –, por sua formação, têm em comum o fato de aproximarem, paulatinamente, as congeminações a respeito da noção de solidariedade do conceito de Direito. Esta é a razão de ser imputado ao seu movimento o fornecimento de uma base positiva para definir a atividade do Estado, base esta considerada muito mais sólida que a velha noção de soberania nacional ou popular.

Começemos por Duguit, para quem a “*solidariedade social é um fato imperativo, antes de mesmo se tornar norma jurídica, pois determina o comportamento dos indivíduos na sociedade. É em torno da solidariedade social que vai girar o desenvolvimento da vida individual e coletiva. Não há vida social fora da solidariedade*”.²³ Parte o ilustre constitucionalista do fato incontestável de que o Homem vive em sociedade, que sempre viveu em sociedade e que não pode viver se não dentro dela, com seus semelhantes.²⁴

O conceito de direito objetivo, pois, derivará necessariamente da ordem necessária a manter laços mínimos de solidariedade entre os integrantes de determinada sociedade²⁵; eis a chave para o raciocínio complementar – que irá desaguar lá onde o Direito Privado recebe o princípio da solidariedade – de que também o direito subjetivo é fundado sobre um dever de solidariedade.²⁶

A partir de 1925, outro gigante do Direito Público francês manifestou-se a respeito: Maurice Hauriou entendia que a sociedade e o indivíduo são dois elementos irreduzíveis um ao outro, visto que não se concebe indivíduo fora da sociedade, tampouco uma sociedade sem indivíduos. Introduz na discussão a perspectiva institucionalista, bem como profícuo termo, qual seja o conceito de função, o qual seria incorporado pelo “*direito social*”, em necessária relação com o conjunto social.²⁷

A principal contribuição de Hauriou, no sentido a que nos propusemos, em expressa resposta a Léon Duguit, é que a teoria da solidariedade social, enquanto laço, não serviria para explicar o fenômeno técnico jurídico, o sistema jurídico, senão para assentar uma série de princípios de justiça.²⁸

Assentadas estas premissas teóricas, em apertada síntese historiográfica, cremos ser possível proceder à análise da inserção do princípio da solidariedade no Direito civil brasileiro, consoante divisão já exposta na introdução.

²² Em momento posterior, retomando o caminho aberto por L.Duguit e M. Hauriou, o sociólogo Georges Gurvitch vai sistematizar a ideia do direito social, considerando-o impassível de ser reduzido unicamente a uma ‘política social do Estado’, em que o Estado, através de uma legislação social, intervém no domínio econômico para proteger os elementos mais fracos da sociedade. Em apertada síntese, poder-se-á dizer que as práticas do direito social são mais profundas e complexas do que isso, implicando um pluralismo jurídico na vida real do direito, que é uma consequência do pluralismo de fato na realidade social. Vide GURVITCH, Georges. *Le temps présent et l'idée du droit social*. Paris: Philosophique J. Vrin, 1931. p. 132 et seq.

²³ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2ème éd. Paris: A. Fontemoing, 1921. p. 234. Tome II.

²⁴ DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 4ème.éd. Paris: E. de Boccard, 1923. p.10.

²⁵ DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 4ème.éd. Paris: E. de Boccard, 1923. p. 14.

²⁶ « *Le droit objectif étant fondé sur la solidarité sociale, le droit subjectif en dérive directement et logiquement. [...] L'homme vivant en société a des droits ; mais ces droits ne sont pas des prérogatives qui lui appartiennent en sa qualité d'homme ; ce sont des pouvoirs qui lui appartiennent parce que, étant homme social, il a un devoir social à remplir et qu'il doit avoir le droit de remplir ce devoir. On voit qu'on est loin de la conception du droit individuel. La liberté est un droit parce que l'homme a le devoir de développer aussi complètement que possible son activité individuelle ; car son activité individuelle est le facteur essentiel de la solidarité par division du travail*”. Vide DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 4ème.éd. Paris: E. de Boccard, 1923. p. 16.

²⁷ HAURIOU, Maurice. *Principes de Droit Public*. Paris: L. Larose, 1910. p. 37-42 passim.

²⁸ HAURIOU, Maurice. *Principes de Droit Public*. Paris: L. Larose, 1910. p. 67.

3 RECEPÇÃO JURÍDICA DO CONCEITO DE SOLIDARIEDADE: DA CONSTITUIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL

Se considerarmos a Constituição Federal como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico brasileiro, como achamos devido, é necessário que se perquiria se o princípio da solidariedade tem fundamento constitucional para que se lhe atribua algum tipo de recepção jurídica. Tal realidade parece bem clara a partir do disposto no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal de 1988.²⁹

A doutrina que estuda a Hermenêutica ensina-nos, pelo menos, duas lições importantes nesse sentido: a primeira, a de que a lei não contém palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*)³⁰, razão pela qual a solidariedade, alçada à condição de objetivo fundamental da República, não pode ser inócua, disposição decorativa do Constituinte; de outro lado, o postulado hermenêutico de que o ordenamento jurídico não pode ser analisado pontualmente, “aos pedaços”, desconsiderando o contexto global em que se insere.³¹

Ora, quer parecer-nos que a solidariedade, pois, não pode ser considerada mera “advertência” ou “recomendação” da Constituição Federal, razão pela qual é mister que se lhe reconheça alguma eficácia jurídica. Acreditamos que a categoria dentro da qual se pode emprestar a devida eficácia jurídica à noção de solidariedade é a de “princípio”, enquanto espécie do gênero norma.³²

Em suma: se na história da filosofia se tratava a solidariedade como valor a ser atingido, transforma-o agora, a inserção no Direito, em “princípio”, a exigir, conforme as possibilidades fáticas do caso concreto, a realização de seu conteúdo, passível este, por sua vez, de ponderação no nível de sua aplicação; e, por outro lado, a harmonizar todo o ordenamento jurídico conforme seu conteúdo normativo. Tendo a Constituição Federal assentado a solidariedade como objetivo da República Federativa do Brasil, cumpre especificar nosso propósito, analisando de que forma tal princípio poderá influir nas relações privadas dos indivíduos.

A recepção do princípio da solidariedade no Direito Civil brasileiro pode ser compreendida de duas formas principais: primeiramente, sob a perspectiva da crescente influência que os princípios constitucionais vêm exercendo sobre o Direito Privado, flexibilizando antigas fronteiras-marcos do pensamento jurídico – entre público / privado, desde há muito relativizadas³³ -, culminando no que se

²⁹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

³⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.91.

³¹ “A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a parti dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum”. Vide GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 34.

³² “Los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”. Vide ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Traducido por Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p.73.

³³ Basta lembrar o que escrevia, ainda no século XIX, o Visconde do Uruguai, em sua obra-prima: “Tome o leitor nota, e tenha bem presente, que são numerosos os contatos da ordem pública com a ordem privada; que é extramente difícil, senão impossível, estabelecer entre elas uma linha divisória completa, e perfeita, para não concluir de um ou outro caso, em que mais ou menos se confundem, que são inúteis ou errôneas as distinções e doutrinas que se tem exposto, as quais somente podem ser bem entendidas pela leitura e combinação de todo este trabalho. É um sistema cujas partes se ligam, auxiliam, modificam, e explicam umas pelas outras”. URUGUAI, Paulino Jose Soares de Souza, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. (Reimpressão fac-símilar da obra de 1892). Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 34.

convencionou chamar de “direito civil-constitucional”; de outro lado, a estrutura reformadora do Código Civil de 2002, inovando o fundamento cultural que norteava o Código Beviláqua.

Assim, no que concerne ao primeiro ponto, muito se tem escrito sobre a matéria da constitucionalização do Direito Privado e a relativização da autonomia da vontade. É necessário referir, nesse sentido, a importância de uma lógica comunicativo-dialógica do Direito Civil com a Constituição, subordinado a esta, albergando seus princípios e, em última análise, seus valores.

Tal é, em apertada síntese, o fundamento da escola do Direito Civil-Constitucional: a começar pela restrição (ou funcionalização) da autonomia privada³⁴, a Constituição transmite ao Código Civil – e daí, vinculando todas as relações privadas sob sua égide – o maior valor da proteção à dignidade da pessoa humana do que ao seu patrimônio; à concepção de um indivíduo que “quer”, mas “quer” de forma situada, contextualizada no ambiente social.³⁵

Em percuciente estudo da influência do princípio da solidariedade social no Direito Civil, Luis Renato Ferreira assenta que, com a ideia de constitucionalização que vem se admitindo, impossível se torna aceitar que um dos objetivos da República não atinja a vida dos membros desta mesma República, justamente na parte de suas atividades privadas que mais os põem em contato com o mundo externo.³⁶

De outro lado, o professor Miguel Reale sempre externou nos debates a respeito da feitura do Projeto do Código que a atividade de todas as comissões legislativas nortear-se-ia por algumas diretrizes principais, tais como a operabilidade, a eticidade e a solidariedade. Para os fins deste estudo, cabe destacar a diretriz da socialidade, entendida assim como o esforço do legislador de superar o caráter individualista, apanágio da época do antigo Código, impondo funções aos modelos jurídicos e o compromisso deles com a coletividade, em simbólica migração da visão liberal-individualista para uma perspectiva social-humanista dos institutos.³⁷

A diretriz da socialidade traz à balha a situação (do verbo *situar*) da autonomia da vontade – postulado que não é mais absoluto, nem mesmo no Direito Privado – em um ordenamento jurídico que prima pela valorização da pessoa humana contextualizada, que perpassa por situações econômicas variáveis, a justificar a revisão de alguns dogmas contratuais; que não pode ter sua dignidade

³⁴ “Abbandonata la strada del liberismo economico e delle costruzioni individualistiche, l’accento è posto sulla solidarietà economica e sull’interesse superiore della società, considerati i più sicuri parametri della meritevolezza di tutela giuridica degli istituti civilistici, particolarmente in tema di autonomia negoziale e di situazioni patrimoniali, e fra queste, principalmente, la proprietà privata e l’impresa”. Vide PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991. p.71-2.

³⁵ Fundamentais são os comentários do professor Tepedino: “O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do Direito Privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional”. Conferir, na íntegra, TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.7.

³⁶ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no Novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.132.

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 67.

subordinada a uma cláusula contratual, tampouco aos caprichos da má-utilização da grande propriedade agrária.³⁸

Tais observações remetem-nos a outro conceito muito presente na codificação de 2002: o culturalismo, a partir das noções de “experiência” e “concreção” sociais³⁹, entendido como a adoção da noção de cultura como paradigma central nos domínios das ciências humanas, e, principalmente, do Direito. Noutras palavras, compreender que a cultura é, em suma, ou *a priori* – absolutamente não-estático- que define a nossa forma de ser, de conhecer, de compreender, de sentir e de regular nossas relações, inclusive juridicamente. Nesse universo cultural dinâmico, processual, integrativa e interdisciplinar, o Direito é, por sua vez, uma espécie de experiência cultural.⁴⁰

Em um plano mais dogmático, concordamos com a professora Maria Celina Bodin de Moraes quando afirma que é na seara da responsabilidade civil objetiva que se pode vislumbrar uma das mais eficazes manifestações do princípio da solidariedade civil⁴¹. Isto porque, segundo a autora, o fundamento ético-jurídico da responsabilidade objetiva é unitário e deve ser buscado na concepção solidarista de proteção dos direitos de qualquer pessoa, injustamente lesada, fazendo-se incidir o seu custo na comunidade, isto é, em quem quer que com o ato danoso esteja vinculado.⁴²

É na conjugação destes dois fatores: por um lado, da atual constitucionalização do Direito Civil, através do diálogo entre a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, com o influxo do princípio constitucional da solidariedade no exercício da autonomia privada; por outro, da própria estrutura do Código Civil de 2002, que abarca uma diretriz da socialidade como norteadora de seus institutos; que vemos com clareza a recepção do princípio da solidariedade no Direito Privado brasileiro.

4 CONCLUSÃO

De tudo, fica a compreensão de que movimentos – jurídicos e filosóficos – há muito convergem para a superação de um estigma constatado pelo gênio da filósofa, quando dizia que “o que torna tão difícil suportar a sociedade de massas não é o número de pessoas que ela abrange; antes, é o fato de

³⁸ Já nos manifestamos a respeito do novo perfil da autonomia da vontade, mormente no que tange ao campo das relações contratuais, dissecando o que se pode entender por “função social do contrato” no atual Estado Democrático brasileiro, em LEAL, Bruno Hermes. Da revogação do princípio da função social dos contratos: reflexões sobre a aplicação jurisprudencial do artigo 421 do Código Civil e sua interface com o dever de fundamentação das decisões judiciais. In: *Anais do V Seminário de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*. Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2008.

³⁹ “o Projeto não rege os atos dos indivíduos abstratamente considerados, mas antes o ‘indivíduo situado’, em função de suas concretas circunstâncias, tal como é reclamado pelas correntes mais atuais do Direito, concebido como ‘experiência’ e ‘concreção’. Não interessa ao jurista o indivíduo isolado, como pura abstração, mas sim, repito, o homem situado, o integrado na sua circunstância. O ensinamento de Ortega y Gasset, ‘Eu sou eu e minhas circunstâncias’, é válida, também, para o jurista”. Vide REALE, Miguel. Diretrizes Gerais do projeto de Código Civil. In: *Direito, Ciência Política e Administração*. Fortaleza: Instituto Clóvis Beviláqua, 1977. p.23.

⁴⁰ Vide MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e Experiência no novo Código Civil. In: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Edição Especial. V. 2, n.4 (jun. 2004). Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, 2004. p. 442.

⁴¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEREIRA, A.C.Alves; MELLO, C.R.D. de Albuquerque (coords.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.527.

⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). *O Tempo e o Direito – embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 869-70.

que o mundo entre elas perdeu a força de mantê-las juntas, de relacioná-las umas às outras e de separá-las".⁴³

A metodologia histórica abordada neste pequeno espaço serviu ao propósito a que nos propusemos, qual seja a contribuição ao alicerçamento de uma filosofia que seria recepcionada pela Constituição de 1988 e pelo Código de 2002.

Passando pela tradição estoica, que desenvolveu, mormente no pensamento de Cícero, uma ética baseada na razão enquanto complemento da condição da socialidade do indivíduo, a tradição cristã renovou uma crença na dedicação do Homem ao próprio Homem. Atravessando episódios de maior ou menor individualismo, o advento de uma Revolução Industrial e seus consectários sociais desastrosos reacendeu uma preocupação com a noção de solidariedade.

A sistematização do século XIX traz o tempero necessário para consubstanciar uma premissa fundamental (ainda que vista sob diferentes aspectos pelos autores tratados na segunda subseção da primeira seção) de contato entre o Direito e a solidariedade: seja no sentido de ver o Direito como forma de preservar nível mínimo de solidariedade (Duguit); seja no sentido de que a partir da solidariedade deflua não o próprio Direito, mas alguns princípios de Justiça (Hauriou).

O itinerário seguido pelo trabalho orienta-nos, justamente, à densificação de um conceito de solidariedade para que possamos compreender ao que a Constituição brasileira de 1988 quis referir-se no seu inciso primeiro do art. 3º. A partir deste assento constitucional, juntamente com as premissas hermenêuticas de que tratamos, parece claro atribuir ao conceito de solidariedade o *status* de princípio jurídico, com certo conteúdo normativo.

No que tange ao Direito Privado, ponto que nos propusemos a explorar diretamente, a adoção do princípio da solidariedade parece ser extreme de dúvidas haja vista os dois fenômenos descritos, quais sejam: (i) a presente constitucionalização do Direito Privado, com a mobilização das balizas entre o Direito público e privado; (ii) a orientação culturalista, situando o homem individual, concreto, cheio de contingências históricas e circunstanciais, no *socius*, em constante interação com este, por exemplo, na reparação das ações suas que causam danos ao *alter*, seja pela funcionalização de um dos pilares da autonomia privada, o contrato.

REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Traducido por Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- ARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- BORGUETTO, M. *La notion de Fraternité en Droit Public Français. Le Passé, le Présent et l'Avenir de la Solidarité*. Paris: LGDJ, 1993.
- COMTE, Auguste. *Système de Politique Positive*. Paris: Mathias, 1851. Tome I.
- DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 4ème.éd. Paris: E. de Boccard, 1923.
- _____. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2ème éd. Paris: A. Fontemoing, 1921. Tome II.

⁴³ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.62.

- DUVIGNAUD, Jean. *A solidariedade: laços de sangue, laços de razão*. Tradução Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- EWALD, F. Solidarité. In: *Dictionnaire d'Éthique et de Philosophie Morale*. 2ème. éd. Paris: PUF, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GURVITCH, Georges. *Le temps présent et l'idée du droit social*. Paris: Philosophique J. Vrin, 1931.
- HAURIOU, Maurice. *Principes de Droit Public*. Paris: L. Larose, 1910.
- HÖFFE, Otfried (org.). *Lexikon der Ethik*. Munique: C.H.Beck, 1986.
- LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. 5ème éd. Paris: PUF, 1947.
- LEAL, Bruno Hermes. Da revogação do princípio da função social dos contratos: reflexões sobre a aplicação jurisprudencial do artigo 421 do Código Civil. In: *Anais do V Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*. Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2008.
- LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Oeuvres*. Paris: Charpentier, 1845.
- MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. In: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Edição Especial. V. 2, n.4 (jun. 2004). Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, 2004.
- _____; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). *O Tempo e o Direito – embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. O princípio da solidariedade. In: PEREIRA, A.C.Alves; MELLO, C.R.D. de Albuquerque (coords.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica*. Coimbra: Coimbra, 1993.
- NICOLETTI, Gioacchino. Personalismo e Solidarismo. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (orgs.). *Novissimo Digesto Italiano*. Volume XVII.
- ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. Traduzido por Claudio Barbosa. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.
- PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. Tomo XXII.
- PROUDHON, Pierre Jean. *Du Principe Fédératif et de la Nécessité de Reconstituer le Parti de la Révolution*. Paris: Librairie Internationale Lacroix Verboeckhoven, 1868.
- REALE, Miguel. Diretrizes Gerais do projeto de Código Civil. In: *Direito, Ciência Política e Administração*. Fortaleza: Instituto Clóvis Beviláqua, 1977.
- SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no Novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SPAEMANN, Robert. *Bonheur et Bienveillance. Essai sur l'éthique*. Traduit de l'allemand par Stéphane Robilliard. Paris: PUF, 1997.

STEIN, Peter; SHAND, John. *I Valori Giuridici della Civiltà Occidentale*. Traduzione di Alessandra Maccioni. Milano: Giuffrè, 1981.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II.

URUGUAI, Paulino Jose Soares de Souza, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. (Reimpressão fac-símilar da obra de 1892). Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

VALENTE, Milton. *L'Éthique Stoïcienne chez Cicéron*. Paris: Saint-Paul, 1956.

WALSH, Gerald Groveland. *Medieval Humanism*. New York: MacMillan, 1943.

ACESSO ABERTO: UMA ALTERNATIVA PARA O CONFLITO ENTRE DIREITO DE AUTOR E ACESSO AO CONHECIMENTO NO ÂMBITO ACADÊMICO

*Eduardo Pires¹
Jorge Renato dos Reis²*

1 INTRODUÇÃO

As discussões acerca dos Direitos Autorais e os conflitos de direitos fundamentais decorrentes de tal sistema encontram-se no centro das atenções, tanto do meio acadêmico, quanto no âmbito da sociedade em geral.

No Brasil, o Ministério da Cultura e outras instituições têm promovido encontros com a participação de grandes estudiosos da área como o intuito de estudar alternativas que venham a harmonizar a situação de conflito entre os direitos fundamentais do autor e da coletividade. Conflito que se mostra de difícil solução, sobretudo frente às novas tecnologias, pois estas facilitam o compartilhamento e o acesso aos bens intelectuais, sem o controle do autor.

Com o objetivo de analisar uma das alternativas para esta almejada harmonização de interesses, de forma específica no meio acadêmico, é que se pretende verificar no presente trabalho um movimento denominado de Acesso Aberto e que tem por escopo a disponibilização gratuita e sem quaisquer restrições da produção científica na Internet.

Para isso, é importante, em um primeiro momento que se exponha o conflito existente entre autor e sociedade, especialmente frente às novas tecnologias para em seguida tratar do Acesso Aberto como uma possível forma de solução da conflituosidade mencionada.

2 DIREITO DE AUTOR FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Presenciamos contemporaneamente uma evolução constante e veloz dos meios tecnológicos. Novos equipamentos e avanços nos meios de telecomunicação e informáticos ocasionaram uma revolução nos meios comunicativos e de acesso às fontes de conhecimento e cultura, o que, conseqüentemente, provocou o surgimento de um novo modelo de sociedade.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Bolsista CAPES – PROSUP, Membro dos Grupos de Pesquisa Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo, Advogado. E-mail: pires@viavale.com.br

² Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno- Itália, Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Pesquisador e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado UNISC, Professor na graduação da UNISC. Professor colaborador da Scuola di Dottorato in Diritto Tullio Ascarelli da Università Degli Studi di Roma TRE. Professor de cursos de Pós-Graduação Lato-Sensu da UNIVALI de Biguaçu - SC, da CESUSC de Florianópolis, da UCS de Caxias do Sul - RS, da UNISC, entre outras, Advogado. E-mail: jreis@viavale.com.br

Nesse mesmo sentido, Rodrigues refere que “a emergência, desenvolvimento e difusão de novas tecnologias de informação e comunicação estariam na base da estruturação de um novo quadro de relações sociais e econômicas, configurando um novo tipo de sociedade”³

Tal tipo de sociedade convencionou-se chamar de “Sociedade Informacional”, em que a informação e o conhecimento passam a constituir bens de imensurável valor, indispensáveis para o desenvolvimento econômico, tecnológico e cultural da sociedade como um todo.

Ocorre, então, que a partir desta exigência social pelo acesso à informação aliada às inúmeras inovações tecnológicas, desponta uma alteração radical nas tradicionais práticas profissionais e sociais referentes à criação e uso dos bens intelectuais, bem como da difusão da informação e do conhecimento.

A partir da possibilidade de digitalização da informação, permite-se à sociedade transpor fronteiras de conhecimento e informação nunca pensadas. “A informação em meio digital pode ser reproduzida instantaneamente, com perfeita exatidão, sem esforço significativo”⁴ e de forma barata, quando não gratuita.

Neste contexto, a socialização do conhecimento passa a constituir uma das principais bases da inovação e da construção de outros novos conhecimentos. Por isso, sob o ponto de vista social, tornam-se extremamente valiosas as ferramentas que a internet e demais inovações tecnológicas proporcionam para o compartilhamento dos bens intelectuais, já que estes se constituem como fontes de conhecimento e o acesso a eles é requisito para a promoção do desenvolvimento cultural, econômico e tecnológico de uma sociedade.

Com efeito, a internet diminuiu, de forma fantástica, as barreiras de espaço e tempo, promovendo o desenvolvimento da Sociedade Informacional que tem seu fundamento baseado no conhecimento, na pesquisa, na fácil acessibilidade e utilização da informação.⁵

Contudo, este progresso tecnológico, tendo em vista permitir uma maior acessibilidade e rapidez aos bens intelectuais, provoca, nas palavras de Gonzaga Adolfo, “um tsunami no Direito Autoral”⁶.

Deste modo, o Direito de Autor ganha uma importância jamais vista antes, uma vez que o bem intelectual, considerado o produto mais valioso e essencial dentro da atual sociedade, acaba por levantar em torno de si as mais importantes discussões.⁷

Evidencia-se, assim, uma conflituosidade sem proporções e de difícil solução, em que de um lado tem-se o autor, que requer a tutela sobre as suas criações, para que possa receber a remuneração pela utilização dos bens provenientes de seu intelecto, inclusive como meio de incentivo à criação; de outro lado tem-se a coletividade que pretende continuar a se beneficiar das tecnologias ora existentes para

³ RODRIGUES, Maria de Lurdes. Análise das condições sociais do desenvolvimento da sociedade da informação. Disponível em: <http://www.riicyt.org/interior/normalizacion/Vltaller/S4_Soc/rodriguesdoc.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2009.

⁴ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 245.

⁵ WACHOWICZ, Marcos. *Direito fundamental do autor: tensão constitucional entre a propriedade intelectual e o direito à liberdade de informação dos bens informáticos*. Anais do V Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2008.

⁶ ADOLFO, op. cit. p. 227.

⁷ ROVER, Aires Jose. Os paradoxos de proteção à propriedade intelectual. Disponível em: <http://info.jur.ufsc.br/aires/arquivos/jurua-20omar%20paradoxos%20propriedade%20intelectual%20internet.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2009.

fins de acesso e difusão da informação e do conhecimento, como meio de promoção do desenvolvimento da sociedade como um todo.

Em uma análise da referida situação a partir da Carta Magna de 1988, verifica-se que a tutela jurídica aos direitos de autor é reconhecida constitucionalmente através do artigo 5º da Constituição federal, quando prevê que ao autor é concedido o “direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras”⁸, conferindo-lhe ainda o direito de fiscalização sobre a utilização econômica das obras que criar ou em que participar da criação.⁹

Da mesma forma, mas em contraposição, há a previsão constitucional dos direitos de acesso à informação, à cultura e à educação, previstos nos artigos 5º, inciso XIV, 215, e 205 da Constituição Federal:

“XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”

“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”

Surge, nesse sentido, um conflito de direitos fundamentais, de um lado, o direito de autor ao monopólio sobre a utilização de sua obra e de outro lado, o direito da sociedade à informação, à educação e à cultura.

Conforme destaca Aline Vitalis:

verificou-se um conflito entre a necessidade do progresso da educação e da cultura como fatores fundamentais para o desenvolvimento da nação e a imperatividade da concessão da proteção legal às criações intelectuais surgidas em seu contexto, exatamente como estímulo para a produção de obras de engenho pelos respectivos nacionais. O choque de interesses é evidente: o interesse do autor (individual) volta-se para a proteção e retribuição econômica de sua obra, ao passo que o da coletividade corresponde à fruição dessa mesma obra.¹⁰

No tocante à discussão a respeito da ligação entre autor, sua obra e o interesse coletivo, há entendimentos que asseveram ser a criação intelectual fruto exclusivo do trabalho individual do autor, e por isso, cabendo a este a titularidade privativa do direito sobre a sua criação, sem sofrer qualquer forma de interferência externa. De outro lado, há os que entendem que o criador da obra intelectual

⁸ Constituição Federal de 1988, artigo 5º, XVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

⁹ Constituição Federal de 1988, artigo 5º, XVIII, b - São assegurados, nos termos da lei: 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.

¹⁰ VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação. In: BRASIL, Ministério da Cultura. Direito autoral. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. p. 205.

retira da sociedade a inspiração para sua criação e que o trabalho nada seria se não existisse a humanidade, não cabendo, portanto, ao Direito de Autor caráter de direito absoluto.¹¹

Modernamente, frente à importância que o conhecimento e até mesmo a informação representam para a sociedade, não há como se admitir a análise de um direito de autor com uma visão unitária, em que ao criador da obra intelectual é outorgada exclusividade absoluta sobre a obra. É verdade que não há como negar ao autor a tutela sobre o bem de sua criação; entretanto, essa proteção deve estar em harmonia com os direitos da sociedade.

Nesse sentido, Hammes preleciona: “juntamente com a aceitação do Direito de Autor, desenvolveu-se o reconhecimento de que o mesmo está sujeito igualmente a uma vinculação social. Em nome do interesse comum, o autor deve tolerar restrições aos seus direitos”.¹²

Há a necessidade de se proteger as criações intelectuais, propiciando ao autor retirar os proventos correspondentes da sua criação, inclusive, como meio de incentivo à produção de novas obras. Contudo, esta proteção deve sofrer restrições sempre que servir de empecilho à difusão do conhecimento e disseminação de cultura.

Assim, surge a questão da funcionalização do Direito de Autor, tendo em vista o entendimento de que, assim como ocorre com a propriedade material, da mesma forma deve ocorrer com a propriedade imaterial, ou seja, a Propriedade Intelectual, na qual está compreendida o Direito de Autor também deve cumprir sua função social.

A partir disto e levando-se em conta o presente cenário de conflituosidade entre autor e sociedade, pode-se definir a função social do direito de autor como a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a proteção do direito exclusivo do autor em equilíbrio com o maior acesso coletivo às obras intelectuais.¹³, ou em outras palavras, como a busca pelo equilíbrio entre o direito fundamental do autor e os direitos fundamentais da coletividade de acesso à informação, cultura e educação.

Contudo, o estabelecimento do equilíbrio almejado entre autor e a coletividade não parece tarefa nada fácil, haja vista o distanciamento existente entre a legislação¹⁴ que regula o Direito Autoral, que, diga-se de passagem, de caráter extremamente protecionista e patrimonialista, e as práticas da sociedade no acesso e compartilhamento dos bens intelectuais.

Mas a sociedade e o governo estão se “mexendo”. O tema tem sido objeto de inúmeras pesquisas e debates, tanto no âmbito da pesquisa acadêmica, quanto em estudos e eventos promovidos pelo Ministério da Cultura.

Percebe-se assim um esforço na busca de alternativas para solução e harmonização dos conflitos e é com esse propósito que surge o movimento Acesso Aberto, o qual nasce como uma alternativa para solução dos conflitos expostos, especificamente no meio acadêmico e que se pretende abordar a partir deste momento no presente trabalho.

¹¹ Ibidem, p. 204.

¹² HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual: subsídios para o ensino*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998. p. 76/77.

¹³ CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Editora Juará, 2008, p. 97.

¹⁴ Lei nº 9.610 de 1998.

3 ACESSO AO CONHECIMENTO NO MEIO ACADÊMICO E O ACESSO ABERTO

O acesso ao conhecimento faz parte do interesse de toda uma sociedade, porém para o meio acadêmico ele torna-se uma necessidade, já que o conhecimento científico é o substrato básico que o pesquisador precisa dispor para que seja capaz de efetivar seu trabalho de criação intelectual científica. O acadêmico tem “grande necessidade de compartilhar, de permitir acessar e ter acesso à informação científica para poder descobrir, criar e inovar.”¹⁵

Com efeito, considerando que o acadêmico sobrevive da difusão de suas obras e de seus impactos, que muito raros são os que realmente têm retorno financeiro pela venda de suas criações intelectuais, já que quem ganha de verdade, nesse contexto, são as editoras e que em última análise a legislação autoral tem o objetivo de tutelar os direitos do autor e não da editora, percebe-se que no caso das obras acadêmicas, os conflitos acerca do Direito de Autor parecem de mais fácil solução.

Nessa perspectiva é que ganha força o movimento denominado de Acesso Aberto (*Open Access*), que tem por base a publicação digital de obras acadêmicas de forma a serem disponibilizadas a toda comunidade.

De acordo com Oretellado e Machado, o Acesso Aberto pode ser conceituado como “a disposição livre e pública de um texto na Internet, de forma a permitir a qualquer usuário a leitura, *download*, cópia, impressão, distribuição, busca ou o link com o conteúdo completo de artigos, bem como a indexação ou o uso para qualquer outro propósito legal sem fins comerciais”¹⁶. Com isso as únicas restrições que restam para fins de reprodução e distribuição das obras acadêmicas são: o controle do autor quanto a integridade da obra, o direito de ser citado e a necessária autorização e remuneração quando se tratar de utilização comercial.

O Acesso Aberto pode ser aplicado a todos os trabalhos dos quais os autores não focam seus objetivos no recebimento de retorno financeiro, como artigos científicos, comunicações a conferências e congressos, teses e dissertações, relatórios técnicos, *working papers*, relatórios governamentais, entre outros, pois usualmente nestes tipos de trabalho o que se busca não é o pagamento, mas sim uma produtividade científica e seus impactos, que são medidos usualmente por meio do número de citações que o trabalho alcança em outros trabalhos.

A esse respeito, alguns estudos mostram uma vantagem para o acadêmico nesta seara, já que os artigos publicados em periódicos de Acesso Aberto tem auferido um impacto maior do que os de acesso restrito, ou seja, os artigos em Acesso Aberto tem sido mais citados dos que os de acesso pago.

Nos últimos anos, o movimento tem gradativamente ganhado força a nível internacional. Este fato pode ser confirmado pelos vários documentos, encontros, fóruns e acordos estabelecidos sobre a temática entre universidades, sociedades científicas e organizações governamentais, já que a problemática do acesso ao conhecimento tem afetado os mais diversos países.

Nesse sentido, entre os vários encontros, acordos e documentos sobre o tema é necessário destacar como uma das principais referências do Acesso Aberto a Declaração de Berlim sobre o Acesso Livre ao Conhecimento nas Ciências e Humanidades, de 22 de outubro de 2003, subscrita por diversas

¹⁵ MACHADO, Jorge. Difusão do conhecimento e inovação - o Acesso Aberto a publicações científicas. Disponível em: http://www.acessoaberto.org/acesso_aberto_carta_de_sao_paulo.pdf Acesso em :10 mai. 2009.

¹⁶ ORTELLADO, P. MACHADO, J. Direitos autorais e publicações científicas. Disponível em: <http://www.adusp.org.br/revista/37/r37a01.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2009.

instituições científicas, dentre elas a *Scholarly Publishing and Academic Resources Coalition* (SPARC), *Open Society Institute*, *Electronic Society for Social Scientists*, *Public Library of Science*, entre outras, além de representantes de inúmeras universidades.¹⁷

Está disposto na referida declaração que:

É necessário apoiar novas formas de difusão do conhecimento. Não só através da maneira clássica, senão também utilizando o paradigma do acesso aberto por meio da Internet. Definimos o acesso aberto como uma ampla fonte de conhecimento humano e patrimônio cultural aprovada pela comunidade científica.¹⁸

Com efeito, o Acesso Aberto insurge com uma ideia louvável para a esfera acadêmica, visto que permite à sociedade o acesso ao conhecimento, fazendo, desta forma, com que se cumpram os direitos constitucionais de acesso à informação e ao conhecimento sem, todavia, violar os direitos de autor, pois, ao contrário, beneficia o pesquisador (autor) já que possibilita um maior impacto sobre a divulgação de suas criações intelectuais.

4 MEIOS DE PROMOÇÃO DO ACESSO ABERTO

Existem duas principais formas de se promover o Acesso Aberto para os bens intelectuais de âmbito acadêmico. A primeira delas seria por meio de revistas de acesso livre e a segunda com a utilização de repositórios institucionais.

As revistas de acesso livre trabalham de forma a disseminar o conhecimento científico por meio de artigos disponibilizados por autores que da mesma forma tem como principal foco o compartilhamento do conhecimento e difusão de suas criações. Portanto, este tipo de revista não se utiliza das prerrogativas dos direitos autorais para restringir o acesso. Não são cobrados taxas ou assinaturas pelo acesso à via *on-line*, sendo que usualmente as despesas são pagas por meio de outras alternativas, como a cobrança pela versão impressa, taxa de publicação, entre outras formas.¹⁹

Apesar de o número de revistas de acesso livre estar crescendo de forma considerável, estas ainda representam um número muito pequeno se comparadas as revistas de acesso restrito, o que ainda representa um certo monopólio do conhecimento científico em favor das indústrias editoriais.

Assim, frente à imperiosa necessidade de acesso ao conhecimento, inclusive como reivindicação social, faz-se necessário também a utilização de outras alternativas, no caso do Acesso Aberto, os repositórios institucionais.

Conforme dispõe Crow, "repositório institucional é um arquivo digital de produtos intelectuais criados por professores de uma instituição, por uma comunidade de pesquisadores e estudantes"²⁰. Esta é uma ferramenta que possibilita a reunião, preservação, acessibilidade e o compartilhamento dos resultados alcançados com as pesquisas institucionais, promovendo-se desta forma a disseminação de

¹⁷ MACHADO, Op. cit.

¹⁸ A Declaração de Berlin é disponibilizada em diversas línguas. Disponível em: <http://www.zim.mpg.de/openaccess-berlin/berlindeclaration.html>. Acesso em: 10 mai. 2009

¹⁹ RODRIGUES, Eloy. Acesso livre ao conhecimento: a mudança do sistema de comunicação da ciência e os profissionais de informação. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/664/1/Semin%20a%20rio%20GTTI-%20BAD%20-%20Lisboa-%2019%20de%20Outubro.pdf> Acesso em: 09 mai. 2009.

²⁰ CROW, R. The case for institutional repositories: a SPARC position paper. [S.l.]:The Scholarly Publishing and Academic Resource Coalition, 2002. Disponível em: <http://www.arl.org/sparc/IR/ir.html>. Acesso em: 08 de mai. 2009

grande parte do conhecimento de uma instituição e, conseqüentemente, contribuindo para o aumento da visibilidade da sua produção científica, bem como da própria instituição.

De fato, os repositórios institucionais além de promoverem o acesso ao conhecimento, ainda “podem contribuir para aumentar a visibilidade, imagem e “valor” público da instituição, servindo como indicador tangível da qualidade da universidade e demonstrando a relevância científica, econômica e social das suas atividades de investigação e ensino.”²¹

Leite, a respeito dos materiais de possível armazenagem nos repositórios expõe que:

Os repositórios institucionais (RI) possuem uma diversidade de tipologia de conteúdos e formatos que podem ser armazenados nos RI, tais como: artigos científicos, livros eletrônicos, capítulos de livros, *preprints*, *postprints*, relatórios técnicos, textos para discussão, teses, dissertações, trabalhos apresentados em conferências, palestras, material de ensino (slides, transparências, texto resumo, resenhas, trabalhos apresentados, entre outros), arquivos multimídia etc.²²

A criação dos Repositórios Institucionais é uma prática que vem crescendo a nível mundial, tendo em vista a necessidade do intercâmbio do conhecimento como insumo para a contínua criação intelectual.

No Brasil, há de se destacar os Repositórios da Universidade de Brasília - UnB e da Universidade Católica de Brasília – UCB

Conforme a UnB, seu repositório trata-se de “um conjunto de serviços oferecidos pela Biblioteca Central para a gestão e disseminação da produção científica e acadêmica da Universidade de Brasília. Todos os seus conteúdos estão disponíveis publicamente, e por estarem amplamente acessíveis proporcionam maior visibilidade e impacto da produção científica da instituição.”²³

De forma semelhante, na UCB o repositório institucional representa um dos segmentos da Biblioteca Digital, implantado como o fim de instituir um meio digital pelo qual as produções científicas docentes e discentes, possam ser publicadas, conhecidas e usadas pelos demais membros da comunidade acadêmica, bem como pela sociedade em geral.²⁴

Desta forma, espera-se que cada vez mais outras universidades tomem a mesma iniciativa e criem seus Repositórios Institucionais, pois além de promover a imagem da própria instituição, isto pode vir a contribuir de forma considerável para disseminação e conseqüente construção do conhecimento.

5 CONCLUSÃO

Os conflitos existentes entre o direito fundamental do autor e os direitos fundamentais da coletividade de acesso à informação, educação e cultura, que parecem, sob uma análise ampla, de

²¹ RODRIGUES, op. cit.

²² LEITE, F. C. L.; COSTA, S. M. S. Repositórios institucionais e a gestão do conhecimento científico. In: Encontro nacional de pesquisa e pós-graduação em ciência da informação, 6., Anais... Florianópolis: ENANCIB, 2005.

²³ Repositório Institucional da Universidade de Brasília. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/>. Acesso em: 11 mai. 2009

²⁴ Repositório Institucional da Universidade Católica de Brasília. Disponível em: <http://repositorio.ucb.br/ri/>. Acesso em: 10 mai. 2009.

difícil solução, ainda mais a partir da internet e da criação de programas e sistemas de compartilhamento de dados, em que músicas, livros, vídeos, filmes são acessados e reproduzidos instantaneamente e sem qualquer autorização ou remuneração ao autor.

Contudo, o movimento Acesso Aberto vem mostrando que, no âmbito acadêmico, a harmonização entre as partes conflitantes pode ser alcançada de forma muito mais fácil, pois neste meio o principal objetivo dos autores é simplesmente a maior disseminação e consequente impacto de suas produções científicas e não o retorno financeiro. Com isso, o movimento Acesso Aberto tenta unir as necessidades do autor e da sociedade, visando uma vasta disseminação das obras intelectuais científicas e assim um maior acesso ao conhecimento, harmonizando, deste modo, o direito de autor com o direito de acesso à informação.

Portanto, iniciativas como o apoio ao movimento Acesso Aberto, a partir da criação de repositórios institucionais, revistas de acesso livre e a elaboração de uma política consistente com respeito à divulgação de conteúdos digitais se ajustam perfeitamente com a demanda dos pesquisadores/autores acadêmicos em difundir sua criação intelectual e de ter acesso facilitado às pesquisas dos colegas. Isso equivale a dizer que com a prática do que se propõe no movimento Acesso Aberto consegue-se alcançar, ao menos a nível acadêmico, a efetivação da tão discutida função social do direito de autor, utilizando-se das novas tecnologias disponíveis em favor tanto do autor como da sociedade.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 245

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

BRASIL, Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil/leis/19610.htm Acesso em: 06 mai. 2009.

CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Editora Juará, 2008.

CROW, R. *The case for institutional repositories: a SPARC position paper*. [S.l.]:The Scholarly Publishing and Academic Resource Coalition, 2002. Disponível em: <http://www.arl.org/sparc/IR/ir.html>. Acesso em: 08 de mai. 2009.

DECLARAÇÃO DE BERLIN. Disponível em: <http://www.zim.mpg.de/openaccess-berlin/berlindeclaration.html>. Acesso em: 10 mai. 2009

DECLARAÇÃO DE BERLIN. Disponível em: <http://www.zim.mpg.de/openaccess-berlin/berlindeclaration.html>. Acesso em: 10 mai. 2009

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual: subsídios para o ensino*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998.

LEITE, F. C. L.; COSTA, S. M. S. *Repositórios institucionais e a gestão do conhecimento científico*. In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO, 6., Anais... Florianópolis: ENANCIB, 2005.

MACHADO, Jorge. *Difusão do conhecimento e inovação - o Acesso Aberto a publicações científicas*. Disponível em: [http://www.acessoaberto.org/acesso_Aberto](http://www.acessoaberto.org/acesso_Aberto_carta_de_sao_paulo.pdf)

[_carta_de_sao_paulo.pdf](http://www.acessoaberto.org/acesso_Aberto_carta_de_sao_paulo.pdf) Acesso em :10 mai. 2009.

ORTELLADO, P. MACHADO, J. *Direitos autorais e publicações científicas*. Disponível em: Disponível em: <http://www.adusp.org.br/revista/37/r37a01.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2009.

REPOSITÓRIO INSTITUCIONAL UNB. Disponível em: <http://repositorio.bce.unb.br/>. Acesso em: 11 mai. 2009.

RODRIGUES, Eloy. *Acesso livre ao conhecimento: a mudança do sistema de comunicação da ciência e os profissionais de informação*. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/664/1/Semin%3a1rio%20GTTI-%20BAD%20-%20Lisboa-%2019%20de%20Outubro.pdf> Acesso em: 09 mai. 2009.

RODRIGUES, Maria de Lurdes. *Análise das condições sociais do desenvolvimento da sociedade da informação*. Disponível em: <http://www.ricyt.org/interior/normalizacion/Vltaller/S4_Soc/rodrigues.doc.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2009.

ROVER, Aires Jose. *Os paradoxos de proteção à propriedade intelectual*. Disponível em: <http://info.jur.ufsc.br/aires/arquivos/jurua-20omar%20paradoxos%20propriedade%20intelectual%20internet.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2009.

WACHOWICZ, Marcos. *Direito fundamental do autor: tensão constitucional entre a propriedade intelectual e o direito à liberdade de informação dos bens informáticos*. Anais do V Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2008.

VITALIS, Aline. *A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação*. In: BRASIL, Ministério da Cultura. *Direito autoral*. Brasília: Ministério da Cultura, 2006.

IMPACTOS DA NANOTECNOLOGIA NO MUNDO DO TRABALHO¹

Marcelo Barroso Kümme²

Mariana da Silva Garcia³

Ana Carolina Espindola⁴

1 INTRODUÇÃO

A humanidade tem passado por ondas de revoluções técnico-científicas que, ao fim e ao cabo, representam a própria evolução da sociedade. Ao lado dos benefícios em vários campos do saber, a evolução está acompanhada de variadas problemáticas que atingem o ser humano e o ambiente em que vive.

A revolução industrial causou severas transformações no mundo do trabalho, modificando por completo a forma de produzir e fazendo surgir o direito do trabalho, com o objetivo de coordenar as relações entre capital e trabalho.

A revolução tecnológica que colocou o computador no centro do controle dos processos produtivos atingiu profundamente o mundo do trabalho, exigindo um trabalhador mais qualificado, ao tempo em que desmaterializou o trabalho. Hoje o trabalho pode ser feito à distância, fazendo com que as plantas industriais se desloquem pelo mundo em busca de melhores ofertas de mão-de-obra e facilidades tributárias e operacionais.

Essas profundas transformações atingem também a sociedade. Alguns autores identificam este conjunto de transformações como a passagem da primeira modernidade para a segunda modernidade, onde surgiria uma sociedade de risco.

Pois uma nova revolução está em curso, com a adoção da nanotecnologia no processo produtivo, abrindo campos de pesquisa na física, química e biologia. A utilização da técnica que trabalha próxima da escala atômica cria perspectivas de aperfeiçoamento de produtos, preparação de novos fármacos, diagnóstico e tratamento de doenças, desenvolvimento de cosméticos mais eficazes, etc., atingindo vários ramos da indústria agrícola, automotiva, biomédica, aeroespacial, dentre tantas outras.

Novamente o mundo do trabalho será diretamente atingido. Em primeiro lugar, porque a pesquisa desta área é pesquisa de ponta, que vem sendo explorada pelos países desenvolvidos que, ao dominarem esta tecnologia, farão com que os países do terceiro mundo tornem-se

¹ Projeto de pesquisa financiado pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA).

² Pesquisador. Professor de Direito do Trabalho e Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano de Santa Maria (UNIFRA). Mestre em Integração Latino-americana pela UFSM e Especialista em Direito do Trabalho pela UNISINOS. Integra o Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio, do Curso de Direito da UNIFRA. E-mail: marcelokummel@terra.com.br.

³ Acadêmica do Curso de Direito da UNIFRA. Bolsista do Programa de Iniciação Científica (PROBIC) da UNIFRA para o projeto de pesquisa Impactos da Nanotecnologia no Mundo do Trabalho. E-mail: garciamarian@hotmail.com.

⁴ Acadêmica do Curso de Direito da UNIFRA. Pesquisadora voluntária no projeto de pesquisa Impactos da Nanotecnologia no Mundo do Trabalho. E-mail: anacarolina.espindola@hotmail.com.

dependentes dos produtos realizados com mais eficiência e mais eficazes. Tal fato tende a extinguir empregos de qualidade nos países que não saírem à frente no processo de domínio das novas tecnologias.

Por outro lado, vai se exigir um trabalhador ainda mais qualificado para intervir no processo produtivo, em uma perspectiva de restrição do mercado de trabalho.

Demais disso, e como objeto deste trabalho, não existem pesquisas suficientemente esclarecedoras acerca dos riscos a que trabalhadores e pesquisadores estão submetidos durante o processo produtivo de nanopartículas ou mesmo durante sua pesquisa. Os benefícios dessa nova tecnologia são propagados, mas pouco se discute sobre os riscos dela advindos, principalmente para os trabalhadores que manipulam os produtos que contêm nanopartículas.

Dessa forma, parece necessário reconstruir a função essencial do direito do trabalho, de proteção ao trabalhador, aplicando o princípio da precaução na pesquisa e manipulação da nova tecnologia, especialmente enquanto não estiverem suficientemente esclarecidos a que riscos os trabalhadores e pesquisadores estão submetidos. Assim é necessário identificar qual a regulação jurídica capaz de cumprir o objetivo de resguardar a saúde física e mental de trabalhadores e pesquisadores.

Nesse sentido, a presente pesquisa procura verificar a capacidade de o ordenamento jurídico vigente dar conta desses novos desafios, bem como identificar nas experiências de outros países formas de regulação, prevenção e precaução, da manipulação desta nova tecnologia.

2 PROBLEMA E MÉTODO: COMO ABORDAR AS RELAÇÕES DE TRABALHO NO CENÁRIO DA NANOTECNOLOGIA

A nanotecnologia é uma realidade no mundo científico. Novos materiais, novas experiências, no campo físico, químico e biológico, são desenvolvidos a partir da utilização de nanopartículas (partículas cuja dimensão é de um bilionésimo do metro). Existe regulação jurídica capaz de, precaucionalmente, proteger direitos fundamentais (de proteção à intimidade, privacidade e saúde) de trabalhadores e pesquisadores expostos a estes novos materiais?

Para a abordagem do problema da pesquisa foi utilizado o método dialético, na comparação entre os avanços decorrentes do desenvolvimento da nanotecnologia e os riscos a que estão submetidos trabalhadores e pesquisadores, com o objetivo de verificar se o marco normativo brasileiro é capaz de proteger seus direitos fundamentais. Dessa forma, a pesquisa explora as contradições entre desenvolvimentismo e evolução tecnológica e os riscos a que os seres humanos estão expostos, na tentativa de verificar a existência de regulação capaz de mediar o conflito.

Para a abordagem do problema da pesquisa foi utilizado o método dialético, na comparação entre os avanços decorrentes do desenvolvimento da nanotecnologia e os riscos a que estão submetidos trabalhadores e pesquisadores, com o objetivo de verificar se o marco normativo brasileiro é capaz de proteger seus direitos fundamentais. Dessa forma, a pesquisa explora as contradições entre desenvolvimentismo e evolução tecnológica e os riscos a que os seres humanos estão expostos, na tentativa de verificar a existência de regulação capaz de mediar o conflito.

3 DEFINIÇÃO DE NANOTECNOLOGIA

No país, pouco ou nada se escreveu sobre os impactos da nanotecnologia no mundo do trabalho, mesmo que as pesquisas e a inserção de nanotecnologias nos processos produtivos já sejam uma realidade no Brasil.

Segundo a Comissão Europeia⁵, nanotecnologia:

[...] é uma nova técnica relativa ao estudo e ao controlo [sic] das propriedades da matéria à escala nanométrica: um nanómetro (milésima milionésima parte do metro) é o comprimento de uma pequena molécula. A esse nível, a matéria exhibe propriedades diferentes muitas vezes surpreendentes, desvanecendo-se as fronteiras entre as áreas técnico-científicas estabelecidas – resultando no carácter fortemente interdisciplinar associado às nanotecnologias.

Nano significa uma escala, uma medida, e não um objeto. Um nanómetro, cuja representação é “nm”, equivale a um bilionésimo do metro. “Um fio de cabelo humano tem aproximadamente 80 mil nanómetros de espessura. [...] Uma molécula de DNA tem aproximadamente 2,5 nm de largura. [...] Tudo em nanoescala é invisível a olho nu e até mesmo a todo o resto, exceto a microscópios muito poderosos.”⁶. Outro dado interessante para se compreender o novo mundo que se pretende pesquisar, é que trabalhando em nanoescala, ao se reduzir o tamanho dos materiais, mesmo sem mudar sua substância, suas propriedades podem ser modificadas, o que gera novos riscos àqueles que manipulam as matérias primas e produtos agora em nanoescala⁷.

4 NANOTECNOLOGIA E RELAÇÕES DE TRABALHO

Se até hoje a preocupação quanto à saúde dos trabalhadores não foi eficaz a ponto de evitar os acidentes do trabalho e doenças profissionais, a situação pode ser piorada com o contato com estruturas tão diminutas que nenhum equipamento de proteção individual será capaz de evitar a intoxicação do homem. Apenas como exemplo,

As nanofibras de carbono têm sido comparadas a fibras de asbesto, por terem formas similares. Estudos iniciais de toxicidade sobre algumas nanofibras de carbono demonstraram inflamação em células. Um estudo feito pela NASA encontrou que a inflamação dos pulmões é mais grave do que em casos de silicose [...]⁸.

Nesse caso, parece necessária a aplicação do princípio da precaução, para evitar as consequências que podem ser nefastas aos trabalhadores, enquanto não se esclarece o alcance dos danos que a nova tecnologia pode gerar. A precaução foi reconhecida no princípio 15 da

⁵ COMISSÃO EUROPEIA. *Nanotecnologias: inovações para o mundo de amanhã*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2004, p. 3.

⁶ GRUPO ETC. *Nanotecnologia: os riscos da tecnologia do futuro*. Tradução de José F. Pedrozo e Flávio Borghetti. Porto Alegre: L&PM, 2005, p. 13.

⁷ Idem, *ibidem*, p. 14.

⁸ GRUPO ETC, *Op.cit.*, p. 57.

Declaração do Rio, de 1992, firmada por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), sediada no Rio de Janeiro em 2002⁹:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Do conceito podem ser extraídas duas premissas caracterizadoras da precaução: 1) existência de ameaça de danos sérios e irreversíveis (portanto não é necessária a certeza desses danos); 2) a ausência de certeza científica dos danos não pode servir de escusa para a não adoção de medidas eficazes para evitar a degradação ambiental.

Para Kourilsky e Viney¹⁰, “[...] o princípio da precaução consagra a exigência social de um reforço da proteção ao meio ambiente e uma aplicação inédita de instrumentos aptos a gerir riscos potencialmente graves e irreversíveis, mas cujas probabilidades de realização são pouco conhecidas.”. Dessa forma, a precaução não exige a certeza do dano, significando que “[...] as pessoas e o seu ambiente devem ter em seu favor o benefício da dúvida quando haja incerteza sobre se uma dada acção [sic] os vai prejudicar.”¹¹. A autora afirma que o princípio da precaução funciona como uma espécie de “*in dubio pro ambiente*”, o que, em relação ao meio ambiente de trabalho, cuja proteção reflete-se na qualidade de vida e segurança dos trabalhadores, desvela o princípio da proteção, alicerçado no “*in dubio pro operário*”.

Como se vê, o sentido do princípio da precaução está em não realizar determinada atividade se a ciência ainda não identificou os riscos degradantes do ambiente, decorrente desta atividade. Este sentido exclui a ideia de que ainda não provado qualquer risco, é permitido que a atividade potencialmente degradadora possa ser exercida.

O princípio da precaução exige o uso da melhor tecnologia e das melhores práticas disponíveis¹², de modo a evitar a degradação ambiental por meio de processos superados. Isto força o próprio desenvolvimento da tecnologia, mas com o objetivo de obter tecnologia limpa, não poluidora, e não de simples redução de custos e maximização de eficiência, paradigma da modernidade.

“A exposição a produtos de Nanotecnologia pode também apresentar riscos para a saúde e segurança dos trabalhadores”¹³. A União Europeia trabalha sob esta perspectiva, reconhecendo a

⁹ DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (1992). In: SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Direito ambiental internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável, e os desafios da nova ordem mundial*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002. p. 328-334, p. 331-332.

¹⁰ Apud ALVES, Wagner Antônio. *Princípios da precaução e da prevenção no direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 43.

¹¹ ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11-55, p. 41.

¹² WOLFRUM, Rüdiger. O princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey/ESMPU, 2004. p. 13-28.

¹³ MELO, Helena Pereira de. O tamanho é importante? A nanotecnologia e o direito. In: *De rerum natura: Sobre a natureza das coisas*. Disponível em: <http://dererummundi.blogspot.com/2007/07/o-tamanho-importante-nanotecnologia-e-o.html>: Acesso em 12.09.2008.

necessidade de pesquisas para identificação dos riscos a que estão submetidos trabalhadores, pesquisadores e consumidores de produtos nanoestruturados¹⁴.

Apesar do propalado caráter interdisciplinar da abordagem da nanotecnologia, demonstrado fortemente no âmbito da física, biologia, química, matemática, computação e outros ramos das ciências naturais, as ciências humanas têm ficado de fora da discussão sobre o tema¹⁵. O financiamento das pesquisas, através dos editais de órgãos públicos de fomento, em regra não contemplam o aspecto do controle social sobre as pesquisas que se fazem. Nesse sentido, afirma Martins¹⁶:

Embora os recursos públicos aplicados no desenvolvimento da nanociência e nanotecnologia sejam oriundos dos impostos pagos pela sociedade, os atores e agentes que contribuem e decidem os rumos do desenvolvimento da nanociência e da nanotecnologia no Brasil não abarcam os atores e agentes sociais tais como entidades de defesa do interesse difuso da sociedade (meio ambiente, saúde e consumidor), *entidades representativas dos trabalhadores (como centrais sindicais, sindicatos e seus órgãos de assessoria)*, *entidades de defesa dos direitos humanos*, entidades relativas ao direito à saúde, entidades de defesa da participação popular, entidades religiosas, etc. [grifo nosso].

Não é possível que simplesmente se deixe de realizar pesquisas ou que se suprima toda e qualquer produção sob escala nanométrica nos locais de trabalho, até porque o uso da nanotecnologia pode ser um divisor de águas no desenvolvimento industrial dos países. E os países não podem proibir a pesquisa sob pena de exclusão do desenvolvimento mundial ou ineficácia de suas disposições legais frente ao poderio industrial. Para o Grupo ETC¹⁷:

Mas em um mundo onde prevalece a privatização da ciência e uma concentração de corporações sem precedentes, a democracia e os direitos humanos estão sendo erodidos, e a soberania está minada. A voragem por patentes de produtos e processos em nano escala pode significar monopólios dos elementos básicos, que são os blocos de construção de todo o mundo natural. Se as tendências atuais continuarem, as tecnologias em nanoescala irão concentrar ainda mais o poder econômico nas mãos das corporações multinacionais. Como será que os menos favorecidos irão se beneficiar de uma tecnologia que está fora de seu controle?

Portanto, a proibição das pesquisas ou do desenvolvimento de produtos nanoestruturados irá apenas acentuar a profunda desigualdade e exclusão, seja entre países ricos e pobres, seja entre indivíduos ricos e pobres.

Nesse sentido, é necessário identificar as questões éticas envolvidas, assegurando o direito à informação de trabalhadores e pesquisadores, identificando os riscos a que estão submetidos e criando controles para identificação prematura das consequências danosas à saúde¹⁸. Nesse sentido, Schulte e Salamanca-Buentello¹⁹ afirmam, ainda, a necessidade de os trabalhadores

¹⁴ TOMELLINI, Renzo. Nanotecnologia: um ponto de vista da Europa. In: MARTINS, Paulo Roberto (Org.). *Nanotecnologia, sociedade e meio ambiente: trabalhos apresentados no segundo seminário internacional*. São Paulo: Editora Xamã, 2006. p. 42-48.

¹⁵ MARTINS, Paulo Roberto (Org.). *Nanotecnologia, sociedade e meio ambiente: trabalhos apresentados no segundo seminário internacional*. São Paulo: Editora Xamã, 2006, p. 12-13.

¹⁶ Op.cit., p. 14.

¹⁷ Op. cit., p. 19.

¹⁸ SCHULTE, Paul A.; SALAMANCA-BUENTELLO, Fabio. Ethical and Scientific Issues of Nanotechnology in the Workplace. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, 12(5): 1319-1332, 2007.

¹⁹ Op. cit., p. 1326.

conhecerem os riscos e aceitarem a exposição a eles, embora reconheçam não ser esta escolha absolutamente livre, em razão das condições econômicas e sociais a que estão submetidos, o que reforça a necessidade de um marco regulatório mínimo que identifique a extensão dos riscos e proteja trabalhadores e pesquisadores vulneráveis aos efeitos deletérios do trabalho com produtos em escala nanométrica.

No âmbito da pesquisa que envolva seres humanos, vários princípios devem ser respeitados, aplicando-os, também, em relação a quem faz pesquisa: “[...] respect for free and informed consent; respect for vulnerable persons; respect for privacy and confidentiality; respect for justice and inclusiveness; balancing harms and benefits; minimizing harm; maximizing benefit.”²⁰. [Tradução livre: respeito pelo consentimento livre e informado; às pessoas vulneráveis; à privacidade e confidencialidade; à justiça e inclusão; balanço entre prejuízos e benefícios; e minimização dos danos e maximização dos benefícios].

Apesar de a autora identificar os princípios a serem seguidos, questiona se seu país, o Canadá, está aparelhado de um marco regulatório capaz de dar conta dos produtos e processos envolvidos pela nanotecnologia²¹.

Esta é também a visão europeia, no sentido de reconhecer a ignorância dos riscos decorrentes da manipulação de nanoestruturas, embora esboce um cenário de otimismo quanto à ausência de riscos. Nesse sentido a pesquisa científica é a chave para identificação dos riscos da manipulação de produtos desenvolvidos à escala nanométrica.

[...] fundado é o receio de que as nanopartículas possam ter também efeitos indesejados sobre os seres humanos e o ambiente: feitos a nível da saúde, por exemplo, já que a sua pequenez lhes permite, precisamente, penetrar nas células e até vencer barreiras biológicas (como a hemato-encefálica). Uma vez que se trata de substâncias passíveis de acarretar efeitos secundários desconhecidos – tal como, aliás, outras poeiras ultrafinas, entre as quais a fuligem de gasóleo, nos gases de escape dos automóveis –, a investigação científica deve, antes de mais, aclarar a sua inocuidade.²²

A literatura estrangeira já aborda o tema, como se pode ver em Mehta e Hunt²³, que reúne textos de pesquisadores norte-americanos que abordam os riscos da nanotecnologia, a ética na condução das pesquisas e o marco regulatório dessa nova era do desenvolvimento tecnológico.

Também a obra de Allhoff et al²⁴ reúne uma série de textos cujo foco é o impacto social da utilização da nanotecnologia. Da obra estado-unidense deve-se destacar a abordagem do princípio da precaução quando se trata da utilização dos novos produtos decorrentes do uso da nanotecnologia²⁵.

²⁰ SHEREMETA, Lorraine. Nanotechnologies and the ethical conduct of research involving human subjects. In: MEHTA, Michael; HUNT, Geoffrey (Edits.). *Nanotechnology: risk, ethics and law*. Londres: Earthscan, 2006, p. 248.

²¹ Idem, ibidem, p. 255.

²² COMISSÃO EUROPEIA, op. cit., p. 47.

²³ MEHTA, Michael; HUNT, Geoffrey (Edits.). *Nanotechnology: risk, ethics and law*. Londres: Earthscan, 2006.

²⁴ ALLHOFF, Fritz; LIN, Patrick; MOOR, James; WECKERT, John (Ed.). *Nanoethics: The Ethical and Social Implications of Nanotechnology*. New Jersey: John Wiley and Sons, Inc., 2007.

²⁵ WECKERT, John; MOOR, James. The precautionary principle in nanotechnology. In: ALLHOFF, Fritz; LIN, Patrick; MOOR, James; WECKERT, John (Ed.). *Nanoethics: The Ethical and Social Implications of Nanotechnology*. New Jersey: John Wiley and Sons, Inc., 2007. p. 133-146.

Verifica-se, portanto, a importância da discussão proposta, bem como o atraso na produção científica acerca da proteção à saúde, inviolabilidade física e psíquica, à privacidade e intimidade, de trabalhadores e pesquisadores, direitos fundamentais que asseguram a dignidade da pessoa, mas que tem passado ao largo das pesquisas sobre o desenvolvimento da nanotecnologia.

5 CONCLUSÃO

Muitos produtos já estão no mercado de consumo com a marca das nanotecnologias. Por trás disso existe um processo produtivo que expõe os trabalhadores a riscos ainda sem maiores pesquisas capazes de garantir sua proteção.

Nesse cenário, como forma de garantir os direitos fundamentais dos trabalhadores, necessário buscar amparo no princípio da precaução, plenamente aplicável às relações de trabalho, evitando a manipulação de elementos dos quais não se saiba o grau de risco a que as pessoas podem ser submetidas.

Isto implica, portanto, maior investimento na pesquisa acerca dos possíveis efeitos deletérios que a manipulação de materiais em escala nanométrica pode causar a pesquisadores e trabalhadores. Da mesma forma, certos direitos fundamentais, como o direito à informação e à integridade física e psíquica da pessoa devem se destacar frente ao direito ao desenvolvimento e evolução tecnológica. Não se trata de barrar o desenvolvimento tecnológico, mas fazê-lo acompanhar-se do devido respeito à dignidade humana.

REFERÊNCIAS

- ALLHOFF, Fritz; LIN, Patrick; MOOR, James; WECKERT, John (Ed.). *Nanoethics: The Ethical and Social Implications of Nanotechnology*. New Jersey: John Wiley and Sons, Inc., 2007.
- ALVES, Wagner Antônio. *Princípios da precaução e da prevenção no direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.
- ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11-55.
- COMISSÃO EUROPÉIA. *Nanotecnologias: inovações para o mundo de amanhã*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2004.
- DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (1992). In: SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Direito ambiental internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável, e os desafios da nova ordem mundial*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002. p. 328-334.
- GRUPO ETC. *Nanotecnologia: os riscos da tecnologia do futuro*. Tradução de José F. Pedrozo e Flávio Borghetti. Porto Alegre: L&PM, 2005.
- MARTINS, Paulo Roberto (Org.). *Nanotecnologia, sociedade e meio ambiente: trabalhos apresentados no segundo seminário internacional*. São Paulo: Editora Xamã, 2006.
- _____. *Revolução invisível: desenvolvimento recente da nanotecnologia no Brasil*. São Paulo: Editora Xamã, 2007.

MEHTA, Michael; HUNT, Geoffrey (Edits.). *Nanotechnology: risk, ethics and law*. Londres: Earthscan, 2006.

MELO, Helena Pereira de. O tamanho é importante? A nanotecnologia e o direito. In *De rerum natura: Sobre a natureza das coisas*. Disponível em: <http://dererummundi.blogspot.com/2007/07/o-tamanho-importante-nanotecnologia-e-o.html>: Acesso em 12.09.2008.

SCHULTE, Paul A.; SALAMANCA-BUENTELLO, Fabio. Ethical and Scientific Issues of Nanotechnology in the Workplace. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, 12(5): 1319-1332, 2007.

SHEREMETA, Lorraine. Nanotechnologies and the ethical conduct of research involving human subjects. In: MEHTA, Michael; HUNT, Geoffrey (Edits.). *Nanotechnology: risk, ethics and law*. Londres: Earthscan, 2006.

SOARES, Evanna. *Ação ambiental trabalhista*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

TOMA, Henrique E. *O mundo nanométrico: a dimensão do novo século*. São Paulo: Oficina de Textos, 2004.

TOMELLINI, Renzo. Nanotecnologia: um ponto de vista da Europa. In: MARTINS, Paulo Roberto (Org.). *Nanotecnologia, sociedade e meio ambiente: trabalhos apresentados no segundo seminário internacional*. São Paulo: Editora Xamã, 2006. p. 42-48.

WECKERT, John; MOOR, James. The precautionary principle in nanotechnology. In: ALLHOFF, Fritz; LIN, Patrick; MOOR, James; WECKERT, John (Ed.). *Nanoethics: The Ethical and Social Implications of Nanotechnology*. New Jersey: John Wiley and Sons, Inc., 2007. p. 133-146.

WOLFRUM, Rüdiger. O princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Orgs.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey/ESMPU, 2004. p. 13-28.

OS CONSELHOS DE SAÚDE: GARANTES DA CIDADANIA

Andressa Fracaro Cavalheiro¹
Liton Lanes Pilau Sobrinho²

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa, ainda que de maneira perfunctória, apresentar alguns aspectos relativos à saúde, ressaltando como os conselhos de saúde, enquanto garantes da participação comunitária nos serviços e ações de saúde, podem [e devem] constituir-se em meio para o exercício da cidadania, porque se traduzem na criação e controle das políticas públicas de saúde, nos termos previstos pela Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

2 BREVE RETROSPECTO HISTÓRICO DO CONCEITO DE SAÚDE

Inicialmente é necessário um breve retrospecto do conceito de saúde ao longo da história, já que, desde os primórdios da humanidade, a saúde e a doença faziam parte da preocupação cotidiana das pessoas.

Os humanos, inicialmente, viviam em agrupamentos ou tribos, geralmente nômades, que se deslocavam tanto em busca de alimento quanto em busca de defesa e segurança às ameaças do meio em que viviam. Nessas circunstâncias, o que lhes acontecia era explicado do ponto de vista do sobrenatural, do mágico, do religioso: as mortes ocorriam por vontade dos deuses.

Portanto,

entre os povos da antiguidade a visão mágico-religiosa da doença era dominante. [...] Para os assírios e os babilônicos [...] a primeira medida no tratamento de um paciente era o exorcismo dos demônios. [...] Para os antigos Hebreus, a doença [...] representava, de qualquer modo, um sinal da cólera divina, diante dos pecados humanos. [...] 'Eu sou o Senhor, e é saúde que te trago' (Êxodo: 15,26)³.

Apesar disto, os povos do Médio Oriente

já desenvolviam todo um arsenal de observações e práticas empiristas. [...] A doença era vista como consequência de um desequilíbrio entre os elementos, chamados humores, que compõem o organismo humano. A causa do desequilíbrio era posta no ambiente físico, como a influência dos astros, do clima, dos insetos e de outros animais. Nesta concepção [...] a doença é um

¹ Advogada, especialista em direito administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, mestranda em constitucionalismo contemporâneo pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, docente do curso de direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. – afcavalheiro@gmail.com

² Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor do mestrado em Direito da UNISC, professor da UPF e professor da UNIVALI – liton@unisc.br

³ SCLiar, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*. p. 17.

processo e as causas são naturalizadas⁴.

Foi entre as grandes civilizações do Oriente Médio, Índia e China, que surgiu a civilização Grega, a qual teve influência ímpar em diversos campos da civilização chamada ocidental, já que “o Império Romano, que ‘colonizou’ toda a Europa, ‘herdou’ da Grécia grande parte da sua cultura e a difundiu por toda a Europa. Um dos aspectos culturais difundidos foi o conhecimento do processo saúde-doença. Os gregos procuraram uma explicação racional para as doenças, fundamentando o que vem a ser chamado ‘medicina científica’”⁵.

Na Idade Média, entretanto, o empirismo é abandonado já que, ao menos no ocidente, o pensamento religioso monopolizado pela Igreja Católica possuía grande eficácia no que se refere à regulação dos indivíduos na sociedade, o que se refletia nas concepções de saúde e doença e, claro, as respectivas práticas médicas. A ocorrência de doenças, neste período, era sinal de purificação e da expiação dos pecados.

No fim da Idade Média, a situação começou a mudar:

A medicina leiga tornou a desenvolver-se, particularmente em Salerno, na Itália. Ali surgiu uma escola médica que, a partir de 1240, formava profissionais licenciados pelo rei. [...] Entre as obras lá produzidas figura o *Regimem sanitatis salernitatum*⁶. Escrito em versos bem-humorados, esse manual recomendava evitar o vinho e o excesso de comida, não se preocupar muito, levantar-se cedo, evacuar logo que necessário. Em suma, dizia o *Regimem*, era preciso confiar em três médicos: o Doutor Descanso, o Doutor Alegria e o Doutor Dieta⁷.

Foi no século XVII que ocorreu o avanço do racionalismo, o que significou novas descobertas científicas e, também, a evolução do conceito de saúde, considerada, por Descartes, como “a ausência de doenças”, que ao identificar o corpo humano à máquina acreditou poder descobrir a causa da conservação da saúde.

O Iluminismo, nascido no final do século XVII, tinha como essencial a aceitação do supremo valor da inteligência e, em consequência, a crença na utilidade da razão para o progresso da sociedade, entendendo que suas ideias e atividades seriam um bem para a humanidade, pois coincidiam com os interesses do gênero humano.

“Com a Revolução Francesa, os planos e esperanças do Iluminismo, as promessas do lema ‘Liberdade, Igualdade, Fraternidade’ haveriam de se realizar, supunha-se”⁸. Assim, foi somente na Revolução Francesa que se começou a pensar na saúde como um bem, e um bem acessível à todos.

Foi durante a Revolução Industrial que ocorreu o debate entre duas grandes correntes que buscaram conceituar a saúde; Segundo Dallari

de um lado, grupos marginais ao processo de produção, que viviam em

⁴ ANDRADE, Selma Maffei de; SOARES, Darli Antonio; CORDONI JUNIOR, Luiz. *Bases da saúde coletiva*. p. 03/04.

⁵ Id. *ibid.*, p. 4.

⁶ Por essas linhas a Escola de Salerno deseja Toda a saúde ao Rei dos Ingleses e aconselha. A mente mantenha livre de cuidados, e da ira o coração, Não beba muito vinho, ceie pouco, levante cedo, Depois de comer, ficar sentado causa danos; Depois do Almoço, mantenha aberto seus olhos Quando sentir as Necessidades da Natureza, Não as retenha, pois isso é muito perigoso, E use ainda três médicos, primeiro o Doutor Descanso, Depois o Doutor Alegria, e o Doutor Dieta.

⁷ SCLAR. *op. cit.*, p. 32.

⁸ Id. *Ibidem*, p. 110/111.

condições miseráveis, enfatizavam a compreensão da saúde como diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia. Por outro lado, a descoberta dos germes causadores de doença e seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, falava a favor da conceituação da saúde como ausência de doenças⁹.

Prossegue a autora, neste sentido, dizendo que fatores políticos finalizaram o debate, esclarecendo que

a sociedade que sobreviveu a 1944 sentiu a necessidade iniludível de promover um novo pacto. A Organização das Nações Unidas, que o personificou, fomentou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao mesmo tempo quem que incentivou a criação de órgãos especiais dedicados a garantir alguns desses direitos considerados essenciais aos homens. A saúde, reconhecida como direito humano, passou a ser objeto da Organização Mundial da Saúde (OMS) que, no preâmbulo de sua Constituição (1946), assim a conceituou: 'Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou de outros agravos'¹⁰.

Desta feita, pode-se perceber que o conceito de saúde passa por várias modificações ao longo da história da humanidade, chegando ao seu ápice com a chegada do conceito trazido pela OMS, onde resta evidente a importância entre o equilíbrio interno do homem e o ambiente onde vive.

É o conceito introduzido pela OMS que utilizamos para, neste trabalho, discorrer sobre saúde e sua efetivação no Estado brasileiro.

2.1 Saúde Pública

A saúde tem tanto um aspecto individual, privado, quanto um aspecto público, coletivo, envolvendo, deste modo, também a situação de desenvolvimento da sociedade onde se insere.

Charles Edward A. Winslow, fundador do Departamento de Saúde Pública da Universidade de Yale, em citação feita por Scliar, pretende definir *saúde pública* da maneira mais completa possível e, para tanto, nos diz que "saúde pública é uma ciência, claro, mas também é uma arte. [...] Essa ciência e essa arte têm por objetivo 1) evitar a doença, 2) prolongar a vida, 3) promover a saúde física e mental e a eficiência"¹¹, sendo os seguintes os meios para o alcance de tais objetivos:

o saneamento do meio ambiente, o controle das infecções comunitárias, a educação do indivíduo nos princípios da higiene pessoal, a organização de serviços médicos e de enfermagem para o diagnóstico precoce e o tratamento da doença, e o desenvolvimento dos mecanismos sociais que assegurarão a cada pessoa da comunidade o padrão de vida adequado para a manutenção da saúde¹².

Conceituados, ainda que perfunctoriamente, saúde e saúde pública, passa-se a analisar os

⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. p. 18.

¹⁰ Id. *Ibidem*, p. 19.

¹¹ SCLAR, op. cit., p. 99.

¹² Id. *Ibidem*.

instrumentos de participação da comunidade brasileira no controle da saúde, a partir da CF/88.

3 A SAÚDE NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, CONSTITUÍDA EM 1988

A reestruturação da saúde brasileira ocorreu com a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, onde se discutiu as bases que nortearam nosso atual sistema de saúde.

O Ministério da Saúde, através da Secretaria de Gestão de Investimentos em Saúde e do Departamento de Gerenciamento de Investimentos, lançou, em 2002, uma cartilha denominada "Guia do Conselheiro". Neste "guia" encontra-se o seguinte histórico sobre a reestruturação acima referida:

A participação conjunta de profissionais de saúde, dirigentes sindicais e de órgãos públicos, intelectuais, parlamentares e de representantes de diversos movimentos sociais levou à formulação da proposta da "Reforma Sanitária", que foi resultado de um grande movimento social denominado "Movimento Sanitário". Essa proposta constituiu a base de um novo sistema de saúde debatido pelo Congresso Constituinte de 1987/1988 e representava o fim de um sistema que estava em vigor e que havia sido posto em prática durante os longos 21 anos que durou o regime militar em nosso país. Esta proposta foi incorporada na Constituição Federal como Sistema Único de Saúde. [...] A Reforma Sanitária é, portanto, a proposta de democratização da saúde no Brasil e foi a partir dela que se introduziu, na Constituição Brasileira de 1988, a determinação de que 'a saúde é direito de todos e dever do Estado'. [...] O Movimento da Reforma Sanitária foi, também, responsável pela construção da idéia do Sistema Único de Saúde (SUS), concebido como um novo Sistema de Saúde com o propósito de ser o instrumento para garantir o cumprimento do 'dever do Estado' e de proporcionar saúde e bem-estar a todos os brasileiros¹³.

O modelo previsto pelo Movimento da Reforma Sanitária [MRS] foi inscrito na atual constituição brasileira no Título VIII - Da Ordem Social, Seção II - Da Saúde, artigos 196, 197, 198, 199 e 200, tendo sido regulamentado pela Lei n. 8.080, de 19 de dezembro de 1990 - a Lei Orgânica da Saúde -, e pela Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

É a Lei Orgânica da Saúde que cria, juridicamente, o SUS, sistema este que deve observar os princípios e diretrizes constitucionalmente definidos que vão nortear a formulação da Política Nacional de Saúde.

Nesse sentido, são princípios fundamentais do SUS a universalidade (todos têm direito a atendimento nos serviços de saúde do SUS), a equidade (todos têm direito a atendimento, sem discriminação ou privilégios, de acordo com as suas necessidades), a integralidade (todos têm direito a atendimento preventivo e curativo, sem distinção de demandas), a descentralização (a responsabilidade pelo atendimento cabe às três esferas governamentais) e a hierarquização (organização das ações de saúde das diferentes esferas de governo para o atendimento de níveis diferentes de complexidade e incidência).

Deve ser ressaltada, ainda, a *gratuidade* das ações e serviços de saúde oferecidos pelo SUS como um princípio difuso, decorrente do acesso universal e de equidade no atendimento às necessidades de saúde, significando que restam garantidas como gratuitas todas as ações e

¹³ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão de Investimentos em Saúde. Departamento de Gerenciamento de Investimentos. *Guia do conselheiro: curso de capacitação de conselheiros estaduais e municipais de saúde*. p. 14

serviços prestados pelo poder público ou por entidades privadas contratadas, sendo proibida e ilegal a cobrança de qualquer taxa ou contribuição dos usuários do SUS (art. 43, da LOS).

Tendo o artigo 194 da Constituição Federal de 1988 definido saúde como direito social, restou estabelecido, juntamente com a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990 e Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, as diretrizes básicas de acordo com as quais o Estado deveria prover condições para o efetivo funcionamento do modelo de saúde proposto para a sociedade brasileira.

Diretrizes, segundo nos ensina Dallari, parafraseando Dworkin, “são padrões que devem ser observados para os objetivos econômicos, políticos ou sociais a serem alcançados”¹⁴.

Desta forma, por intermédio do Sistema Único de Saúde - SUS, o Estado procura instituir um sistema de saúde descentralizado, universal e equitativo, tendo nos serviços públicos a referência principal para a execução das atividades. Segundo Cotta “dentre essas características devem-se destacar a universalização da cobertura e do atendimento, a integralidade do sistema e a descentralização das ações e dos serviços de saúde como pontos centrais do SUS”¹⁵.

Segundo a mesma autora,

a justificativa central da política de descentralização, operacionalizada pela municipalização da saúde, é propiciar um controle democrático da provisão dos serviços na área de saúde. Entretanto, isso não é tudo. A justificativa de descentralização ocorre também pela alusão à possibilidade de ampliação da eficiência gerencial. Pressupõe-se que a instituição de um comando único no âmbito local permitira maior transparência e racionalidade administrativa, com aumento da participação e do controle da sociedade civil no processo de formulação e implementação das políticas de saúde¹⁶.

Em linhas gerais, pode-se dizer que o SUS é um sistema público e unitário, que segue os mesmos princípios em todo o território nacional e é um conjunto de ações e de serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais ou entidades a ele vinculadas.

De acordo com Pilau Sobrinho,

O Sistema Único de Saúde veio para descentralizar a saúde, cujo provimento não fica mais apenas sob a responsabilidade da União, visto que se estabelecem competências aos Estados e aos Municípios, atribuídas pelo art. 30, inciso VII. O artigo 200 da Carta brasileira destaca a atribuição do Sistema Único de Saúde e o dispositivo regulamentado pela lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, regulamentada a sua atribuição¹⁷.

Assim, são estratégias propostas pelo SUS a *municipalização*, que em linhas gerais consiste em atribuir aos municípios o papel de gestor do Sistema Municipal de Saúde, com garantia de repasse de recursos financeiros em quantidades suficientes e a *regionalização*, onde se propõe ações em rede entre municípios próximos para tornar a resolubilidade do Sistema mais acessível para cada usuário.

¹⁴ DWORKIN, Ronald, citado por DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados...* op. cit., p. 28.

¹⁵ COTTA, Rosângela Minardi Mitre. *Descentralização das políticas públicas de saúde*. p. 26.

¹⁶ Id. *Ibidem*, p. 27.

¹⁷ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista*. p. 106;

Citando novamente o “Guia do Conselheiro”, produzido pelo Ministério da Saúde, em 2002, temos que,

Apesar de todas as boas intenções expressa em leis, a realidade pode se manifestar de maneira bem diferente, quando se trata de colocar em prática essa leis. A imensa extensão territorial do Brasil e as profundas desigualdades socioeconômicas e culturais que caracterizam as suas regiões geográficas impõem uma construção contínua e de longo prazo. O SUS deve ser visto como estando em processo de implementação, o que demanda a participação de toda a população, além das obrigações da instâncias de governo. [...] As diferenças entre regiões, estados e municípios dificultam os processos de municipalização e regionalização, que não conseguem níveis semelhantes de implantação em todos os lugares. Em alguns ela já existe razoavelmente, enquanto em outros o estágio é ainda muito precário”.

Considerando, então, que o SUS passa ainda por um processo de implementação e tal implementação necessita da participação de toda a população, tratemos agora das formas previstas pelos marcos normativos citados para viabilizar a participação da comunidade nos serviços e nas ações de saúde.

4 OS CONSELHOS DE SAÚDE COMO FORMA DE PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL (N) DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: UM EXERCÍCIO DE CIDADANIA

O direito da sociedade de participar do controle da saúde foi resultado do MRS e está assegurado na CF/99, no art. 198, inciso III, *in verbis*:

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:

[...]

III - participação da comunidade.

Este direito também está previsto na LOS, em seu art.7º, inciso VIII e foi regulamentado pela Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que “dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências”.

Foi, portanto, esta lei que criou os Conselhos de Saúde e as Conferências de Saúde como instâncias colegiadas do SUS em cada esfera de governo, a fim de que as vozes dos diferentes setores da sociedade fossem ouvidas e respeitadas.

Sendo a saúde um bem acessível a todos, os níveis de saúde de uma determinada população podem expressar, de maneira inequívoca, a organização social e econômica do Estado onde tal população está circunscrita.

De todo modo, é necessário que se possa garantir o acesso à saúde, enquanto bem de todos, o que se faz mediante a implementação pelos governos de políticas públicas que possam assegurar tal acesso.

Mas o que são políticas públicas?

Para Freire Júnior,

não é tarefa simples a de precisar um conceito de políticas públicas, já que há autores que, inclusive, reconhecem um caráter redundante na expressão, posto que a política é essencialmente pública; mas, de um modo geral, a expressão pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito.¹⁸

A lição de Jean Carlos Dias, em citação de Appio, define políticas públicas como sendo:

programas de intervenção estatal a partir de sistematizações de ações do Estado voltadas para a consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseadas na articulação entre a sociedade, o próprio Estado e o mercado”, são “instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidade aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos¹⁹.

Grau destaca que “a expressão política pública designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”²⁰.

Por fim, Schmidt, utilizando-se de definição contida em documento do Ministério da Saúde, diz que

políticas públicas configuram decisões de caráter geral que apontam rumos e linhas estratégicas de atuação governamental, reduzindo os efeitos da descontinuidade administrativa e potencializando os recursos disponíveis ao tornarem públicas, expressas e acessíveis à população e aos formadores de opinião as intenções do governo no planejamento de programas, projetos e atividades²¹.

A CF/88, em seu artigo 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 doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Deste modo, é obedecendo a este dispositivo constitucional e às leis que o regulamentam, que os governos federal, estadual e municipal devem elaborar e implementar políticas públicas para atender aos problemas de saúde que afetam a respectiva comunidade e que devem ser seguidas nas diferentes áreas da administração pública.

As políticas federais, estaduais e municipais devem

interagir no sentido de oferecer solução aos problemas. Na realidade, isso não acontece na maioria das vezes por questões ligadas ao montante dos recursos que cada esfera de governo coloca disponível para cada política e,

¹⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. p. 47.

¹⁹ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. p. 133/136.

²⁰ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. p. 21.

²¹ SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: GESTA LEAL, Rogério; REIS, Jorge Renato dos. (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*, tomo 8, p. 2312.

principalmente, por questões de ordem política, uma vez que ministros, governadores e prefeitos muitas vezes não privilegiam os mesmos interesses e nem encaminham as mesmas ações, em seus mandatos. [...] As ambições políticas e individuais, as promessas de campanha e os compromissos partidários, que tantas vezes são diferentes nos três níveis de decisão governamentais criam dificuldades que só podem ser superadas através da ação vigilante da sociedade civil, que usa, para esse fim, suas organizações, dentre elas os Conselhos²².

Sendo assim, resta claro que a ideia dos Conselhos de Saúde não é outra senão fomentar a participação da comunidade na formulação das políticas públicas de saúde, além de permitir que se exerça, deste modo, o controle social do SUS em cada ente federativo, nos termos do que prevê a legislação já destacada.

Assim dispõe o artigo 1º, da Lei 8.142/90:

Art. 1º. O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:

I - a Conferência de Saúde; e

II - o Conselho de Saúde.

§ 1º. A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde.

§ 2º. O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

§ 3º. O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems) terão representação no Conselho Nacional de Saúde.

§ 4º. A representação dos usuários nos Conselhos de Saúde e Conferências será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos.

§ 5º. As Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde terão sua organização e normas de funcionamento definidas em regimento próprio, aprovadas pelo respectivo conselho.

A determinação contida no § 4º acima permitiu ao Conselho Nacional de Saúde aprovar a Resolução n. 33, de 23 de dezembro de 1992, reafirmando que as vagas de Conselheiro de Saúde sejam preenchidas de forma paritária, ficando reservadas para os usuários 50% das vagas e recomendando que os outros 50% sejam distribuídos entre trabalhadores de saúde - que deverão ocupar 25% delas - e entre gestores e prestadores de serviços públicos e privados - aos quais caberão os 25% restantes.

Os Conselhos de Saúde devem proporcionar a convivência democrática de propostas, devendo prevalecer, na busca pelo consenso, os princípios e diretrizes do SUS, cabendo aos Conselhos definir entre as prioridades das Políticas Públicas de Saúde previamente determinadas aquelas que deverão ser implementadas.

A organização e o funcionamento dos Conselhos de Saúde devem estar especificados no

²² BRASIL. Ministério da Saúde. Op. cit., p. 26.

seu Regimento Interno, que é elaborado pelos Conselheiros e aprovado em reunião plenária do Conselho. Segundo o Ministério da Saúde, as principais questões que devem estar previstas no Regimento Interno são:

- a) Periodicidade das reuniões - o plenário tem sua reunião ordinária pelo menos uma vez por mês e, extraordinariamente, sempre que for necessário;
- b) Comissões Permanentes - [...] elaboram pareceres que serão submetidos ao plenário do Conselho, os quais se aprovados pelo plenário poderão ser transformadas em Resoluções [...] São exemplos dessas comissões as de fiscalização, acompanhamento ao processo orçamentário [...] bem como comissões temáticas, como saúde do trabalhador, saúde mental, etc.
- c) Local de funcionamento;
- d) Dotação orçamentária - dotação orçamentária específica para o Conselho, incluindo, por exemplo, previsão de gastos com deslocamento e manutenção de conselheiros quando em representação do Conselho em eventos fora do seu município. Destaque-se que o trabalho de conselheiro não é remunerado;
- e) Equipe técnica - assessoria de técnicos à disposição do conselho;
- f) Coordenação do Conselho;
- g) Secretaria Executiva;
- h) Composição do Conselho - se haverá processo de eleição de membros quando das conferências de saúde correspondentes ou se sua composição virá estabelecida na lei que o criou.
- i) Comunicação - forma de divulgação de suas atividades para a população;

Entendida a estrutura dos conselhos de saúde, importante destacar como a participação nos conselhos de saúde traduz-se num exercício efetivo de cidadania.

A partir da CF/88 e com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, o conceito de cidadania ganhou novo significado: o cidadão é aquele que participa dos negócios do Estado. Dessa forma, a cidadania ganha um sentido mais amplo do que o simples exercício do voto [...] Dessa feita, cidadania carrega a percepção de liberdade²³.

A cidadania guarda estrita relação com a democracia, podendo ser entendida em sentido estrito, quando adstrita ao exercício de direitos políticos, e num sentido amplo, enquanto exercício de outras prerrogativas constitucionais que surgiram como consectário lógico do Estado Democrático de Direito.

T.H. Marshall, citado por Siqueira Junior,

Define a cidadania como um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade, vislumbrando a cidadania em três partes ou elementos distintos: (a) civil, composto de garantias e liberdades individuais; (b) político, referente ao direito de participar no exercício do poder político, capacidade de organizar partidos, votar e ser votado; (c) social, que são as condições necessárias para a vida digna, tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança, ao direito de participar, por completo, da herança social²⁴.

A cidadania pode ser exercida na esfera jurídica e política. Deste modo, o sistema jurídico brasileiro criou instrumentos jurídicos e políticos para a participação do cidadão nos assuntos do Estado.

²³ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. p. 237.

²⁴ Id. *Ibidem*, p. 243.

A atuação política, que é o que nos interessa no presente trabalho,

designa a participação do indivíduo nos negócios do Estado. Cidadão é aquele que participa da dinâmica estatal. No Estado Democrático e Social de Direito essa atuação é exercida não apenas pelo voto, mas os cidadãos participam da tomada de decisões acerca dos temas de interesse público. No Estado contemporâneo, esse interesse se realiza pelas políticas públicas²⁵.

Sendo assim, a participação em Conselhos de Políticas Públicas como é o caso dos Conselhos de Saúde, que são órgãos colegiados de caráter deliberativo e consultivo, é uma forma de exercício da cidadania, já que assim seu membro é chamado a participar ativamente da construção das políticas públicas de saúde, além de acompanhar, fiscalizar e cobrar os resultados da política que ajudou a definir, exercendo seu controle, portanto.

José Afonso da Silva, citado por Siqueira Junior, diz que os “conselhos são organismos públicos destinados ao assessoramento de alto nível e de orientação e até de deliberação em determinado campo de atuação governamental”²⁶.

Ora, se cabe ao conselho definir entre as prioridades da Política de Saúde previamente determinadas aquelas que deverão ser implementadas, devem seus membros conhecer as prioridades e estar informados sobre os recursos financeiros, técnicos e humanos disponíveis em seu município ou Estado, o que gera uma maior integração entre os membros da sociedade.

De acordo com o Ministério da Saúde, os conselheiros de saúde

precisam saber se há registro confiável desses dados nos órgãos de saúde da prefeitura ou do estado. Precisam conhecer, também, as unidades de saúde responsáveis pelos diversos tipos de atendimento, desde aquelas que atendem os casos mais simples (centros de saúde, postos de saúde, unidades de saúde da família), até aquelas que fazem atendimentos de casos mais complexos (hospitais, pronto-socorros, maternidades, policlínicas, ambulatórios de especialidades, bancos de sangue, centros de controle de zoonoses, centros de vigilância sanitária e epidemiológica, unidades de atendimento especializado em saúde mental, centros de captação de órgãos para transplantes, centrais de hemodiálise, laboratórios, centrais de exames radiológicos, dentre outras). Sobretudo, necessitam conhecer as medidas que devem ser implementadas para evitar que as pessoas do seu município ou estado venham a adoecer ou morrer quando expostas a condições desfavoráveis e geradoras de riscos à sua saúde. A importância de conhecer os problemas do seu município, do campo e da cidade, é que assim você poderá estabelecer uma escala de prioridades pelas quais você e a comunidade que representa irão lutar no Conselho e em outras instâncias para que se transformem em políticas efetivas. Sua função, então, será apresentar propostas, fiscalizar ações, despesas, cobrar providências, enfim, exercer o Controle Social do SUS em seu município ou Estado²⁷.

Nesse aspecto, é importante frisar que os conselhos de saúde são instrumentos de legitimação do próprio Sistema Único de Saúde e jamais dos chefes de governo, que é a quem cabe o dever constitucional de garantir a saúde de todos os brasileiros.

²⁵ Id. *Ibidem*, p. 253.

²⁶ SIQUEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 253.

²⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. op. cit., p. 14.

A diretriz constitucional da participação da comunidade no SUS tem evoluído significativamente, sendo, na prática, ampliada em direção ao conceito de controle social, daí que a legitimidade da representação de um membro do Conselho de Saúde consiste em ser porta-voz das ideias e anseios de uma coletividade.

5 CONCLUSÃO

Os Conselhos de Saúde representam uma nova forma de pensar e de contribuir para a implementação das políticas de saúde, pois expressam a convivência e a busca de consenso entre diferentes pontos de vistas, sempre com vistas à concretização dos princípios e diretrizes do SUS.

Dessa forma, são efetivamente um instrumento de construção da democracia e do exercício da cidadania, na medida em que possibilitam não só a participação nas e das políticas públicas, mas também seu controle.

Além disso, os conselhos de saúde são também um meio efetivo [e necessário] para a garantia do acesso à saúde, enquanto bem de todos, já que disto depende a formulação e execução, pelos governos, de políticas públicas de fato conectadas com as necessidades reais da população, garantindo, daí, o verdadeiro acesso à saúde.

Portanto, é de imensurável importância o papel dos conselhos de saúde [e de seus membros] porque compete a eles estabelecer o elo entre a necessidade da população que representam e a esfera governamental.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Selma Maffei de; SOARES, Darli Antonio; CORDONI JUNIOR, Luiz. *Bases da saúde coletiva*. - Londrina: Ed. UEL 2001.
- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. - 1. ed., 2 tir. - Curitiba : Juruá, 2006.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão de Investimentos em Saúde. Departamento de Gerenciamento de Investimentos. *Guia do conselheiro: curso de capacitação de conselheiros estaduais e municipais de saúde* - Brasília: Ministério da Saúde, 2002.
- CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa. *Reforma da reforma: repensando a saúde*. - São Paulo: Editora HUCITEC, 2006.
- _____. [et al.]. *Tratado de saúde coletiva*. - São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2006.
- COTTA, Rosângela Minardi Mitre ... [et. al.] organizadores. *Descentralização das políticas de saúde: do imaginário ao real*. - Viçosa: UFV, 1998.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. - São Paulo: Editora Hucitec, 1995.
- _____. *A saúde do brasileiro*. - 10. ed. - São Paulo: Moderna, 1987. (Coleção polêmica).
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. - (coleção temas fundamentais de direito ; v. 1)
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos e fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a*

5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. - 8. ed. - São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, José Luiz Bolzan de. *O direito da saúde*. In Revista do direito. - n. 3 - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1995.

MORETTO, Marcos Aurélio. *A política e a prática de saúde: suas consonâncias e dissonâncias*. - Erechim: EdiFAPES, 2002. (Série pensamento acadêmico; 19).

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista* - Passo Fundo: UPF, 2003.

ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e organizações políticas: desafios contemporâneos*. - Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*. - São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos Humanos e Cidadania*. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

YIDA, Massako. *Cem anos de saúde pública: a cidadania negada* - São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1994.

O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO IDOSO COMO POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO SOCIAL

André Viana Custódio¹
Mirian Pamplona Machado²

1 SEGURIDADE SOCIAL

1.1 Aspectos históricos relevantes da Seguridade Social

O surgimento da Seguridade Social está primordialmente ligado à necessidade de sustento e subsistência dos que, tendo sido trabalhadores, se encontram fora do mercado de trabalho por falta de condições físicas ou mentais. Também resguarda todos aqueles que sequer tiveram a oportunidade de ingressar no mercado de trabalho, porquanto se encontram incapazes de exercer qualquer ofício ou profissão, subentendendo-se que dependam ainda mais de amparo, que deveria ser concedido assistencialmente pelo Estado.

A primeira ideia concreta surgiu em 1601, na Inglaterra, quando foi editada a importante Lei de Auxílio aos Pobres, que objetivava separar a caridade do assistencialismo aos necessitados. Neste período, a sociedade era administrada pela igreja católica, que coagia as paróquias a amparar os necessitados de sua alçada.

No entanto, com a Revolução Industrial, desenvolveu-se a necessidade de maior proteção social, fato este, que ensejou o governo inglês a reformular a *Poor Relief Act*, em 1832 e 1834.

No ciclo revolucionário francês, em 1789, com o primeiro exemplar da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, “a proteção social caminhou para o plano de fundamento estatal e deu seus primeiros indícios de contribuição social”.³

Muito embora a Inglaterra e a França sejam qualificadas como as precursoras da Previdência Social, foi na Alemanha, em 1883, onde se arquitetou o legítimo sistema de seguro social, inserido pelo Chanceler Otto Von Bismarck, o qual introduziu uma série de amparos sociais, como, por exemplo, o seguro-doença em favor dos trabalhadores, alicerçado no seguro privado, em decorrência, principalmente, da Revolução Industrial, do surgimento do socialismo e do movimento operário, até então inexistentes na Europa. Após ser colocada em prática a Lei Bismarck, foi promulgada uma legislação que a complementou, a qual visava à proteção dos chamados “riscos sociais”, sendo esses fatores futuros, incertos e indesejáveis que pudessem ocorrer com o trabalhador (doença, velhice, morte e invalidez).⁴

¹ Pesquisador do Grupo Políticas Públicas de Inclusão Social, Professor no Programa de Mestrado em Direito e no Curso de Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Professor de Direitos Humanos na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Pesquisador do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC), Pesquisador do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente da Universidade Federal de Santa Catarina (NEJUSCA/UFSC), Doutor em Direito (CPGD/UFSC), Mestre em Direito (CPGD/UFSC), Graduado em Direito (UFSC), Fellow da Ashoka Empreendedores Sociais, Coordenador Executivo do Instituto Ócio Criativo. E-mail: andreviana.sc@terra.com.br

² Bacharel em Direito. Especialista em Direito Previdenciário. Mestranda em Direito pela UNISC. E-mail: mirianpamplona@hotmail.com

³ RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. *Direito previdenciário esquematizado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.23.

⁴ GONÇALVES, Ionas Deda. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.40/41.

Esse modelo alemão de Bismarck foi rapidamente ampliado pela Europa e, após, pelo mundo, resultando em um fenômeno de internacionalização e universalização, que ganhou grande estímulo com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919.

A primeira Constituição a inserir em seu contexto o seguro social, foi a mexicana em 1917. Entretanto, o célebre *Social Security Act* (1935) dos Estados Unidos, foi a manifestação que deu origem à Seguridade Social conhecida hodiernamente, a qual transmitia a imagem de proteção generalizada do cidadão em face dos riscos sociais em geral.⁵

Já no Brasil, o surgimento oficial de amparo aos riscos sociais decorreu da então chamada Lei Eloy Chaves, Decreto nº.4.682, de 24/01/1923, a qual tinha como cerne o acautelamento os empregadores das estradas de ferro e seus familiares e, por conseguinte, assegurava os riscos de acidente de trabalho, invalidez, morte e velhice, bem como a obtenção de medicamentos a preços especiais.⁶

Em 1947 foi delineado um projeto, o qual foi transformado na Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), Lei nº. 3.087, de 26 de agosto de 1960, que não chegou a agregar as estruturas existentes, entretanto criou ordenamentos constantes para o amparo a segurados e dependentes dos vários institutos existentes.

Após a edição da nova Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS), através do Decreto nº. 77.077, de 24 de janeiro de 1976; e, no ano seguinte, por meio da Lei n. 6.439, de 01 de julho de 1977, foi alterado o sistema organizacional, edificando o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), que tinha como escopo a reorganização da Previdência Social.

Cumprе ressaltar, a ocorrência, no ano de 1990, da extinção do SINPAS e da consequente criação do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o qual nasceu da junção do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) e do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS). O INSS, autarquia federal, tem por prerrogativa a administração do Regime Geral da Previdência Social.⁷

Com a aprovação da Lei n. 8.742, de 07 de dezembro de 1993, denominada Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) houve nova regulamentação do tema estabelecendo como critério de elegibilidade para os programas de assistência social a renda *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo, associada à incapacidade para a vida independente e para o trabalho com relação à pessoa com deficiência e a definição da idade do idoso – primeiramente, a partir de 70 anos, depois a partir de 67 anos (1998), sendo atualmente, a partir de 65 anos (2004), conforme garantido pelo Estatuto do Idoso.

1.2 Considerações acerca do Instituto

A seguridade social abrange um conjunto de iniciativas que tem por finalidade assegurar direitos relacionados à saúde, à previdência e à assistência social. A assistência social atende à população carente, com iniciativas que buscam a proteção da família, da maternidade, da infância, da adolescência e da velhice, entendendo que, para a garantia de tal direito, não se faz necessária a vinculação à filiação ou contribuições para o sistema, pois é garantia dos cidadãos,

⁵IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p.41.

⁶STEPHANES, Reinhold. *Previdência Social: uma solução gerencial e estrutural*. Porto Alegre: Síntese, 1993, p.25.

⁷ GONÇALVES. *op. cit.*, p. 25.

concedida de forma gratuita.⁸ A expressão Seguridade Social passou a ser adotada pelo constituinte de 1988, mesmo recebendo diversas críticas, pois a terminologia mais adequada, conforme as regras ortográficas da língua portuguesa, seria segurança e não seguridade.

Nessa linha, Castro e Lazzari⁹ trazem que os custeios da seguridade social advêm das contribuições sociais, bem como dos recursos orçamentários dos entes públicos. Tal intervenção estatal é imprescindível visto que é obrigação da seguridade atender a totalidade de demandas referentes ao bem-estar da pessoa humana.

No título VIII, Da Ordem Social, a Carta Política assegura que a seguridade social é um instrumento para a concretização das necessidades sociais e da garantia do bem-estar material, e foi definida no art. 194 como “o conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Essa mesma Carta Magna, com todas as dificuldades de efetivação dos direitos fundamentais trouxe verdadeira revolução em termos de papel social da Seguridade Social.

Hodiernamente no sistema de previdência social a instituição basilar a nível federal é o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o qual atua juntamente com o Ministério da Previdência e Assistência Social.

1.3 Assistência Social: um dos ramos da Seguridade Social

A seguridade Social, imaginada como um sistema de precaução e de reparação das consequências das próprias condições de exploração decorrentes do modo capitalista de produção,

surge ao termo de uma longa evolução de esforços políticos e de diversas técnicas de que se valeram os trabalhadores e o Estado para garantirem meios de subsistência na ocorrência de determinadas contingências, propiciando rendimentos de substituição das rendas que normalmente decorreriam do exercício da atividade profissional, ou serviços e valores de complementação, para tratamento de saúde e cobertura por encargos familiares.¹⁰

A Assistência Social é conduzida por legislação própria, como a já citada Lei Orgânica da Assistência Social, a qual conceitua este ramo da seguridade social, nos seguintes termos:

Art. 1º - A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não-contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Os três domínios do governo (União, Estados e Municípios) atuam de maneira articulada na organização e gestão da assistência social. Efetivamente, a iniciativa privada é ao mesmo tempo convocada a contribuir na assistência social, pois conforme o artigo 204 da Constituição Federal, as ações do governo no âmbito da assistência social serão efetivadas com recursos do orçamento da seguridade social, dispostos no artigo 195, além de outras fontes, e

⁸ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Previdência Social: custeio e benefícios*. São Paulo: LTr, 2005, p.66.

⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Curso Elementar de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2005, p.33.

¹⁰ ROCHA, Daniel Machado da. *Curso de especialização em direito previdenciário*. Vol. 1. Curitiba: Juruá, 2006, p.98.

[...] organizadas com base na descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social.¹¹

Deste modo, a política de assistência social deve ter como norte a ideia de descentralização do atendimento de modo a satisfazer as necessidades e os anseios das comunidades locais.

2 AMPARO SOCIAL AO IDOSO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO SOCIAL

2.1 Peculiaridades dos benefícios assistenciais

O disposto no artigo 203, caput, da Constituição Federal, diz respeito ao benefício de prestação continuada, que tem como destinatário o idoso ou a pessoa portadora de deficiência, desde que cumpram o requisito básico de falta de condições de prover sua manutenção e sustento, ou de tê-la provida por sua família.

Tal benefício não está incluso no rol previdenciário em razão de sua lógica de funcionamento, pois este não necessita de contribuição do beneficiário, importando, apenas, a comprovação da condição de necessitado.

A concessão de tal benefício assistencial é efetivada perante o INSS tendo em conta preceitos práticos, “se o INSS já possui estrutura própria espalhada por todo o país, em condições de atender a clientela assistida”¹², dessa forma, não seria necessária a implementação e manutenção de estrutura paralela.

Nessa ordem de ideias, tal benefício corresponde à garantia de um salário mínimo, conforme prevê a Carta Política de 1988, salientando que foi denominado de “renda mensal vitalícia”, pela Lei n. 6.179, de 11 de dezembro de 1964, constituindo-se em: “[...]um benefício de trato continuado, que é devido mensal e sucessivamente”¹³, sendo que para fazer jus à concessão desse benefício, o brasileiro, inclusive indígena, não poderá estar amparado por nenhum sistema de previdência social, ou no caso de estrangeiro naturalizado e domiciliado no Brasil, não poderá ser amparado por sistema previdenciário no país de origem.

Ainda nessa senda, os amparos sociais são prestações de cunho pecuniário, e de caráter personalíssimo, e são destinados às pessoas que estão em estado de necessidade econômica, sendo estes previamente previstos em lei¹⁴, não sendo admitida sua transferência aos dependentes habilitados quando da morte de seu beneficiário.

Esses benefícios poderão atingir aquelas pessoas que não têm, legalmente, condições de perceber benefício previdenciário ligado ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS), ou por que mesmo estando vinculados ao regime previdenciário, não reúnem condições de percepção de um dos benefícios, e se encontrarem, em um ou outro caso, comprovadamente em estado de necessidade.

¹¹ VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Limitações constitucionais à instituição de contribuições da seguridade social*. São Paulo: LTr, 2007, p.26.

¹² IBRAHIM. *op. cit.*, p.14.

¹³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.484.

¹⁴ RIBEIRO. *op. cit.*, p.384

A interpretação dos requisitos legais para a concessão do benefício assistencial deve estar em consonância com a dignidade da pessoa humana e os fins sociais da lei, devendo-se atribuir à incapacidade para o trabalho e para os atos da vida independente sentido mais amplo do que a total incapacidade para os atos da vida cotidiana.

Além da Constituição, o Brasil conta com outro importante instrumento legal de garantia de direitos nesta área através da Lei n. 10.741, de 01 de outubro de 2003, denominado o Estatuto do Idoso que disciplinou os direitos fundamentais dos idosos, incluindo o direito à previdência social e à assistência social.

2.2 O Amparo Assistencial ao Idoso e sua inserção na proteção social

O benefício assistencial ao idoso denota maior atenção quanto a sua destinação, qual seja, àquelas pessoas que chegando à velhice, em especial, aos 65 (sessenta e cinco) anos, em razão das limitações acarretadas pela idade avançada, somado a ausência de segurança e estabilidade do mercado, tendem a clamar pela limitada cobertura dos sistemas de proteção social, para que garantam o mínimo de dignidade e o sustento no final da vida.

Além do requisito etário, também é imprescindível atender a renda *per capita* familiar, que não deve ultrapassar $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo modalidade nacional.

Nessa ordem de ideias, conforme o LOAS percebe-se, por família, para fixação da renda per capita, aquelas pessoas classificadas como dependentes na Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991, quais sejam, “o cônjuge, companheiro(a), filhos ou equiparados até 21 anos ou inválidos, pais ou irmãos até 21 anos ou inválidos” (Art. 16), lembrando que estes devem viver sobre o mesmo teto.

A configuração do fenômeno do envelhecimento populacional coincidiu com mudanças socioculturais na sociedade relacionadas não apenas à maior participação feminina no mercado de trabalho, mas também à alteração na estrutura das famílias.¹⁵ Essas mudanças tiveram impactos importantes sobre as estratégias familiares de provisão de cuidados.

A presença crescente de pessoas idosas na sociedade e as mudanças na oferta de cuidados disponíveis no âmbito familiar impuseram o desafio de incorporar o tema do envelhecimento populacional às políticas públicas e de implementar ações de cuidado para esse contingente populacional. Tal desafio tem adquirido maior complexidade devido ao incremento gradual, entre as pessoas idosas, do segmento muito idoso, com 80 anos ou mais e com maior probabilidade de ser afetado pela deterioração de suas condições físicas e mentais. Tal situação, segundo Balera: “exige a organização da oferta de serviços e de atendimentos especiais no âmbito da proteção social, diferentes dos prestados tradicionalmente pela previdência social, pela assistência ou pela saúde”.¹⁶ Tais serviços incluem o apoio para a realização de atividades da vida diária, a promoção da autonomia e o desenvolvimento de atividades preventivas no âmbito da saúde.

Os direitos fundamentais sociais têm a sua implementação condicionada à existência de uma organização administrativa e econômica para possibilitar a sua efetivação. As relações complexas podem, a medida em que se desenvolvem, produzir vários direitos até alcançarem a constituição de um direito final mais amplo ou principal. Isto ocorre em razão de serem valorados

¹⁵BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003, p.56.

¹⁶ BALERA. *op. cit.*, p.117.

fatos geradores (instantâneos e duradouros) que justificam o acionamento da dimensão protetiva do vínculo do seguro social.¹⁷

Como nos diversos aspectos da proteção social, também no caso da dependência as iniciativas seguem caminhos diferentes, respondendo à tradição institucional, às formas de financiamento, às garantias e aos objetivos associados à responsabilidade pública no campo da proteção social.

No que diz respeito aos serviços sociais, observa-se um crescimento da participação das entidades sem fins lucrativos, embora sua presença seja ainda periférica nesse campo. Estudos mostram que a participação privada na oferta de serviços tem sido significativamente maior do que aquela do terceiro setor. Para esse último grupo, ainda não existe uma política nacional consolidada, e as transformações observadas estão associadas às iniciativas das municipalidades.

O conceito de envelhecimento ou a definição de pessoa idosa não são objeto de consenso, seja na literatura especializada ou na sociedade em geral. Paralelamente à evolução cronológica, estão presentes fenômenos biológicos, psicológicos e sociais que resultam importantes para a percepção e a vivência da idade e do envelhecimento. “Em nossas sociedades é comum associar o envelhecimento com a saída da vida produtiva pela via da aposentadoria”.¹⁸ Contudo, mesmo sob este aspecto, não é possível estabelecer um consenso, devido às constantes mudanças legais referentes às idades de acesso a esse benefício, como também à existência de um significativo número de trabalhadores cuja trajetória no mercado de trabalho não lhes dota de algum direito de aposentadoria.

Diversos estudos vêm apontando que os mecanismos de proteção social, como por exemplo, o benefício de amparo social, tem importante impacto na redução da miséria, da pobreza e da desigualdade no Brasil. Tais programas, ao aprimorar as condições socioeconômicas dos idosos e de suas famílias, “têm efeitos nas condições gerais de vida da população, e, por consequência, na saúde e no aumento do bem-estar dessa população”.¹⁹

A ampliação dos direitos sociais decorrentes, principalmente, da Constituição de 1988, permitiu a cobertura de um contingente importante de idosos não filiados até então à Previdência Social. O envelhecimento progressivo da população assinala para maiores dificuldades na situação da seguridade social no Brasil.

Com relação aos idosos mais jovens, é possível refletir que esses continuam trabalhando para complementar o benefício recebido, ou ainda, para manter uma vida ativa no trabalho. A realização de trabalhos não remunerados parece permitir às pessoas mais idosas continuar a participar de maneira ativa na sociedade, à medida que os relacionamentos nesses espaços sociais evitam o isolamento.

[...] embora a presença da pessoa idosa na família possa ser encarada com preocupação em função do possível aumento de demanda por trabalho de

¹⁷ ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social: na perspectiva dos princípios constitucionais diretos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004, p.83.

¹⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*, tomo II: previdência social. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003, p.56.

¹⁹ CAMARANO, Ana Amélia. *Mecanismos de proteção social para a população idosa brasileira*. Rio de Janeiro: IPEA, 2006 (Texto para Discussão nº 1179). Disponível em http://www.ipea.gov.br/pub/td/2006/td_1179.pdf Acessado em: abril. 2009.

cuidados para o grupo familiar, observa-se que a presença de idosos reduz o risco de pobreza na família.²⁰

Por fim, resta destacar que essa situação revela que a presença de pessoas idosas nos domicílios pode contribuir para o fortalecimento econômico das famílias. No Brasil, pode-se citar diferentes esforços de definir a dependência. Camarano, por exemplo, considera que a situação de dependência de uma pessoa está ligada à necessidade de ajuda de outros (família/Estado) e é determinada por duas variáveis: a falta de autonomia para lidar com as atividades básicas da vida cotidiana, e a ausência de rendimentos.

3 CONCLUSÃO

Partindo-se das ponderações ora analisadas, importante frisar que em razão da universalidade de conceitos que se harmonizam relativamente à concessão do benefício assistencial ao idoso, é impraticável dissociar a análise dos requisitos para avaliação da incapacidade econômica frente ao panorama econômico atual, tendo como consequência a apreciação do provisionamento do sustento familiar pelo idoso.

Embora, historicamente, constatem-se legislações protetivas no tangente aos idosos, foi somente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 que ficou evidenciada, efetivamente, a preocupação do Estado com a seguridade social, visando protegê-la de maneira assecuratória já que a Carta Política traz um título específico para a Seguridade Social. Não obstante utilizando-se paralelamente do Estatuto do Idoso.

Nessa ordem de ideias, conhecer a realidade do idoso brasileiro é um passo fundamental para a construção de políticas que visam garantir seus direitos e necessidades. O quadro traçado neste capítulo permite afirmar que a situação dos idosos no país é bastante variada, conforme se considerem os aspectos relacionados à faixa etária e renda.

Evidencia-se, então, que a concessão do amparo social ao idoso é, sim, importante instrumento de proteção social, necessitando considerar ainda que é fato que os benefícios pecuniários percebidos hoje pelos idosos pobres têm melhorado as condições de vida de suas famílias.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003.

BRASIL. *Constituição*. Brasília: Senado Federal, 1988.

CAMARANO, Ana Amélia. *Mecanismos de proteção social para a população idosa brasileira*. Rio de Janeiro: IPEA, 2006 (Texto para Discussão n° 1179). Disponível em http://www.ipea.gov.br/pub/td/2006/td_1179.pdf Acessado em: abril. 2009.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Curso Elementar de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2005.

²⁰ DELGADO, G.; CARDOSO, J.C. *Os idosos e a previdência rural no Brasil: a experiência recente da universalização*. Brasília: Ipea, 1999 (Texto para Discussão n. 688). Disponível em http://www.ipea.gov.br/pub/td/1999/td_0688.pdf. Acessado em: abril. 2009.

DELGADO, G.; CARDOSO, J.C. *Os idosos e a previdência rural no Brasil: a experiência recente da universalização*. Brasília: Ipea, 1999 (Texto para Discussão n. 688). Disponível em http://www.ipea.gov.br/pub/td/1999/td_0688.pdf. Acessado em: abril. 2009.

GONÇALVES, Ionas Deda. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Manual de Metodologia da pesquisa para o direito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*, tomo II: previdência social. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

STEPHANES, Reinhold. *Previdência Social: uma solução gerencial e estrutural*. Porto Alegre: Síntese, 1993.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. *Direito previdenciário esquematizado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social: na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004.

ROCHA, Daniel Machado da. *Curso de especialização em direito previdenciário*. Vol. 1. Curitiba: Juruá, 2006.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Previdência Social: custeio e benefícios*. São Paulo: LTr, 2005.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Limitações constitucionais à instituição de contribuições da seguridade social*. São Paulo: LTr, 2007.

GOVERNANÇA E EMPODERAMENTO SOCIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ESFERA LOCAL

Ricardo Hermany¹
Dartagnan Limberger Costa²

1 INTRODUÇÃO

O tema abordado nesse artigo não é novo aos estudiosos do tema conhecido por Poder Local, mas, o que nos propomos é demonstrar o amadurecimento da ideia inter-relacional entre a participação popular na seara decisória pública local como propulsora da emancipação social dos integrantes desse processo.

Em face do estudo sério e metodológico que desempenhamos em função da análise do Programa de Governança Solidária Local, na cidade de Porto Alegre, se pode encontrar procedimentos passíveis de demonstrar, teoricamente, que a política pública de inclusão social como a Governança Solidária Local possui aspectos teleológicos de emancipação social local.

Para uma política pública promover a emancipação social do cidadão é imperioso que tenhamos algumas premissas que devemos tomar como bases de sustentação de nossos argumentos: estar perante um regime democrático de direito, haver uma Administração Pública Compartida e existir o respeito às decisões populares, tendo em mente que o verdadeiro poder emana do povo, de forma que albergue a via direta e indireta.

Aceitando essas bases epistemológicas podemos passar a discorrer sobre a política pública que é o Programa de Governança Solidária Local, baseado na sistemática de atuação empresarial, com foco na co-responsabilidade entre os cidadãos e o Poder Público. O PGSL é um programa que engloba, em sua seara, evoluções instrumentais que permeiam a busca da emancipação social local dos cidadãos, pois, seja pela consensualidade, co-responsabilidade, participação ou cooperação, todos os envolvidos são chamados a conscientizarem-se da sua posição como cidadãos e co-responsáveis na consecução do que foi decidido participativamente durante o processo. Trata-se de uma das poucas políticas públicas que tira o dever pleno do Estado em atos prestacionais, trazendo para seara privada a co-responsabilidade de execução.

Tendo em vista tais delimitações, passamos a esmiuçar o que nos propomos a enfrentar.

2 OS PARADIGMAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMPARTIDA

Nesse capítulo se pretende discorrer sobre a relação intrínseca e arraigada do Poder Local com a Administração Pública de caráter compartilhado. É fundamental que se esclareça que um dos

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado - da Universidade de Santa Cruz do Sul e Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos com estágio de doutoramento pela Universidade de Lisboa. Coordenador do sub-grupo de Estudos Possibilidades e Perspectivas de Consolidação do Princípio Federativo a partir do Paradigma da governança Local, do Grupo Estado, Administração Pública e sociedade (CNPQ). E-mail: hermany@unisc.br

² Advogado, Mestrando em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Membro do sub-grupo de Estudos Possibilidades e Perspectivas de Consolidação do Princípio Federativo a partir do Paradigma da governança Local, do Grupo Estado, Administração Pública e sociedade (CNPQ).

"braços" do Poder Local é a própria participação da comunidade na Administração Pública, o que coincide com o ideário de gestão compartilhada.

A Administração Pública em uma visão tradicional, como preceitua Leal³, invariavelmente socorre-se na construção de um conceito sintetizado como *"conjunto harmônico e sistêmico de princípios, regras e ações jurídicas que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas, tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado."*⁴

Tal questão enseja oportuno os ensinamentos trazidos por Leal:

[...] convencionou-se afirmar que a atividade de administrar os interesses públicos nasce com o Estado, e mais especialmente com o Estado de Direito ou, ainda, numa acepção mais clássica, com a elaboração teórica de Montesquieu sobre a tripartição de poderes, para: (1) evitar e conter o abuso do poder por quem o detém; (2) regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, visando a proteger o cidadão contra abusos ou desvios dos detentores deste poder.⁵

Mas, como se vislumbrou na história, o Estado Burguês falhou consubstancialmente na consecução dos ideais socioinclusivos, principalmente em decorrência da incapacidade gestacional de lidar com as crises e as demandas causadas pelo modelo de Estado Mínimo. Nota-se que pela delimitação do autor se vislumbra o notório interesse de classes envolvido na presente seara, pois, conforme delimita Bobbio⁶, explicando o conceito de Sociedade Civil em Gramsci, se denota uma postura Marxista, em que a própria classe dominante cria instrumentos para se manter no domínio do poder, vislumbrando sua postura de dominação sobre as demais classes. Invariavelmente essa visão se mostra adequada, pois, a Administração Pública no Estado Burguês simplesmente preservou o ideário da legalidade e da segurança, perfazendo uma atuação mínima na busca da melhora das condições sociais dos cidadãos⁷.

Foi no denominado "Estado Social", vinculado principalmente no pós-guerra, que se nota uma maior preocupação da Administração Pública na mudança do paradigma da negatividade estatal para uma postura mais efetiva ao lidar com as necessidades sociais. Esse mesmo Estado Social, tão duramente criticado por Friedman⁸, criado, no nosso entender, como forma de evitar a proliferação do comunismo do leste europeu, viabilizou a visibilidade da atuação das políticas públicas em economias capitalistas.

Contemporaneamente é impossível deixar de pensar a relação comunicacional entre a gestão pública e a própria sociedade, pois, se notou que os antigos modelos de exercício do poder pelo Estado, seja no período do Medieval ou no Moderno, se mostraram totalmente insuficientes para viabilizar uma efetiva prática das políticas públicas na atenuação das situações sociais.

³ Leal, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 37.

⁴ Leal, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 38.

⁵ Leal, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 38.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 59.

⁷ Ver DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

⁸ Ver FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Liberdade de escolher*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980, p. 122 e s.s.

A democracia contemporânea, para o presente estudo, nos reportados ao ideário trazido por Bonavides⁹, em que uma democracia não deve meramente ser de massa ou puramente representativa, mas possuir em sua seara o respeito à participação e às decisões populares, mantidos os instrumentos representativos. Deve-se respeitar os próprios ditames da Carta Política Brasileira no que se refere à legitimidade do poder pela atuação participativa da sociedade civil através dos instrumentos disponibilizados pelo Estado para sua interferência.

A doutrina contemporânea vincula tamanho valor às decisões da sociedade no âmbito da administração pública, que até mesmo, conforme delimita Häberle, acaba criando uma distinção entre atos administrativos comuns e atos administrativos especiais, sendo os últimos de maior expressão porque provêm da fonte primária do poder, do próprio povo¹⁰.

Essa importância encontra maior valor ao nos depararmos com a Administração Pública de cunho Local, a qual, por sua proximidade com a população, pode desempenhar melhor o seu papel nessa relação comunicacional entre os cidadãos e o Estado. Afinal, é no município que os munícipes poderão melhor exercer sua cidadania e cobrar sua efetividade, pois são justamente os governos locais os responsáveis pela execução de políticas públicas adequadas para o fortalecimento da qualidade de vida, seja em função da (re) definição de competências constitucionais, seja em virtude da crise de financiamento do Estado Nacional, que o incapacita de atender com efetividade às demandas da população. Tais razões justificam a importância, até paradoxal, do poder local para o desenvolvimento econômico na sociedade globalizada, vinculado ao conceito de qualidade de vida como fator de produtividade e, por conseguinte, de eficiência do sistema produtivo.¹¹

Previsto de forma expressa a partir do art. 29 da Constituição Federal, o ordenamento jurídico brasileiro consagra a organização sociopolítica em nível local, tanto que prevê a prerrogativa de um autogoverno na esfera municipal, envolvendo o amplo espectro das decisões públicas, ou seja, as atribuições legislativas e administrativas em seu sentido lato, inclusive a gestão financeira¹², pontos centrais dessa obra.

O espaço local, como se pode observar, além de favorecer a construção da responsabilidade social, potencializada pelo sentimento de solidariedade e pertencimento, por parte dos atores que integram a sociedade civil, contribui para a efetividade do controle social. Se, por um lado, o direito social se manifesta na tomada de decisões públicas a partir de uma construção compartilhada, da mesma forma assume destaque o controle e o acompanhamento da execução das políticas públicas definidas em parceria com a sociedade.

Contudo, é fundamental a leitura dos instrumentos de gestão democrática da cidade para além da ótica da regulação da propriedade no espaço urbano, tendo maior importância uma análise mais aberta dos espaços de participação. Dessa forma, a abordagem dos instrumentos de gestão democrática deve estar mais vinculada à ideia ampla de função social da cidade, da qual a propriedade é apenas um dos elementos integrantes, possibilitando-se, com essa postura, a atribuição de sentido ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da cidadania.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência: por uma nova hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁰ Ver, HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p.45.

¹¹ HERMANY, Ricardo. *(Re)discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

¹² Esta municipalização da gestão financeira mostra-se essencial para a análise dos instrumentos de democratização da gestão fiscal a partir do poder local, destacando-se a obrigatoriedade da realização de audiências públicas na elaboração e discussão das leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA).

Atualmente, o Poder Local deve, dentro de suas competências, promover o diálogo entre seus cidadãos na promoção da cidadania. É dever do Estado, para realização da função social da cidade democrática, aquela amparada e construída pelo ideário comunitário, sob viés horizontalizador, promover formas de participação pública de construção do social. Trata-se de uma promoção da participação cidadã.

Elenaldo Teixeira¹³ entende que a participação cidadã é um mecanismo importante em que se redefinam os papéis. Vejamos:

[...] participação cidadã: processo complexo e contraditório entre sociedade civil, Estado e mercado, em que os papéis se redefinem pelo fortalecimento dessa sociedade civil mediante a atuação organizada dos indivíduos, grupos e associações. Esse fortalecimento dá-se, por um lado, com a assunção de deveres e responsabilidades políticas específicas e, por outro, com a criação e exercício de direitos. Implica também o controle social do Estado e do mercado, segundo parâmetros definidos e negociados nos espaços públicos pelos diversos atores sociais e políticos.

Mesmo com todo o processo de globalização dos meios de comunicação, ainda é, num país com o tamanho do Brasil, complexo estreitar a ligação direta da comunidade local com o poder central da federação.

Corroborando com o presente entendimento Ladislau Dowbor ao delimitar que o eixo substancial que está se verificando na contemporaneidade é uma progressiva valorização do local frente ao nacional. Ensina o autor:

É no nível local que se podem realmente identificar com clareza as principais ações redistributivas. Essas ações dependem vitalmente de soluções locais e momentos políticos, e as propostas demasiadamente globais simplesmente não funcionam, na medida em que enfrentam interesses dominantes organizados e complexidades políticas que inviabilizam os projetos.¹⁴

Mesmo que as delimitações da interação do Poder Local com a comunidade sejam as mais expressivas do sentimento popular através da participação, cabe destacar que, conforme ensina Colussi, uma vasta parte dos municípios brasileiros ainda reside sob a égide do coronelismo, do patrimonialismo e do clientelismo, o que impulsiona a sistemática inclusão social em face de interesses privados de uma elite corrupta¹⁵.

Ensina Lúcia Avelar ao analisar, em seu estudo, que:

[...] percebemos é que hoje, dos cerca de 5.500 municípios brasileiros, nos municípios menores predomina a política tradicional, através dos chefes locais, e a política clientelística, personalista, direta. Nos municípios maiores predomina a política do "rouba mas faz", ou seja, eu faço com os recursos públicos parte do meu trabalho, mas uso esses recursos para continuar a minha dominação eleitoral.¹⁶

¹³ TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. 2. ed. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA, 2001, p. 30.

¹⁴ DOWBOR, Ladislau. *O que é poder local*. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 35.

¹⁵ COLUSSI, E.L. *Estado Novo e municipalismo gaúcho*. Passo Fundo: Ediupf, 1996.

¹⁶ AVELAR, L. Entrevista. In: A. DINES; F. FERNANDES JÚNIOR e N. SALOMÃO. *Histórias do poder: 100 anos de política no Brasil. Visões do Executivo*. São Paulo, 2000, p. 71.

Infelizmente esse “câncer” da Administração Pública Local não suprime a atuação de bons gestores ao propiciarem uma notória e real postura na construção de um ideário mais democrático e sócio-inclusivo. Prova disso se vislumbra na sistemática democrática e dialógica do Orçamento Participativo, no caso da cidade de Porto Alegre.

Um dos modelos mais conhecidos de gestão compartilhada em que a participação popular desempenha papel fundamental é o Orçamento Participativo de Porto Alegre. Tendo início sua implantação em 1989 em face da gestão da “frente popular”, encabeçada pelo Partido dos Trabalhadores, o Orçamento Participativo permitiu que as decisões da população pudessem delimitar a aplicação de recursos públicos do governo.

3 O PROGRAMA DE GOVERNANÇA SOLIDÁRIA LOCAL: EMANCIPAÇÃO SOCIAL LOCAL ATRAVÉS DA UTILIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS

Além da necessidade de uma gestão de cunho compartilhado, em que o Poder Público entenda que o poder emana do povo e que, imprescindivelmente, deve ser consultado em questões que lhes sejam relevantes, é imperioso que, apropriados das delimitações já expostas, façamos uma análise pormenorizada da política pública de inclusão e emancipação social que é o próprio Programa de Governança Solidária Local, uma política pública dentro das “regras do jogo”.

Com o avanço trazido pelo Orçamento Participativo, a prefeitura de Porto Alegre, na gestão atual, vem viabilizando, de forma gradual, essa nova sistemática de participação social. O Orçamento Participativo, como política pública, foi e continua sendo o principal baluarte que propiciou essa forma de implantação gradual, afinal, Porto Alegre se caracteriza por possuir uma forte vida participativa, calcada em uma história de movimentos sociais e luta por direitos.

Mesmo que nos primórdios do Orçamento Participativo, o mesmo foi utilizado como forma de compensar a falta de vereadores da Frente Popular no governo municipal de Porto Alegre (Gestão Olívio Dutra), é impossível não destacar que foi através dele que se vislumbrou um aumento do próprio capital social nas comunidades abrangidas por essa consagrada política pública.

As pessoas moradoras dos bairros puderam vislumbrar que tinham voz, que podiam exercer sua cidadania além do mero voto em seus representantes, os quais em grande parte, só visitavam os bairros em épocas de eleição. É a partir dessa visão de participação social que as pessoas dos bairros de Porto Alegre, felizmente, puderam perceber que, mobilizadas, amparadas por uma gestão compartilhada, firme e unida, poderiam, através de um processo democrático-participativo, ter suas expectativas e reivindicações atendidas pelo Poder Público municipal.

Com a política do Orçamento Participativo, se pode notar que as pessoas se sentiam parte do seu bairro, o que ressalta, além do próprio desenvolvimento do capital social, a ampliação do sentimento de pertencimento, vinculado ao resguardo da própria base democrática. Nesse sentido, lembramos os ensinamentos de Inglehart, o qual salienta que há níveis estatísticos entre a questão do desenvolvimento da confiança interpessoal e da democracia estável no voluntarismo social. Nesse sentido o autor ensina que “sociedades com altas taxas de pertencimento estão mais habilitadas a serem democracias estáveis que aquelas com baixas taxas de pertencimento.”¹⁷

¹⁷ INGLEHART, Ronald. *Modernization and postmodernization: cultural, economic, and political change in 43 societies*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 190.

Tendo como base a apreensão do capital social gerado pelo Orçamento Participativo, pode a Governança Solidária Local começar a germinar sua nova e consensuada postura dentro dos bairros em que se vê efetivo o OP, e, agora, somado as ilhas (as quais estavam fora do Orçamento Participativo).

O Programa de Governança Solidária Local tem seu germine no ideário de responsabilidade social¹⁸, vinculado à postura ativa dos cidadãos em busca de uma participação sócio-responsável. Quero dizer que vislumbramos nessa seara uma postura de vinculação entre as atitudes dos cidadãos para com as suas decisões, não uma mera decisão desvinculada de responsabilidade.

Nesse sentido, podemos vislumbrar o que delimita Busatto:

Implantar governanças solidárias locais é promover a tecelagem de redes sociais de pessoas e grupos que, com base na pluralidade e no diálogo, estabelecem relações de confiança e cooperação, constroem suas visões de futuro, desenvolvem sua capacidade de sonhar por um mundo melhor e planejam como alcançá-lo, definindo ações priorizadas no tempo e compartilhando responsabilidades pela sua realização. Assim, Governança Solidária Local é um novo padrão de produção de bens públicos e de promoção de desenvolvimento, a partir do protagonismo e do comprometimento de todos os autores individuais e coletivos locais.¹⁹

Nessa seara que surge o que denominamos de cidadão-gestor, aquela pessoa que, ciente de suas responsabilidades pelas suas decisões, interage continuamente na promoção da cooperação e do diálogo com o empresariado (fonte de financiamento e conhecimento técnico) e o Estado (Administração Pública Municipal).

Não cabe ao presente trabalho procurar vislumbrar o conceito de cidadania aplicável ao cidadão-gestor, apenas ressaltando que o ideário enfático na presente delimitação é daquela pessoa que, além da atitude consciente da escolha de um representante pelo voto, participa efetivamente nas decisões políticas que se dirijam aos interesses da sua comunidade.

O Programa de Governança Solidária Local possui uma sistemática própria de formação desses cidadãos, afinal, apropria-se do capital social já existente gerado pelo Orçamento Participativo, através de uma procedimentalização para sua própria execução nos locais onde atua.

Essa superioridade do Programa de Governança Solidária Local em face da sistemática antiquada do Orçamento Participativo corrobora com ideário da emancipação social local pelo procedimento adequado e consensuado. Procura-se co-responsabilizar, em todos os atos possíveis, os cidadãos de seus atos, demonstrando, através dos procedimentos, que eles, juntamente com a Administração Pública e o empresariado, são capazes de mudar as condições de sua comunidade.

Nesse sentido que se fomentam as redes de participação e o empoderamento social local, os quais passaremos a discorrer no próximo capítulo.

¹⁸ Olhares sobre a experiência da governança solidária local de Porto Alegre. Organizadores, Jandira Feijó, Augusto de Franco. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

¹⁹ BUSATTO, Cezar. A essência da Governança Solidária Local. In: Olhares sobre a experiência da governança solidária local de Porto Alegre. Organizadores, Jandira Feijó, Augusto de Franco. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 16

4 CIDADANIA ATIVA E EMPODERAMENTO SOCIAL LOCAL

Dos delineamentos descritos do Programa de Governança Solidária Local, podemos vislumbrar uma notória existência da relação participação/descentralização/desburocratização, a qual, por sua feição permite constatar que, pela formação de redes de cidadãos ativos (gestores), se pode fomentar o devido empoderamento social local.

O próprio Augusto Franco, ao referir-se ao Programa de Governança Solidária Local, delimitou que o mesmo apenas pode desempenhar seu real viés através da formação de redes. Ensina ele que:

Como idéia geral a Governança Solidária Local se refere a um ambiente favorável à realização de ações de interesse público, em prol do desenvolvimento de localidades da cidade, baseadas na parceria entre múltiplos atores (estatais, empresariais e da sociedade civil), que contem com a participação voluntária de cidadãos conectados em rede.²⁰

Ao se falar em redes, devemos ter em mente que, nas visões delineadas no presente ensaio, as relacionamos dentro de um ideário democrático, participativo e de cidadania ativa.

Numa primeira concepção, podemos vislumbrar o entendimento de Rose Marie Inojosa, que nos ensina que:

[...] rede é parceria voluntária para a realização de um propósito comum. Implica, nesse sentido, a existência de entes autônomos que, movidos por uma idéia abraçada coletivamente, livremente e mantendo sua própria identidade, articulam-se para realizar objetivos comuns. As redes se tecem através do compartilhamento de interpretações e sentidos e da realização de ações articuladas pelos parceiros.²¹

Ou seja, para a autora se nota o respeito pela autonomia do sujeito (ou ente), articulando-se para objetivos comuns do grupo, desempenhando ações que vinculam os parceiros ao requerido objeto almejado. Ao se manter a identidade própria, se nota a permanência do ideário de horizontalidade no trato gestacional dos laços que se ligam os atores sociais dentro da rede.

Castells nos ensina que “em uma rede, por definição, não tem centro, mas apenas nós de diferentes dimensões e relações internodais que são frequentemente assimétricas. Entretanto, em última instância, todos os nós são necessários para a existência da rede.”²²

Entende-se com isso que não há um centro único e propulsor da rede, mas, pequenos núcleos “nós” capazes de fomentar e emitir decisões para os outros pontos da rede. Quando se fala em redes, é de notar que não há dirigismos, sob pena de cairmos em centros de controle, os quais, não permitiriam o livre desempenho das atividades, servindo para obstruir a devida comunicação.

Na atualidade, é imprescindível, dentro de uma política pública que busque a emancipação social local (empoderamento), que a atuação seja horizontalizada em rede, afinal, em ambientes

²⁰ FRANCO, Augusto. Minha visão de Governança Solidária Local. In: *Olhares sobre a experiência da governança solidária local de Porto Alegre*. Organizadores, Jandira Feijó, Augusto de Franco. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 95.

²¹ INOJOSA, Rose Marie. *Redes e redes sociais: versão preliminar*. São Paulo: FUNDAP, 1998, p. 1-2.

²² CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

em que haja dirigismos coativos, não haverá a devida expressão da vontade dos atores sociais que compõe o tecido formativo das redes sociais.

A Governança Solidária Local, nesse sentido, é muito eficaz ao promover, dentro de seu processo democrático, o empoderamento social local, resplandecendo o ideário de co-responsabilidade social.

Ainda podemos vislumbrar o termo empoderamento sob a ótica de um verbo transitivo e intransitivo. Labonte²³ nos ensina que o verbo empoderar, transitivamente, pode ser visto com o significado de “dar poder a outros” e, intransitivamente, como um processo de aumento de auto-estima e influência sobre a vida das próprias pessoas.

Antes de qualquer coisa, devemos salientar que empoderamento social local está vinculado ao capital social, não sendo sinônimos de uma mesma coisa. Primeiro se devem afastar as dúvidas de que capital social não é sinônimo de empoderamento. O capital social é um dos catalizadores passíveis de interagirem na construção de um maior empoderamento social. Veja nas palavras de Durston:

El empoderamiento ha sido definido como el proceso por el cual la autoridad y la habilidad se ganan, se desarrollan, se toman o se facilitan (STAPLES, 1990). Alternativamente, el énfasis está en que el grupo y las personas protagonizan su propio empoderamiento, no en una entidad superior que les da poder (SEN, 1998). Es la antítesis del paternalismo, y la esencia de la autogestión mediante la pedagogía constructivista, que construye sobre las fuerzas existentes de una persona o grupo social – sus capacidades – para <<potenciarlas>>, es decir, aumentar y realizar esas fuerzas potenciales preexistentes.²⁴

Prossegue o autor delimitando que é em ambientes com maior capital social que podemos vislumbrar uma amplitude de possibilidades de empoderamento social na consecução de ideários favorativos frente aos detentores do poder político. É através da organização, do associativismo e da ampliação de redes de inter-relação social que as comunidades podem desempenhar melhor seu papel na construção de sua emancipação social.

Nesse sentido, podemos citar o professor Ferdinand Cavalcanti Pereira que nos ensina que

Empoderamento significa em geral a ação coletiva desenvolvida pelos indivíduos quando participam de espaços privilegiados de decisões, de consciência social dos direitos sociais. Essa consciência ultrapassa a tomada de iniciativa individual de conhecimento e superação de uma situação particular (realidade) em que se encontra, até atingir a compreensão de teias complexas de relações sociais que informam contextos econômicos e políticos mais abrangentes. O empoderamento possibilita tanto a aquisição da emancipação individual, quanto a consciência coletiva necessária para a superação da “dependência social e dominação política”. Enfim, superação da condição de desempoderamento das populações pobres, as quais, segundo Nyerere (1979), não podem se desenvolver se não tiverem poder.²⁵

²³ LABONTE, R. Health promotion and empowerment: reflections on professional practice. *Health Education Quarterly*, v. 21, 1994, p. 253 – 268.

²⁴ DURSTON, J. *Capital social. Parte Del problema, parte de La solución. Su papel en La persistencia y en La superación de La pobreza en América Latina y El Caribe*. Documento de Referência, Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y Caribe, 2001, p. 187.

²⁵ FERDINAND, Cavalcanti Pereira. *O que é empoderamento?* Disponível em <http://www.fapepi.pi.gov.br/novafapepi/sapiencia8/artigos1.php>. <acesso em 10 de Jul, 2008>

Em face desse raciocínio permeado pelo professor Pereira se pode visualizar o ponto de contato com o Programa de Governança Solidária Local; afinal, a sistemática do programa visa justamente trazer o cidadão para “linha de frente” das decisões que atingirão diretamente sua vida cotidiana.

A criação de redes na formação de maior capital humano, gerado através do capital social, permite uma maior construção do empoderamento social local no trato da *res publica*. Não se procura mais a manutenção do *status quo* ante, mas a participação efetiva dos atores sociais na construção de maior vínculo associativo no que lhes diz respeito.

Afinal, o viés consensual debatido entre uma associação de pessoas, livres e iguais, repousa na unidade de um processo consentido. Tal processo forma, conforme Habermas, a constituição até mesmo de um Estado de Direito. *“Numa sociedade pluralista, a constituição expressa um consenso formal. Os cidadãos querem regular sua convivência de acordo com princípios que podem encontrar o assentimento fundamentado de todos, por serem do interesse simétrico de todos.”*²⁶

5 CONCLUSÃO

Diante da exposição pormenorizada, mas despretenciosa, do tema, se pode notar que a política pública do Programa de Governança Solidária Local tem muito a oferecer no debate sobre a postura da Administração Pública na fomentação e na busca de diretrizes emancipatórias do sujeito.

A sistemática formativa que desempenha o Programa coaduna com os ideais teóricos que viabilizam a emancipação do sujeito local, procurando respeitar e dialogar permanentemente com todos os atores sociais envolvidos na comunidade.

Se passa da mera alocação de recursos públicos para uma diretriz participativa de cunho integral, ou seja, todos os atores sociais participam e se co-relacionam na medida que atuam na seara social em prol da comunidade. O cidadão sente-se parte de todo o processo formativo que é desempenhado pela Governança Solidária Local.

Esse empoderamento que é dado ao cidadão, seja de sua postura decisional, ou, sua postura ativa no trato da efetivação do que foi decidido, propicia os ditames máximos da democracia participativa, focalizando um ideário maior, que é o engrandecimento pessoal e o respeito a quem é dada a emanação do poder, ou seja, ao povo.

A Governança Solidária Local é uma alternativa, dentro do viés neoliberal, em que uma política pública possa interagir com todos os atores sociais em busca do bem comum, não esquecendo da co-responsabilidade vislumbrada nas decisões.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 584.

REFERÊNCIAS

- AVELAR, L. Entrevista. In: A. DINES; F. FERNANDES JÚNIOR e N. SALOMÃO. *Histórias do poder: 100 anos de política no Brasil*. Visões do Executivo. São Paulo, 2000.
- BAQUERO, Rute Vivian Angelo. Empoderamento: questões conceituais e metodológicas. In: *Redes / Universidade de Santa Cruz do Sul*, Vol. I, n. 1 (jul. 1996). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- _____. *Qual socialismo?* São Paulo: Paz e Terra, 1983.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência: por uma nova hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BUSATTO, Cezar. A essência da Governança Solidária Local. In: *Olhares sobre a experiência da governança solidária local de Porto Alegre*. Organizadores, Jandira Feijó, Augusto de Franco. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- COLUSSI, E.L. *Estado Novo e municipalismo gaúcho*. Passo Fundo: Ediupf, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DIAS, M. R. Entre a representação e a participação política: o debate acerca da institucionalização do Orçamento Participativo de Porto Alegre. In: *Democracia e governança mundial: que regulações para o século XXI? – Org. Carlos Milani, Carlos Arturi e Germán Solinis*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS/UNESCO, 2002.
- DOWBOR, Ladislau. *O que é poder local*. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- DURSTON, J. *Capital social. Parte Del problema, parte de La solución. Su papel en La persistencia y en La superación de La pobreza en América Latina y El Caribe*. Documento de Referência, Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y Caribe, 2001.
- FRANCO, Augusto. Minha visão de Governança Solidária Local. In: *Olhares sobre a experiência da governança solidária local de Porto Alegre*. Organizadores, Jandira Feijó, Augusto de Franco. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Liberdade de escolher*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.
- GENRO, Tarso. *Orçamento participativo: a experiência de Porto Alegre*. 2. ed São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1997.
- GONZÁLEZ, Rodrigo. Capital social, ação coletiva e orçamento participativo. In:
- BAQUERO, Marcello (org.) *Reinventando a sociedade na América Latina: cultura política, gênero, exclusão e capital social*. Porto Alegre / Brasília: Ed. Universidade/Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, 2001.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre atividade e a validade*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2 v. Tradução de Factivity and Validity: Flávio Beno Siebeneichler. 1997.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

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

HERRIGER, N. *Empowerment in der sozialen arbeit*. Stuttgart: Eine Einfuhrung, 1997.

INGLEHART, Ronald. *Modernization and postmodernization: cultural, economic, and political change in 43 societies*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

INOJOSA, Rose Marie. *Redes e redes sociais: versão preliminar*. São Paulo : FUNDAP, 1998.

LABONTE, R. Health promotion and empowerment: reflections on professional practice. *Health Education Quarterly*, v. 21, 1994.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PERIUS, Vergílio Frederico. *Cooperativismo e lei*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2001.

SANTOS, B. S. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

Secretaria de Governança Solidária Local do Município de Porto Alegre. Disponível em [lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/smg/usu_doc/local_solidary_governance_texto_original.pdf](http://proweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/smg/usu_doc/local_solidary_governance_texto_original.pdf). (acesso em 01 02 2008).

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. 2. ed. São Paulo: Cortez; Recife : EQUIP ; Salvador : UFBA, 2001.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA: A NECESSIDADE DE ABERTURA DA CONSTITUIÇÃO À LUZ DA TEORIA DE PETER HÄBERLE

Daniela Richter¹

Rosane B. Mariano da Rocha Barcellos Terra²

1 INTRODUÇÃO

Num primeiro momento, faz-se necessário ressaltar a contextualização do que seja a jurisdição constitucional. Após, serão analisados alguns aspectos históricos e evolutivos de seu conceito a partir da leitura feita sobre algumas das principais obras dedicadas à jurisdição constitucional, bem como do controle de constitucionalidade.

Em seguida, cotejar-se-á, a teoria da Sociedade Aberta dos Intérpretes de Peter Häberle, sua fundamentação e peculiaridades. Para tanto, serão demonstradas as conceituações necessárias para a boa fluidez da compreensão da proposta. Na sequência, examinar-se-ão os principais temas debatidos na atualidade sobre o assunto. Ao final, pretende-se analisar os desafios da abordagem intercultural proposta por Peter Häberle em uma sociedade pluralista como a hodierna. É o que se passa a evidenciar.

2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA TRAJETÓRIA HISTÓRICA

Antes de adentrar-se com afinco na questão proposta é preciso aclarar o que seja a jurisdição. Constitui-se numa das funções do Estado, que ao aplicar a lei a um caso concreto busca a pacificação social. Assim, cumpre ao Poder Judiciário fazer atuar a vontade concreta da lei.

Para Canotilho³, a jurisdição constitucional

consiste em decidir vinculativamente, num processo jurisdicional, o que é o direito, tomando como parâmetro material a constituição ou o bloco de legalidade reforçada, consoante se trate de fiscalização da constitucionalidade ou de fiscalização da legalidade.

Em outras palavras, pode-se dizer que será por meio dela que o Poder Judiciário conjugará a decisão a ser proferida com a "força normativa da Constituição", garantindo e salvaguardando a supremacia de todos os preceitos constitucionais, principalmente pelas formas de controle de constitucionalidade previstos em cada sistema jurídico.

¹ Advogada, Professora da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e do Centro Universitário Franciscano (UNIFRA), Mestre em Direito, Especialista em Direito Constitucional, integrante do Grupo de Pesquisa de Direito, Cidadania e Políticas Públicas, da UNISC; endereço eletrônico: danielarichter@ibest.com.br;

² Advogada, Especialista em Pesquisa, Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Professora de Penal da UNISC, Membro do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas da UNISC, coordenado pela Prof. Dr^a. Marli M.M da Costa, Professora de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal, na modalidade EAD, pela UNISC e Professora de Direito Civil Obrigações, Direito Administrativo II e Direito da Criação Intelectual pela UNIFRA (Universidade Franciscana de Santa Maria. e-mail: rosanebt@terra.com.br)

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 905.

Nesse contexto, é interessante ressaltar que a jurisdição constitucional é garantida, sobretudo, através da supremacia da Constituição, pelos mais diversos órgãos do Poder Judiciário, ou seja, para tal desiderato é necessário o uso de alguns mecanismos que a auxiliem, e que no nosso sistema podem ser de duas formas, ou seja, através do controle concentrado ou do controle difuso de constitucionalidade.

Para Miranda⁴, “constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base”.

Assim, faz-se mister antes da continuidade da pesquisa, estabelecer um breve referencial histórico sobre a questão do controle de constitucionalidade, que pode ser dividido em duas direções. A primeira delas diz respeito ao controle difuso de constitucionalidade, também conhecido como *judicial review* norte-americano, originário dos países da *common law* que teve como elemento deflagrador o caso *Marbury v. Madison* (1803), quando o juiz, pela primeira vez na história, dá-se conta da incompatibilidade de uma lei com a Constituição e recusa-se a aplicá-la. Desse modo, estava-se reconhecendo que não só a Suprema Corte poderia declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Ao revés, que qualquer juiz ou Tribunal poderia deixar de aplicá-la, quando a considerasse como inconstitucional. Em outras palavras, significa dizer que “a jurisdição constitucional estava dispersa, não estando ao encargo de um único órgão a tarefa de preservar o conteúdo da Constituição”⁵.

Uma vez reconhecida a supremacia da Constituição, torna-se óbvio que ela não poderá ser contrariada por qualquer lei que esteja em categoria inferior a ela. E, nesse caso – da rejeição da aplicação de uma lei – ela não será retirada do mundo jurídico, apenas deixará de ser aplicada àquele caso concreto, específico, estendendo seus efeitos, dessa forma, apenas entre as partes.

Já na segunda direção, ou seja, do controle concentrado de constitucionalidade, o objetivo está justamente em retirar a norma do ordenamento, de modo que ela possua eficácia *erga omnes*. Trata-se do modelo europeu, inaugurado com Kelsen, através do julgamento de ação própria com essa finalidade. Tal sistema advém da experiência federalista da Confederação Helvética, do século XIX, e de todo o edifício institucional do Império Austro-Húngaro, sendo prevista pela primeira vez na Constituição Austríaca de 1920⁶.

Trazendo à discussão para o sistema brasileiro, tem-se que esse país adota, atualmente, o sistema misto de controle de constitucionalidade, que como o próprio nome induz, adota tanto o modelo difuso quanto o concentrado. A primeira notícia da aplicação de tal instituto foi na Constituição de 1891, antes inexistia o controle de constitucionalidade, havia apenas o controle político. Sob a influência do constitucionalismo norte-americano foi instaurado o critério de controle difuso por via de exceção, “que perdurou nas constituições sucessivas até a vigente”⁷. É claro que as Constituições posteriores, contudo, foram inserindo novos elementos com o passar do tempo.

⁴ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 473.

⁵ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como Princípio: os limites da Jurisdição Constitucional Brasileira*. São Paulo: Manole, 2003, p. 96.

⁶ LEAL, *Ibidem*, p. 99.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 51.

Assim, há que se ressaltar que a Constituição de 1934, previu a possibilidade do Senado “suspender a execução da norma por inconstitucional, como forma de atribuir eficácia erga omnes às decisões tomadas em sede jurisdicional”. Além disso, foram incluídas mais duas inovações que perduram até hoje: a ação direta de inconstitucionalidade interventiva e a necessidade de maioria absoluta de votos dos membros dos Tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de ato ou lei do Poder Público⁸.

Já a CF, de 1946, trouxe por meio da EC 16/65, uma nova modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, “de caráter genérico, ao atribuir competência ao STF para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, apresentada pelo Procurador-Geral da República”. Essa inovação instituiu, ainda, “que a lei poderia estabelecer processo, de competência originária do TJ, para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal, em conflito com a constituição estadual”⁹.

Com a redemocratização do país, a CF de 1988 trouxe a possibilidade da inconstitucionalidade por omissão e o aumento de pessoas legitimadas à propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Para encerrar a evolução histórica do controle de constitucionalidade, podemos resumir o sistema vigente com as palavras de Silva¹⁰:

À vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por ação ou omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinando os critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, temos o exercício do controle por via de exceção e por ação direta de inconstitucionalidade. De acordo com o controle por exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo.

E, como se verá adiante, a Teoria de Häberle, baseia-se, sobretudo, no fato de que as disposições constitucionais não se constituem em obras prontas e acabadas, ao revés, para que elas sejam concretizadas, necessitam de uma interpretação ampla, abarcando todos aqueles que vivem a realidade da norma, ou seja, isto será possível sempre que a realidade seja incorporada ao processo hermenêutico.

Assim, realizadas tais prospecções históricas e ressaltado o conceito da jurisdição constitucional, cumpre, agora, trazer à baila a caracterização da Constituição Aberta no Constitucionalismo Contemporâneo.

3 CONTEXTUALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO COMO PROCESSO PÚBLICO E ABERTO NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Antes de mais nada, torna-se imprescindível conceituar a atual designação de constitucionalismo. Para tanto, é necessário trazer à baila os ensinamentos de Canotilho¹¹. Assim, segundo ele:

O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, não há um

⁸ LEAL, op cit., p. 102.

⁹ SILVA, Ibidem, p. 51-52.

¹⁰ Ibidem, p. 52.

¹¹ CANOTILHO, Ibidem, p. 51.

constitucionalismo mas *vários constitucionalismos* [...]. Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural.

O que se põe à mostra, ainda de forma pouco definida, é que nenhum outro ramo além do direito constitucional sente tão depressa as mudanças que ocorrem no mundo, tendo em vista, o profundo dilema que se encontram os aspectos da vida política, social e econômica na atualidade.

Nessa seara, Canotilho¹² refere-se ao “novo constitucionalismo”, devido ao fato de atualmente se falar que o direito constitucional acomoda a releitura de “problemas político-constitucionais nos quadros do pluralismo político, econômico e social”.

Assim, Streck¹³ afirma que “a nova concepção de constitucionalismo une precisamente a ideia de Constituição como norma fundamental de garantia, com a noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental”. Dessa forma, o Direito Constitucional, portanto, tem o dever da positivação, cuja implementação deve conferir segurança a um mundo em que impera justamente o contrário: a insegurança gerada pelos mais variados motivos: violência, desemprego, globalização, multiculturalismos, dentre outros.

Barroso¹⁴, com propriedade, expõe as características dessa crise

A idéia de segurança jurídica, todavia, enfrenta uma crise de identidade nesse início de século e de milênio, uma quadra histórica identificada pelo rótulo ambíguo de *pós-modernidade* [...]. Na política, vive-se a ampliação do espaço privado e a desconstrução do Estado tradicional, pela privatização e pela desregulamentação. No *Comportamento*, consolidou-se o gosto pela imagem, pela análise condensada, a impressão superficial. A vitória do efêmero e do volátil sobre o permanente e o essencial. Vive-se a era do poder dos meios de comunicação e da velocidade. Velocidade de informação e velocidade da transformação. [...] As coisas são novas por vinte e quatro horas.

Assim, os preceitos decorrentes do Estado Democrático de Direito objetivam a promoção da segurança jurídica. A nova concepção de Direito que o constitucionalismo moderno instaurou, tem como objetivo primordial a consagração dos direitos fundamentais e humanos como o grande diferencial de tudo quanto até então se concebera e se positivara como ordem jurídica.

Em outras palavras, significa dizer que foi o constitucionalismo hodierno que inaugurou o conceito de constituição moderna, como documento escrito que garante as liberdades e os direitos dos cidadãos e o local onde se fixam os limites do poder político¹⁵.

¹² *Ibidem*, p. 26-27.

¹³ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 99.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 51.

¹⁵ CANOTILHO, *Ibidem*, p. 52.

Em verdade, para Hesse¹⁶

A íntima conexão, na Constituição, entre a normatividade e a vinculação do direito com a realidade obriga que, se não quiser faltar com seu objeto, o Direito Constitucional se conscientize desse condicionamento da normatividade. Para que as suas proposições tenham consistência em face da realidade, ele não deve contentar-se com uma complementação superficial do “pensamento jurídico rigoroso” através da adoção de uma perspectiva histórica, social, econômica, ou de outra índole.

É nesse contexto jurídico, em que o constitucionalismo contemporâneo acaba por repensar seu norte. A causa desse fenômeno está, para Sánchez, especialmente, nas demandas de complexidade da sociedade atual, no desenvolvimento dos Direitos Humanos, nos princípios e nos valores, ou seja, na própria lógica interna do Estado Constitucional¹⁷.

Portanto, na visão do referido autor¹⁸, o grande desafio da atualidade é a definição de um novo Direito Constitucional, dadas as limitações do conceito formal de Constituição para tomar conta da realidade, uma vez que esta impõe a construção de um modelo explicativo do Direito Constitucional real, capaz de abarcar os “formidables problemas” da sua legitimidade e coerência.

Antes de tudo, cumpre salientar a definição do que seja o pluralismo jurídico no entender de Santos¹⁹ já que “não se trata do pluralismo jurídico estudado e teorizado pela antropologia jurídica, ou seja, da coexistência, no mesmo espaço geo-político, de duas ou mais ordens jurídicas autônomas e geograficamente segregadas”. Trata-se, portanto, “da sobreposição, articulação e interpenetração de vários espaços jurídicos misturados, tanto nas nossas atitudes, como nos nossos comportamentos, quer em momentos de crise ou de transformação”.

Nesse diapasão, Baldi²⁰, diz que o pluralismo “deve ser visto como a atitude humana que reconhece que há sistemas de pensamento e culturas mutuamente incompatíveis e, inclusive, contraditórios, e, mesmo assim, o homem não se encontra capacitado para emitir um juízo absoluto sobre eles”, o que “não significa claudicar da crítica nem da necessária oposição a determinadas formas de cultura que se considerem nocivas ou errôneas a partir da perspectiva de outra cultura”.

Assim, o que se denota da leitura acima é que o contexto social assume uma força desencadeante da evolução das interpretações jurisprudenciais. Em outras palavras, o momento histórico acaba influenciando nas decisões/interpretações dos juízes constitucionais, o que se coaduna com a teoria de Häberle que será exposta a seguir.

No entanto, há quem diga que as construções jurisprudenciais enfraquecem o texto constitucional. Muito embora sejam elas as responsáveis por grande parte da evolução constitucional, pois é através da avaliação do caso concreto e, muitas vezes, da ponderação de

¹⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 26.

¹⁷ SÁNCHEZ, José Acosta. Transformaciones de la constitución en el siglo XX. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n. 100, abril/jun. 1988, p. 58.

¹⁸ *Ibidem*, p. 67.

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 2. ed. , São Paulo: Cortez, 2000, p. 221.

²⁰ BALDI, César Augusto. As múltiplas faces do sofrimento humano: os direitos humanos em perspectiva intercultural. In: _____. *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.34.

valores, que a Constituição melhor se concretiza. Por conseguinte, num mundo onde tudo se modifica com muita rapidez, não se pode combater às evoluções da constituição. Ela precisa ser reenquadrada. Há a necessidade da valorização do conceito de Constituição material. Tudo indica que se está caminhando para o repensar de alguns paradigmas, nesse contexto do constitucionalismo contemporâneo, porque, de fato, às vezes, ele parece não ter respostas eficazes em meio a tantas pluralidades de culturas.

O próprio Peter Häberle²¹ reconhece o pluralismo como suporte e promotor da cultura, o que significa que toda uma gama de instituições está compartilhando o que ele mesmo denomina de “responsabilidade cultural”, por ser tanto a liberdade quanto a multiplicidade de culturas uma tarefa do Estado e da sociedade.

Isso significa dizer que a compreensão adotada por ele a respeito da diversidade cultural deve ser respeitada acima de qualquer outro aspecto porque não há possibilidade de existir uma moral universal a todos os seres do planeta, uma vez que está se tratando de indivíduos que possuem diferentes convicções morais, religiosas, econômicas, dentre outras. E, nesse aspecto, ressalta-se, que somente por meio da abertura da Constituição a esses novos aspectos plurais que se conseguirá sua efetiva concretização. Em outras palavras, tornar-se-á mais fácil a concretização dela, sempre que essas pluralidades sejam analisadas a partir de um determinado local.

Desse modo, para Cittadino²² a citada pluralidade “é uma das marcas constitutivas das democracias contemporâneas”. E, segundo a autora, possui, no mínimo, duas significações: “ou o utilizamos para descrever a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna ou para assinalar a multiplicidade de identidade sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico”²³

Portanto, no atual despontar do constitucionalismo, se faz necessária uma nova abordagem que venha harmonizar a globalidade e a pluralidade cultural para todas as sociedades do mundo. Devemos aprender a apreciar e a tolerar as diferenças, as multiplicidades, enfim, os pluralismos existentes em nossa sociedade hodierna. Nenhuma cultura tem o condão de falar pela humanidade, muito menos resolver seus problemas. Para tanto, é necessário o diálogo e a interação das diversas formas culturais.

Feitas essas considerações com intuito de contextualizar o tema proposto, pode-se concluir que à sociedade moderna está alicerçada no pluralismo. Dessa forma, ele é um elemento inerente a sociedade moderna e, também, uma característica do Estado Democrático de Direito. Consequentemente, como a Constituição é a norma fundamental desse modelo estatal, ela deverá, também, representar essa sociedade pluralista, contemplando direitos e garantias que preservem as pluralidades que a formam.

Assim, o sistema constitucional não pode ser fechado e autossuficiente, mas, ao contrário, deve ser aberto ao mundo da vida, tendo em vista não só o critério de evolução política legislativa, mas também a necessidade de adequação da Constituição à realidade constitucional contemporânea para o contínuo ajuste da Constituição formal. Não esquecendo, porém, de salvaguardar algumas matérias que, no seu entender, seriam fundamentais para a preservação do núcleo essencial da Constituição. E, é justamente nesse contexto plural que urge a importância

²¹ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000, p.87.

²² CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p. 01.

²³ Sobre as particularidades do pluralismo para os representantes do pensamento liberal, comunitário e crítico-deliberativo ver CITTADINO, *Ibidem*.

da aplicação da teoria de Peter Häberle, pedra angular desse trabalho, que se passa a demonstrar.

4 Fundamentação da teoria da “sociedade aberta dos intérpretes” de Peter Häberle

Um dos autores mais importantes da corrente substancialista, o autor alemão é considerado um dos maiores nomes do assunto, sem ao menos cotejar diretamente a questão da jurisdição constitucional, eis que seu pensamento contribui para a apreensão e a discussão da sociedade aberta e pluralista. Para ele, existe o que se pode chamar de conceitos-chave, ou seja, na sua teoria, há alguns pontos cruciais a serem desenvolvidos: a questão acerca da noção de Constituição, de sociedade, bem como os temas que envolvem o processo de interpretação.

Dessa forma, a Constituição na sua visão necessita de uma perspectiva eminentemente cultural, eis que ele a considera como um elemento vivo que é resultado “das interações e cristalizações acontecidas entre o texto normativo e o entorno cultural que o envolve”²⁴. Em outras palavras, essa noção de Constituição que interage com o mundo da vida e que assim se torna peculiar é que recebe a designação denominada por ele como aberta e que deu origem a um de seus mais fabulosos trabalhos.

Nesse contexto, colacionamos os ensinamentos de Leal²⁵

Essa noção de Constituição aberta parte do pressuposto de que a diferenciação social e pluralismo são as principais características da sociedade contemporânea, razão pela qual, num contexto de conflitividade política e social – que inclui, todavia, formas democráticas de participação nos assuntos públicos.

Tem-se, pois, que Peter Häberle acredita que a Constituição precisa de um processo permanente de integração entre a norma posta constitucionalmente e a realidade das pessoas que a cercam, e por isso a argumentação de que ela é um produto eminentemente cultural, já que para ele, aqueles que a vivem é que são os seus verdadeiros intérpretes. Portanto para ele, a Constituição além de um sistema aberto é um produto cultural, uma vez que ela precisa de uma constante interpretação, e isso só acontece quando a Constituição interage com a sociedade, com o meio em que está inserida. Em outros termos, a constituição não é um ente pronto e acabado, mas algo que precisa ser renovado constantemente, tarefa que, segundo ele, cabe não somente aos órgãos responsáveis, mas a todas as pessoas que participam de uma cidadania ativa. Sucintamente poder-se-ia dizer que a Constituição para esse autor pode ser vista como a “obra de todos os seus intérpretes” construída na história e na evolução da sociedade.²⁶

Tal assertiva encontra o seu fundamento no fato de que a democracia igualmente necessita desse ativismo. Nesse ponto, cotejamos as palavras de Leal²⁷ .:

Verifica-se, portanto, uma tendência de agigantamento do papel desempenhado pela jurisdição dentro dessa nova ordem, situação que não tardou a ser criticada, especialmente sob o viés da falta de legitimidade ou falta de

²⁴ LEAL, 2005, Tese de Doutorado, Ibidem, [p?]

²⁵ LEAL, Mônia Clarissa Henig. Direitos Fundamentais, Jurisdição Constitucional e Democracia: origens, fundamentos e controvérsias. In: GORCZESKI, C. ; REIS, J.R. (Orgs.). *Constitucionalismo Contemporâneo: Direitos Fundamentais em debate*. Porto Alegre: Norton Editor, 2005, p. 80.

²⁶ LEAL, 2005, Ibidem, p. 83.

²⁷ LEAL, 2005, Ibidem, p. 87-88.

representatividade de que se reveste a atividade jurisdicional – única que não tem, em meio a regimes democráticos, seus cargos providos por meio do voto popular – sobretudo quando se trata de conferir a este poder atribuições e responsabilidades políticas até então reservadas tão somente ao Legislativo e, numa perspectiva diferenciada, ao Legislativo.

Assim, evidencia-se que o elemento norteador de sua teoria reside na ampliação e no aprimoramento dos instrumentos de comunicação entre os juízes e a comunidade. Tal afirmativa está fundamentada no fato, comentado anteriormente, de que todos aqueles que vivem sob a égide da Constituição devem ser considerados, como Häberle chamou, de forças produtivas da interpretação e que podem ser considerados como intérpretes *lato sensu* da Constituição, ou ao menos como pré-intérpretes. Para o autor²⁸, há alguns elementos conquistados culturalmente e que se encontram quase na totalidade das constituições modernas. Em suas palavras:

1º) la dignidad humana como premisa que deriva de la cultura de todo un pueblo y de unos derechos humanos universales, a su vez entendidos como vivencia de la individualidad o especificidad de un pueblo determinado que logra su identidad tanto en la tradición histórica como en sus propias experiencias, y que refleja sus esperanzas en forma de deseos y aspiraciones de futuro; 2º) el principio de soberanía popular pero no entendido como la competencia propia y exclusiva de hacer lo que como tal le plazca, ni tampoco como magnitud mística a imponer a sus ciudadanos, sino como fórmula identificatoria de una colaboración que se renueva cada vez de forma abierta y de responsable; 3º) la Constitución como pacto en cuyo marco se formulan objetivos educacionales y valores orientativos posibles y necesarios; 4º) el principio de división de poderes, tanto en su acepción estatal más estricta como en su sentido plural más amplio; 5º) el Estado de Derecho y el Estado social de Derecho, dándose en ellos también el principio de cultura estatal “abierta” (o principio de apertura de la cultura estatal) y demás garantías de los derechos fundamentales, la independencia de la Judicatura, etc.

Nesse contexto, Steinmetz²⁹ diz que a abertura da Constituição pode ser considerada uma virtude decorrente de sua própria natureza de norma fundamental, como sistema normativo aberto de princípios e regras que é. Essa abertura, na opinião do autor, permite a mutação constitucional, evitando o processo constituinte originário e derivado permanente, com resultados políticos e jurídicos nem sempre seguros, previsíveis e desejáveis para a vida social.

Assim, é possível concluir que a norma constitucional será aberta sempre que permitir uma reinterpretação constante de si mesma, realizada num dado momento histórico. Acontece, que a jurisdição constitucional durante muito tempo não permitiu essa abertura, ficando adstrita a procedimentos extremamente formalistas, onde os únicos legitimados a interpretar a Constituição eram os juízes. Contra isso foi que Häberle montou a teoria da interpretação constitucional, argumentando de que nesse processo “estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”³⁰.

²⁸ HÄBERLE, PETER. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000, p. 33-34.

²⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 83.

³⁰ 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: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 13.

Daí, a impossibilidade na nossa sociedade plural, de vigorar um círculo fechado e auto-suficiente de intérpretes da Constituição. Ao revés, para Häberle, quanto mais pluralista for a sociedade maiores deverão ser os critérios de interpretação, tornando, conseqüentemente as decisões com maior legitimidade. Em outras palavras, pode-se asseverar que o grau de legitimidade de uma decisão sofre influência direta do número de intérpretes no procedimento.

Para Souza Neto³¹ “o método da interpretação deve buscar realizar o interesse público e o bem-estar geral, inevitavelmente afetados pela concretização das normas constitucionais, e não só ater-se a preocupações com a correlação formal da operação silogística”. Para tal desiderato, torna-se, portanto, essencial o uso de teorias como a de Häberle para a desconstrução da metodologia constitucional clássica.

Aqui há de ressaltar-se, ainda, a característica democrática do pensamento de Peter Häberle, pois “a democracia não se esgota na delegação de determinadas competências a órgãos representativos estatais. Ela consiste numa prática quotidiana”³². Desse modo, a real democracia é vista através da participação de todos os componentes da sociedade. “A esfera pública pluralista desenvolve força normatizadora. Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em concordância com a sua atualização política”³³.

Nesse sentido, podemos dizer que o *método concretista* da Constituição aberta de Peter Häberle, constitui-se na própria ideologia democrática, requerendo, assim, alguns requisitos essenciais à sua realização, como um sólido consenso democrático, a presença de instituições fortes, enfim, de uma cultura política desenvolvida.

5 CONCLUSÃO

Resta-nos, ainda, ressaltar, que um dos problemas mais graves do atual constitucionalismo constitui-se na sobrevivência pluralista de culturas e das tradições peculiares de cada povo, que estão diariamente sendo confrontadas com a “cultura global” trazida pela globalização. Assim, mais do que nunca, se expõe a necessidade dos juristas se preocuparem não só com a aplicabilidade das leis internas, mas também com as reais possibilidades de efetividade da abertura da Constituição à realidade que a rodeia. Ademais, tal interpretação constitucional, como demonstrado, significa uma reação ao rígido formalismo jurídico, que se mantém frio e distante de toda comunidade.

Por fim, pode-se resumidamente concluir que a teoria proposta por Peter Häberle busca a efetividade e a realização da tensão entre Constituição e realidade constitucional, uma vez que tal teoria traz ao processo hermenêutico constitucional, todos aqueles que fazem a realidade da Constituição, ampliando, portanto, o rol de legitimados, significando dizer que os juízes constitucionais já não interpretam de forma isolada no processo constitucional.

³¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 166.

³² SOUZA NETO, *Ibidem*, p. 170-171.

³³ HÄBERLE, 1997, *Ibidem*, p. 36.

REFERÊNCIAS

- BALDI, César Augusto. As múltiplas faces do sofrimento humano: os direitos humanos em perspectiva intercultural. In: _____. *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 33-44.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 3. ed., 1998.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.
- EBERHARD, Christoph. Direitos Humanos e diálogo intercultural: uma perspectiva antropológica. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 159-204.
- HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000.
- _____. *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: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- LEAL, Mônia Clarissa Henig. Direitos Fundamentais, Jurisdição Constitucional e Democracia: origens, fundamentos e controvérsias. In: GORCZESKI, C. ; REIS, J.R. (Orgs.). *Constitucionalismo Contemporâneo: Direitos Fundamentais em debate*. Porto Alegre: Norton Editor, 2005.
- _____. *Jurisdição Constitucional aberta: superando o debate substancialismo X procedimentalismo. Uma abordagem a partir da Teoria Constitucional Alemã*. Tese de Doutorado, Unisinos, 2005.
- _____. *A Constituição como Princípio: os limites da Jurisdição Constitucional Brasileira*. São Paulo: Manole, 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SÁNCHEZ, José Acosta. Transformaciones de la constitución en el siglo XX. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n. 100, abril/jun. 1988.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 2ª ed. , São Paulo: Cortez, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1993.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NOVOS PARÂMETROS DE INTERPRETAÇÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Márcio Floriano Júnior¹
Maritana Copatti Lauermann²
Neida Terezinha Leal Floriano³

1 INTRODUÇÃO

No atual Estado Democrático de Direito, a normatividade da Constituição está sedimentada em princípios e regras substanciais voltados à proteção e realização dos direitos humanos fundamentais. Destarte, o fundamento desse modelo de Estado é a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, a realidade da sociedade contemporânea está assentada no pluralismo, presente em todas as esferas sociais, o que faz brotar uma multiplicidade de ideias, necessidades e ambições que serão reguladas pela Constituição. Assim sendo, imperiosa uma nova interpretação da Constituição em face da nova realidade social.

Com efeito, é na doutrina de Peter Häberle que se encontra o fundamento para a nova interpretação constitucional, porquanto representa uma nova proposta de interpretação constitucional, a partir dos questionamentos vinculados ao papel dos intérpretes no processo interpretativo e do texto normativo e seus princípios constitucionais em relação à realidade social.

2 NOVOS PARÂMETROS DE INTERPRETAÇÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Falar em interpretação constitucional no contexto do Estado Democrático de Direito significa relatar, ainda que resumidamente, o evoluir de alguns conceitos que refletem a realização da Constituição através dos tempos. Nesse particular, salienta-se que a ideia de interpretação no Estado contemporâneo não descarta, tampouco, afasta “o método clássico – subsuntivo⁴ e seus elementos tradicionais da hermenêutica – gramatical, histórico, sistemático e teleológico⁵ – que permanecem atuantes, investigando a significação da norma e sua aplicação casuística.

Diante da constatação de que o método tradicional não era eficiente, porquanto refletia a ideia de que, ao intérprete, apenas “caberia uma atividade de mera revelação do conteúdo

¹ Advogado. Especialista em Ciências Penais pela PUC/RS. marciofloriano@terra.com.br

² Advogada. Mestranda em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, pesquisadora da linha Constitucionalismo Contemporâneo, membro do Grupo de Pesquisa “Meio Ambiente e Constituição” e integrante da equipe de Assessoria em Educação a Distância da UNISC, e graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Maritanacopatti.adv@brturbo.com.br.

³ Advogada. Especialista em Ciências Penais pela PUC/RS e em Direito Penal Contemporâneo pela UNISINOS. Professora da URCAMP, campus São Gabriel/RS. Mestranda em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Pesquisadora da linha Constitucionalismo Contemporâneo, integrante do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos”. neidafloriano@terra.com.br

⁴ O método subsuntivo de interpretação consiste “em um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma: a lei é a premissa maior, os fatos são a premissa menor e sentença é a conclusão. O papel do juiz consiste em revelar a vontade da norma, desempenhando uma atividade de mero conhecimento, sem envolver qualquer parcela de criação do Direito para o caso concreto”. BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.331

⁵ *Ibidem*, p. 331.

preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concreção⁶ é que se verifica acentuada mudança na concepção da interpretação constitucional.

Destaca-se que a atuação do Estado contemporâneo não pode mais ser pautada somente em normas tradicionais, diante da necessidade de criação de normas mais diretivas, com nova conotação, em face da proeminência dos novos valores inseridos na Constituição. Nesse panorama, a Constituição, para além da organização jurídica assume uma função fundamentalmente principiológica, com conceitos abertos, que passa a exigir uma atividade de interpretação mais abrangente, como pode ser observada na doutrina de Peter Häberle que apresenta uma nova proposta hermenêutica.

Com efeito, a nova interpretação constitucional se apresenta em contraposição a essa perspectiva, uma vez que “as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar”.⁷ Nessa linha de pensamento, destaca-se que a nova interpretação constitucional resulta de um processo evolutivo-seletivo, pois ao mesmo tempo em que incorpora conceitos novos que revelam a nova realidade político-normativa-social, mantém operantes vários conceitos tradicionais.

Nessa nova composição de Estado, depara-se com a proeminência de valores e personagens que assumiram papel de relevo na atividade de interpretação do texto constitucional. É justamente sob este prisma que a nova interpretação constitucional abarca as preferências dos intérpretes, bem como a conjugação entre princípios, normas abertas e conceitos imprecisos. Nesse vértice, Peter Häberle propõe que haja uma abertura no elenco de intérpretes da Constituição em face da nova conformação do Estado, qual seja: o Estado Democrático de Direito fundado na democracia⁸ e no direito de liberdade⁹.

Com efeito, a realidade jurídico-político-social da atualidade exige intensa movimentação em busca de novas alternativas de interpretação constitucional que não pode mais ser encarada sob a égide acabada da exegese clássica, porquanto os intérpretes atuais não mais se reduzem aos intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” ou “aos participantes formais do processo constitucional”.¹⁰ Em verdade, a nova interpretação constitucional ultrapassa a esfera judicial em face da multiplicidade de participantes nessa atividade hermenêutica.

Em tal contexto, Häberle defende a ideia de “relativização da interpretação jurídica”¹¹, cuja fundamentação está sedimentada em três premissas:

⁶ BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 333.

⁷ *Ibidem*, p. 332.

⁸ Adota-se, aqui, o entendimento de Dallari citado por Gorczewski e outros. “A democracia é um ideal que pretende dar ao governo a maior proximidade possível com a vontade da coletividade, estabelecido a partir da reação ao absolutismo e a construção de uma soberania popular, onde o poder do Estado é fundado na Sociedade. Os valores tutelados pela democracia são a liberdade, a responsabilidade, a igualdade e a participação. Valores inerentes a condição de governo conduzido pelo povo”. DALLARI, Delmo de Abreu *apud* GORCZEWSKI, C.; LEAL, M. C.H.; SILVA JÚNIOR, E. B. *Introdução ao estudo da política, teoria do estado e da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 83.

⁹ Direito humano fundamental disposto no Art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5 ed. revista, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 165.

¹⁰ 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: Fabris, 1997, p.13.

¹¹ *Ibidem*, p.41.

1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente; 2. Na posição que antecede a interpretação constitucional “jurídica” dos juízes (Im Vorfeld juristischer Verfassungsinterpretation der Richter), são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de ‘participante do processo constitucional’ (am Verfassungsprozess Beteiligte) relativiza-se na medida que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional.[...]; 3. Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, [...]. Assim, a Constituição material ‘subsiste’ sem interpretação constitucional por parte do juiz. [...] Os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material. Vê-se, pois que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional.¹²

Sem embargo, da perspectiva relativista preconizada por Häberle, a mais precisa concepção é sintetizada na idéia de que “a interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta”¹³. Significa dizer que a participação efetiva de todos os elementos que compõem a sociedade é que vai direcionar o rumo da interpretação constitucional, pois “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelos menos co-interpretá-la”, o que se traduz em uma “democratização da interpretação constitucional”.¹⁴

Häberle explica que,

todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico.¹⁵

Assim sendo, é a experiência da convivência diária da Constituição que vai delinear a realidade social ao mesmo tempo em que estará sendo por esta influenciada, uma vez que as constantes mutações, características de uma sociedade pluralista e multicultural, são os construtos de uma interpretação aberta. Significa dizer que todos os participantes da sociedade são intérpretes constitucionais, porquanto “a autoridade da Constituição, sua exigência por obediência, e a força que nós lhe damos para atuar sobre nossa lei e nossas vidas, poderia perder legitimidade se ela fosse realmente apenas um espelho para refletir as ideias e ideais dos leitores”.¹⁶

No tocante à legitimação dos intérpretes da Constituição destaca-se que de acordo “com a forma como seja praticada a interpretação constitucional poderá ‘dissolver-se’ num grande número de interpretações e de intérpretes”, todavia, justifica Häberle dizendo que “uma teoria

¹² 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: Fabris, 1997, p.41.

¹³ Ibidem, p.13.

¹⁴ Ibidem, p.14.

¹⁵ Ibidem, p.15.

¹⁶ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Tradução de Amarílis de Sousa Birchall; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 12.

constitucional que tem por escopo a produção de uma unidade política e que afirma e reitera o postulado da unidade da Constituição está obrigada a submeter-se a esta crítica”.¹⁷

À vista de tal percepção, vale ressaltar que tais arguições devem ser analisadas particularmente em razão da legitimação de cada intérprete da Constituição, ou seja, a interpretação se dará livremente de acordo com a legitimação de cada intérprete. Dito de outro modo, é a vinculação existente entre os intérpretes e a realidade social que vai delimitar a legitimidade dos intérpretes.

Por outro lado, Häberle sustenta que os intérpretes não possuem uma legitimação democrática para interpretar o texto constitucional de forma estrita e que, tampouco, a democracia se realiza somente através de procedimentos formais, porquanto, se desenvolve no ambiente das controvérsias acerca de alternativas viáveis de efetivação dos Direitos Fundamentais que se constituem na “base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes”.¹⁸

Tal análise conduz à ideia de que, “a sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo de intérpretes da Constituição em sentido *lato*”¹⁹ e que “a sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional”²⁰. Nesse sentido, assevera Mônia Clarissa Hennig Leal,

Neste contexto de interação com a sociedade não se pode, por sua vez, compreender uma jurisdição constitucional afastada ou desconectada deste aspecto, de maneira que o seu papel e a sua legitimidade passam, também e necessariamente, pela sua abertura, ou seja, uma Constituição aberta pressupõe, como já dissemos uma *jurisdição aberta*, concebida como um espaço privilegiado de participação democrática e cidadã, que avança com relação às posições paternalistas típicas do substancialismo, porém sem incorrer unicamente na observância dos procedimentos, sendo, antes, potencializada e qualificada pelos aspectos materiais²¹.

No que concerne à participação, Häberle, afirma que,

a Corte Constitucional deve controlar a participação leal (*faire Beteiligung*) dos diferentes grupos na interpretação da Constituição, de forma que, na sua decisão, se levem em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis)[...]. Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas intervenções). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido

¹⁷ HÄBERLE, Peter. 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: Fabris, 1997, p. 29.

¹⁸ Ibidem, p. 37.

¹⁹ Ibidem, p. 40.

²⁰ Ibidem, p. 43.

²¹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Noção de *Status Activus Processualis* como fundamento para a operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, p. 2102.

amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática [...]²².

Em termos de panorama de Estado constitucional, compartilha-se o entendimento de Häberle no sentido de se reconhecer que a “verdade” é perseguida a partir do pluralismo e da diversidade, porquanto este modelo de Estado “se fundamenta sobre ‘verdades provisórias, revidáveis, as quais ele, a princípio, acolhe no plural e não no singular e também não as ‘decreta’”.²³ Assim, “a busca da verdade não ocorre tanto em um espaço originário da ‘natureza’ quanto sem uma cultura já elaborada e madura, ou seja, sem uma cultura criada pelo homem”²⁴. Significa dizer que a verdade em um Estado constitucional traduz o valor cultural da sociedade que a persegue.

A partir dessa perspectiva, Häberle observa que “a visão ‘sociedade aberta’ de K. R. Popper ou, respectivamente, o seu racionalismo crítico” pode revelar a relação do Estado constitucional para com a questão da verdade, dos conceitos e procedimentos, desde que sejam consideradas as condições culturais da verdade, destacando que não se trata de um relativismo universal, porquanto a dignidade da pessoa humana – “premissa cultural antropológica do Estado constitucional”- e a democracia liberal – entendida como “consequência organizatória” (sic) daquela - possuem valores fundamentais, os quais podem ser considerados como “limites de tolerância”, tanto no sentido de inserir o Estado totalitário, quanto no de preservar as garantias do Estado constitucional²⁵. É nessa perspectiva que Häberle define que “a dignidade humana constitui a ‘base’ do Estado constitucional como *tipo*, expressando as suas premissas antropológico-culturais”.²⁶

Para esse autor, a dimensão da cultura deve ser encarada em sentido amplo, abrangendo a realidade social em todo o seu contexto, desde a vivência dos cidadãos até o sentido educacional que lhe é imanente. Assim, Häberle menciona que “toda compreensão que se efetue a nível constitucional necessita de uma ampliação que inclua também a cultura em sua dimensão científica”²⁷.

Denota-se que a abertura do conceito de cultura não faz distinção entre os cidadãos, ao contrário, possibilita a cultura de todos e para todos. No dizer de Häberle os seres humanos não vivem isoladamente a sua cultura e, sim, num “entorno cultural”. Por esse entendimento, traduz-se que a Constituição é a expressão cultural de um povo, ou seja, representa a soma de todas as experiências vivenciadas em uma sociedade aberta e pluralista.

Todas essas considerações conduzem ao entendimento de que a sociedade contemporânea que conforma o Estado Democrático de Direito, definida por Häberle como sociedade aberta, desempenha um duplo papel na nova interpretação constitucional, pois ao mesmo tempo em que influencia o método interpretativo, mediante participação ativa direta ou indiretamente – intérprete – por este é influenciada na medida em que é destinatário dessa interpretação.

²² 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: Fabris, 199, p 46.

²³ HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 105.

²⁴ *Ibidem*, p. 110.

²⁵ HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 106.

²⁶ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid. Tecnos: 2002, p. 150.

²⁷ *Ibidem*, p. 159.

3 CONCLUSÃO

Resumidamente, pode-se dizer que a sociedade hodierna está assentada no pluralismo, presente em todas as esferas sociais, o que faz brotar uma multiplicidade de ideias, necessidades e ambições que serão reguladas pela Constituição. Nesse sentido, imperiosa uma nova interpretação da Constituição em face da nova realidade social. Nessa esteira, Häberle parte da ideia de “democratização” da interpretação constitucional, compreendida em um processo de ampla abertura da sociedade, denominado “sociedade aberta”, mediante a participação de novos intérpretes sociais, rompendo com o paradigma tradicional de interpretação constitucional centrado em uma sociedade fechada. Por outro lado, Häberle sustenta a ideia de que o Direito Constitucional deve ser reconhecido como um direito cultural, porquanto o pluralismo da sociedade contemporânea e suas mutações acabam influenciando e participando da atividade de interpretar a Constituição, mediante um processo de legitimação democrático.

Diante da realidade social estampada no atual modelo de Estado, necessário se faz uma releitura nos métodos interpretativos tradicionais como forma de equacionar o exercício da democracia e a concretização dos dispositivos constitucionais, notadamente, no tocante à realização dos direitos e garantias fundamentais que fundam o Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, inegável que a nova interpretação, proposta por Peter Häberle, representa uma importante contribuição para o desenvolvimento do Direito e da hermenêutica constitucional, porquanto destaca a importância do Direito em participar mais ativamente da realidade social, vez que a atual sociedade - democrática - exige cada vez mais uma abertura da interpretação constitucional e, por consequência, maior desempenho da atividade judicial.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5 ed. revista, São Paulo: Saraiva, 2002.

GORCZEWSKI, Clóvis; LEAL, Mônia Clarissa Hennig; SILVA JÚNIOR, Edison Botelho. *Introdução ao estudo da política, teoria do estado e da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

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: Fabris, 1997.

_____. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Fabris, 2008.

_____. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002.

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: Editora Lúmen Júris, 2007.

_____. *A Noção de Status Activus Processualis como fundamento para a operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta*. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Tradução de Amarílis de Sousa Birchall; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

